

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

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 Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: 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

ISBN: 9788867680276

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino, febbraio 2016.

INDICE

Rocco Favale e Carlotta Latini

<i>Introduzione</i>	3
---------------------------	---

Antonio Flamini

<i>Dei delitti e dei quasi-delitti</i>	5
--	---

Carlotta Latini

<i>Dei progressi del diritto civile in Italia. Una causa celebre sui versi di Giovanni Pascoli e l'emersione del diritto d'autore</i>	15
---	----

Rocco Favale

<i>Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria</i>	33
--	----

Lucia Ruggeri

<i>L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale</i>	55
---	----

Luca Petrelli

<i>L'agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice civile del 1865</i>	63
---	----

Felice Mercogliano

<i>Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni</i>	73
--	----

Serafina Larocca

<i>L'azione surrogatoria</i>	89
------------------------------------	----

Giovanni Varanese

*La recezione del modello della presupposizione.....*117

Andrea Barenghi

*La responsabilità contrattuale. Due considerazioni minime.....*133

Maria Pia Gasperini

*Processo e strumenti di giustizia alternativa nel codice di procedura civile del 1865.....*145

Fabrizio Lorenzotti

*L'indennità di espropriazione: il ritorno alla legge del 1865.....*157

Sara Spuntarelli

*I limiti esterni della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione nell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, n. 2248, All. E).....*181

Maria Lucia Di Bitonto

*Il codice di procedura penale del 1865: il modello e le ideologie.....*205

Francesco Casale

*Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila.....*223

Ugo Pioletti

*La dimensione penalistica dello ius mercatorum.....*237

ROCCO FAVALE E CARLOTTA LATINI

Introduzione

La storia delle codificazioni riveste da sempre un fascino particolare: a partire dal volume di Giovanni Tarello¹, innumerevoli sono stati gli interventi sulla codificazione e decodificazione o ancora sulla *resistenza* al codice: si pensi, solo per fare pochi esempi, a Pio Caroni² e al volume interamente dedicato ai Codici dal Centro per la *Storia del pensiero giuridico moderno*³, come anche all'*Assolutismo giuridico e diritto privato*⁴, per passare attraverso la storia del processo penale⁵, ma i riferimenti potrebbero essere ancora moltissimi⁶.

Il Dottorato di ricerca in area giuridica della Scuola di Giurisprudenza di Camerino, nella prospettiva di proporre ai giovani ricercatori un approccio allo studio del diritto in termini storici, ha voluto ricordare i Centocinquant'anni della codificazione unitaria del 1865 con un volume dedicato a tale tema. Nella consapevolezza della crisi della forma codice, ripercorrere le tappe della creazione dei codici per il Paese unito non deve apparire anacronistico, ma anzi, può rappresentare l'occasione per riflettere sulla direzione attuale in cui la politica del diritto, la scienza giuridica e la storia del pensiero giuridico stanno andando.

Il Prof. Paolo Grossi, Storico del diritto e Giudice Costituzionale, con la sua presenza nella giornata di presentazione dei risultati di questa ricerca, ha profondamente arricchito tale riflessione.

La prospettiva interessante è stata data dall'intreccio tra diritto e storia: i colleghi che insegnano diritto positivo hanno risposto con grande entusiasmo alla proposta di riflettere su alcuni istituti regolati nella vecchia codificazione post-unitaria. Si è così ragionato

¹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

² P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

³ *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002.

⁴ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁵ E. DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, 2001.

⁶ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.

sull'idea di codice come sistema completo e chiuso e quella di un codice "aperto", eterointegrabile, fino alla confusione semantica tra testi unici, leggi speciali e codici, per evidenziare come la questione della codificazione rivesta sin dai suoi esordi un ruolo centrale nella riflessione scientifica e nell'educazione del giurista. In molti casi si è tentato di cercare le radici dell'attuale diritto e ordinamento giuridico in un passato neanche tanto remoto. E nell'evidenziare le cesure e le continuità sono emerse tradizioni giuridiche italiane e talvolta europee. Il punto della riforma, specie del codice civile, è ancora tanto più moderno se si pensa all'intangibilità del codice civile ottocentesco in Italia e alla difficile emersione dei *diritti sociali*, dislocati in un "altrove giuridico" per non modificare un assetto consolidato. Lo stesso concetto di proprietà, declinato al plurale, diveniva, come il negozio giuridico, la cartina tornasole delle trasformazioni sociali difficili da includere e riassumere nel codice.

Il regime del tempo avvertiva la necessità di attuare una *Rechtserneuerung* (che, per esempio, in Germania non riuscì). L'*Abschied* dai codici del 1865 probabilmente è stato di molto anticipato per opera di spinte irresistibili del potere del tempo. Un secolo dopo Francesco Santoro Passarelli, alla commemorazione romana dei cento anni del codice civile del 1865, scrive: «questa ricorrenza centenaria è quasi un commiato da questo codice sul quale abbiamo imparato il diritto civile, attraverso l'insegnamento di maestri indimenticabili»⁷.

Si coglie l'occasione per ringraziare la Scuola di Giurisprudenza e il suo Direttore, per aver incoraggiato la ricerca, spingendo verso la redazione di questo volume. Un ringraziamento anche ai Dottori Marvin Messinetti, e Marta Cerioni, per l'aiuto generosamente dato.

Camerino, Palazzo Ducale, 23 febbraio 2016

⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1043.

ANTONIO FLAMINI

Dei delitti e dei quasi-delitti

La complessità dell'ordinamento ed i mutamenti della scienza giuridica sono legati alla società ed alla sua storia, sì che per comprendere l'ordinamento attuale non si può non guardare a ciò che è stato in passato ed ai suoi stretti legami con la società, l'economia, la politica. Questo sembra essere il metodo corretto per lo studio del diritto e quindi anche della responsabilità da fatto illecito, che ha i prodromi remoti nel diritto romano e quelli recenti nella codificazione post unitaria, che a sua volta ricalca sia la struttura che la matrice ideologica del Code Napoléon, ispirato ai valori del liberalismo economico e dell'individualismo borghese.

Anche dalla topografia del codice civile del 1865, totalmente diversa da quella del codice civile del 1942, si evince quanto siano diversi l'impianto logico-sistematico e la filosofia dei due codici. Per l'art. 1097 del cod. civ. 1865 le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto. La norma fa parte del Libro Terzo, intitolato «Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose», che disciplina l'occupazione, le successioni, le donazioni, le obbligazioni ed i contratti. Al centro del codice - un codice borghese, ancora votato alla protezione della proprietà¹ - è posta la proprietà privata, in particolare la proprietà immobiliare terriera, che costituisce l'istituto fondamentale dell'ordinamento. Così, la famiglia è lo strumento attraverso il quale si fa sopravvivere e si potenzia la proprietà privata, al punto che nel disciplinare il contratto di matrimonio si prevede che la società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge (art. 1378) e che gli sposi non possono fare alcuna convenzione o rinuncia per mutare l'ordine legale delle successioni (art. 1380), i contratti sono modi di acquisto della proprietà, le successioni per causa di morte sono funzionalizzate alla persi-

¹G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 56 ss., il quale sottolinea che in Italia alla fine dell'ottocento, compiuta la sistemazione interpretativa delle regole copiate dal Code Napoléon, si registrano i segni della crisi perché le poche regole di tenore generale non riescono a far fronte alle esigenze di una società in forte espansione economica, grazie all'industrializzazione, e scossa da acuti contrasti sociali, per cui ai giuristi si chiede di andare al di là della lettera del codice per renderne elastico il dettato.

stenza ed all'incremento della proprietà privata terriera². Nel libro che regola questi istituti, tutti volti a tutelare la proprietà, sono disciplinati anche i fatti illeciti che poco hanno a che vedere con la proprietà, se non per il fatto che il danno costituisce una diminuzione del patrimonio e quindi un attentato alla proprietà del danneggiato, tanto da considerare principio fondamentale che il risarcimento del danno deve essere diretto alla restituzione del patrimonio diminuito dall'ingiuria³.

Tuttavia la terminologia «fatti illeciti» è estranea al codice: la sezione che detta le norme sulla responsabilità da fatto illecito è intitolata «Dei delitti e dei quasi-delitti» e chiude il capo relativo alle obbligazioni; essa è composta di sei articoli e soltanto nell'ultimo, l'art. 1156, compaiono i termini delitto e quasi-delitto, prevedendo che se il delitto o il quasi-delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato.

L'art. 1151 cod. civ. 1865, traduzione dell'art. 1382 Code Napoléon⁴, è la clausola di responsabilità che così recita: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno», poi l'art. 1152 dispone che si è responsabili non soltanto per fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza. Il successivo articolo prevede che ciascuno è obbligato non solo per il danno cagionato da fatto proprio, ma anche per quello arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o con le cose che ha in custodia e che i genitori, i tutori, i padroni e committenti, i precettori e artigiani sono obbligati per i danni cagionati dai figli, dagli amministratori, dai domestici e commessi, dagli allievi ed apprendenti, a meno che non provino di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili. Gli artt. 1154 e 1155 disciplinano la responsabilità del proprietario di animale e del proprietario di edificio per i danni cagionati dall'animale o dalla rovina di edificio.

I termini delitto e quasi-delitto compaiono anche nell'art. 1306 cod. civ. 1865, per il quale «Il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto», ma «siccome la dizione è sempre usata, senza che mai il legislatore faccia in-

² P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, p. 11.

³ In questi termini propositi Cass. Roma, 19.5.1911, in *Giur. it.*, I, 1, c. 840.

⁴ La prima codificazione unitaria è una imitazione spesso servile del modello napoleonico: cfr. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, 2012, p. 17 s, il quale spiega il fenomeno in quanto quel codice soddisfaceva l'aspirazione della borghesia di consolidare nelle sue mani la proprietà e particolarmente la proprietà immobiliare e della terra, bene per eccellenza e fonte di un reddito sicuro.

tendere a quali casi l'uno e l'altro dei termini di essa corrispondano, così grande è in proposito il disputare che fanno gli interpreti»⁵.

Le disposizioni in questione costituiscono una fedele riproduzione di quelle corrispondenti del Code Napoléon i cui compilatori, nella redazione degli artt. 1382 e 1383, si ispirarono ad un passaggio delle *Lois civiles* di Domat nel quale si delinea la netta distinzione tra responsabilità penale e responsabilità civile e si espone la tesi che fonda il principio generale della colpa come criterio di imputazione della responsabilità civile⁶. Il sistema della responsabilità per colpa era il solo accettabile dalla società del tempo perché era l'unico che potesse accordarsi con la tradizione romanistica che, nonostante l'elaborazione del concetto di risarcimento, non si era mai liberata dall'impronta punitiva, col risultato di fondere e confondere la pena con il risarcimento, sì che l'illecito veniva codificato come «delitto». che non poteva essere configurato senza l'elemento soggettivo della colpevolezza di chi cagiona il danno

Quando si dice che è necessario l'elemento soggettivo della colpevolezza significa che l'autore deve aver commesso l'illecito per dolo o colpa, dato che l'illecito può non essere intenzionale e quindi doloso, ma semplicemente colposo; anche l'illecito colposo comunque è rilevante per fondare una responsabilità non penale, ma esclusivamente civile per la riparazione dei danni. L'espressione quasi-delitto, mutuata dalle fonti giustinianee e ripresa da Domat, rappresenta il supporto concettuale del principio generale dell'art. 1382 Code Napoléon di una responsabilità civile fondata su una nozione molto ampia di colpa che non si risolve soltanto nella violazione di una legge scritta, ma può consistere in qualunque fatto che offende principi di equità, onestà e buon costume. La colpa civile distinta da quella penale è riportata nell'alveo dei principi morali, ma mentre la responsabilità penale deriva soltanto dall'infrazione di una specifica disposizione di legge (*nulla poena sine lege*), la responsabilità civile può essere determinata da una qualunque colpa⁷.

I compilatori del Code Napoléon utilizzarono anche le opere di un altro grande giurista francese Robert Joseph Pothier che definisce delitto il fatto per il quale una persona per dolo o intenzione di nuocere causa un danno o un torto a un altro e quasi-delitto il fatto per il quale una persona, senza intenzione di nuocere ma per una imprudenza inescusabile, commette un torto in danno di altri. Pertanto la distinzione è fatta risiedere nell'elemento

⁵ Così, C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, in *Digesto it.*, IX, I, 1887-1898, p. 742; ID., *Illecito*, in *Nov. Digesto it.*, VI, 1938, p. 669.

⁶ G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, p. 47 s.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 78 ss.

⁷ G. VISINTINI, *o.c.*, p. 49 s.

soggettivo: il delitto è il fatto o l'omissione dolosa, il quasi-delitto il fatto o l'omissione colposa.

Nella interpretazione delle norme del codice del 1865 relative all'illecito extracontrattuale⁸ la nozione di fatto comprende anche il negativo, cioè le omissioni e il sistema della responsabilità per le omissioni è caratterizzato da una duplice tipicità: tipicità delle fonti di obbligazione, perché l'omissione è rilevante solo se sanzionata da una legge e il comportamento positivo sia richiesto da una norma giuridica, e tipicità degli interessi protetti, perché il danno deve essere *contra ius*, cioè di un diritto esplicitamente tutelato dall'ordinamento⁹. Poi con riguardo al danno, si osserva che la legge non accenna neppure alla persona lesa; essa non si preoccupa che del danno ed è solo in considerazione di questo che ne ordina il risarcimento. Riprendendo l'insegnamento dei giuristi francesi si afferma che un fatto dannoso costituisce un delitto civile quando sia illecito e sia imputabile al suo autore, che abbia agito scientemente e nella intenzione di nuocere ad altri¹⁰.

Se la maggioranza dei giuristi, anche italiani, ha aderito alla distinzione tra delitto e quasi-delitto fondata sull'elemento soggettivo – il delitto è il fatto o l'omissione dolosa, il quasi-delitto è il fatto o l'omissione colposa – altri non l'hanno accolta ed hanno affermato che il delitto si ha quando si risponde del proprio operato (artt. 1151 e 1152), mentre il quasi-delitto è configurabile quando si risponde del danno avvenuto per colpa altrui, o delle perdite arrecate da animali o da cose inanimate (artt. 1153-1155)¹¹.

Il concetto di quasi-delitto, che dalla legislazione giustiniana e dal diritto comune è stato recepito nei codici di tipo francese e quindi nel codice civile italiano del 1865, ha fatto molto discutere essendo controverso il criterio di distinzione tra delitto e quasi-delitto. Tuttavia la discussione relativa alla distinzione risulta di poca rilevanza dato che dal delitto e dal quasi-delitto deriva la stessa responsabilità. Già pochi anni prima della emanazione del co-

⁸ La bibliografia sul tema è molto ampia: a titolo esemplificativo, cfr. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, I e II, Torino, 1886 e 1887; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia dei delitti e quasi delitti*, Torino, 1908; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744 ss.; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, 1, Roma, 1919; O. CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924.

⁹ G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, I, cit., p. 48, precisa che in materia extracontrattuale qualunque offesa al diritto altrui fa nascere rispetto all'agente l'obbligo di risponderne.

¹⁰ Così G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., p. 55 ss. e 66 ss., con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Tuttavia in proposito afferma T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1927, p. 27, che non è necessario perché sussista il delitto civile un malvagio proposito: basta la volontà di porre in essere il fatto con la consapevolezza che ad altri ne venga lesione di diritto; né perché sussista il quasi delitto è necessaria una *culpa lata*, ma una negligenza tale che si traduca nel non intendere quello che tutti intendono: basta, perché ricorra responsabilità che non si sia previsto quello che un uomo accurato avrebbe preveduto, quello che quantunque non si verifici abitualmente talora accade.

¹¹ Cfr. la critica a questa opinione di C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 742.

dice civile del 1942 si afferma che è da approvare la tendenza legislativa e dottrinale più recente, che vuol liberarsi di queste artificiose figure e del termine "delitto" per esprimere l'atto illecito doloso anche nel campo civile. Sia il termine "delitto" per indicare il torto civile, sia l'espressione "quasi delitto", ricalcata su quel termine, ci riportano a un'età, in cui il diritto penale rientrava anche nel campo del diritto privato; e nell'età presente tanto diversa, in una legislazione in cui non trova più posto e ragione il diritto penale privato, sono sopravvivenze infelici¹².

In effetti il codice vigente ha abbandonato questa terminologia¹³: nell'art. 2043 la colpa costituisce, insieme al dolo, l'elemento soggettivo dell'illecito, il cui elemento oggettivo è costituito dalla lesione di un interesse altrui, espresso nella formula «danno ingiusto». La disposizione di apertura del titolo dedicato ai fatti illeciti, ultimo del Libro IV che disciplina le obbligazioni, prevede che l'autore del fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto è obbligato al risarcimento del danno. Così secondo la tradizione la colpevolezza costituisce uno dei criteri di imputazione della responsabilità, unitamente ai criteri di imputazione oggettiva, prevista nelle c.d. responsabilità speciali in considerazione della posizione ricoperta dal soggetto che ha la possibilità di dare la prova contraria per evitare di essere dichiarato responsabile; vi sono, poi, ipotesi eccezionali di responsabilità oggettiva nella quali non è ammessa la prova contraria. La lesione dell'altrui sfera giuridica, espressa nella formula «danno ingiusto», costituisce una novità introdotta nell'art. 2043, come spiegato nella Relazione del Guardasigilli (n. 267): «Perché il fatto doloso o colposo sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un danno ingiusto. Si precisa così, conferendo maggiore chiarezza alla norma dell'art. 1151 cod. civ. del 1865, che la *culpa* e la *iniuria* sono concetti distinti; quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità debba essere doloso o colposo e debba, inoltre, essere compito mediante la lesione dell'altrui sfera giuridica».

Ma, nonostante questo nuovo assetto, soltanto alla fine degli anni sessanta del novecento i giuristi hanno iniziato ad abbandonare l'idea che l'illecito dovesse essere inteso come violazione di norme e che la responsabilità civile avesse esclusivamente una funzione preventiva e sanzionatoria, come era nella tradizione, per aggiungere a questa quella risarci-

¹² Testualmente, E. ALBERTARIO, *Quasi delitto*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, 1935, p. 2.

¹³ In proposito v. il n. 556 della Relazione al Re secondo cui «Non si è considerata la duplice figura dei quasi contratti e quella dei quasi delitti, che non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato».

toria, che costituisce la funzione primaria dell'istituto¹⁴. Se oltre a questo si considera che con il passare del tempo l'area del danno risarcibile si è andata ampliando dai diritti soggettivi fino a ricomprendere le aspettative e l'interesse legittimo, risultano evidenti le novità introdotte dal codice del 1942 rispetto al codice del 1865. Dopo un lungo e talvolta frastagliato percorso, la dottrina civilistica e la giurisprudenza sono giunte ad un punto fermo: la norma dell'art. 2043 integra una clausola generale di responsabilità che rinvia all'opera dei giudici la individuazione in concreto della casistica di riferimento del precetto e, quindi, la valutazione e la selezione degli interessi meritevoli di tutela¹⁵.

Ma questo percorso ermeneutico, che ha disancorato il giudizio di responsabilità dalla verifica della lesione di un diritto soggettivo, è stato reso possibile dalla rilettura dell'intero ordinamento alla luce della Costituzione, legge delle leggi, fonte primaria e fondamentale con la quale devono essere coordinate tutte le altre norme dell'ordinamento¹⁶; anzi, la norma costituzionale è ragione primaria e giustificatrice dei rapporti personali e socio-economici, costituendo parte integrante della normativa nella quale essi sotto il profilo funzionale si sostanziano, sì che non è sempre e soltanto una semplice regola ermeneutica, ma anche norma di comportamento idonea ad incidere sulla relazioni tra situazioni soggettive funzionalizzandole ai valori costituzionali¹⁷.

Proprio perché l'art. 2043 c.c. costituisce una clausola generale, il termine di riferimento in base al quale definire se il danno è ingiusto e quindi meritevole di risarcimento è stato individuato nel principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 cost., 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 risarcitoria¹⁸.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967, p. 19; afferma C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p.11, che nel passaggio dalla funzione sanzionatoria della responsabilità civile a quella riparatoria si esprime, ben più che una vicenda culturale di affinamento dei concetti giuridici, un mutamento complessivo del modo di intendere le funzioni della responsabilità.

¹⁵ G. VISINTINI, *o.c.*, p. 94 ed ivi indicazioni bibliografiche. Sul tema v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 21, dove si precisa che la clausola generale delega al giudice la responsabilità di compiere le scelte economico-politiche che egli considera conformi ai valori giuridici dell'ordinamento vigente e che il controllo delle decisioni giudiziali è rimesso alla dottrina dell'interpretazione, che deve assicurarne la ragionevolezza: in un ordinamento democratico e costituzionale la vaghezza contenuta nella clausola generale è superata con il rinvio al complesso di principi che fondano l'ordinamento giuridico, unica garanzia di pluralismo e democraticità.

¹⁶ Metodo indicato da P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 209 ss.,

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 553 ss.

¹⁸ Cfr., anche per riferimenti alla dottrina, A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della Facoltà giuridica*, Nuova serie, II, 2013, p. 15 ss.

Così, mentre l'illecito penale, cioè il reato, è tipico, l'illecito civile è caratterizzato dalla atipicità, dato che si verifica ogni volta che un soggetto provoca la lesione di una altrui situazione giuridica soggettiva rilevante per l'ordinamento, che cioè l'ordinamento riconosce meritevole di tutela in base ai principi ed ai valori sui quali esso riposa, per cui non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela. Per questa ragione non può essere condivisa la c.d. interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., elaborata dalla giurisprudenza¹⁹ anche costituzionale²⁰, per la quale la norma avrebbe una funzione tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, tesa a ricomprendere nella sua previsione ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona. Secondo questa interpretazione, fondata sulla bipolarità del sistema risarcitorio, l'ingiustizia dell'art. 2043 sarebbe improntata ad un criterio di atipicità, riferito alla lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, a fronte del danno patrimoniale, e di tipicità, ricorrente «solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona», per quello non patrimoniale²¹. Per questa impostazione il risarcimento della lesione di un interesse o di un valore di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica dovrebbe passare attraverso la mediazione di una norma ordinaria, l'art. 2059 c.c., quando ai fini della riparazione è necessario soltanto verificare se il danno è ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c.: va invece riaffermata l'atipicità dell'illecito perché sia il danno patrimoniale che quello non patrimoniale, quando lede una situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento, è ingiusto ed il conseguente illecito è atipico. Danno ingiusto è qualsiasi danno prodotto dalla lesione tanto di un interesse patrimoniale protetto dall'ordinamento quanto di interessi esistenziali protetti a livello costituzionale quali la vita, la salute, la dignità umana. 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 di danni ingiusti, sia patrimoniali che non patrimoniali in quanto lesioni di interessi sia patrimoniali che non patrimoniali, vanno tutte ricondotte all'art. 2043

¹⁹ 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. Su questa linea anche le cc.dd. sentenze di San Martino Cass., Sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro. it.*, 2009, I, c. 120 ss. con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA.

²⁰ Corte Cost., 11.7.2003, n. 233, in *Rass. dir. cin.*, 2003, p. 769 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince.*

²¹ Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in *Quaderni di responsabilità civile e previdenza*, Milano, 2011, p. 186 s.

c.c. e non all'art. 2059 c.c. la cui applicabilità andrebbe riferita al danno morale soggettivo. Così la norma torna alle origini e il danno morale soggettivo accentua il carattere di sanzione civile indiretta e, partecipando della funzione di tutte le sanzioni civili indirette, nulla ha in comune con il risarcimento del danno, che ha la funzione di ripristinare una certa situazione soggettiva patrimoniale diminuita o di ristorare la vittima per il disagio provato dalla vittima a seguito dell'illecito²².

Le differenze tra il codice del 1865 e quello del 1942 sono sostanziali e significative anche in tema di fatti illeciti.

Il codice civile del 1865 era incentrato sull'istituto della proprietà e «i beni su cui si fermava l'attenzione del vecchio legislatore erano le cose del mondo fisico che l'uomo poteva materialmente controllare e dominare», al punto che anche il godimento delle energie lavorative del dipendente veniva allineato sullo stesso piano del godimento di beni come una casa di abitazione, un fondo rustico, un animale o una macchina: nessun rilievo aveva la situazione in cui risultano implicate la libertà e la personalità dell'individuo che lavora²³ e, quindi, più in generale della persona. L'aver incentrato il codice sulla proprietà ha avuto come conseguenza che inizialmente il sistema poteva lasciare poco spazio alla colpa, dato che la lesione della proprietà era un illecito *in re ipsa* e non richiedeva la dimostrazione della colpa per ottenere il risarcimento del danno, mentre soltanto con l'industrializzazione la colpa ha assunto un ruolo selettivo dei comportamenti illeciti e quindi dei danni arrecati da chi svolge attività produttive²⁴. Ma ancora più evidente è la differenza rispetto al danno non patrimoniale, dato che, mancando nel codice del 1865 una disposizione per disciplinare questo tipo di danno, secondo l'orientamento prevalente il danno non patrimoniale non era risarcibile. Si riteneva che l'art. 1151 si riferisse solo al danno patrimoniale perché solo per esso era possibile il risarcimento mediante una prestazione pecuniaria, mentre non era concepibile per il danno non patrimoniale ritenendosi non suscettibile di valutazione economica. La nozione di danno era strettamente collegata alla «teoria della differenza» per cui si affermava che esso consisteva nella differenza tra l'entità del patrimonio dopo il verificarsi dell'evento lesivo e quell'entità che sarebbe stata se tale evento non si fosse prodotto²⁵.

²² A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della Facoltà giuridica*, cit., p. 19 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²³ P. RESCIGNO P., *Introduzione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Pietro Rescigno, *Premesse e disposizioni preliminari*, 1, Torino, 1982, p. 8 s.

²⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., p. 64.

²⁵ Su tale problematica A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale* diretto da Salvatore Patti, a cura di Stefano Delle Monache, Torino, 2010, p. 116 ss. ed, ivi, indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

Sembra evidente che il concetto di danno secondo, l'interpretazione della maggior parte dei giuristi dell'epoca, era concepito solo ed esclusivamente come patrimoniale perché il sistema giuridico civilistico era imperniato sulla categoria dell'avere, alla quale era subordinata la categoria dell'essere. Anche se vi erano state voci che affermavano la risarcibilità del danno non patrimoniale²⁶, la concezione esclusivamente patrimonialistica del danno fu maggioritaria fino a quando iniziò ad entrare in crisi con l'emanazione del codice penale del 1930 che ha disposto all'art. 185 che il colpevole è obbligato al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato. Il codice civile del 1942, che ha determinato la definitiva affrancazione della responsabilità civile da quella penale con la distinzione, anche ontologica tra illecito civile e reato, ha completato l'opera con la disciplina dettata dall'art. 2059 relativa al risarcimento del danno non patrimoniale.

Tuttavia l'idea che l'art. 2043 c.c. preveda esclusivamente il risarcimento del danno patrimoniale, come affermava la maggior parte dei giuristi relativamente all'art. 1151 codice civile del 1865, come si è già ricordato, non è ancora tramontata.

Seguendo un nuovo indirizzo della giurisprudenza di legittimità²⁷, la Corte costituzionale²⁸ 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 patrimoniale e di quello non patrimoniale²⁹ - 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 accerta-

²⁶ Tra gli altri, C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 797.

²⁷ 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.

²⁸ 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*.

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

mento 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. Questo indirizzo giurisprudenziale, 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. Per questa ragione è all'art. 2043 che si deve fare riferimento per il risarcimento sia dei danni che ledano situazioni patrimoniali sia di quelli che violino situazioni personali. L'ingiustizia del danno, perno della moderna responsabilità da fatto illecito, si colora di significato grazie alle norme costituzionali ed al principio di solidarietà che investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità, che va 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'ordinamento³⁰ e se tale lesione costituisce una violazione del principio fondamentale della tutela della persona, in funzione del quale vanno interpretate ed applicate tutte le norme dell'ordinamento.

³⁰ Cfr. A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, cit., p. 20 ss.

CARLOTTA LATINI

Dei progressi del diritto civile in Italia.

Una causa celebre sui versi di Giovanni Pascoli e l'emersione del diritto d'autore

Sommario: 1.- L'unificazione legislativa. 2.- Il delitto di contraffazione di opere letterarie: il furto di idee. 3.- Il diritto all'onore, alla reputazione e il diritto d'autore. 4.- L'*actio iniuriarum*: la libertà di manifestazione del pensiero e l'azione restitutoria in memoria di Giovanni Pascoli.

1. *L'unificazione legislativa*

Il codice civile¹ del 1865 fu, forse, la vera costituzione degli anni dell'Italia liberale: l'unificazione *a vapore*, secondo la nota formula di Minghetti, fu il prodotto di un acceso dibattito sulla forma, sui contenuti che il codice Pisanelli avrebbe dovuto possedere, tenuti presenti i diversi modelli disponibili ed utilizzabili (quali ad es. quello francese del *Code Napoléon*, o quello austriaco dell'ABGB). Il codice allora appariva come una conseguenza dei cambiamenti politici e un prodotto sia dell'esperienza che della scienza².

Il codice civile doveva essere il riflesso della coscienza nazionale e dunque «*Non v'ha dubbio che anche il diritto civile, e la sua scienza, siano fra quei lati della vita e del pensiero nazionale, che primi e più profondamente subiranno il benefico effetto dei nuovi destini della nazione.*» Il

¹ *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002. Cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960; P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati successori*, in *Annali di storia del diritto*, XIV-XVII, 1970-73, pp. 1 e ss.; ID., *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto in Europa*, Atti del convegno, Firenze 25-29 aprile 1973, II, Firenze, 1977, pp. 860 e ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1979; ID., *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari-Roma, 1985; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; R. BONINI, *Premessa storica* in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999, pp. 199 e ss.; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'Unità*, Torino, 1999; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2012.

² G. PISANELLI, *Dei progressi del diritto civile in Italia nel secolo XIX*, a cura di H.A. Cavallera, Lecce, 2012, p. 27. C. VANO, *Codificare, comparare, costruire la nazione. Una nota introduttiva*, in *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, a cura di C. Vano, Napoli, 2005, p. XII.

diritto è, al pari della lingua, immediata espressione, e potentissima guarentigia del carattere delle nazioni; un diritto italiano è inseparabile dalla nazione italiana»³. Ma è soprattutto guardando ai modelli tenuti presenti dal legislatore del 1837⁴ prima e del 1865 poi che si comprende come il *Code civil* del 1804 non sia stato l'unica anima presente all'edificazione del primo codice civile italiano anche per quanto riguarda il diritto d'autore.

Il codice civile del 1865 nel rappresentare il *codice nazionale* secondo il canone risorgimentale, recepiva, nella disciplina della proprietà intellettuale, l'eredità tratta dal codice albertino, secondo quanto prescritto dall'art. 437, in linea di continuità con la tradizione sabauda: *ius connaturatum*, la proprietà intellettuale poggiava sul valore dato all'originalità e creatività delle opere⁵. L'art. 437 del codice civile, collocato sotto il titolo della proprietà, stabiliva che le produzioni dell'ingegno appartenevano ai loro autori secondo le norme stabilite dalle leggi speciali.

Nell'ambito della proprietà intellettuale e della sua disciplina, si ripeteva, per certi versi, quanto accadeva nell'ambito del rapporto di lavoro nelle industrie, con la previsione della *locatio operarum* contenuta all'interno del codice civile del 1865 che guardava al passato e un'ampia legislazione sociale affiancata da una giurisprudenza creativa, specie quella dei probiviri industriali⁶, che avrebbe dato alla società civile il segno di quanto ancora gli usi industriali, le prassi e l'equità potessero essere fonti del diritto e potessero contribuire a for-

³ Così scrivevano i redattori della *Gazzetta dei Tribunali* di Milano nel 1859 (*Giornale di legislazione e pratica giurisprudenza e dei pubblici dibattimenti*, Milano 7 luglio 1859, serie seconda, nn. 1 e 2, p. 4).

⁴ F. MACARIO, *Proprietà privata, disciplina dei beni e categorie dominicali*, in *La codificazione del diritto fra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB, (1812-2012)*, a cura di P. Caroni e R. Ferrante, Atti del convegno internazionale, Trieste, 25-27 ottobre 2012, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 241-260; E. MONGIANO, *Un modello tacito: l'influenza dell'ABGB sulla disciplina successoria del codice civile albertino, Convegno internazionale "L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa"*, Pavia 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni, E. Dezza, Padova, 2006, *passim*; M. R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006; S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'Unità*, in *Forum Historiae Iuris*, 2005, n. 19; ID., *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis, (1860-1861)*, Milano, 2003; ID., *Il governo della complessità. Riflessioni in margine alla politica del diritto asburgica e napoleonica in Adriatico (1808-1871)*, in *La codificazione del diritto*, cit., pp. 97 e ss.

⁵ S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste*, cit., p. 320; L. MOSCATI, *I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto*, in *Afferrare...l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Sciumè, E. Fusar Poli, Milano, 2013, pp. 92-93; ID., *Tra 'copyright' e droit d'auteur. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Napoli, 2013; ID., *Unificazione legislativa e diritto d'autore*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, a cura di P. Maffei, G.M. Varanini, Firenze, 2014, pp. 257-269; E. FUSAR POLI, *Forme giuridiche dell'immateriale*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra Medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, 2012, p. 128.

⁶ C. LATINI, «L'araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 35, 2006, pp. 680 e ss.; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana*, 35, 2006, pp. 680 e ss.

mare un diritto moderno e adeguato alle esigenze di garanzie e sicurezza sociali. Il rapporto tra codice e leggi speciali⁷ così segnava il tempo del codice nazionale.

In particolare, dato il rinvio effettuato dall'art. 437 c.c., che contrassegnava la natura dominicale del diritto d'autore, alle leggi speciali, particolare rilievo ebbe la legge del 25 giugno 1865 n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno. Il regolamento per l'esecuzione di tale legge fu pubblicato con regio decreto dello stesso giorno, col n. 2338. La legge del 1865 sul diritto d'autore faceva dunque anch'essa parte di quel progetto di unificazione legislativa e amministrativa del nuovo Regno. Pepoli, ministro dell'Agricoltura, presentava al Senato un disegno di legge nella tornata del 18 novembre 1862, che decadde per la chiusura della sessione. Fu ripresentato dal ministro Manna nella tornata del 1° giugno 1863. Il disegno di legge però non teneva sufficientemente conto dei diritti spettanti agli autori e non erano previste e risolte le principali controversie che scaturivano dall'esercizio di tali diritti⁸. La relazione, redatta da Antonio Scialoja, ripercorreva tutte le obiezioni mosse al disegno di legge sul diritto d'autore, come quella secondo la quale, una volta pubblicata l'opera, questa era destinata all'uso di tutti e dunque consentirne solo all'autore la riproduzione sarebbe stata una palese contraddizione. Così egli scriveva: «a me basta che la pubblicazione d'un opera e la facoltà nell'autore di riprodurne le copie dopo di averla pubblicata o di farsi pagare da chi voglia riprodurle, possano stare insieme senza contraddizione, per inferirne che questa facoltà debba dalla legge essere guarentita all'autore»⁹. Neppure l'idea di pubblica utilità scalfiva la legittimità della tutela del diritto d'autore, come anche l'idea per cui, avendo avuto in passato una tutela solo di natura “privilegiata” esso non avesse consistenza. Al contrario, secondo Scialoja, il diritto poggiava proprio sulla produzione dell'opera. Si trattava, in effetti, di un profilo, quello della natura primigenia di *privilegium* del diritto d'autore, parecchio accentuato proprio da quegli autori che *apertis verbis* contestavano la configurazione dominicale dell'istituto, proponendo tutt'altra natura¹⁰.

⁷ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra otto e Novecento*, 2007.

⁸ *Relazione dell'Ufficio centrale*, composto dai senatori Scialoja, Castelli, Michelangelo, De Foresta, Arrivabene, Matteucci, *Sul progetto di legge sulla proprietà intellettuale e artistica*, in https://archive.org/stream/DirittiAutori/DirittiAutori_djvu.txt. Tra i problemi emersi vi era quello dell'esistenza del trattato con l'Austria del 1840 stipulato col Regno di Sardegna, trattato che avrebbe potuto essere “denunziato” dall'Austria per agevolare la pratica della contraffazione. Tuttavia, Scialoja segnalava che le opere riprodotte in Veneto sarebbero state bloccate nella loro circolazione nel resto d'Italia per la «dogana sui confini e la vendita sul mercato italiano».

⁹ A. SCIALOJA, *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 15.

¹⁰ Per una concezione delle opere dell'ingegno assimilabile ai diritti della persona cfr. O. VON GIERKE, *Deutsche Privatrechte*, Leipzig, 1895, pp. 269 e ss.; e sulla sua concezione cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia, 1600-1800*, Milano, Giuffrè, p. 25; A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona*, Torino, 1901.

Il progetto Manna, collocato nell'ambito di quei provvedimenti che il governo aveva domandato di essere autorizzato a realizzare (unificazione amministrativa e legislativa del nuovo Regno), veniva discusso tra il febbraio e marzo del 1865 e poi approvato e promulgato sotto forma di regio decreto 25 giugno 1865 n. 2338 Allegato G e il regolamento per l'esecuzione fu pubblicato lo stesso giorno.

Alla legge del 25 giugno 1865, n. 2338 furono apportate alcune modificazioni con la legge 10 agosto 1875, n. 2652, e altre con quella del 18 maggio 1882, n. 756. Con quest'ultima legge era data facoltà al governo di riordinare in unico testo le leggi; facendo uso di tale facoltà il governo, con decreto 19 settembre 1882, n. 1012, emanava il testo unico delle leggi sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno¹¹.

Senza dubbio, questa legge sul diritto d'autore segnò un'epoca e diede un indirizzo importante. Tuttavia la natura di tale diritto era nata in maniera controversa e un segnale ne era il fatto che tale speciale diritto di proprietà si enucleava attraverso le sue tutele. Alessandro Manzoni aveva definito, secondo una celebre espressione, la proprietà letteraria come un *traslato* che tendeva a divenire un *sofisma* quando si cercava di farne un argomento¹². Da una mera somiglianza, a suo avviso, si sarebbe costruita un'identità inesistente. Contestando la configurazione giuridica in termini di proprietà, Alessandro Manzoni evidenziava una natura diversa dei prodotti dell'ingegno umano o ricchezze immateriali. Innanzi tutto, il bene prodotto era un bene non intero, così come il diritto non rispondeva alle logiche della proprietà intesa in senso unitario: molte potevano essere infatti le ristampe della stessa opera e già questo era a suo avviso un segnale chiaro della diversità del diritto dell'autore insieme al fatto che la legge non aveva sanzionato il plagio bensì la sola contraffazione. «È sempre la *proprietà* e dico la *proprietà degli autori*, rigettata da Lei e da me, come un concetto falso e chimerico, quella su cui si fonda la supposta devoluzione al *dominio pubblico*. Cessano, dice la definizione, *d'esser la proprietà degli autori o de' loro eredi*. E non è questo un incontro accidentale e fortuito di parole. L'idea antecedente dell'essere le opere state originariamente *proprietà* degli autori, è necessaria per formare il concetto del loro esser passate nel *dominio pubblico*; giacché come mai potrebbe appartenere a questo, esser *fatto*, com'Ella

¹¹ M. AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno. Studi teorico-pratici sulla legislazione italiana in rapporto colle leggi delle altre nazioni, coi trattati internazionali e colle decisioni dei magistrati italiani e stranieri*, Torino, 1874; E. ROSMINI, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore*, Milano 1890; L. FERRARA, *L'esecuzione forzata nel diritto d'autore*, Napoli, 1904; E. PIOLA-CASELLI, *Trattato del diritto d'autore*, 2ª ed., Torino-Napoli, 1927; U. PIPIA, *Codice dei diritti d'autore*, Milano, 1927; E. VALERIO, *La nuova legge sul diritto d'autore*, Milano, 1926;

¹² A. MANZONI, *Lettera al Signor professore Girolamo Boccaccio intorno a una questione di così detta di proprietà letteraria riveduta e corretta dall'autore*, in *Opere varie* di Alessandro Manzoni, edizione riveduta dall'autore, Milano, 1870, p. 567.

dice, *cosa pubblica* ciò, che non avesse avuto antecedentemente l'essenza e i caratteri della proprietà? E ecco come i falsi concetti, nel loro corso naturalmente irregolare e capriccioso, si rivolgono alle volte contro quelli, in favore de' quali furono da principio, messi in campo»¹³. Alessandro Manzoni per contestare che vi fosse un dominio pubblico delle opere letterarie, negava la natura dominicale del diritto d'autore¹⁴. Parlava invece di un interesse legittimo che doveva essere tutelato contro speculazioni arbitrarie e poneva il problema della tutela dei lavoratori, e cioè di far avere un legittimo compenso a chi aveva lavorato, includendo nella sfera del lavoro anche la produzione creativa dell'intelletto. Non si trattava allora di costituire, come qualcuno aveva sostenuto, una situazione di monopolio o di privilegio, ma di dare una giusta retribuzione per il lavoro svolto.

2. Il delitto di contraffazione di opere letterarie: il furto di idee

Proprio all'interno della legislazione speciale sul diritto d'autore, emergeva accanto al diritto d'autore la tutela di tale diritto, ovvero la configurazione del delitto di contraffazione. Nell'ordinamento giuridico italiano tra la fine Ottocento e il primo Novecento non esisteva ancora una fattispecie di plagio nel codice penale, che invece prevedeva la contraffazione. In dottrina in realtà si tendeva ad accogliere l'idea che il plagio fosse un'ipotesi più grave della contraffazione, o meglio, tenendo «presente la profonda separazione tra diritti personali e quelli di sfruttamento economico dell'opera, si è detto che la contraffazione attenta a questi ultimi, mentre il plagio viola i diritti personali, usurpando l'idea dell'autore, non nel senso di sottoporla alla elaborazione, ma fino al punto di farla passare come propria»¹⁵ seguendo la dottrina e legislazione tedesca per la determinazione del plagio¹⁶.

Uno dei principali problemi relativi alla contraffazione delle opere letterarie era quello di delineare il confine tra liceità ed illiceità della condotta posta in essere. Si riteneva infatti che le opinioni, le idee contenute all'interno di un'opera, una volta pubblicate diventassero patrimonio pubblico e chiunque potesse usarle come credeva anche impiegandole co-

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ S. CENTOFANTI, *Sulla proprietà letteraria*, in *Annali di Giurisprudenza*, vol. I, ann. 1841, pp. 350 e 351, ricorda invece la natura di diritto naturale di proprietà della posizione dell'autore rispetto alla sua opera. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, 1893, Book 2, Chap. 26 num. 8. « It being then a present to public, like building a church, or bridge, or laying out a new highway. ». R. GODSON, *The Law of Patents for Inventions and of Copyright*, London, 1832; A. NIONS, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris, 1846, p. 52; A. GASTAMBIDE, *Traité Théorique et pratique des contrefaçons en tous genre de la propriété*, Paris, 1837; E. BLANC, *Traité des contrefaçons en tous genres et de sa poursuite en justice*, Paris, 1855.

¹⁵ N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., vol. II, p. 574.

¹⁶ Art. 4 della Convenzione italo germanica 20 giugno 1884 e art. 8 della Convenzione di Berna, sostituito dall'art. 10 della Convenzione di Berlino.

me spunto per una ricerca originale. Stabilire dunque che in un libro vi fosse qualcosa di veramente nuovo era difficile, visto che spesso un'idea nuova non è altro che il rimaneggiamento di un'idea antica¹⁷. La legge aveva dunque consentito la libera utilizzazione delle idee, opinioni e dottrine altrui, come anche lo sfruttamento delle opere facendo ricorso al sistema delle citazioni. Nonostante i molteplici interventi normativi, restava tuttavia incerta la determinazione della fattispecie del plagio¹⁸ e l'eventuale sanzione.

In effetti, solo in tempi relativamente recenti comincia a delinearsi una concezione di plagio, che significava «copiare senza citare il vero autore»¹⁹. Nella normativa di fine secolo, cioè nella seconda metà dell'Ottocento non ricorreva la fattispecie del plagio bensì quella di contraffazione. Questo delitto, disciplinato sulla base della tutela prescritta in linea generale dal codice civile e in particolare dalla legislazione speciale per il diritto d'autore, era poi stato previsto dal codice penale del 1889 che agli artt. 296-297 sanzionavano la messa in commercio di opere dell'ingegno o prodotti dell'industria con nomi o marchi alterati o contraffatti²⁰. Mentre le usurpazioni di pensieri o di piccoli periodi erano censurabili solo sul piano del cosiddetto galateo letterario, questi comportamenti non erano sanzionabili se non nell'ipotesi di contraffazione totale o parziale dell'opera copiata. La legge del 1865 e le successive modifiche sanzionavano all'art. 40 solo la trascrizione di uno o più brani fatta con lo scopo apparente di riprodurre una parte dell'opera altrui per trarne lucro. Perché il plagio fosse punito dovevano ricorrere due condizioni: innanzi tutto occorreva l'usurpazione dei caratteri essenziali e individuali dell'opera e poi lo scopo di sfruttare il valore commerciale

¹⁷ B. BRUGI, *Illecita appropriazione di idee altrui e diritti d'autore*, in *Rivista del diritto commerciale*, 7, 1910, pp. 125 e ss.

¹⁸ B. BRUGI, *Illecita appropriazione di idee altrui e diritti d'autore*, cit., p. 122; M. BUTEAU, *Le droit de critique en matière littéraire: dramatique et artistique*, Paris, 1910; D. GIURIATI, *Il plagio e furti letterari, artistici e giuridici*, Milano, 1903; J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftenwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907; F. A. SALVADORE, *Il plagio e i diritti d'autore*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1914, II, pp. 638-651; E. PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione nel diritto interno italiano comparato col diritto straniero*, Napoli-Torino Marghieri, 1927;

¹⁹ P. BENEDUCE, *Paura di copiare. Derive e stati d'eccezione dell'autore proprietario*, in *Afferrare l'inafferrabile*, cit., p. 209, riconduce la definizione a Fichte. ID., *Autore proprietario. Per una storia dei diritti dell'ingegno alle origini dell'Italia liberale*, in *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Bologna, 1995, pp. 425-469; ID., *Il corpo eloquente*, Bologna, 1996, pp. 291-396; ID., *Privilegi e diritti dell'autore nel pensiero economico-giuridico nella prima metà dell'Ottocento in Italia*, in *Das Privileg in europäischen Vergleich*, a cura di B. Dolemeyer, H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 1997, pp. 401-418.

²⁰ Art. 296. «Chiunque contraffà o altera i nomi, marchi o segni distintivi delle opere dell'ingegno, ovvero dei prodotti di qualsiasi industria, o fa uso di tali nomi, marchi, o segni contraffatti o alterati, ancorché da altri, è punito con la reclusione da un mese a due anni e con la multa da lire cinquanta a cinquemila. Alla stessa pena soggiace chi contraffà o altera i disegni o modelli industriali, o fa uso di tali disegni o modelli contraffatti o alterati, ancorché da altri. Il giudice può ordinare che la sentenza di condanna sia inserita in un giornale, da lui designato, a spese del condannato». Art. 297. «Chiunque introduce nello Stato per farne commercio, pone in vendita, o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti di qualsiasi industria, con nomi, marchi o segni distintivi contraffatti o alterati, ovvero con nomi, marchi o segni distintivi atti a indurre in inganno il compratore sull'origine o sulla qualità dell'opera o del prodotto, è punito con la reclusione da un mese a due anni e con la multa da lire cinquanta a cinquemila».

dell'opera contraffatta. Su tale reato, restano significative le considerazioni di Carmignani e di Carrara²¹, che in particolare lo considerava il delitto dello scrittore, ladro di idee. Il plagio dunque fino alla legge del novembre 1925, non poteva essere sanzionato penalmente se non nelle ipotesi descritte dall'art. 40, e aveva, nella legislazione vigente fino a quel momento, una disciplina giuridica meno efficace rispetto a quella della contraffazione. Il reato di cosiddetto plagio letterario (art. 5 disp. di coordinamento per il cod. penale) fu infatti sancito dal r. decr. legge 7 novembre 1925, n. 1950 sui diritti di autore, che al capo 5° (Sanzioni penali e misure cautelari), art. 61, dichiarava che: «Salve le maggiori pene stabilite dal codice penale e da altre leggi, è punito con la multa da lire 500 a 10.000 chiunque abusivamente, con qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, riproduce, pubblica o diffonde, con o senza modificazioni, un'opera altrui, e chiunque introduce o mette in vendita nel Regno gli esemplari illecitamente prodotti. Se il reato è commesso su opera non destinata dall'autore alla pubblicità, ovvero con usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deturpamenti dell'opera che offendono la reputazione o i sentimenti dell'autore, la pena è della multa non inferiore a L. 5000».

3. Il diritto all'onore, alla reputazione e il diritto d'autore

Lo Statuto albertino riconosceva una serie di libertà ai cittadini, tra le quali figurava senza dubbio la libertà di stampa²², ma non vi era il riconoscimento del corrispondente diritto all'onore o alla reputazione. Se la proprietà era stata prescritta come inviolabile²³, e considerato che, nella disciplina codicistica il diritto d'autore aveva senza dubbio un contenuto dominicale, tale diritto era tutelato e protetto come un'ulteriore proiezione del concetto di proprietà, nella sua dimensione di libertà. Peraltro, nello Statuto si parlava di tutte le proprietà come inviolabili, usando non a caso il plurale: secondo il Commento allo Statuto di Racioppi e Brunelli, in questa norma lo Statuto abbandonava la sobrietà di linguaggio che gli era propria quasi «temesse» di non riuscire ad essere sufficientemente chiaro ed esplicito:

²¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Napoli 1854; F. Carrara, *Programma*, II, Lucca 1875, p. 591 segg.; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, V, 2ª ed., Torino, 1892, p. 609 ss.

²² Art. 28. - La Stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi. Tuttavia le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiere non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo.

²³ Art. 29. - Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi.

«Trattisi di un terreno o di una fabbrica, d'un quadro o d'un libro...d'un bene utile o inutile, corporale o incorporale, di una cosa o di un'azione, la guarentigia è sempre identica e come non può offenderla il privato, così nemmeno il Governo, salvi i casi e i modi previsti dalle leggi. Anche la proprietà letteraria, industriale, artistica, ha le stesse doverose tutele»²⁴.

La complessità della nozione di proprietà emergeva anche attraverso la disciplina del diritto d'autore, diritto che già di per sé mal si riconduceva a tale sistemazione unitaria: il titolare del diritto, o *dominus*, era sottoposto ad una serie di varianti nelle tutele che già questo poteva apparire sufficiente per ritenere che esso non rientrasse affatto nell'immagine di proprietà individuale statica ed immutabile che si rifletteva nell'idea di *unum dominium*²⁵. Già i commentatori dello Statuto, constatando le difficoltà definitorie riscontrate rispetto alla proprietà, giustificavano la scelta dello Statuto nel timore di non riuscire ad essere esplicito, di non riuscire ad abbracciare tutte le tipologie di proprietà, anche quelle, si aggiungeva che in fondo, non erano forme di proprietà «nel senso vero e proprio di questa parola». Quasi a voler dire al lettore di prestare bene attenzione, perché la proprietà letteraria, artistica e industriale non rientravano veramente nella fattispecie della proprietà ottocentesca²⁶.

Sul piano normativo, sicuramente la tutela del diritto d'autore in Italia si legava all'istituto della proprietà²⁷: il codice civile sabaudo del 1837 collocava la tutela della proprietà intellettuale subito dopo quella della proprietà e l'art. 436 del codice civile del 1865 sanciva che «La proprietà è il diritto di godere, e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi, o dai regolamenti». Subito dopo, l'art. 437 dichiarava che «Le produzioni dell'ingegno umano son proprietà dei loro autori sotto l'osservanza delle leggi e dei regolamenti che vi sono relativi»²⁸. Le difficoltà ad inqua-

²⁴ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, vol. II, p. 167.

²⁵ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli della sistemazione post-unitaria della proprietà* in *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-77, t. I, p. 241.

²⁶ *Ibidem*, p. 168.

²⁷ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli della sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., pp. 16 e ss.; ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 370; ID., *Trasformazioni dominicali*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di Mattei, Reviglio, S. Rodotà, Bologna, 2007, pp. 97 e ss.; P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini*, 5-6, cit., t. II, pp. 861 e ss.

²⁸ Nella scelta di includere nel codice Albertino la tutela del diritto d'autore sotto forma di principio generale, all'interno del lavoro della una commissione, un ruolo importante spettò a Sclopis, su cui cfr., G.S. PENE VIDARI, *Sclopis di Salerano, Federigo*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, p. 1840; L. MOSCATI, *Modelli costituzionali nel pensiero di Federigo Sclopis*, in *Clio*, 21, 1985, fac. 4, pp. 563-581; ID., *Federigo Sclopis e il diritto d'autore tra dottrina e giurisprudenza*, in *Sapere accademico e pratica legale tra antico regime e unificazione nazionale*, Genova, 2009, pp. 220-245; L. MOSCATI, *Sclopis di Salerano, Federico Paolo*, in *Juristen. Ein biographisches Lexicon*, hrsg. M. Stolleis, München, 1995, pp. 554-55; L. MOSCATI, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale*, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, textes réunis par B.

drare la proprietà intellettuale e letteraria con le conseguenti tutele emergevano a più riprese: non solo sul piano definitorio, ma soprattutto sul piano delle tutele e delle azioni da intraprendere, si potevano notare non poche contraddizioni. La natura incorporale o immateriale²⁹ di tale diritto, rendeva ancora più complicata la ricostruzione scientifica e la tutela processuale di un diritto che presentava tratti originali e creava problematiche nuove.

4. *L'actio iniuriarum: la libertà di manifestazione del pensiero e l'azione restitutoria in memoria di Giovanni Pascoli*

In una causa piuttosto famosa, si difendeva dall'accusa di plagio la memoria di Giovanni Pascoli, per l'opera antologica *Fior da Fiore*, cogliendo l'occasione per sostenere la natura diffamatoria dello scritto in cui Morandi lo definiva un *copiatore* ovvero lo accusava, nella sostanza, di plagio. La causa che vide protagonisti Giacomo Venezian nel ruolo di avvocato e la sorella di Pascoli, Maria, può essere considerata emblematica della difficile emersione del diritto d'autore e della tutela del diritto all'onore. Si trattava di due diritti relativamente nuovi, che in questa causa si presentano intrecciati alla libertà di stampa e di manifestazione del pensiero. Si tratta anche di un caso in cui la dottrina raccoglieva un'esigenza sociale di tutela andando in una direzione diversa rispetto a quella giurisprudenziale e legislativa, tentando di condurre la giurisprudenza verso nuovi sentieri e nuove modalità di applicazione del diritto andando ad allargare il concetto di restituzione.

La sorella di Giovanni Pascoli si rivolgeva a Venezian, avvocato, per difenderne la dignità e onorabilità di poeta, gravemente lesa dallo scritto di Morandi. Nella sua richiesta di azione civile per diffamazione, Venezian non domandava il risarcimento del danno, ma il solo accertamento dell'offesa e la pubblicità della sentenza sui principali giornali e mezzi di informazione. L'azione civile promossa sarebbe stata prodotta dal reato di diffamazione, anche se la sorella del Poeta non aveva querelato Morandi e non aveva domandato il risar-

d'Alteroche, Paris, 2009, pp. 747-64; L. MOSCATI, *Sul diritto d'autore tra Codice e leggi speciali*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli, 2001, pp. 497-527; ID., *Alle radici del droit d'auteur*, in http://www.sistordir.it/public/upload/40_Alle%20radici%20del%20Droit%20d%E2%80%99auteur.pdf; E. FUSAR POLI, *Forma giuridiche dell'immateriale. Creazioni dell'intelletto e vis poetica del diritto*, in *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè Torino, 2012, pp. 127-128; U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010. In generale, sul processo di codificazione civile cfr. R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, 2012, www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-codificazione e Id., *Dans l'ordre établi par le Code civil, La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, 2002.

²⁹ G. TURELLI, 'Res incorporales' e 'beni immateriali': categorie affini ma non congruenti, in *Afferrare l'inafferrabile*, cit., pp. 70 e ss.; ma cfr. soprattutto la sua lettura dell'interpretazione di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I tr. it. A cura di C. Fadda, P. E. Bensa, Torino, 1886, da cui si evince l'effettiva distanza tra 'res immateriales' e quella moderna di beni o cose incorporali.

cimento del danno, bensì una serie di azioni di tipo restitutorio che avrebbero poggiate sulla titolarità della parte offesa dal danno dato di un'*actio iniuriarum*. L'*actio iniuriarum* consentiva a chi la proponeva di chiedere al magistrato la repressione di tutti i fatti lesivi della sua personalità³⁰. Secondo Venezian infatti «si va facendo sempre più forte la tendenza ad ammettere la riparazione pecuniaria del danno morale che esprime il determinarsi progressivo nella coscienza della possibilità di un'uguaglianza fra un bene materiale e un bene morale»³¹. Il Venezian civilista proponeva un'interpretazione del danno e delle sue conseguenze piuttosto innovativa, seguendo una strada che consentiva un ampio collegamento tra fattispecie penale e civile in materia di danno, specie quando il bene oggetto di lesione fosse morale. Se il diritto di critica infatti era quasi illimitato sull'opera letteraria o artistica, doveva arrestarsi nei confronti dell'autore ad imitazione di quanto si era affermato nella giurisprudenza francese coeva in materia penale³². Non era necessario inoltre che fosse nominato l'autore vittima degli attacchi ingiuriosi ma era sufficiente che questi fosse chiaramente identificabile³³. In base alla dottrina, era indifferente proporre l'azione penale o civile, ed anzi in Italia era prevalsa l'opinione che la via civile fosse da preferirsi in tutti i casi in cui si volesse evitare la diffusione della notizia della diffamazione o dell'ingiuria. Inoltre, il codice di procedura penale del 1913, pur prevedendo all'art. 8 che l'azione civile potesse essere esercitata congiuntamente a quella penale, all'art. 9 prescriveva che se fosse partita prima l'azione penale e fosse in corso, non era possibile promuovere (o proseguire) l'azione civile. Il che spiega le ragioni per cui dopo la riforma del processo penale del 1913 la dottrina si fosse orientata a prediligere l'azione civile, oltre che per tutelare maggiormente la riservatezza delle parti coinvolte. Si deve inoltre precisare che in dottrina si era ulteriormente sostenuto

³⁰ N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., vol. 2, p. 507. R. JHERING, *Rechtsverletzungen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, XXII, 1885, p. 155 e 313 e ss.; A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1909, p. 37; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, vol. I, p. 563.

³¹ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 563. M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 121, il quale parla di «patrimonialità di un pregiudizio...come dispositivo socialmente evolutivo» e non come criterio meramente descrittivo.

³² N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., p. 508; *Gazette des Tribunaux*, Tribunal correctionnel de Paris, 2 gennaio 1869: il 7 novembre 1868 il giornale letterario *La Veilleuse* pubblicava un articolo intitolato *Mémoires de Mlle Schneider*, nel quale vi erano parole chiaramente offensive per la reputazione e l'onore della Schneider e diffamatorie. Il tribunale correzionale si dichiarò competente per il reato di diffamazione, e ricorda come mentre la natura delle attività delle persone di teatro avevano carattere pubblico, sicuramente la loro vita privata non lo era e si poteva tutelarla dagli attacchi della stampa. Il giornale aveva in sostanza pubblicato delle memorie della Schneider a suo nome, facendo credere al pubblico che le avesse scritte di suo pugno, cosa evidentemente falsa. In esse la Schneider ricordava come l'origine delle sue fortune fosse stata una vita di relazione particolarmente disinvolta, e ciò danneggiava particolarmente la vittima. L'autore dell'articolo come anche il proprietario del giornale venivano entrambi condannati per diffamazione.

³³ M. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Colmar, 1846, vol. I, pp. 343 e ss.; L-A-L. DE GRATTIER, *Commentaire sur les lois de la presse et de tous les autres moyens de publicité*, Paris, Librairie de jurisprudence d'Alphonse Delhomme, 1847.

come le eccezioni di cui agli articoli 6 e seguenti del codice di procedura penale e quindi il fatto che l'azione penale fosse pregiudiziale a quella civile, valevano solo per i reati ad azione pubblica (perseguibili d'ufficio) e dunque in molti casi si sosteneva la perseguibilità del giudizio civile, nonostante il procedimento penale in corso. La questione si pose in Italia per la prima volta, sembra, in una causa in cui il reato di diffamazione giornalistica era stato consumato ai danni di un famoso uomo politico, difeso da Emanuele Gianturco, che scelse appunto la sola via civile e non quella penale della querela³⁴.

La famosa causa Pascoli contro Morandi, riprendeva le stesse tematiche. Maria Pascoli infatti, non chiedeva la riparazione pecuniaria per i danni che erano derivati dalla "nota ingiuriosa" dell'autore Morandi alla memoria del fratello Giovanni, ma domandava la soppressione della nota e la pubblicazione della sentenza su cinque giornali. I giudici di *prime cure* adottarono tale risoluzione, limitando alla fine la pubblicazione della sentenza ad un solo giornale, senza tenere conto delle obiezioni relative all'incompetenza per materia del giudice adito.

Il processo traeva le mosse da alcuni fatti che si erano verificati qualche tempo prima, ed avevano condotto Morandi ad accusare Giovanni Pascoli di contraffazione, che, ai sensi dell'art. 40 L. 19 settembre 1882, era tale quando la trascrizione di uno o più brani era fatta con l'apparente fine di riprodurre una parte dell'opera di altri a scopo di lucro.

L'antologia di *Lettere educative facili e piacevoli proposte alle scuole* di Luigi Morandi, viene pubblicata nel 1912 a Città di Castello con una prefazione dell'autore del 15 agosto 1912. In questa prefazione, lo stesso Morandi, dopo aver ammesso che un canto popolare boemo, ritoccato da altro autore, cioè Teza, era stato destinato alla raccolta *Prose e poesie*, ed era poi stato inserito in numerose altre raccolte pubblicate dal 1892 in poi, scriveva che:

«Uno di coloro, e non era un ignoto, che se lo appropriarono senza permesso, mise pure nella raccolta più di trenta altri passi tolti dalla mia, spesso alterandone ed anche guastandone i titoli, tanto per non parere. Tra questi passi, quasi tutti non entrati mai in altre antologie, e la maggior parte di scrittori, per esempio il Raiberti e il Cabelli, che nessuno aveva mai pensato a mandare per le scuole, ce n'è di più che ritoccati, come quello del Teza, ce n'è quattro che avevo avuti inediti dal Bonghi, e ci sono sette ottave di un poeta allora sconosciuto fuori della sua provincia nativa, tolte da un poemetto che ne ha novanta»³⁵.

³⁴ N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., vol. II, p. 509.

³⁵ *Corte d'Appello di Roma*, udienza 29 luglio 1915, Morandi c. Pascoli, in *Il foro italiano*, *Giurisprudenza civile e commerciale*, col. 1231.

Morandi denunciava che la scelta delle ottave, da lui fatta dopo giorni di attento esame, era la stessa che aveva poi compiuto colui che viene solo nominato come il contraffattore. Maria Pascoli, convinta che la nota alludesse a suo fratello, morto pochi mesi prima e cioè il 6 aprile 1912, inizialmente scriveva una lettera in data 12 giugno 1913 allo stesso Morandi invitandolo a ritirare le offese, poi, preso atto del suo rifiuto, lo citava in giudizio con atto del 7 settembre 1913, di fronte al Tribunale di Roma. Nella sua citazione, redatta da Venezian, si ribadiva l'originalità delle due raccolte di Pascoli, *Fior da fiore* e *Sul limitare*, e si chiedeva, dato l'interesse ad agire della sorella del defunto poeta in qualità di sua erede, la restituzione dell'onore leso con la negazione delle accuse e la distruzione della nota diffamatoria, che in altre successive edizioni era stata ulteriormente arricchita di accuse, giustificate da Morandi con la necessità da parte sua di scagionare se stesso dall'accusa di contraffazione o plagio, e cioè di aver copiato egli per primo.

Il giudice delegato della prima sezione del Tribunale di Roma, con sentenza del 13-20 maggio 1914, ammise l'istanza di Maria Pascoli anche a prescindere da una richiesta di risarcimento del danno, in quanto ai fini riparatori invece del denaro chiedeva, legittimamente, la distruzione della nota diffamatoria.

La diffamazione costituiva illecito civile con conseguenze sia in caso di colpa che di dolo, a differenza della diffamazione in ambito penale, (c.p. artt. 313 e ss.), dove la stessa era punita solo se perpetrata dolosamente. La richiesta di soppressione, che avrebbe dovuto essere ordinata dal giudice, della nota di Morandi viene dichiarata irrituale non essendo accompagnata dalla domanda di risarcimento del danno, il che avrebbe reso inutile o vano l'ordine impartito a Morandi, che avrebbe potuto non eseguirlo senza sanzione. Non si chiedeva alla Corte di sopprimere la nota, il che avrebbe potuto trovare un ostacolo nella libertà di stampa, ma di ordinare a Morandi di toglierla. La condanna a sopprimere le dichiarazioni diffamatorie o ingiuriose, rappresentava sicuramente la via migliore e maggiormente efficace per le offese all'onore compiute a mezzo stampa, ed era quella che meglio si avvicinava al concetto di riparazione, rimuovendo così la fonte che era in grado di rinnovare l'offesa. La difesa di Maria Pascoli chiedeva infatti la condanna di Morandi alla distruzione della nota, alle spese legali e la pubblicazione della sentenza su cinque giornali.

Questa causa affronta molte problematiche giuridiche nuove: accanto alla definizione del diritto d'autore e della contraffazione, troviamo questioni adiacenti, come quella della libertà di stampa e del diritto all'onore e alla reputazione e quindi della diffamazione o in-

giuria³⁶. Il giudice di prime cure riteneva che l'accusa di violazione del diritto d'autore mediante contraffazione da parte di Morandi nei confronti di Pascoli fosse chiara e ben comprensibile ma che per accertarla occorresse l'opera di un perito, cosa che venne fatta. Infatti l'antologia era un'opera piuttosto particolare, la cui contraffazione richiedeva l'appropriazione degli elementi suoi caratteristici. Questa sentenza veniva appellata da Morandi ed in via incidentale da Maria Pascoli, e la Corte ammetteva innanzi tutto l'esistenza di precisi e chiari riferimenti alla figura del poeta da poco scomparso, anche se, nella nota diffamatoria, non si faceva alcun cenno al suo nome. La designazione della persona offesa dunque c'era ed era la sorella del poeta, anche se la diffamazione era avvenuta non rispetto al grande pubblico, non certo in grado di cogliere le allusioni di Morandi, ma rispetto ad un ristretto gruppo di esperti.

Inoltre, la Corte d'appello individuava nella nota di Morandi una vera e propria accusa di contraffazione (non plagio, né mera copiatura). Peraltro l'accusa di plagio, nel caso di antologie, non avrebbe potuto sussistere, essendo già, per sua natura, l'antologia una compilazione, una raccolta di passi di opere altrui. Il compilatore infatti non aveva prodotto con l'ingegno suo tali passi e dunque non poteva pretendere l'applicazione della tutela del diritto d'autore mancando il requisito principale di tale tutela e cioè un'opera di creazione in quanto il compilatore non era autore dei passi. Ciò che aveva il diritto di essere tutelato nelle antologie dunque era il modo in cui venivano "assemblate" le scelte compiute. Non vi era dunque un diritto di esclusiva relativamente ai passi scelti ma bensì un diritto sui criteri direttivi della scelta.

Così «I criteri generali della scelta, ispirati al fine grammaticale, filologico, estetico, morale, storico, ed altro, per rendere proficua allo scopo didascalico la compilazione essendo il prodotto dell'ingegno personale dell'autore, generano il diritto dell'autore»³⁷. I criteri per giudicare se vi era contraffazione nel caso delle antologie erano due: innanzi tutto il numero ovvero la quantità dei passi identici riprodotti e quindi il criterio organizzativo e l'appropriazione delle finalità e del piano organico dell'opera copiata.

Il profilo quantitativo secondo la corte portava con sé quello di tipo qualitativo. Tuttavia, come bene Venezian faceva notare, i passi citati in comune erano tanti ma anche molto famosi, citatissimi in molte altre antologie precedenti anche a quella dello stesso Mo-

³⁶ In questa sede si tratteranno principalmente gli aspetti inerenti al diritto d'autore e alle sue tutele. Per quanto riguarda la libertà di stampa, cfr. V. CASTRONOVO, *La stampa italiana dall'Unità al fascismo*, Roma-Bari, 1973.

³⁷ *Corte d'Appello di Roma*, udienza 29 luglio 1915, Morandi c. Pascoli, in *Il foro italiano*, *Giurisprudenza civile e commerciale*, cit., col. 1240.

randi e dunque il dubbio avrebbe riguardato solo pochi passi e autori. Mentre la difesa di Morandi sosteneva che la contraffazione fosse originata proprio dalla copia fatta da Pascoli il quale avrebbe riprodotto gli stessi errori di stampa dell'antologia di Morandi, la Corte d'appello, dichiarandosi del tutto libera dalla inutile perizia disposta dal tribunale di Roma, si pronunciava assolutamente contraria a tali dichiarazioni e alle perizie, andando direttamente a leggere brano per brano quali fossero tali copiatore e non riscontrando i medesimi errori come invece dalla difesa del Morandi segnalato.

«Non occorre infatti l'opera di un perito e anche meno di un critico illustre per constatare come esistano sovente notevoli differenze ortografiche»³⁸.

Infondata appariva inoltre anche l'altra obiezione che era stata mossa e cioè quella secondo la quale Morandi sarebbe stato il primo ad avere avuto l'idea di inserire nell'antologia traduzioni di opere straniere, visto che era già stato fatto in passato e che comunque Pascoli ne aveva introdotte molte di più e in traduzioni per lo più sue.

Quanto al Teza, non avrebbe ceduto il suo diritto d'autore a Morandi ma lo avrebbe solo autorizzato ad usare un suo canto, cosa fatta poi anche con altri compilatori. L'art. 7 della legge del 1882 conferiva il diritto esclusivo di riproduzione a colui che avesse ideato un'opera composta da parti distinte ma talmente coordinate tra loro da formare un'opera sola. Questo articolo si riferiva però solo alle opere compiute in collaborazione tra più autori sotto la direzione di una persona che non partecipava di solito alla creazione delle singole parti. Inoltre, lo stesso Pascoli avrebbe chiesto a Teza l'autorizzazione all'impiego di tale canto, che l'autore aveva ovviamente dato. Morandi aveva prodotto a questo proposito una lettera di altro compilatore cui Teza aveva negato l'autorizzazione all'impiego di suoi scritti, dichiarando di averne ceduto ad altri i diritti. Ammesso che Teza dicesse il vero, aveva autorizzato Pascoli senza fargli parola di tale cessione e Pascoli era senz'altro in buona fede nel non esserne a conoscenza.

La legge sul diritto d'autore non vietava la riproduzione di parti sia pure minime dell'opera altrui che non fossero in grado di sostituirsi all'opera in concreto tanto da non valesse più la pena di comprarla. Riproduzioni di porzioni minime infatti, potevano anzi valorizzare l'opera e indurre il lettore dell'antologia ad acquistarla. Ciò che la Corte d'appello evinceva dall'analisi dei testi è che vi fosse un'opera di analisi critica ma non creativa nella realizzazione delle antologie in questione. Sull'analisi critica non vi era alcuna possibilità di

³⁸ *Corte d'Appello di Roma*, udienza 29 luglio 1915, Morandi c. Pascoli, in *Il foro italiano*, *Giurisprudenza civile e commerciale*, col. 1241.

tutela, anche perché i testi usati restavano di proprietà dei loro autori e inoltre una tutela di questo genere avrebbe comportato impedire il progresso degli studi e lo sviluppo della migliore esegesi dei testi. Morandi peraltro non era nuovo a questo approccio di protezione estrema delle sue opere: in precedenza aveva mosso anche a tale Canonico, autore di un'antologia molto simile alla sua, lo stesso genere di accuse. In tale caso aveva visto riconosciute le sue ragioni. Alla fine, la Corte d'appello decideva di accogliere in linea di massima quanto proposto dalla difesa di Maria Pascoli, ordinando la pubblicazione della sentenza su un solo giornale, cioè «Il Marzocco» e la distruzione della nota contenuta nell'antologia di Morandi.

La vicenda tuttavia ebbe ulteriore esiti e una certa notorietà se si pensa che se ne trovava ampia trattazione in uno dei principali trattati sul tema del diritto d'autore³⁹. In effetti, la Corte di Cassazione, presieduta da Mortara, alla fine decideva in maniera diversa rispetto ai due precedenti gradi di giudizio. Nei reati ad azione privata, pur dichiarando che fosse indifferente se si procedeva per via civile o penale, una volta scelta l'azione civile, questa doveva restare entro i confini di tipo patrimoniale definiti dall'art. 1151 del c.c. Era quindi possibile chiedere o il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1151 c.c., o la restituzione e la riparazione pecuniaria ai sensi degli artt. 38 e 7 del codice di procedura penale⁴⁰. La Cassazione inoltre decideva che la restituzione, nei reati contro l'onore, non fosse possibile. Alfredo Ascoli, che patrocinava in Cassazione la causa, era anche l'autore di una nota a sentenza pubblicata nel *Foro italiano*, dove lodava l'indirizzo dottrinale abbracciato da Venezian e portato avanti nei primi due gradi di giudizio, sostenendo che sul piano scientifico era corretto. Tuttavia la pratica forense andava in altra direzione rispetto alle ricostruzioni dottrinali, e questo era il prezzo che si pagava nell'andare *contro corrente*⁴¹.

In particolare Alfredo Ascoli riteneva contestabile la scelta della Cassazione per varie ragioni. Innanzi tutto una restituzione, sia pure parziale era sempre possibile nei reati a carattere permanente ovvero quando il reato, pur perfezionandosi con un certo atto, si ripeteva in uno stato di cose permanente, come nel caso del libro diffamatorio che seguitava a circolare diffondendo la diffamazione presso il pubblico a ogni copia venduta. La distruzione dello stato di cose dannoso era pur sempre una restituzione. Analogamente era considerata infatti come restituzione, e tenuta nettamente distinta dal risarcimento dei danni, la

³⁹ N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Torino, Utet, 1917, vol. II, pp. 509 e ss.

⁴⁰ *Corte di Cassazione di Roma*, Udienza 5 aprile 1916, Morandi (Grisostomi)c. Pascoli (Ascoli), in *Il Foro italiano*, 1916, I, p. 785.

⁴¹ N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., II, p. 510.

distruzione di un'opera fatta in violazione di un obbligo di non fare ex art. 1222. Più in generale restituire era considerato riportare una certa situazione allo *status quo ante*. La contrapposizione tra restituzione e risarcimento era, ad avviso di Ascoli, tutta formale: nella sostanza, la restituzione era una restituzione in natura, mentre il risarcimento era un tipo di restituzione economica, in denaro. Questa sola era la differenza, e in ciò si ravvisava la "contrapposizione", ai sensi degli artt. 37 e 38 c.p.⁴², 7 e 430 c.p.c., ed era contenuta, senza essere apertamente formulata, negli artt. 1222⁴³ (distruzione e risarcimento) e 1165⁴⁴ (adempimento, scioglimento del contratto e risarcimento) del codice civile.

La Corte d'Appello di Roma, nella sentenza del 29 luglio 1915 aveva infatti identificato risarcimento e riparazione, con una motivazione che restava valida nonostante la decisione della Cassazione romana. La motivazione usata era la seguente: «Né si può negare che la condanna a sopprimere lo stampato rappresenta nelle offese all'onore compiute con la stampa la forma di riparazione che meglio di ogni altra si avvicina al *concetto scientifico del risarcimento*»⁴⁵.

Punto di partenza di Venezian, a proposito del danno nel caso dell'onore e più in generale del danno al di fuori del contratto era il concetto di torto, non a caso ripreso dalla impostazione data da Blackstone nei suoi Commentari, in cui distingueva i torti civili da quelli criminali: nella l'influenza di Blackstone⁴⁶ è forte laddove si congiungono nella teoria dei torti tutti i fatti giuridici, al di fuori dei contratti, che davano luogo al risarcimento. Il torto in questa dottrina era il fatto contrario al diritto, ogni attività dell'individuo che si collocava fuori dai confini del diritto⁴⁷. Il concetto di torto era antitetico al diritto come la parola ingiuria è antitetica a giure: secondo Venezian con l'impiego del concetto di torto si poteva illuminare tutta la teoria del risarcimento e soprattutto quella del risarcimento fuori

⁴² Art. 37 c.p.: «La condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento dei danni (ex art. 1151 c.c.)». Art. 38: «Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione»

⁴³ Art. 1222: «Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento del danno».

⁴⁴ Art. 1165: «La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto...La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente».

⁴⁵ Corte d'Appello di Roma, udienza 29 luglio 1915, cit., col. 1284. Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

⁴⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, London, Strahan, 1825, B. 4, Wrongs.

⁴⁷ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, Athenaeum, 1919, p. 2.

dai contratti, come quello che atteneva a diritti primari e non aveva rapporti con istituti giuridici derivati.

La Cassazione romana cassava la sentenza della Corte d'appello, senza rinvio, respingendo l'interpretazione dottrinale dominante secondo la quale era da considerarsi in termini di restituzione anche la richiesta di soppressione della nota ingiuriosa. Premesso infatti che la *causa petendi* era l'ingiuria e il *petitum* era dato dalla soppressione della nota e relativa pubblicità, ad avviso della Cassazione si era nell'ambito della riparazione pecuniaria conseguente al reato di ingiuria o diffamazione. Mentre la Cassazione riconosceva la possibilità per la parte offesa di agire solo in via civile, essa riaffermava che ai sensi del combinato disposto degli articoli 1151 del codice civile, 7 del codice di procedura penale, e 39 del codice penale, i delitti contro la persona e l'onore, producevano azione civile, anche in capo agli eredi, per riparazione pecuniaria. Data la natura patrimoniale dell'azione, la richiesta presentata dalla difesa di Maria Pascoli era del tutto al di fuori dello schema previsto dal legislatore in quanto l'ordine della soppressione era materia appartenente alla giurisdizione penale ed era obbligatoria quando il reato di ingiuria o diffamazione fosse stato accertato.

Mentre la Corte d'appello aveva condannato Morandi a sopprimere egli stesso la Nota ingiuriosa in esecuzione di un obbligo di non fare, la Cassazione romana, presieduta da Mortara, segnalava che solo il giudice penale avrebbe potuto condannare alla distruzione di uno scritto: la libertà di stampa era infatti un principio consacrato nello Statuto albertino. La stampa era libera perché la libertà di manifestazione del pensiero era *diritto congenito*, e dunque prevalente.

Al di là delle considerazioni su come la questione era finita, la causa di Morandi contro Pascoli aveva dato inizio ad un dibattito molto intenso e interessante su questioni apparentemente distinte ma al contrario connesse, come il diritto d'autore e le sue tutele, la libertà di stampa e il diritto all'onore e alla reputazione.

ROCCO FAVALE

Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria

Sommario: 1. La mappatura delle forme nella codificazione civile unitaria del 1865. – 2. Il grado di resistenza delle forme negoziali prescritte dall'art. 1314 c.c. L'opposta visione fra la Cassazione di Torino e la Cassazione di Firenze. La dottrina mite – 3. L'avvento della dottrina formalistica. Il riordino del sistema delle forme negoziali. – 4. Il silenzio del codice civile del 1865 sulle forme convenzionali. – 5. Il modello vigente dell'art. 1352 c.c. – 6. La rinascita del formalismo a fonte legale nel sistema del codice vigente.

1. *La mappatura delle forme nella codificazione civile unitaria del 1865*

Il sistema delle forme dei negozi giuridici esistente al tempo della codificazione civile unitaria del 1865¹ è governato dal principio di libertà². Le parti sono libere di adoperare la veste che ritengono più adatta per avvolgere l'operazione negoziale posta in essere per regolare i propri interessi³.

¹ Nell'editoriale, P.S. MANCINI, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, p. VII s., sottolinea come «la pubblicazione [...] de' Codici non è l'abolizione della Scienza del Diritto, ma un passo innanzi nella via delle sue manifestazioni progressive». Tuttavia mette in rilievo che «mentre in Francia non trascorre alcun anno, senza che il suo Codice Civile, ormai tanto commentato ed interpretato, trovi alcun novello interprete; mentre basta che in qualunque piccolo Stato della Germania si pubblichi un nuovo Codice, od anche un semplice Progetto, perché sorgano a un tratto in copia intorno al medesimo libri di discussione o di critica; è un fatto di dolorosa significazione, che ormai corre il secondo anno dalla promulgazione di una quasi intera codificazione novella in Italia, senza che la medesima finora abbia servito di occasione e d'incitamento ad importanti lavori giuridici. Si direbbe caduto il genio italiano, rispetto a questa classe di studi, che tanto conferiscono al benessere della Nazione, in un inesplicabile languore, e nella più completa indifferenza». Nella stessa scia, G. BANDI, *Il Codice civile e la Tradizione*, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, III, p. 16 ss.

² Molto istruttivo sul formalismo della prima codificazione unitaria è il lavoro di A.M. SINISCALCHI, *Solemnitates e probationes all'alba della prima codificazione italiana*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1931 ss.

³ In proposito la manualistica e la trattatistica è monolitica: E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933, p. 164, scrive che «di regola la legge lascia liberi i contraenti di scegliere la forma di espressione e che credono più conveniente»; P.E. BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1897, p. 153 ss. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, *Fonti delle obbligazioni. Contratti*, Firenze, 1925, p. 172 s.; F. RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, p. 208 s.

Il principio di libertà di forma subisce alcune eccezioni nei casi in cui la legge esige una determinata forma⁴ oppure il *vestimentum* è determinato dalle stesse parti contraenti⁵.

Le forme richieste dalla legge sono di varia tipologia e producono diversi effetti.

Le forme *ad substantiam* si caratterizzano perché sono imposte a pena di nullità del negozio; costituiscono perciò un elemento essenziale dell'operazione negoziale⁶.

Le forme *ad probationem*, invece, incidono sul regime probatorio dell'atto negoziale, nel senso che l'atto difforme è valido e non può essere provato per testimoni o per presunzioni, ma soltanto per confessione e giuramento⁷.

Per alcuni negozi, il legislatore ha previsto esclusivamente l'atto pubblico, come per il contratto di matrimonio (art. 1382 c.c.), le sue modificazioni (art. 1383 c.c.), la donazione (art. 1056 c.c.), la rendita fondiaria o semplice a titolo gratuito (art. 1781 c.c.), la divisione fatta dagli ascendenti in favore dei discendenti per atto tra vivi (art. 1045 c.c.)⁸.

Per altri negozi la legge richiama la forma scritta pubblica o privata indicati per la maggior parte nella disposizione dell'art. 1314 c.c. La norma appena citata richiama i contratti che trasferiscono la proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali o i diritti d'uso o di abitazione, gli atti di rinuncia alla proprietà e ai diritti reali appena enunciati, i contratti di locazione immobiliare ultranovennale, i contratti di società aventi per oggetto il godimento di beni immobili quando la durata della società sia ultranovennale o a tempo indeterminato, la costituzione di rendita perpetua e vitalizia, le transazioni e gli altri atti indicati dalla legge⁹.

2. Il grado di resistenza delle forme negoziali prescritte dall'art. 1314 c.c. L'opposta visione fra la Cassazione di Torino e la Cassazione di Firenze. La dottrina mite

⁴ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, cit., p. 233 ss.

⁵ Avverte G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, cit., p. 230, che «è pienamente conforme a quel libero arbitrio, di cui godono le parti nel contrattare, che sia loro permesso di sottoporre la perfezione del contratto alla formalità della scrittura. Intorno a questo diritto delle parti nessuna difficoltà»; F. RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 209.

⁶ Secondo E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, cit., p. 165, in mancanza dello scritto «il contratto non esiste agli occhi dell'ordinamento giuridico»; E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, ed. coordinata da C. Lessona, Firenze, 1919, p. 142.

⁷ «Il contratto esiste anche se concluso a parole, tanto è vero che può sempre risultare al giudice da confessione e giuramento. E allora ha tutti i suoi effetti. È solo quel particolare mezzo di prova per mezzo di testimoni, che viene limitato. Praticamente però ciò vuol dire che è più difficile farlo risultare. E quando non risulti (e la parte non lo rispetti volontariamente), in pratica è come se non ci fosse» (così, E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, cit., p. 177).

⁸ In generale: E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, Firenze, 1914, p. 457; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 795 ss.

⁹ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, cit., p. 457; D. GALDI, *Commentario del codice civile*, XIV, 1, Napoli, 1887, p. 28 ss.

La disposizione dell'art. 1314 c.c. 1865 rappresenta il precedente codicistico dell'attuale art. 1350 c.c., in cui sono elencate le operazioni negoziali che devono rivestire la veste pubblica o privata a pena di nullità.

La vecchia regola dell'art. 1314 c.c. nel suo tenore iniziale non lasciava dubbi sulla portata essenziale della forma scritta, tuttavia la sua ubicazione in seno al reparto del codice dedicato alla prova delle obbligazioni, nella specie alla prova per iscritto, persuadeva alcuni studiosi a sostenere una tesi, come minimo contraria alla *littera legis*, che negava l'operatività della nullità del negozio difforme¹⁰.

All'alba del nuovo codice civile unitario, la Corte di Cassazione di Torino interviene su una questione di nullità formale, seguendo la linea rigorosa in sede di modificazione di un contratto solenne¹¹. La particolarità della vicenda sta nel fatto che alla stessa trovava applicazione la disciplina del codice albertino, i cui artt. 1412 e 1413 non lasciavano dubbi.

Da qui giustificate perplessità allorquando questo giudicato fu assunto come *leading case* per il nuovo codice civile italiano, come testimoniato dalla relativa nota redazionale¹². Non mancava, tuttavia, chi sottolineava che il codice civile unitario non potesse essere ridotto ad «una ristampa pura e semplice del Codice civile albertino»¹³.

Un anno dopo reinterviene, sempre nel solco del regime albertino, la Cassazione torinese, nel caso dei Duchi Varano di Camerino¹⁴, a confermare la nullità di un atto di alienazione immobiliare avente veste privata, in quanto «codesto documento non poté dunque essere cagione operativa, né titolo neppure apparente o colorato di traslazione di dominio,

¹⁰ Tesi sostenuta per primo da Tito ROSSI, *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile italiano*, Pisa, 1869, p. 3 ss.; al quale fanno seguito B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Arch. giur.*, VII, 1871, p. 445 ss.; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili, e sopra interessanti questioni legali in materia ipotecaria secondo il codice civile italiano con appendice puramente teoretica sul sistema ipotecario*, Portoferraio, 1876, p. 1 ss.; G.P. CHIRONI, *Vendita di immobili. Scrittura firmata dal solo venditore. Validità*, in *Foro it.*, 1886, I, c. 518 ss.; F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, 1873, p. 93 (solo nella prima edizione).

¹¹ Cass. Torino, 11 gennaio 1866, in *Mon. trib.*, 1866, p. 138 ss.

¹² «A questo art. 1412 del cod. alb. corrisponde, tranne alcune modificazioni, l'art. 1314 del cod. civ. italico; ma da quest'ultimo fu tolto l'ultimo capoverso dell'art. 1412 predetto, in forza del quale dovevano farsi per atto pubblico anche le scritture contenenti spiegazioni, variazioni, ecc., di convenzioni per le quali l'atto pubblico fosse prescritto. Noi riteniamo che l'abolizione di quel capoverso non voglia già dire che il legislatore patrio abbia inteso di derogare al principio in esso contenuto; ma soltanto che ritenni inutile di enunciare esplicitamente un canone che si risolve in una conseguenza logicamente necessaria delle premesse contenute nell'articolo stesso. Egli è infatti ovvio, che se una convenzione dev'essere fatta per atto pubblico, deve pur essere fatta per atto pubblico ogni altra stipulazione chiamata ad influire, o per spiegazioni o per variazioni, su di quella» (in *Mon. Trib.*, 1866, p. 139).

¹³ D.A. AZZI, *Degli atti nulli in modo assoluto e il relativo per difetto di formalità, a termini degli articoli dal 1300 al 1310, 1314, 1932 e 2135 Codice civile italiano*, in *Legge*, 1869, I, p. 750.

¹⁴ Cass. Torino, 7 giugno 1867, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, I, p. 280 s. Nella relativa nota redazionale si precisa correttamente che «la decisione presente non sarebbe oggi certamente applicabile nel preciso tema in cui fu pronunciata, vale a dire nel tema di compra e vendita stipulata per atto privato, dacchè, a differenza dell'Albertino, il nuovo Codice civile Italiano (art. 1314, n. 1), permette che anche per scrittura privata si pongano in essere le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili».

né titolo capace d'infondere nel supposto acquirente il carattere di buona fede». Di conseguenza, «la consegna degli stabili, ed anche il pagamento di tutto o di parte del prezzo, come atti di loro natura pedissequi, esecutoriî, non ponno aversi per abili a convalidare un contratto che non esiste, né in attualità né in potenza»¹⁵.

Le decisioni, pur se fondate sul codice albertino, costituiscono per la dottrina arresti leader da seguire e perseguire per le medesime questioni regolate dal codice civile unitario. Il doppio regime codicistico non solleva dubbi sulla bontà di un orientamento unitario¹⁶.

Questo orientamento giurisprudenziale, caratterizzato dalla sua peculiarità di avere come punto di riferimento un regime giuridico sorpassato, viene interrotto da un giudicato della Cassazione di Firenze, il quale faceva finalmente applicazione del regime vigente codicistico dichiarando la nullità del contratto difforme (art. 1314 c.c.), che non travolgeva la vendita verbale di un immobile eseguita dalle parti e trascrivibile ai sensi dell'art. 1932, n. 8, c.c.¹⁷.

La decisione – quale manifesto di un formalismo “temperato” – trova accoglimento nella giurisprudenza successiva, la quale reputava valide le vendite verbali, addirittura non ancora eseguite, dove la disputa fra le parti non fosse sulla sostanza del contratto, ma su qualche elemento accessorio, tale da non sopprimere la volontà di eseguire l'operazione negoziale.

Così incontriamo decisioni che, pur affermando l'essenzialità della forma per gli atti di trasferimento di proprietà immobiliari, avvertono che la legge «rispetta tra le parti il fatto compiuto quando nessuna di esse lo contraddice»¹⁸; oppure sostengono che «una verbale alienazione d'immobili, quantunque minacciata di nullità per la disposizione dell'art. 1314,

¹⁵ La causa terminò con il giudizio di rinvio di App. Modena, 17 marzo 1868, in *Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 659, con una motivazione aderente a quella della Cassazione torinese. Sulla base della normativa del codice civile albertino la compravendita nella forma della scrittura privata non può operare la traslazione della proprietà dell'immobile. I giudici statuirono che «la tradizione degli stabili, il pagamento di tutto, o di parte del prezzo, come atti di loro natura esecutoriî e pedissequi, non furono abili a convalidare un contratto legalmente inesistente, a seconda dell'assoluto precetto scritto nel successivo art. 1413; e posta l'inesistenza del contratto, derivante dal difetto dell'elemento sostanziale dell'atto pubblico, tutto si ridusse a' termini di un mero progetto, di una nuda trattativa, da cui ciascuna delle parti era in libertà di recedere» (p. 660).

¹⁶ Nelle note redazionali degli *Annali di giurisprudenza italiana*, si sottolinea che «tutti questi principi [...] sono pienamente applicabili sotto il nuovo Codice civile Italiano alle alienazioni di beni immobili fatte senza scrittura» (*Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 659); anche T. ROSSI, *Osservazioni su Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Mon. Trib.*, 1869, p. 483, sostiene che «sebbene queste decisioni siano state proferite in base al codice civile albertino, si possono invocare anche pel codice civile italiano, perché l'unica diversità che passa tra i due codici sta in ciò, che il primo esige l'atto pubblico, mentre l'altro si accontenta anche dell'atto privato».

¹⁷ Secondo Cass. Firenze, 29 luglio 1867, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, I, p. 359 s., la norma dell'art. 1932, in materia di trascrizione, non limita la disposizione sulla forma dell'art. 1314, «ma altro non fa che alludere a quei casi in cui l'alienazione di immobili può essere efficace anche senza la scrittura» (p. 360).

¹⁸ App. Firenze, 23 giugno 1869, in *Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 487.

pure non è nulla *ipso iure*. È quella una nullità *probationis causa* tutt'affatto di diritto ed interesse privato, e non d'ordine pubblico, essa debbe essere domandata dall'interessato e pronunciata dal Magistrato competente»¹⁹.

Sulla base dello *speculum* giurisprudenziale su richiamato, era compito della dottrina chiarire i problemi e guidare i giudici verso soluzioni coerenti e conformi al sistema²⁰. A tal proposito, il senatore Vigliani, primo Presidente della Corte di Cassazione di Firenze, aveva bandito un premio sulla migliore soluzione del quesito avente il seguente tenore: «i contratti che per disposizione della legge civile o commerciale debbono farsi per atto scritto o pubblico o privato sotto pena di nullità, qualora siano stati fatti senza scrittura, possono essi venire impugnati come nulli dalle parti che gli abbiano volontariamente eseguiti?»²¹.

In realtà, la questione più generale concerneva la forma scritta a pena di nullità e il regime giuridico dell'operazione negoziale aformale.

Lontani dai dettami della scuola dell'esegesi, gli studiosi fondano la soluzione della forma a fini probatori su una rilettura sistematica del codice civile. Le basi normative poggiavano sul principio consensualistico (artt. 1448 e 1550 c.c. 1865) e su una disposizione in materia di trascrizione (art. 1932, n. 8, c.c. 1865). Queste norme ostacolavano un'interpretazione rigorosa dell'art. 1314 c.c., alla cui luce il contratto verbale sarebbe affetto da nullità insanabile.

Siffatta dottrina misura la distanza reale che corre fra codice unitario e codice albertino, onde la norma sulla forma contenuta nell'art. 1314 c.c. 1865 riguarda esclusivamente il profilo probatorio²². La tesi trova applicazione in un caso di permuta immobiliare verbale²³, dove una parte chiede la sua esecuzione, mentre la controparte riteneva che, con la conclusione di quella convenzione, essa non fosse vincolata. La Corte toscana declama che la

¹⁹ App. Palermo, 13 dicembre 1869, in *Giur. it.*, 1869, II, c. 921.

²⁰ In maniera incisiva, F. SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge*, Roma, 1874, p. 9, individuata le coordinate del problema: «o le forme prescritte sono necessarie ed utili, che debbono essere rispettate sempre e da tutti; o sono inutili e gravose, e il legislatore non avrebbe dovuto vessare le parti con prescrizioni superflue. Ammettere dall'un canto di inutilità delle forme e stabilirne un gran numero, e dall'altro riconoscere la validità dell'atto compiuto senza di esse, è togliere con una mano quello che si è dato con l'altra, e nessuno che si eriga a legislatore può immaginare un sistema così assurdo di».

²¹ In *Giorn. leggi*, 1871, p. 56.

²² B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 27 s. La collocazione topografica della disposizione assume importanza decisiva per G.P. CHIRONI, *Vendita di immobili. Scrittura firmata dal solo venditore. Validità*, cit., c. 152 s., secondo il quale «se il Codice avesse voluto la scrittura privata o l'atto pubblico qual condizione essenziale della vendita, l'avrebbe accennato nelle disposizioni relative a questo contratto: gli estremi della vendita si debbono dedurre da quanto la legge ha stabilito nel titolo relativo, non da quanto ha ordinato nella parte dove regola le prove».

²³ App. Lucca, 13 luglio 1871, in *Giur. it.*, 1871, II, c. 554 ss.

forma *ad probationem* va intesa «quale unico ed esclusivo mezzo di certificare, in caso di impugnativa, l'esistenza di un atto, o convenzione della natura sopraespressa, per inferirne, che allorquando, come nel caso, non occorra bisogno di prova perché la convenzione sia confessata o ammessa per vera e sussistente, essa è intrinsecamente valida, e deve eseguirsi nonostante la mancanza della scrittura»²⁴.

Per dovere di completezza va poi aggiunto che alcuni studiosi raggiungono il medesimo risultato attraverso l'argomento che l'essenza dell'atto è pur sempre nella volontà delle parti (base del principio consensuale) e la mancanza di forma non incide sull'esistenza dell'operazione negoziale, ma sul suo profilo di efficacia, per cui l'atto difforme è fonte di un'obbligazione naturale²⁵.

Il difetto di forma, quale condizione legale d'efficacia dell'atto, può essere sanato – e quindi l'obbligazione naturale trasformarsi in obbligazione civile – o mediante la confessione giudiziale della parte contro cui si fa valere il contratto verbale oppure attraverso una formalizzazione successiva dell'atto mediante ratifica scritta, o infine mediante ratifica tacita intesa quale adempimento dell'obbligazione naturale, insuscettibile di ripetizione²⁶, e possibile oggetto di accertamento giudiziale, come previsto nell'art. 1932, n. 8, c.c.

3. *L'avvento della dottrina formalistica. Il riordino del sistema delle forme negoziali*

La battaglia sul ruolo assunto dalla forma degli atti negoziali concerneva essenzialmente la questione del recupero dell'atto difforme attraverso l'esecuzione volontaria ad opera delle parti. In più, il contrasto tra i giudicati della Cassazione di Torino e di Firenze si rivelava fittizio, perché i corredi normativi erano diversi, il codice albertino, da una parte, e il nuovo codice civile unitario, dall'altra.

Il codice sardo lasciava pochi margini per giustificare una sanatoria del contratto nullo per difetto di forma; il codice del 1865 offriva, al contrario, alla dottrina spazi interpretativi per stabilizzare una tesi diretta a recuperare l'atto difforme nullo. In primo luogo, era necessario fare i conti con la norma dell'art. 1310 – tra l'altro posta in non cale in seno al corredo argomentativo della giurisprudenza – dove alcuni studiosi propendono per una sua lettura minimale caratterizzata dalla sottrazione della regola dell'insanabilità alla conferma

²⁴ App. Lucca, 13 luglio 1871, cit., c. 555.

²⁵ B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 449 ss.

²⁶ B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 454 s., ove aggiunge che «la morale impone, che l'uomo, qualunque sia la forma colla quale si è obbligato, adempia quanto promise».

mediante esecuzione²⁷. Inoltre, v'è chi ha proposto, sulla base della lettera della disposizione appena citata, di restringere l'operatività del principio di insanabilità ai soli casi di nullità assoluta, lasciando un varco per le ipotesi di nullità relativa, fra le quali quelle enunciate dall'art. 1314 c.c.²⁸.

L'operazione interpretativa della dottrina di conciliare il carattere rigoroso della forma con ampie finestre di recupero di atti difformi si scontra successivamente con un orientamento più rigido assunto dalla giurisprudenza che persegue il principio della forma dell'atto come elemento essenziale²⁹.

Ciò spinge gli studiosi a seguire la ricostruzione rigorosa mediante uno sforzo diretto a conformare il sacro principio consensualistico e soprattutto a riscrivere la regola stonata (inconciliabile) dell'art. 1932, n. 8, della trascrivibilità di sentenze che dichiarano l'esistenza di convenzioni verbali.

Quanto al principio del consenso traslativo, espressione immediata della forza creatrice della volontà delle parti, le regole contenute negli artt. 1448 e 1550 c.c. risultano perfettamente aderenti e la norma sulla forma dell'art. 1314 c.c. non smonta il congegno sistematico che impone un *vestimentum* pubblico o privato quando le operazioni negoziali investono i beni immobili³⁰. Le regole del consenso e delle forme sui negozi si intrecciano in

²⁷ Ciò è sottolineato dalla Redazione della rivista *Monitore dei tribunali*, Osservazioni su *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Mon. trib.*, 1869, p. 482.

²⁸ Così, B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 455; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 41 s., secondo cui «il precedente art. 1309 ammette in genere la conferma degli atti nulli per ratifica espressa o tacita; l'art. 1310 induce una eccezione a questa regola, ed è quella di escludere gli atti nulli in modo assoluto per difetto di formalità, lasciando così sotto il dominio della regola prescritta dal precedente art. 1309, gli atti nulli non in modo assoluto, ma relativo per omissione delle estrinseche forme»; anche G. SEMERARO, *L'esecuzione volontaria di una vendita verbale d'immobili*, in *Foro it.*, 1877, I, c. 732, ove la precisazione che «se nell'art. 1310 il legislatore italiano ha parlato di atti nulli in modo assoluto per difetto di forme, ciò vuol dire, lo ripetiamo, che possono esservi anche atti nulli bensì, ma non in modo assoluto. Ed a noi pare che di quest'ultima categoria appartengano le vendite di immobili eseguite per convenzione verbale».

²⁹ Indicative: App. Bologna, 1° febbraio 1870, in *Giur. it.*, 1870, II, c. 51 ss.; App. Modena, 3 luglio 1874, in *Giur. it.*, 1874, I, 2, c. 580 ss.: «quanto agli atti e alle convenzioni, che per mancanza di un elemento essenziale si hanno come inesistenti, sta sempre la regola generale ed assoluta, stabilita nell'art. 1310, secondo la quale la nullità, risultando dall'inosservanza dell'art. 1314, non è sanabile per verun atto confermativo, vale a dire, né per ratifica espressa, né per ratifica tacita, cioè per esecuzione volontaria»; App. Brescia, 30 gennaio 1876, in *Ann. giur. it.*, 1876, III, p. 142: «la vendita di un immobile, la quale siasi fatta verbalmente, si considera come non avvenuta quando pure abbia avuto luogo la consegna dello stabile e il pagamento del prezzo; imperoché la legge rigorosamente esige che le vendite d'immobili sieno effettuate per atto pubblico o per scrittura privata, e non fa distinzione alcuna fra le vendite semplicemente concluse e quelle già eseguite. Si le une che le altre sono colpite di nullità assoluta, radicale, pronunciata da leggi di ordine pubblico alle quali non può essere derogato dalle parti né espressamente né tacitamente»; App. Firenze, 22 aprile 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 2, c. 714 s.; App. Bologna, 27 aprile 1877, in *Foro it.*, 1877, I, c. 724 ss.

³⁰ In siffatta prospettiva, A. LORU, *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Gazz. Trib. Genova*, 1869, p. 558, precisa che «in faccia al diritto civile non vi sarà consenso, perché questo non è dichiarato nella forma prescritta dall'art. 1314, e il contratto sarà nullo. Sarà efficace solamente quando il consenso risulti da atto pub-

una trama normativa che si incapsula bene nel sistema ordinamentale, come disposto correttamente dalla regola generale dell'art. 1125 c.c. che richiama il consenso traslativo «legittimamente manifestato», ossia nei modi e nelle forme volute dal *conditor iuris*. Questa la base – oltremodo solida anche sotto il profilo esegetico – della dottrina del rigido formalismo³¹.

Nel sistema purtroppo esisteva un *vulnus*, delineato dalla regola posta dall'art. 1932, n. 8, c.c.³². La *littera legis* non pareva conciliarsi con il tenore dell'art. 1314 c.c. Eppure alcuni intravedono uno spazio di operatività nelle ipotesi di contratti difformi eseguiti volontariamente dalle parti o di rinuncia delle parti a rilevare la nullità dell'atto durante il processo³³.

Ma lo spazio di apertura corrompe il sistema, apre una falla che indebolisce oltremodo il principio della nullità assoluta formale, insanabile e rilevabile d'ufficio dal giudice. Esigenze equitative e di giustizia paiono reggere alle regole codicistiche, perché con l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto difforme nullo «non si potrà dire che nulla avvenne tra loro»³⁴.

La dottrina prende atto che la norma dell'art. 1932, n. 8, c.c. produce effetti distorsivi dell'efficienza delle regole sulla forma e propugna una sua interpretazione ablativa, dove il suo ruolo anomalo è dimostrato dai lavori preparatori a causa di un atteggiamento a dir po-

blico, o da scrittura privata, senz'altro neppure in questo caso la vendita lasci di essere un contratto consensuale»; B. DELLA VALLE, *Se l'esecuzione volontaria sani la nullità dei contratti verbali che secondo la legge debbono essere fatti per scrittura*, in *Giorn. leggi*, 1872, p. 60, secondo cui «se è vero che il contratto di vendita è perfetto fra le parti quando esse abbiano manifestato il loro consenso sulla cosa e sul prezzo, è vero altresì che questo consenso non può produrre effetti giuridici ove non sia manifestato nei modi e nelle forme dalla legge richieste».

³¹ N. DE CRESCENZO, *Della ratifica e conferma degli atti nulli in modo assoluto per difetto di forma secondo il codice civile italiano*, in *Filangieri*, 1885, I, p. 495 ss.; L. FERRARINI, *La forma degli atti giuridici*, in *Rend. R. Ist. Lomb. sc. lett.*, 1892, p. 228 ss.; M. STERIO, *Dell'atto scritto necessario alla esistenza delle obbligazioni*, in *Filangieri*, 1894, I, pp. 149 ss., 210 ss., 281 ss.; G. CASIMO, *Saggio sulla forma degli atti giuridici in materia civile e commerciale*, in *Arch. giur.*, 1896, p. 423 ss.; U. PIPIA, *La compravendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile, agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, 1902, p. 161 s.; G.L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, I, Torino, 1914, p. 1028.

³² Per N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. Fiore, XIII, Napoli-Torino, 1914, p. 303, siffatta disposizione «è stato il tormento degli interpreti, e causa feconda di moltissimi errori nell'interpretazione della legge».

³³ Così, M. REGGIO, *Sull'intelligenza dell'art. 1314 del Codice Civile*, in *Gazz. Trib. Napoli*, 1869, p. 312, ove aggiunge: «ecco dunque il caso ove si rende applicabile l'art. 1932 n. 8 del Cod. civ. cioè che una sentenza potesse dichiarare l'esistenza giuridica di alienazione verbale immobiliare comunque la scrittura fosse dalla legge richiesta *solemnitatis* non *probationis causa*. Così io dall'art. 1932 deduco che la nullità prescritta dall'art. 1314 in rapporto alle alienazioni verbali di proprietà immobiliare è nullità capace d'essere sanata con atto di conferma sia espressamente, sia tacitamente, e così il magistrato ove le parti hanno rinunciato a dedurre tale nullità è obbligato a dichiarare l'esistenza giuridica di tale convenzione nel quale caso la sua sentenza debb'essere legalmente trascritta».

³⁴ T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. Fiore, XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, 1915, p. 100.

co disattento assunto dal legislatore. Insomma siffatta norma è rimasta lettera morta in sede applicativa³⁵.

L'ottica del formalismo rigido prende il sopravvento ed entra nel tessuto strutturale dell'atto negoziale, il cui difetto formale concerne la sua esistenza³⁶. L'atto informale non esiste e come tale è inservibile: *forma dat esse rei*³⁷.

4. Il silenzio del codice civile del 1865 sulle forme convenzionali

Con riferimento alle forme negoziali elette dalle parti contraenti, un affaccio a ritroso contribuisce a comprendere il presente³⁸, e la storia si pone come punto di partenza e punto di arrivo³⁹, soprattutto per quei fenomeni giuridici in cui la tradizione ha avuto una sicura influenza.

Nel modello romano arcaico, il documento scritto costituiva un'eccezione in una società fondata sulla oralità⁴⁰ e la *scriptura* diventa protagonista soltanto nel periodo successivo fino all'elezione del *vestimentum* a forma solenne⁴¹.

Nel periodo classico – sotto l'influenza delle consuetudini delle province orientali – dominava la pratica di confezionare documenti scritti per provare il contratto concluso attraverso la registrazione dei *certa verba* e dell'osservanza dei gesti rituali imposti dallo *ius civi-*

³⁵ Redazione della rivista *Monitore dei tribunali*, Osservazioni su *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 485, ove si parla di prescrizione mal redatta; M. STERIO, *Dell'atto scritto necessario alla esistenza delle obbligazioni*, cit., p. 167 s.

³⁶ Chiarificatrice Cass. Firenze, 29 dicembre 1870, in *Ann. giur. it.*, 1870, I, p. 401 s., con riferimento alla promessa di vendita equiparata alla vendita e che soggiace alla regola sulla forma dell'art. 1314 c.c.; interessante, App. Parma, 18 febbraio 1870, in *Ann. giur. it.*, 1870, II, p. 288 s., secondo cui la nullità di cui alla disposizione dell'art. 1314 c.c. è prescritta «tanto nell'interesse dei contraenti, come nell'interesse dei terzi».

³⁷ In questo senso, G. CESANO, *Trattato della trascrizione secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1866, p. 29, secondo il quale «quando si tratta di forma sostanziale, ed è sostanziale la forma sempre quando il prescritta sotto pena di nullità, se manca, l'atto è considerato in diritto come se non esistesse (*forma dat esse rei*)»; B. DELLA VALLE, *Se l'esecuzione volontaria sani la nullità dei contratti verbali che secondo la legge debbono essere fatti per scrittura*, cit., 59 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, Torino, 1903, p. 200; E. CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Torino, 1887, p. 68, ove declama: «se la forma prescritta è richiesta *ad solemnitatem*, e costituisce perciò un elemento essenziale del contratto giusta il vieto aforisma *forma dat esse rei*; emerge chiara ed inevitabile la conseguenza che, mancando essa, il contratto sia nullo *ipso iure*, e debba ritenersi come non avvenuto».

³⁸ G. FERRI, *Del codice, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, 1946, IV, c. 39, ove precisa che «nella vita di un popolo il presente è strettamente legato al passato e l'avvenire al presente»; P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 124 ss., secondo cui «se è vero che il passato si spiega a partire dal presente vero è anche il contrario».

³⁹ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 15.

⁴⁰ A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., p. 52, mette in evidenza come la società romana antica era governata da «un'oralità primaria quasi totale».

⁴¹ Sul fenomeno della documentazione del contenuto contrattuale nel mondo romano v. G. LUZZATTO, *Documento (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 84 s.; M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 548 ss.; L. BOVE, *Documento (storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 13 ss.

le⁴². Gli effetti erano sempre la conseguenza immediata delle forme richieste dal diritto, mentre il documento scritto garantiva la memoria dell'atto negoziale⁴³.

Nel periodo post-classico la forma scritta diviene l'unica modalità imposta dal diritto e in fattispecie sempre più numerose requisito di validità del negozio⁴⁴.

In siffatto contesto si colloca il frammento della Costituzione imperiale giustinianea (C. 4, 21, 17) emanata nel 528⁴⁵, il quale rappresenta la fonte più importante in materia di formalismo convenzionale nel diritto romano. L'orientamento dominante ha ricostruito la disciplina della l. 17 nel senso che la solennità dello scritto riguardava i contratti sottoposti *ad insinuationem*; per tutti gli altri le parti avevano il potere di contrarre *in scriptis* ovvero *sine scriptis*; infine il contratto redatto per iscritto era sottoposto alle medesime regole di forma sia nell'ipotesi di imposizione autoritativa sia nell'altra di libera scelta delle parti. Di conseguenza «le forme volontarie finiscono per apparire [...] come forme legali liberamente scelte»⁴⁶, anche se la regola giustinianea non trovò applicazione fedele nella pratica in un modello giuridico – quale quello romano – in cui la disciplina della forma solenne costituiva il parametro esclusivo pur nei casi di documentazione a fini probatori⁴⁷.

Nel diritto comune il problema principale della forma convenuta si stagliava nell'ipotesi di patto dubbio, di fronte al quale il giudice doveva «indagare la effettiva intenzione delle parti, per determinare a seconda di essa il significato del patto relativo alla redazione per iscritto»⁴⁸. L'eventuale persistenza del dubbio interpretativo ha spinto i giuristi

⁴² E. BETTI, *Diritto romano, Parte generale*, I, Padova, 1935, p. 227 s.; G. SEGRÈ, *Note sulla forma del documento greco-romano*, in *BIDR*, 35, 1927, p. 69 ss.

⁴³ M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, cit., p. 555; G. LUZZATTO, *Documento (diritto romano)*, cit., p. 85.

⁴⁴ Secondo M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, cit., p. 557 s., il documento scritto acquisì una speciale forza probatoria.

⁴⁵ Fondamentali: F. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 411 ss., e SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto in particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum (1860)*, trad. it. di Addis, Napoli, 2005, con una interessante nota di lettura dello stesso studioso che ha curato la traduzione, alla quale va il merito di aver portato all'attenzione della nostra dottrina una bella opera della pandettistica rimasta nell'ombra per più di un secolo. Una ricostruzione condotta con grande padronanza che aiuta tutti gli studiosi che vogliono capire il problema delle forme convenzionali nel panorama europeo.

⁴⁶ Così, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, p. 18 s.; nella scia ricostruttiva di Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 55, dove nel frammento del *Codex* «l'espressione "quas in instrumento recipi convenit" (...) appare forse più idonea a designare l'atto con cui i privati si assoggettano alla forma legale, di cui vengono segnate in appresso le regole per la redazione».

⁴⁷ Secondo G. GUARINO, *Il diritto privato romano*, cit., p. 375, il diritto romano non aveva ben chiara la distinzione «tra negozi a scrittura costitutiva e negozi a scrittura meramente probatoria»; la medesima difficoltà sorgeva anche nell'ipotesi di documentazione successiva del contratto (così, G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 602, nota 1; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 117 s.).

⁴⁸ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1945, pp. 5 ss., spec. 8 (contributo già pubblicato in *Temi em.*, 1943).

medievali a determinare criteri presuntivi diretti a scioglierlo sulla base delle fonti romane e della prassi medievale.

Risultato degli sforzi ricostruttivi è stata una doppia lettura del patto dubbio sulla forma, l'una di stampo restrittivo e l'altra di carattere più mite, che ha costituito l'orizzonte ermeneutico nel quale si è mossa la dottrina successiva⁴⁹.

Pur ignorando il codice civile del 1865 il problema delle forme determinate dall'autonomia privata, dottrina e giurisprudenza hanno discusso ampiamente sui profili più rilevanti – legati da un nesso di condizionalità diretta – dell'ammissibilità delle convenzioni sulla forma nonché dei patti cosiddetti dubbi, nei quali gli autori non esternavano *apertis verbis* la funzione perseguita dallo scritto.

Per quanto riguarda il preminente profilo dell'ammissibilità di accordi attraverso i quali le parti si vincolavano a redigere il contratto definitivo in forma scritta, dottrina e giurisprudenza erano per la positiva, in quanto assegnavano all'autonomia privata la funzione di eleggere il *vestmentum* del futuro negozio nonché degli eventuali atti modificativi od estintivi del rapporto già costituito entro il perimetro posto dalla legge⁵⁰. «Che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione dell'esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma, o anche l'adozione di una diversa forma da quella che è sufficiente per diritto obbiettivo (es. l'atto pubblico dove basterebbe la scrittura privata) è fuori di ogni possibile discussione»⁵¹.

La rigidità della forma opera in senso discendente e non ascendente: l'iniziativa privata è sottoposta all'autorità delle disposizioni di legge sulla forma, ma all'assenza di un puntuale comando segue la libertà di determinare la forma dell'atto più adeguata ai propri interessi. I soggetti hanno il potere di “aggravare” le forme prescritte dal legislatore ovvero di determinarle entro l'area della forma libera. Il principio di libertà delle forme è così derogato dalla legge e dalla volontà delle parti⁵².

All'opposto, v'era chi escludeva che l'autonomia privata avesse il potere di incidere sui requisiti di validità delle fattispecie negoziali, per cui la clausola di forma incideva soltan-

⁴⁹ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 17 ss., ove la puntuale e chiara rappresentazione dei due orientamenti facenti capo a Giovanni Bassiano e al Piacentino e all'Azzone.

⁵⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 203, nt. 9, ove le forme potevano essere determinate anche da negozi unilaterali.

⁵¹ Così, A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925, p. 33.

⁵² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, Milano, 1926, p. 74, ove esplicitamente sostiene che «i contraenti possono subordinare l'esistenza del contratto a una forma determinata, e farne un contratto solenne»; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, (1924), rist., Napoli, 1992, p. 365; C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 177.

to sul diverso profilo della conclusione dell'accordo contrattuale, nel senso che la fissazione per iscritto fosse indice inequivocabile della definitività del consenso⁵³.

Una parte della dottrina sosteneva la tesi secondo la quale le parti non potevano vincolarsi per il futuro, perché potevano sempre successivamente derogare la forma concordata in precedenza⁵⁴.

Riconosciuta la piena ammissibilità del patto sulla forma – di per sé idoneo a vincolare i contraenti in ordine alla validità o alla prova del contratto futuro – si presentava all'attenzione degli studiosi la questione delicata della dubbia determinazione della forma voluta dalle parti. Nella prassi accadeva di frequente che gli autori, concordato il negozio definitivo in forma scritta, non specificavano se la stessa dovesse rilevare a fini di validità o meramente probatori⁵⁵.

Siffatta vicenda sollevava, di conseguenza, una questione di interpretazione del patto di forma⁵⁶, risolta dagli studiosi in tutti i modi possibili.

La giurisprudenza optava per la tesi secondo la quale, in forza del principio generalmente riconosciuto della libertà di forma, le parti potevano invocare la forma solenne soltanto qualora avessero adempiuto il relativo onere di chiarezza e precisione. Se non dichiaravano espressamente che la futura redazione del contratto era imposta a pena di nullità,

⁵³ Di quest'opinione: G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 606; ID., *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico (a proposito di uno scritto di A. Candian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 417 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 653; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 219, secondo il quale «nessuno vieta alle parti di avvertire che non intendono di obbligarsi se non in quanto la loro volontà sia manifestata in una forma data»; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 203; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano, Parte seconda, Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, 147, secondo cui la forma volontaria costitutiva fa sì che il progetto di contratto diventa contratto soltanto «quando sarà documentato».

⁵⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 435 s.

⁵⁵ In guisa opportuna, V. Verdicchio, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 28, nt. 53, precisa che «quando si parla di forma scritta convenzionale a fini probatori, ci si può riferire a due situazioni ben diverse: a) al c.d. obbligo di documentazione, cioè a quel patto con cui i paciscenti, in una con la valida conclusione di un contratto verbale, o anche anteriormente o posteriormente ad essa, si obbligano a ripeterlo per iscritto, per lo più al fine di munirsi, appunto, di una prova più efficace; b) al patto con cui le parti regolano il regime probatorio relativo ad un giudizio avente ad oggetto un determinato contratto corrente tra le stesse. Nel primo caso la convenzione fa sorgere una vera e propria obbligazione di *facere*, consistente nel prestarsi all'attività materiale necessaria alla formazione del documento, inteso come “cosa” (...); nel secondo caso, invece, non sorge alcun rapporto obbligatorio “sostantivo”, ma si compie un atto con efficacia puramente processuale, con il quale si dispone delle prove in giudizio, restringendo od escludendo convenzionalmente l'esperibilità della prova testimoniale. Le due convenzioni – quella statuente l'obbligo di documentazione e quella incidente sul piano processuale – sono, quindi, profondamente diverse *quoad effectum*».

⁵⁶ Nel tempo di vigenza del codice civile del 1865 la giurisprudenza superiore, in guisa consolidata, qualificava le norme generali sull'interpretazione dei contratti (art. 1311 ss.) semplici regole logiche e, quindi, non vincolanti (ad es.: Cass. Regno, 12 maggio 1928, n. 2141, in *Rep. Foro it.*, 1928, *Obbligazioni e contratti*, n. 181; Cass. Regno, 29 marzo 1928, n. 1372, *ivi*, 1928, voce cit., n. 180).

con esclusione di qualsiasi equipollente, si riteneva che la forma avesse valore soltanto probatorio⁵⁷.

Non mancava chi⁵⁸ individuava il problema in una pura *quaestio voluntatis*, sulla quale soltanto il giudice poteva e doveva pronunciarsi. In questo modo si poneva in non cale il punto essenziale, ossia che ciò che difettava era proprio l'esatta determinazione della volontà, con la conseguenza che necessitava un parametro normativo cui far riferimento per una corretta soluzione⁵⁹.

Infine, parte della dottrina⁶⁰ riconosceva, in caso di dubbio, la forma costitutiva, la sola che realmente rispondeva alla comune intenzione delle parti.

Alcuni autori sottolineavano che la soluzione del carattere necessario della forma «si basa su ciò che normalmente le parti non pensano a dare uno od un altro significato al loro accordo»; i contraenti «sanno invece che le loro dichiarazioni non abbisognerebbero di forma per avere un effetto pratico, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma». In materia non si distingue «esistenza reale ed esistenza giuridica delle dichiarazioni; la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l'esistenza giuridica nella coscienza del giurista»⁶¹.

Il formalismo convenzionale nella pratica trovava terreno fertile nelle condizioni generali di polizza, ove le compagnie assicuratrici imponevano ai clienti prescrizioni più o meno particolareggiate circa il modo con cui la disdetta doveva essere emessa. A tal uopo si convenivano variegate modalità: l'invio della raccomandata alla direzione generale della

⁵⁷ App. Torino, 11 marzo 1889, in *Giur. it.*, 1889, I, 2, c. 360; Cass. Torino, 29 aprile 1904, in *Giur. tor.*, 1904, p. 890; Trib. Genova, 17 novembre 1910, in *Temi gen.*, 1910, p. 695; Cass. Roma, 26 luglio 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197; Cass. Torino, 16 marzo 1923, in *Mon. trib.*, 1923, p. 652; App. Milano, 14 febbraio 1933, in *Rep. Foro it.*, 1933, *Obbligazioni e contratti*, n. 64. La dottrina favorevole alla tesi probatoria poggiava sulla primazia del principio di libertà delle forme: E. CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Torino, 1887, p. 93; P. COPPA ZUCCARI, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900, p. 20; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 58; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 600 ss.; L. BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, p. 217 s.

⁵⁸ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., p. 93; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., c. 57 s.

⁵⁹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 395; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 602.

⁶⁰ C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, cit., c. 177 s.; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 204.

⁶¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433, sulla scia del pensiero di I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, 111, 1914, p. 47.

compagnia⁶²; la presentazione personale dell'assicurato alla sede dell'agenzia che aveva rilasciato la polizza⁶³; l'emissione di una lettera interamente manoscritta dall'assicurato alla presenza di due testimoni⁶⁴; la spedizione di una raccomandata con ricevuta di ritorno⁶⁵; la spedizione della disdetta previa approvazione di un soggetto terzo, nella specie il creditore ipotecario di immobili assicurati⁶⁶.

Per giustificare convenientemente clausole aventi un così alto tasso di vessatorietà, si richiamano i luoghi stereotipati della inequivoca cognizione della intenzione di recedere⁶⁷, della migliore identificazione della persona assicurata recedente⁶⁸, della «vischiosità» tesa a garantire all'impresa, per quanto possibile, la prosecuzione del rapporto⁶⁹ nonché del margine di riflessione della parte recedente⁷⁰.

Dei problemi connessi alla vicenda appena descritta, quello dell'equipollenza rappresenta per gli studiosi il nodo gordiano nel quale volontà delle parti, clausola di forma e scopo della stessa mettono a dura prova qualsiasi preparazione scientifica. Una base di accordo si rinviene nell'idea che la qualificazione della forma, convenuta come «necessaria» ovvero semplicemente «sufficiente», costituisce il risultato di una complessa questione di interpretazione⁷¹.

Ma anche ammessi come sicuri i criteri in base ai quali qualificare i tipi di forma, l'accordo finisce qui, poiché una lunga diatriba investe la delicata questione intorno ai limiti di ammissibilità di *vestimenta* equipollenti.

⁶² Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Pret. Milano, 23 settembre 1940, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 36; T. Milano, 19 febbraio 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70, con nota di V. SALANDRA, *Sulla forma della disdetta*.

⁶³ Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513, con nota di A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*; Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

⁶⁴ Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70; T. Milano, 16 febbraio 1938, *ivi*, 1939, II, p. 54; Trib. Milano, 25 ottobre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, nn. 128-129; Trib. Torino, 24-3-1937, in *Ass.*, 1937, II, p. 283; Trib. Torino, 24 luglio 1934, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 111; Trib. Venezia, 8 marzo 1934, in *Foro ven.*, 1934, p. 355.

⁶⁵ Trib. Verona, 12 febbraio 1942, in *Ass.*, 1943, II, p. 39; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, *ivi*, 1940, II, p. 75; Trib. Milano, 15 novembre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 85.

⁶⁶ Trib. Milano, 3 gennaio 1935, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 193.

⁶⁷ G. FANELLI, *Rassegna critica della giurisprudenza italiana sulle assicurazioni private (anno 1938). Principi generali*, in *Ass.*, 1939, I, p. 335.

⁶⁸ Trib. Torino, 24 marzo 1937, in *Ass.*, 1937, II, p. 283.

⁶⁹ Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Ass.*, 1939, II, p. 54.

⁷⁰ I. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 51.

⁷¹ R. FRANCESCHELLI, *Forma della disdetta nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1940, I, p. 17 s., ove si precisa che la pura indicazione di una determinata forma non è indizio sufficiente per escludere qualsiasi equipollente; A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*, cit., p. 514; indicazioni utili anche in Cass. Regno, 7 maggio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, p. 678; Cass. Regno, 24 marzo 1933, in *Sett. Cass.*, 1933, p. 636.

In una prospettiva più rigida, strettamente legata all'idea del rispetto incondizionato dell'autonomia privata, si prospettava senza indugi l'invalidità dell'atto rivestito di una forma diversa da quella convenuta «necessariamente» nel relativo patto⁷².

A fronte di un siffatto atteggiamento astrattizzante ed alieno da qualsiasi peculiarità di specie, non sono mancati tentativi diretti a racchiudere entro confini più accettabili la regola della incondizionata osservanza delle forme «necessarie» per volontà delle parti, richiamando a sostegno i principi di buona fede, di affidamento e della prevalenza dello scopo sulla forma.

Gli argomenti favorevoli all'equipollenza si fondano sull'idea che la buona fede induce la parte, a cui vantaggio è prevista la forma pattuita, a richiamare l'altra all'osservanza di un atto difforme in caso di ricezione; epperò un comportamento inerte del destinatario suscita un affidamento meritevole dell'agente sulla piena validità dell'atto⁷³.

Alla medesima conclusione si perviene allorquando nella fattispecie opera il principio della «sufficienza della forma congrua a conseguire lo scopo dichiarativo che l'atto si propone»⁷⁴, secondo il quale il giudice, nonostante la convenuta solennizzazione della veste dell'operazione negoziale, avrebbe il potere di dichiarare la piena operatività di modalità equipollenti, nella ipotesi che accerti la loro idoneità a conseguire lo scopo dichiarato⁷⁵.

5. Il modello vigente dell'art. 1352 c.c.

La panoramica sul formalismo convenzionale testé abbozzata potrà rivelarsi utile al fine di una corretta soluzione di numerose questioni attuali, nonostante la presenza nel nostro ordinamento di una puntuale disposizione⁷⁶.

Non si può revocare in dubbio che le dispute anteriori al codice vigente non hanno trovato componimento neppure attraverso un preciso disposto normativo, quale l'art. 1352

⁷² Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Ass.*, 1940, II, p. 75; Cass. Regno, 4 agosto 1936, n. 3088, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 64 bis; App. Milano, 29 aprile 1925, *ivi*, 1941, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 31-33.

⁷³ Trib. Milano, 20 ottobre 1942, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 79; Trib. Milano, 21 maggio 1941, *ivi*, 1941, voce cit., n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, *ivi*, 1941, voce cit., n. 54; Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70; Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Ass.*, 1939, II, p. 54.

⁷⁴ Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

⁷⁵ Va ricordato che nel sistema processuale del 1865 non esisteva una disposizione omologa a quella dell'art. 156 c.p.c. (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Milano, 1923, p. 664 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 567 ss.).

⁷⁶ Chiaramente Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., 25, rileva che «il contenuto testuale della disposizione è più ristretto di quello indicato nella rubrica dell'articolo».

c.c.⁷⁷, che, sotto la rubrica «forme convenzionali» così dispone: «se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo»⁷⁸.

Le intenzioni del *conditor iuris* di risolvere definitivamente, con la norma appena citata, la *vexata quaestio* del significato solenne ovvero probatorio delle operazioni negoziali con cui i soggetti fissano la veste dell'atto definitivo non hanno trovato piena realizzazione⁷⁹.

Ad un primo controllo di carattere ermeneutico della prescrizione legale affiora una considerazione di rilevante interesse: l'esclusione di importanti ipotesi pratiche.

Così non v'è alcun riferimento alla fattispecie costituita da forme convenute nei contratti originari per atti incidenti sul rapporto esistente⁸⁰.

Altri dubbi sorgono per il caso in cui le parti determinano una forma senza fare alcun riferimento alla circostanza che la stessa sia poi da adoperare al momento della conclusione del futuro contratto.

Altro interrogativo nasce dalla ipotesi di stipulazione di un patto contestuale, contenuto nel contratto che fissa tutti gli elementi essenziali, con il quale si determina la veste del negozio principale⁸¹.

⁷⁷ La *Relazione ministeriale al codice civile*, n. 617, testimonia il legame della disposizione dell'art. 1352 c.c. alle regole del diritto romano, allorquando declama che «nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo, contrariamente a buona parte della dottrina, ma riprendendo una conforme soluzione del diritto romano».

⁷⁸ Sulla scia della posizione assunta da I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, cit., p. 46 s., G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 206, sottolinea che «se è pur concepibile che le parti abbiano voluto il documento come prova del contratto già concluso, il fine di prova non è, in sé, incompatibile con il voler la forma *ad substantiam*, con il voler, cioè, che non abbia efficacia se non ciò che facilmente si potrà provare».

⁷⁹ Secondo G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, rist., p. 511, gli interessi perseguiti con la forma convenuta possono riguardare entrambe le parti oppure una di esse, «come nel caso che una abbia scarsa fiducia nella parola dell'altra: ma specialmente quando l'accordo può essere raggiunto solamente dopo lunghe trattative, il porre in essere una particolare forma documentale può servire alla certezza del perfezionamento del contratto con la definitiva formazione dell'accordo stesso; e se si tratta di un contratto complesso, con clausole molteplici, eventualmente con riferimento a dati tecnici, può essere necessario evitare, col documento, che anche in buona fede se ne alteri col tempo il ricordo».

⁸⁰ Si pensi alle figure di carattere unilaterale come il recesso nel contratto di locazione, di assicurazione ovvero bilaterale, come il mutuo dissenso [M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1002; F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 841; G. OSTI, *Contratto*, cit., p. 512].

⁸¹ Fattispecie rilevata da Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 27, secondo il quale l'alternativa sta in ciò: o il contratto si reputa concluso con l'obbligo di ripeterlo in altra forma, oppure la stipulazione del negozio è rimandata al momento in cui le parti rivestono lo stesso nella forma convenuta. Non è dubbio che la disposizione dell'art. 1352 c.c. trovi applicazione anche alla fase delle trattative, come confermato dalla *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 200, e sul punto G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 11, scrive: «nell'ipotesi che le parti abbiano previsto o riservato la redazione di un documento nello stesso scambio di lettere con cui si accordano sull'oggetto del contratto, dovrà in base all'art. 1352 presumersi che si sia voluta rinviare il perfezionamento del negozio, nonostante l'avvenuta manifestazione di consenso in sé idonea alla

Accanto a siffatti interrogativi si pongono altre questioni di non minore rilievo concernenti specificamente la meccanica interna della norma contenuta nell'art. 1352 c.c.: la natura assoluta o relativa della presunzione legale, in conformità alla quale la forma pattuita deve qualificarsi costitutiva nonché la natura della forma scritta richiesta per il patto sulla forma al fine della presunzione di cui sopra.

La disposizione dell'art. 1352 c.c., in realtà, non contiene solo una regola di carattere interpretativo finalizzata a risolvere l'*Auslegungsfrage*⁸², ma innanzitutto riconosce all'autonomia privata la facoltà di determinare accanto al contenuto la forma dell'operazione negoziale. Salvo una voce minoritaria⁸³, in dottrina prevale l'opinione della forma convenuta come manifestazione dell'autonomia dei soggetti, sulla base della quale va costruita la relativa disciplina⁸⁴.

Il riconoscimento dell'iniziativa con riguardo ai *vestimenta* negoziali non sembra differire da quello concernente il contenuto dell'operazione negoziale, siccome disciplinato dalla prescrizione di cui all'art. 1352 c.c.⁸⁵.

In questo modo risulta chiara la natura negoziale della determinazione con cui le parti eleggono un peculiare *vestmentum* – in deroga *in peius* per le forme legali ovvero scelto in re-

costituzione del vincolo? Ciò parrebbe corrispondere allo spirito della norma, purché beninteso la riserva o la clausola relativa alla forma preceda, o anche sia contestuale, nella lettera del proponente, alla proposta contrattuale: mentre urta tuttavia indubbiamente con il tenore letterale dell'art. citato, che consente l'obiezione, per quanto speciosa, che la presunzione vale solo per l'ipotesi di convenzione fatta in previsione della conclusione di un contratto futuro»; *contra*, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 177.

⁸² La *Relazione ministeriale al codice civile*, n. 617, stabilisce che «il patto di adottare una forma determinata per la conclusione di un futuro contratto deve essere interpretato in relazione all'effettiva volontà delle parti circa la funzione costitutiva o soltanto probatoria della forma convenuta. Nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo».

⁸³ Il riferimento è al pensiero di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 23, secondo il quale «i privati non hanno la potestà di disegnare la fattispecie negoziale, ma soltanto di determinarne il contenuto», per cui le disposizioni degli artt. 1326, 4° co., e 1352 c.c. vanno interpretate nel senso che esse «delegano, a una parte o alle parti, il potere di costruire la fattispecie, e, così, di rendere forte una fattispecie debole mercé l'aggiunta del requisito di forma». Su questa scia anche D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 420; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 307 ss.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 137; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994, p. 80 s.; A. LISERRE (e A. JARACH), *Forma*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, 3, Torino, 1999, p. 468 s.; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Tratt. Rescigno, I contratti in generale*, 2, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 793; U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, p. 637 ss.; E. PALMERINI, *sub art. 1352*, in *Dei contratti in generale (1350-1386)*, a cura di Navarretta-Orestano, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 188; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 44 ss., ove una critica puntuale alla tesi di Irti.

⁸⁵ Tanto che vi è stato chi ha rilevato che entro l'area della libertà di forma i soggetti hanno convenuto con tanta frequenza determinate modalità, tanto da rendere la stessa area un sistema eccessivamente pesante alla stregua di quella formalistica (P. GRECO, *Il requisito della scrittura nelle comunicazioni all'assicuratore*, in *Ass.*, 1938, II, p. 85).

gime di libertà – per il loro negozio definitivo⁸⁶. Da qui la necessità di sottoporre il patto di forma al controllo di «assecondamento» da parte dell'ordine giuridico⁸⁷.

L'autonomia negoziale non costituisce un valore in sé, ma in quanto rispondente e compatibile alle linee assiologiche dell'ordinamento. Non ci si può fermare ad un mero controllo di non illiceità dell'atto negoziale, ma si deve operare un controllo positivo di meritevolezza alla luce dei principi cardine del sistema giuridico⁸⁸. In questa prospettiva il giudizio di meritevolezza potrebbe risultare molto proficuo in tutte le ipotesi in cui il potere di autonomia è esercitato a danno dell'altra parte⁸⁹, ciò che potrebbe conseguire anche a seguito di una clausola di forma scritta⁹⁰.

6. La rinascita del formalismo a fonte legale nel sistema del codice vigente

Con riferimento al sistema vigente, la disciplina della forma è innanzitutto nel ventre del codice civile, e successivamente le spinte e le sollecitazioni comunitarie hanno ampliato lo spettro delle regole di forma anche alla legislazione speciale e di settore.

I dati del codice restano dati generali, ma a questi vanno affiancati altri elementi derivanti dalle legislazioni speciali⁹¹, i cui risultati la dottrina ancora oggi sta sistemando, soprattutto in ordine alla stessa nozione di forma.

Discorrere in proposito di neoformalismo⁹² potrebbe risultare ingannevole, dal momento che la formula richiama una serie di ipotesi che difficilmente possono essere accomunate sotto un parametro omogeneo⁹³.

⁸⁶ Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 15 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 177.

⁸⁷ D. BARBERO, *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in onore di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, p. 29.

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 346 ss.

⁸⁹ Osserva U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 496 s., che «tutte le volte in cui l'iniquità del rapporto non è frutto di una libera scelta di entrambi i contraenti, ma è il risultato dell'abuso che una delle parti abbia fatto della propria posizione di forza, ritengo che il principio dell'eguaglianza sostanziale di cui al 2° comma dell'art. 3 della Costituzione, possa essere utilmente invocato per incidere profondamente su di un sistema normativo che, allo stato, fa dell'autonomia privata uno strumento giuridico al servizio non soltanto degli uomini onesti e laboriosi, bensì anche degli speculatori, di coloro che dominano il mercato e addirittura dei criminali dell'economia».

⁹⁰ Si pensi soltanto alle clausole di forma scritta inserite nel contratto individuale di lavoro subordinato per le successive modificazioni del contratto. Il problema è affrontato in tutta la sua gravità da W. HROMADKA, *Schriftformklauseln und AGB-Recht*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto* a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 161 ss. (la traduzione del lavoro è offerta da A. Venturelli, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 593 ss.).

⁹¹ In proposito, un utile aiuto ermeneutico può derivare dalla teoria dei diritti secondari sulla quale v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 397 ss.

⁹² Secondo A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 28 s., si tratta di uno «spostamento di accento e di misura» degli oneri di forma. Per una valutazione generale del fenomeno: A. MANKOWSKI, *Information and Formal Requirements*, in *ERPL*, 2005, p. 779 ss.; H. DAVO e Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Paris, 2005, p. 121 ss.

Gli esordi del secolo scorso sono caratterizzati dalla lotta contro il formalismo, principale elemento che rallenta in guisa intollerabile la velocità dei traffici⁹⁴.

La codificazione del '42 completa la vittoria della liberalizzazione di forma attraverso il noto fenomeno della commercializzazione del diritto civile⁹⁵.

Il nostro sistema, al contrario, si è sempre caratterizzato per essere un modello ad alto tasso di formalismo⁹⁶, e gli ulteriori interventi sulla forma di conio comunitario contribuiscono a corroborarlo in una linea ideale di continuazione nella medesima direzione, pur con le sue proprie caratterizzazioni e funzioni⁹⁷.

La denominazione neoformalismo va limitata realisticamente a richiamare le nuove funzioni perseguite dalle forme negoziali, con una loro espansione che supera lo stesso accordo coinvolgendo atti, negoziali e non, e comportamenti precedenti e susseguenti⁹⁸.

La forma nel codice civile è strettamente legata all'oggetto del contratto, ove la disposizione dell'art. 1350 c.c. concerne gli atti di disposizione su beni immobili⁹⁹.

Il formalismo del diritto speciale, invece, riflette il rapporto che avvolge gli interessi di determinate categorie di soggetti, dai consumatori, agli inquilini, agli utenti dei servizi bancari e finanziari. Forma diretta a rafforzare la conoscibilità, la trasparenza, la certezza, la comprensibilità anche nelle fasi precedenti e susseguenti la formazione del contratto.

⁹³ Una chiara e persuasiva posizione del problema è presa da S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 1350*, in *Dei contratti in generale* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, artt. 1350-1386, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 18 ss.

⁹⁴ L'illustre maestro C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Torino, 1905, p. 74 s., in proposito scrive: «in materia commerciale la parola basta di regola a creare un'obbligazione: il commerciante come uomo d'affari, la cui professione sta nel contrattare, ha tale energia di pronte ed accorte deliberazioni, che è superflua per lui la cautela delle forme solenni»; v., altresì, L. BOLAFFIO, *La legislazione commerciale italiana*, I, Torino, 1934, p. 229 ss.; U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino, 1937, p. 112.

⁹⁵ A conferma del carattere relativo dei proclami, si può richiamare il contributo di G.M. CIVETTA, *La rinascita del formalismo nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 971, sollecitato da un libro francese dell'epoca, secondo il quale «il formalismo contrattuale non solo non è morto, ma vive un'esistenza gagliarda, e le ragioni della sua fresca attività stanno nei benefici, che le formalità apportano nel regime contrattuale, e che secondo il Moeneclay, sono i seguenti: precisa identificazione del momento in cui sorge il vincolo giuridico, facilitazione della prova del vincolo, netta determinazione dei suoi confini, maggior tutela del contraente contro le inadempienze della controparte e contro le insidie di essa e di terzi, maggior tempo dato alle parti di riflettere sul vincolo giuridico, maggiori garanzie per la tutela dell'interesse pubblico in genere, dell'interesse dei terzi che hanno relazione col contratto, in specie. Questi benefici sembrano al Moeneclay, e sono in realtà, tali da compensare i difetti del formalismo, principalissimo de' quali l'incomodo (noi diremmo piuttosto la limitazione) che esso determina alla libertà giuridica dei contraenti».

⁹⁶ Va ricordato che R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1488, sottolinea che il nostro sistema è «sin troppo orientato in senso formalistico».

⁹⁷ In questo senso, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 120.

⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 770 ss.

⁹⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 703 s.

Una nuova forma – a volte formalità – unidirezionale a protezione di uno dei soggetti del rapporto e altresì polivalente che, per alcuni studiosi¹⁰⁰, ha poco a che fare con la forma quale elemento strutturale della fattispecie contrattuale. Una forma intesa quale «veicolo necessario di informazioni necessarie»¹⁰¹.

Il neoformalismo negoziale calibrato sulle nuove figure sorte e sparse per i diritti settoriali assume un triplice differente significato.

Forma, quale elemento strutturale del contratto, stabilita a pena di nullità. Ciò accade per il contratto di *timesharing* immobiliare (art. 72, comma 1, c. cons.), per quello di subfornitura (art. 2, comma 1, l. n. 192 del 1998), per il contratto di affiliazione commerciale (art. 3, comma 1, l. n. 129 del 2004), per i contratti relativi ai servizi di investimento (artt. 23, comma 1, TUF e 37, comma 1, Regolamento intermediari 16190/07), per i contratti bancari e i rapporti quadro sui servizi di pagamento (artt. 117, commi 1 e 3, 126 *quinquies*, comma 1, TUB).

Forma come modalità necessaria che ingessa rigorosamente informazioni, anche pre-determinate, durante le scansioni pre e postcontrattuali, nettamente distinte dalla fase centrale della conclusione del contratto. Vanno richiamate in proposito le ipotesi della consegna dei documenti informativi (artt. 71 c. cons.; 38 c. tur.; 124, comma 2, TUB), della trasmissione di allegati al contratto (art. 4, comma 1, l. n. 129 del 2004), la consegna di un esemplare del contratto (artt. 117, comma 1, TUB; 35 c. tur.), o di una bozza dello stesso (art. 124, comma 4, TUB).

L'ultimo significato riguarda le formalità informative sul (e per il) diritto di recesso del consumatore. Quest'ultimo va informato sul diritto di recesso per iscritto (artt. 49 e 55 c. cons.) con veste grafica separata dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori¹⁰².

¹⁰⁰ U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 503; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 22 s.

¹⁰¹ G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 710.

¹⁰² Cass., 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Contratti*, 2004, p. 379 ss., con nota di Am. GENOVESE, *Diritto di recesso e regole d'informazione del consumatore*, secondo cui «in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva 85/577/CE non ne ha punto attenuato il rigore, prevedendo che l'inserzione della clausola relativa al diritto di recesso del consumatore ottemperi (sia pur nel contesto delle altre clausole negoziali) a due precisi requisiti di forma, il primo relativo all'autonomia della clausola *de qua*, che deve restare separata dalle altre onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione (sicché deve ritenersi inammissibile il suo inserimento in un contesto uniforme di clausole di apparente pari rilevanza, inserite secondo una sequenza numerata), il secondo attinente all'evidenza grafica dell'informazione, che deve avere caratteri di scrittura eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento»; in precedenza Trib. Lucca, 4 luglio 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 6, ove con riferimento alla disciplina dei contratti del consumatore accerta «l'omessa o incompleta informazione del consumatore ove la clausola circa il recesso sia in-

A conclusione di questo percorso entro il terreno del formalismo di impronta legale, va ribadito come esso non abbia un fondamento costante e monolitico. Molte ipotesi si rinserano entro la finalità della protezione della parte contraente più debole ovvero della trasparenza. Non può contestarsi che siffatti casi sono sempre più.

La crescita del formante legale concernente la veste dei negozi spinge gli interpreti ad assolvere il delicato compito di ricostruzione di un sistema unitario e coerente. I frammenti legali non seguono una logica facilmente percepibile che aiuti la dottrina ad edificare un sistema chiaro e coerente delle forme, soprattutto allorquando il divario fra disciplina generale del codice civile e singole disposizioni di leggi speciali settoriali aumenta progressivamente e fra le stesse regole speciali esista un debole legame logico testimoniato dal perseguimento di finalità a volte eterogenee.

Utili paradigmi che possono aiutare gli studiosi entro il coacervo di regole sulla forma e su formalità, che poco hanno da spartire con la forma, sono le funzioni che queste perseguono; la loro esatta individuazione può rappresentare un solido *background* sulla base del quale delineare gli obiettivi e – perché no – i problemi e le difficoltà del loro raggiungimento. Una classificazione di stampo assiologico potrebbe rappresentare una base forte a seguito della quale delineare i punti cardinali secondo cui conferire l'esatta posizione alla singola veste e formalità intesa in senso lato.

Insomma si tratta di «ricostruire il sistema, individuare e riscontrare la sua coerenza ed anche le sue antinomie»¹⁰³.

Sarebbe tuttavia ingenuo pensare che le diverse tipologie di *vestimenta* possano garantire un'adeguata tutela dei contraenti in ogni vicenda. Se si richiama la funzione di protezione – oggi forse quella più perseguita dal *conditor iuris* non soltanto in tema di forma contrattuale – ci si accorge che una protezione efficace della posizione giuridica del soggetto non può ridursi al momento formale, dovendo avvolgere lo stesso contenuto contrattuale. Il fenomeno delle forme-contenuto ne è l'esempio lampante. Ma ciò ancora allo stato non è sufficiente.

serita all'interno di altra clausola contrattuale, ancorché differenziata dal contesto a mezzo dell'impiego di carattere tipografico "grassetto" per agevolarne la visibilità».

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 131.

LUCIA RUGGERI

L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale

Sommario: 1. L'oggetto dell'indagine e le sue conclusioni; L'irrevocabilità quale espressione del binomio transazione-sentenza. 2. L'irrevocabilità della transazione quale principio fondante della disciplina vigente in materia di transazione. 3. Un corollario implicito: La c.d. *exceptio litis per transactionem finitae*. 4. I corollari espliciti dell'irrevocabilità. A) L'errore di diritto. 5. I corollari espliciti dell'irrevocabilità. B) L'irrilevanza della lesione. 6. Una diversa ermeneutica dell'irrevocabilità della transazione fondata sulla sussidiarietà costituzionale.

1. L'oggetto dell'indagine e le sue conclusioni; L'irrevocabilità quale espressione del binomio transazione-sentenza

L'indagine oggetto del presente lavoro è incentrata sull'assenza nel codice vigente di un enunciato presente nel codice del 1865 il quale, con diretta chiarezza, imputava alle transazioni il carattere dell'irrevocabilità¹. L'assenza può essere indice di una scelta del legislatore di eliminare il carattere dell'irrevocabilità, giunto a noi dal diritto romano², e il segno della perdita di tale carattere nelle transazioni governate dal codice del 1942. A ben vedere, però, come si cercherà di dimostrare, la mancata enunciazione dell'irrevocabilità non determina l'assenza di tale carattere nelle transazioni odierne³. L'irrevocabilità e i suoi corollari costituiti dalla salvaguardia dell'accordo transattivo, salvaguardia massimamente espressa nel codice vigente dall'art. 1976 cod. civ.⁴, sono ancor oggi presenti nell'ordinamento e, alla luce di importanti innovazioni costituzionali, queste disposizioni debbono essere oggetto di

¹ Per un'accuratissima analisi della transazione così come disciplinata nel codice previgente si rimanda, per tutti, a A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I., *Delle transazioni*, Torino, 1933.

² V. quanto stabilito dagli imperatori Diocleziano e Massimiano in Costituzione 16, Cod. de transact., II, 4: "*Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet*".

³ Il dibattito sull'irrevocabilità è tuttora aperto e vivace. Discorre di dogma dell'irrevocabilità, ad esempio, I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012, p. 33 ss., ne è critico anche G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 196 ss.

⁴ Non è un caso che già nella dottrina formatasi sul codice previgente l'irrevocabilità era considerata massimamente conseguita dall'impossibilità di impugnare la transazione per inadempimento. V., al riguardo, A. BUTERA, *ibid.*, p. 384. Sulla *ratio* dell'art. 1976 cod. civ. v., fra gli altri, G. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005, p. 164 ss. e, da ultimo, G. SANTORELLI, *La transazione «mista»*, Napoli, 2015, p. 153 ss.

una rilettura diretta ad un'applicazione maggiormente soddisfacente conformata al principio di sussidiarietà.

2. L'irrevocabilità della transazione quale principio fondante della disciplina vigente in materia di transazione

Nel codice del 1865 l'irrevocabilità della transazione risulta espressamente affermata dall'art. 1772 e da esso altrettanto esplicitamente collegata alla irrevocabilità propria di una sentenza. La transazione, pertanto, in questo codice, come del resto nel codice albertino o in quello francese, è costruita come una sorta di Giano bifronte: essa è un contratto, ma la sua efficacia è tale quale quella di una sentenza irrevocabile. La disposizione sembra un'eco del pensiero di Domat⁵, il quale parlando della transazione evidenziava come la stessa avesse l'autorità della cosa giudicata per due principali ragioni: perché le parti attraverso l'accordo transattivo proprio per la loro spontanea e libera volontà rendevano questo ancor più irrevocabile di una sentenza reputando tale accordo favorevole per entrambe. L'accostamento alla sentenza era, però, fuorviante nella misura in cui determinava negli interpreti l'idea che l'accordo transattivo dovesse essere soltanto espressione di una funzione di accertamento affidata dallo Stato ai privati. Nei commenti al codice del 1865 è, pertanto, frequente l'identificazione della transazione con "una sentenza pronunciata dalle parti nella stessa loro causa"⁶, anche se, poi, non è tanto la funzione di accertamento della transazione, quanto l'irrevocabilità dei suoi effetti ad essere utile strumento per l'individuazione delle soluzioni giurisprudenziali. Non è un caso, pertanto, che nel codice civile del 1942 il legislatore abbia preferito togliere ogni espresso accostamento alla sentenza perché tale accostamento aveva generato disquisizioni dottrinali e dibattiti⁷ che poi minavano l'esigenza la quale massimamente la codificazione del 1942 voleva soddisfare, vale a dire la certezza dei traffici commerciali. Qui, come altrove, il codice del 1942 fa a meno di nozioni o definizioni circa la natura degli istituti e si occupa principalmente di dare indicazioni agli interpreti sulla soluzione da dare a questioni ricorrenti nella prassi contrattuale. La dichiaratività, l'innovatività della transazione così come la delineazione teorica dei suoi rapporti con la giurisdizione non costituiscono il principale interesse dell'intervento del legislatore del

⁵ V. J. DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, Firenze, 1984, Tomo III, Tit. 13, sez. 1, n. 9.

⁶ V. T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, vol. XI, Torino, 1874, p. 176.

⁷ Per un'esposizione della necessità di eliminare accostamenti forieri di controversie interpretative si rimanda alla *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (GRANDI) presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "CODICE CIVILE*, par. 772. Per un esame anche storico della disciplina della transazione v. C. CICERO, *La transazione*, Torino, 2014, p. 1 ss.

1942⁸ e, per questa ragione, la mancanza di una disposizione nel vigente ordinamento di un articolo dal contenuto identico all'art. 1772 presente nel codice ottocentesco non è indice della scomparsa dell'irrevocabilità della transazione.

3. Un corollario implicito: La c.d. *exceptio litis per transactionem finitae*

Alla luce delle precedenti considerazioni sembra corretto affermare che l'irrevocabilità sia scomparsa dal vigente codice soltanto perché occorreva eliminare l'accostamento alla sentenza e non perché la regolamentazione della transazione abbia cessato di essere improntata all'irrevocabilità. Ancora oggi⁹, infatti, trova applicazione la c.d. *exceptio per transactionem finitae*, espressione fulgida dell'irrevocabilità dell'accordo transattivo. Come evidenziato dalla dottrina più risalente¹⁰ la transazione è un contratto e come tale esso è legge tra i contraenti, ma, secondo le regole generali, essa impegna anche gli eredi della parte oppure i suoi aventi causa. In altri termini la stipulazione della transazione integra un fatto impeditivo dell'eventuale domanda incentrata sulla questione controversa oggetto di transazione. In questa prospettiva essa si trasforma in un'eccezione assimilabile all'*exceptio rei indicate*. Una verifica interessante di questo assunto è costituita dall'analisi dell'uso giurisprudenziale di questi due istituti. Ancora oggi, infatti, non mancano pronunce, anche di Cassazione¹¹, che individuano nell' *exceptio litis per transactionem finitae* eccezione rilevabile d'ufficio dal giudice con conseguente dichiarazione della cessazione della materia del contendere¹². Al riguardo, però, l'irrevocabilità della transazione è il sostrato dell'eccezione in parola, ma non determina una totale parificazione tra le due eccezioni per la ragione che

⁸ Sono, invece, proprio questi profili che interessano la maggior parte della dottrina che si è occupata di interpretare il codice del 1942 e, ancor prima, il codice del 1865. La letteratura al riguardo è vastissima. Per tutti si ricordano gli studi di R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, p. 389 ss., già pubblicato in *Annali di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina*, 1934-1935, VII; F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 189; A. FALZEA, *Accertamento: a) teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 ss.; F. VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I, *La transazione*, Milano, 1980, *passim*; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 9 s.; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, *passim*. A. PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, 13, V, Torino, 1985, p. 302 s.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 581 ss. Per un accurato esame di questioni applicative poste dalla disciplina di cui agli art. 1965 cod. civ. e ss. v. v. E. INDRACCOLO, in *Codice civile annotato*, a cura di G. Perlingieri, cit., IV, II, Napoli, 2010, p. 2346 ss..

⁹ Per un esame dell'*exceptio litis per transactionem finitae* nella vigenza dell'attuale codice v., fra gli altri, M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 242 ss. Sia consentito anche rimandare ad un proprio saggio *Natura transattiva dell'accordo di conciliazione e res litigiosa*, in R. FAVALE-M. GAMBINI, *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, Napoli, 2013, p. 235 ss.

¹⁰ V. C. AUBRY E C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, Tome III, Paris, 1869, p. 663 ss.

¹¹ Cfr., fra le altre, Cass., 24 ottobre 2012, n. 18195, in *Pluris online*.

¹² Per un'interessante disamina del ruolo del giudice rispetto all'intervenuta transazione v. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, *Parte Prima*, Torino, 1877, p. 729 s.

ben viene evidenziata già dai commentatori del codice del 1865¹³: l'irrevocabilità della sentenza ha un fondamento in un pronunciamento autoritativo esterno alle parti (l'autorità giudiziaria), mentre l'irrevocabilità della transazione promana da un giudizio interno di convenienza su cui si fonda la fine della lite. Per questa ragione la qualificazione dell'eccezione di intervenuta transazione come eccezione in senso proprio potrebbe avere una sua giustificazione¹⁴, anche se in giurisprudenza sembra prevalere una lettura forte dell'irrevocabilità transattiva tale da equipararla sotto questo profilo alla *re indicata*¹⁵ con conseguente rilevanza d'ufficio dell'eccezione.

4. I corollari espliciti dell'irrevocabilità. A) L'errore di diritto

Il principio enunciato nel primo comma dell'art. 1772 del codice del 1865, l'irrevocabilità di ogni transazione, è il fondamento delle regole disciplinari contenute nel secondo comma: il divieto di impugnare il contratto per errore di diritto o per lesione. Un serio indice di tale stretto collegamento è dato non soltanto dalla scelta legislativa di collegare nello stesso articolo irrevocabilità e inimpugnabilità, ma dal ruolo che la transazione svolge nel sistema normativo. La transazione è un contratto funzionale alla realizzazione della pacificazione e come tale esso è espressione di un'autonomia privata che concorre attraverso la transazione alla realizzazione della funzione ordinamentale del diritto. Questa sembra essere una caratteristica costante nella storia della regolamentazione della transazione. L'irrevocabilità, il divieto di impugnare per errore di diritto o per lesione non costituiscono un'innovazione del codice del 1865, ma sono costantemente presenti anche nelle codificazioni precedenti e sono il frutto di precise scelte effettuate anche dal codice francese. Nel codice Albertino ex art. 2091 "Le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza inappellabile" Nel codice francese ex art. 2052 "Le transazioni hanno fra le parti l'autorità della cosa giudicata, in ultima istanza. Esse non possono impugnarsi per causa di errore di diritto, né per causa di lesione". Non vi sarebbe irrevocabilità in un sistema che tenesse spalancata la porta delle impugnazioni che avrebbero così il ruolo di rendere inefficace la previsione dell'irrevocabilità. L'errore di diritto costituisce nella transazione un'ipotesi di impugnazione la cui ammissibilità sarebbe fonte di gravi aporie logiche e di altrettanto gravi conseguenze applicative. Il contratto di transazione, infatti, a differenza degli

¹³ V. i rilievi critici sull'assimilazione tra irrevocabilità della sentenza e irrevocabilità della transazione effettuati da A. BUTERA, o.c., p. 381 ss.

¹⁴ Per la non rilevanza d'ufficio di una transazione App. Roma, 14 giugno 2011, in *Pluris online*.

¹⁵ Per l'esplicita assimilazione degli effetti della transazione alla c.d. cosa giudicata materiale v. Trib. Padova, 6 dicembre 2004, in *Mass. giur. civ. patavina*, 2009.

altri contratti presuppone un'analisi attenta delle pretese dal momento che la sua funzione è quella di superare o di prevenire una lite (art. 1764 cod. 1865, Art. 2083 cod. albertino, Art. 2044 cod. francese). Come argutamente annota un commentatore¹⁶ del codice del 1865 “La transazione avendo precisamente per oggetto di prevenire o di sopire una discussione giuridiziale, non può facilmente ammettersi a divenire il principio di un nuovo giuridico piato”. Se ci si sposta nel tempo e si analizza il codice del 1942 nulla cambia: l'art. 1965, primo comma nulla innova circa lo scopo della transazione che ancora oggi è funzionale al superamento o alla prevenzione delle liti e l'art. 1969 espressamente esclude l'annullamento per errore di diritto sulle questioni oggetto della controversia. Come si vedrà l'identità delle disposizioni non significa che nulla sia cambiato, ma che, al contrario, molto sia cambiato nell'interpretazione di queste disposizioni per il totale cambiamento del sistema delle fonti e dei valori in cui le stesse sono inserite.

5. I corollari espliciti dell'irrevocabilità. B) L'irrilevanza della lesione

L'impugnazione per causa di lesione continua ad essere vietata anche nel codice del 1942 per espressa disposizione dell'art. 1970 cod. civ. La portata del divieto introdotto dall'art. 1970 è, però, di gran lunga più ampia del divieto del codice del 1865¹⁷. In questo codice, infatti, soltanto i contratti di compravendita e le divisioni potevano essere impugnati per lesione, mentre nel codice vigente la rescissione ha assunto la veste di rimedio a carattere generale come tale esperibile nei confronti di qualunque contratto. E' evidente che in un contesto in cui il ruolo della rescissione è così mutato e ampliato possa essere ancor più avvalorata l'idea che la norma contenuta nell'art. 1970 cod. civ. abbia un carattere eccezionale. E' questa una convinzione diffusa espressa anche dalla giurisprudenza¹⁸, ma che pare possa essere oggetto di qualche riflessione critica. L'eccezionalità può essere concepita come una deviazione da principi giustificata da fatti peculiari che rendono ragionevole adottare per quell'ipotesi una regolamentazione diversa. Per ravvisare l'eccezionalità è, però, importante che ricorra non solo il requisito della peculiarità che giustifica lo scostamento dal principio, ma che vi sia un principio generale rispetto al quale la regola possa dirsi eccezionale. Se nel codice del 1865 il sistema ordinamentale era costituito da un sistema di fonti privo di una costituzione rigida, altrettanto non può dirsi circa il sistema attuale. Vi è una gerarchia delle fonti alla quale corrisponde una gerarchia dei valori e anche i principi risen-

¹⁶ Si fa riferimento a T. FERRAROTTI, *o.c.*, p. 177.

¹⁷ Per tale riflessione v. G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 329.

¹⁸ Per tutte cfr. Cass., 6 febbraio 1987, n. 1209, in rep. Foro it., 1987, voce Contratto in genere, n. 330.

tono dei rapporti gerarchici. Se così è l'art. 1969 cod. civ. è espressione del principio di irrevocabilità il quale, a sua volta, è attuazione del principio di pacificazione sociale fine ultimo della regolamentazione giuridica e bene protetto dall'ordinamento al massimo grado. In questo contesto l'art. 1969 cod. civ., a differenza del corrispondente articolo, contenuto nel codice previgente non è norma eccezionale, ma perfettamente regolare in quanto consente di mantenere fermo nel tempo lo stato di pace raggiunto dalle parti. Questa disposizione si allinea ad altre presenti nel vigente codice che esprimono il principio di irrevocabilità diretto alla stabilizzazione della pacificazione quale, ad esempio, l'art. 1976 cod. civ. che esclude la risoluzione per inadempimento quando il rapporto preesistente sia stato estinto per novazione. Nel codice del 1865 questa disposizione era assente, ma pur nella sua assenza, la dottrina e la giurisprudenza non avevano mancato di affrontare la questione comprendendo che l'irrevocabilità determina inevitabilmente una necessità di limitare forme di reviviscenza del rapporto controverso e quindi la riapertura della lite. Nel codice del 1942 il legislatore appare maggiormente consapevole in ordine all'importanza di una disciplina che anche attraverso esplicite disposizioni promuova la stabilizzazione del rapporto transatto e, quindi, pur abbandonando l'enunciazione dell'irrevocabilità, ad essa ispira gran parte dell'articolato in materia di transazione.

6. Una diversa ermeneutica dell'irrevocabilità della transazione fondata sulla sussidiarietà costituzionale

Rispetto al codice del 1865 è, però, cambiato il sistema ordinamentale in cui il divieto di impugnazione è inserito. Se nel codice del 1865 un divieto di esperire l'impugnazione per errore o per lesione poteva dirsi eccezionale rispetto alle regole che governano l'errore del diritto o la lesione nei contratti, nel sistema ordinamentale vigente tutto è mutato¹⁹. La scienza giuridica distingue nettamente ciò che è principio da ciò che è una mera regolarità statistica (pseudo-principio circa la rilevanza *tout court* in tutti i contratti dell'errore di diritto o delle lesioni economiche). I divieti in parola, oggi, non possono essere considerati norme eccezionali, bensì regolari in quanto attuativi del principio fondamentale costituito dalla pacificazione nei rapporti interindividuali. In questa ipotesi l'interprete individua nella regola disciplinare (divieto di impugnare la transazione per errore di diritto o per lesione) non già

¹⁹ Per un'interpretazione secondo costituzione si rimanda al fondamentale contributo di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 433 ss.

un'eccezione rispetto alle regole che governano il diritto contrattuale²⁰, ma una manifestazione dell'idea che la transazione intesa come superamento della conflittualità sia un esercizio dell'autonomia privata talmente meritevole e funzionale alla realizzazione dei valori espressi dall'ordinamento da dover essere messo al riparo il più possibile da ripensamenti che possano riportare le parti alla conflittualità. Gli artt. 1965 e 1969 cod. civ. sono espressioni del valore della sussidiarietà specificato nella nostra Costituzione dall'art. 118²¹. L'interpretazione del codice civile è influenzata dalla scelta costituzionale di esaltare il ruolo dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi generali. La gestione della conflittualità e il suo superamento costituiscono un interesse di portata generale e, ai nostri giorni, di carattere quasi emergenziale. Lo stato della giustizia civile è tale che quantità e durata delle controversie civili sono state spesso l'occasione e la ragione di interventi riformatori del sistema: si pensi all'introduzione di filtri per l'avanzamento della lite nei gradi di giudizio, alla previsione di forme di gestione della lite alternative al processo come la mediazione o la negoziazione assistita, all'impulso normativo alla composizione arbitrale. La transazione con la sua disciplina immutata nei secoli ha assunto un valore cruciale essendo la manifestazione massima di un esercizio meritevole dell'autonomia privata pienamente conforme e conformata a quell'interesse generale e sommo costituito dalla pace nei rapporti e nelle relazioni sociali. Quella che era un'opinione di un giurista di qualche secolo fa è oggi una guida per un'ermeneutica conforme alla Costituzione e ai valori dell'ordinamento italo-europeo²²: l'irrevocabilità della transazione è un principio che guida l'interprete di oggi perché oggi ancor più che in passato “devesi avere tutto il riguardo per un obbligo che libera dalla lite”²³.

²⁰ Così nel codice previgente T. FERRAROTTI, *o.l.c.*

²¹ Sui rapporti tra sussidiarietà e autonomia v., da ultimo, D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 58 ss.; M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2015, *passim*.

²² Significativo quanto scritto dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia nelle sue conclusioni nella causa conclusasi con la decisione 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, in *Dir. giust.*, 2010, p. 226. “una conciliazione delle parti conclusa in via extragiudiziale è spesso più idonea a conseguire una duratura stabilità del diritto rispetto a una decisione giudiziaria controversa” e anche per questo massimamente meritevole è il ricorso a forme di gestione delle controversie che si basano sull'esercizio dell'autonomia privata.

²³ Così J. DOMAT, *o.l.c.*

LUCA PETRELLI

*L'agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà
o di altri diritti reali nel codice civile del 1865*

Sommario: 1. “L’eccezionalismo agricolo” ai tempi della unificazione legislativa italiana; 2. L’agricoltura come attività soggetta al diritto civile durante il periodo di vigenza del codice del 1865; 3. L’esclusione degli atti attinenti all’agricoltura dagli atti di commercio nel codice del 1882; 4. Conclusioni

1. *“L’eccezionalismo agricolo” ai tempi della unificazione legislativa italiana*

Sono noti gli elementi di continuità tra ideologie e movimenti filosofici alla base della codificazione napoleonica e della unificazione legislativa italiana; la classe borghese, che in Italia aveva assunto un ruolo egemone già dall’inizio dell’ottocento, aveva mostrato in più casi l’influenza di studi filosofici ed economici ispirati all’illuminismo nel tradurre in scelte legislative i rapporti civili di società attraverso la codificazione del 1865.

Per comprendere bene come era regolato l’esercizio dell’attività agricola nel contesto del codice del 1865 occorre tenere in considerazione che il modello economico egemone in Italia al momento della sua unificazione era indiscutibilmente a base agraria in quanto caratterizzato dalla prevalenza dell’agricoltura sull’industria nella produzione della ricchezza nazionale e dal conseguente primato del bene terra come risorsa produttiva di maggiore rilevanza.

Risale a quel periodo l’emersione di un movimento storico-culturale, denominato dalla migliore dottrina giusagraristica “eccezionalismo agricolo”¹, che ha posto in evidenza le specificità della regolamentazione giuridica dell’agricoltura alimentando, nell’ultimo secolo,

¹ A. JANNARELLI *The agri-food markets: new paradigms*, relazione al convegno GLOBAL FOOD LAW TRENDS UE, USA, CHINA, Milano, October 14-15, 2015.

un annoso dibattito sull'autonomia didattica, legislativa e scientifica del diritto agrario rispetto al diritto civile².

Sia pure in forme ed accezioni anche radicalmente differenti, l'eccezzionalismo agricolo si ricollega alle influenze illuministiche, di ispirazioni non soltanto francese, che filtrano nel codice del 1865³; la specificità della materia agraria rispetto al diritto privato in quel periodo trovava la propria giustificazione vuoi nell'utilizzo necessario della risorsa terra, vuoi nel legame tra prodotto agricolo ed alimentazione che impediva di trattare i beni agricoli alla stregua di qualsiasi altra *commodities*.

In particolare il movimento fisiocratico, che aveva esercitato una importanza molto rilevante nello sviluppo di una coscienza filosofico-economica europea (almeno fino alla fine del 700) riteneva essere la terra la fonte esclusiva della ricchezza dello Stato dal momento che essa rappresentava l'unico fattore di produzione in grado di generare valori aggiunti. Solo la terra era capace di fornire un prodotto netto, un surplus rispetto agli investimenti apportati. L'agricoltura, perciò, era in grado di produrre, mentre l'artigianato e la manifattura trasformavano soltanto. La classe agricola degli imprenditori e degli affittuari era quindi, per i fisiocratici, produttiva, mentre artigiani, commercianti, manifattori e liberi professionisti costituivano la classe sterile; i proprietari fondiari, il clero, i funzionari pubblici e il sovrano, infine, si identificavano con la classe oziosa.

Il movimento codificatorio che porterà all'emanazione del codice di commercio italiano del 1882, mostrò maggiore sensibilità nei confronti di altre idee, quali quelle sviluppate dall'illuminista italiano Ferdinando Galiani, sicuramente più coerenti con nuove modalità di produzione della ricchezza che si sarebbero presto imposte in Europa e nel mondo sovvertendo il millenario sistema economico a base agricola. Il Galiani nel suo libro *Dialogues sur le commerce des bleds* edito nel 1770 sostenne, contro un indiscriminato liberismo perseguito dai fisiocratici, il carattere relativo delle istituzioni economiche e la necessità di considerare le particolarità storiche, sociali e ambientali dei diversi Paesi. Galiani nei suoi dialoghi fa affermare al suo alter ego, l'italiano cavalier Zenobi, in contrasto con il pensiero fisiocratico, che le manifatture e non l'agricoltura rappresentano le attività economiche più impor-

² Il dibattito fu ufficialmente aperto dalla Rivista di diritto agrario negli anni che vanno dal 1928 al 1930. Si misurarono sul tema i migliori giurisperiti del tempo: tra gli altri si ricordano: V. Scialoja, Arcangeli, Bonfante, Brugi, Zanobini, B. Donati, Vitta oltre, ovviamente, al Bolla.

³ La migliore dottrina ritiene che se nei codici post unitari l'attività agraria non riceve una particolare disciplina, il codice civile, "che è un codice fisiocratico, ... è stato creato per una società meramente agricola che alla produzione agraria guarda come al fondamento di ogni altra produzione"; così A. CICU – E. BASSANELLI, *Corso di diritto agrario*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, edizione rifatta ed aggiornata, 1940, p. 12.

tanti. Lo stesso Zenobi sostiene che non vi sono leggi economiche valide per tutti i luoghi. Stati piccoli o grandi, commercialmente avanzati o arretrati, prevalentemente agricoli o manifatturieri non possono adottare in materia di grani la stessa politica economica. Il grano, ad esempio, proprio per la sua destinazione alimentare, non può essere considerato oggetto di una libera speculazione commerciale come un qualsiasi altro prodotto. Il messaggio che esce dai Dialoghi sul commercio dei grani è chiaro: il governo dell'agricoltura non può essere lasciato all'agire delle forze del mercato. Al contrario gli Stati debbono adottare appropriate politiche economiche se vogliono scongiurare momenti di penuria grave, le carestie così pericolose per il normale sostentamento degli strati più deboli della popolazione e di conseguenza per la tenuta dei governi, nonché le sordide speculazioni e gli illeciti arricchimenti che produttori, mercanti e intermediari spesso riescono a conseguire in tali momenti.

Le specificità della regolamentazione dell'agricoltura erano ben note ai migliori giurisperiti italiani di fine ottocento/primo novecento che riconobbero l'importanza della materia pur negandone l'autonomia dottrinale o scientifica⁴. Il diritto dell'agricoltura italiano già sin da allora si caratterizzava per l'essere costituito da norme di diritto privato e di diritto pubblico, anche se, per diritto agrario in senso stretto, la dottrina civilistica intendeva il complesso delle norme di diritto privato.

Emergeva in quel periodo con sempre maggiore chiarezza che la disciplina dell'Agricoltura non poteva essere affidata alle sole forze del mercato ed aveva bisogno, al contrario, di essere gestita con una forte politica economica e del diritto⁵. Il regime fascista dimostrò di avere maturato tale consapevolezza; riconoscendo speciale importanza "all'agricoltura come cespite principale della produzione e come fondamento primo della potenza nazionale, perché all'agricoltura si ricollegano, a tacer d'altri, il problema demografico, quello militare e quello coloniale"⁶, il fascismo si caratterizzava per l'esercizio, *ius impe-*

⁴ A. ARCANGELI, *Istituzioni di diritto agrario*, parte generale, II edizione riveduta, Società editrice del "Foro Italiano", Roma, 1936, specialmente pp. 1-19. Oltre all'Arcangeli - che nel suo memorabile articolo *Il diritto agrario e la sua autonomia*, in *Riv. dir. agr.*, 1928, I, p. 10, evidenziò quale presupposto (poi comunemente condiviso dalla dottrina) per il riconoscimento dell'autonomia di un ramo della scienza giuridica l'esistenza di principi giuridici propri ad esso - contrari all'autonomia del diritto agrario si dichiararono, tra gli altri: V. SCIALOJA, *Diritto agrario e codice agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1928, I, p. 13; C. VITTA, *La controversia del diritto agrario*, *ivi*, 1929, I, p. 186; G. POGGI, *Piano d'istituzioni agrarie*, in *Consultazioni, decisioni ed opuscoli inediti*, Firenze, 1844, p. 364; A. CICU – E. BASSANELLI, cit., p. 9; E. BETTI, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1957, p. 1.

⁵ E. FINZI, *La terra e la politica*, in AA.VV., *Il trentennio della rivista di diritto agrario 1922-1952*, Firenze, 1953, p. 90, richiamando il pensiero di F. GALIANI, ricorda che nel campo della politica agraria l'attività legislativa "deve essere ispirata ai vivi aspetti dei problemi economici e sociali del momento in cui essa si concreta".

⁶ A. ARCANGELI, *Istituzioni di diritto agrario*, parte generale, II edizione riveduta, cit., p. 8.

rii, di un forte potere conformativo dell'attività agricola per assicurare che essa fosse a "vantaggio della Nazione".

Dimostrò consapevolezza di tale evoluzione della legislazione agraristica parte autorevole della dottrina giuridica⁷ del tempo che proprio sulla tendenza a far prevalere l'interesse pubblico di fronte all'interesse privato della proprietà agricola - sicché "il proprietario terriero non è che un amministratore della proprietà nell'interesse della nazione" - poggiò la propria convinzione (come si è già detto, minoritaria in dottrina) della raggiunta autonomia del diritto agrario.

2. L'agricoltura come attività soggetta al diritto civile durante il periodo di vigenza del codice del 1865

La classe dei proprietari terrieri del centro e del Sud non esitò a porsi sotto l'egida del nuovo Stato Italiano.

Il codice del 1865, vocato a definire stabilmente i rapporti civili di società⁸, spezzò con decisione ogni predominio feudale e clericale configurandosi come un codice di classe finalizzato alla tutela degli interessi individuali della borghesia terriera. La proprietà assunse un ruolo centrale nella nuova codificazione quale diritto di godere e disporre delle cose in modo assoluto con il solo limite di non farne uso contrario alla legge ed ai regolamenti (art. 436). Il contratto aveva, invece, una posizione ancillare acquisendo rilevanza legislativa soltanto in quanto strumento per trasferire la disponibilità ed il godimento delle cose.

La dottrina non aveva mai dubitato, almeno fino all'emanazione del codice commerciale, del fatto che "l'agricoltura costituisse un'attività schiettamente civile e come tale soggetta al diritto civile"⁹.

Tuttavia il codice civile del 1865 non definiva l'agricoltura; nella sua accezione più ristretta ricavabile dalla stessa etimologia della parola, nella seconda metà dell'ottocento si intendeva per agricoltura una particolare attività umana rivolta alla coltivazione dei campi, anche se qualche perplessità in relazione alla agrarietà suscitavano alcune pratiche quali l'orticoltura, la floricoltura e l'attività vivaistica. Il legame tra attività agricola e titolarità del potere di godere e disporre del bene terra non poteva essere più immediato. Ricordava il filosofo che "L'umanità ha bisogno di vivere ...E per vivere non ha altro patrimonio che la

⁷ B. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto*, Padova, 1929, p. 248 ss.

⁸ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2009, p. 79.

⁹ A. ARCANGELI, *Istituzioni di diritto agrario*, parte generale, II edizione riveduta, cit., pp. 21-22.

terra”¹⁰. E la terra, parte della crosta terrestre, diviene fondo rustico soltanto con la volontà del proprietario potendo altrimenti attendere ad altre funzioni.

Nel tempo, legittimati dalla tradizione delle “cento Italie agricole”, tra i lavori ordinari svolti dall’agricoltore trovarono collocazione altre attività quali l’allevamento (di bestiame e di pesci) e la selvicoltura. Anche l’attività di adattamento del suolo alle necessità della futura coltivazione, così come le opere di trasformazione dei prodotti della terra, rientravano tra i lavori ordinari dell’agricoltore. Tutte queste attività si intendevano ricomprese nel concetto di agricoltura quando erano esercitate come “complementari alla coltivazione, e cioè dalla stessa persona che gestisce l’azienda per la coltivazione” del fondo¹¹.

L’individuazione di un “criterio-limite” per la considerazione come agricole delle attività complementari alla coltivazione rappresenterà uno dei compiti più ardui della dottrina e della giurisprudenza del periodo. In ogni caso, in assenza di coltivazione del fondo, non si aveva esercizio di attività agricola. Tale principio fu applicato dalla giurisprudenza sino alla intervenuta riscrittura dell’art. 2135 del codice civile vigente determinata dal D.lgs n. 228/2001.

L’agricoltore per esercitare l’agricoltura, vigente il codice civile del 1865, doveva, dunque, necessariamente poter disporre di un fondo rustico; ciò, o in quanto proprietario, o in quanto titolare di un diritto reale (usufrutto, enfiteusi), o in quanto legittimato da un contratto (ad esempio, di affitto) o comunque per l’essere possessore sia in buona o in mala fede. Ovviamente l’esercizio dell’attività agricola era sotto il diretto controllo del proprietario quando egli stesso si faceva agricoltore. L’agricoltura in tal modo rappresentava, anzi, la normale diretta modalità di usare e godere della cosa produttiva bene terra.

Tuttavia il proprietario o il titolare di un diritto reale (enfiteusi o usufrutto) riusciva in ogni caso a controllare e condizionare l’assetto produttivo in atto sul fondo pure nell’ipotesi in cui egli avesse deciso di non esercitare direttamente l’attività agricola su di esso. Sorreggeva tale potere di controllo indiretto non soltanto la situazione di oggettiva normale disparità di forza economica esistente tra chi poteva disporre a pieno diritto del bene terra in una logica soltanto speculativa (ad esempio il proprietario), e chi aveva bisogno di utilizzare la risorsa agricola per necessità (agricoltore), disparità che consentiva alla parte forte del rapporto di imporre ogni condizione alla parte più debole. Favoriva, infatti, il forte potere di controllo del proprietario sull’attività svolta dall’agricoltore sul fondo non

¹⁰ G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto agrario, proprietà*, in AA.VV. *Il trentennio della rivista di diritto agrario 1922-1952*, cit., p. 26.

¹¹ A. CICU, E. BASSANELLI, *Corso di diritto agrario*, Edizione rifatta e aggiornata, cit., p. 4.

suo il tradizionale considerare la terra quale *res naturaliter frugifera*. Da tale concezione discendeva, quale conseguenza, una mortificazione della significatività dell'organizzazione professionale e dell'autonomia dell'attività agricola posta in essere dall'agricoltore non proprietario della terra (e non titolare di un diritto reale). L'impossibilità di configurare un dominio diretto significativo o, meglio determinante, dell'attività organizzativa umana sull'attività produttiva agricola proprio in quanto nell'agricoltura carattere prevalente avrebbe lo «sfruttamento dell'energia genetica della terra e del bestiame» impediva di riconoscere natura industriale al processo produttivo agricolo creando un assioma ancora oggi valido per la dottrina e la giurisprudenza¹².

Non c'è traccia nel codice del 1865 del rapporto difficile, a volte conflittuale, tra concezione del fondo e concezione dell'azienda agraria che si svilupperà all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942¹³. Nel periodo di vigenza del codice del 1865 il rapporto tra fondo (in senso agrario) ed azienda agraria assunse, negli sviluppi giurisprudenziali, “aspetti particolari dai quali è dato di desumere la tendenza a respingere la nozione di azienda o la sua applicabilità alla fattispecie”; dal canto suo la dottrina del tempo, o identificava le nozioni di *fundus intractus* ed azienda agraria, o riportava la loro distinzione ad un criterio qualitativo¹⁴. In ogni caso sotto la vigenza del codice del 1865 il complesso pertinenziale destinato all'esercizio dell'agricoltura - che trovava, per il fondo rustico, una delle sue più importanti applicazioni nel rapporto economico agrario tra bestiame e fondo - era “creatura” del proprietario del fondo e da questo direttamente o indirettamente controllato.

3. L'esclusione degli atti attinenti all'agricoltura dagli atti di commercio nel codice del 1882

L'unificazione legislativa del nuovo Stato italiano non poteva fermarsi all'emanazione del codice civile del 1865. Il progressivo sviluppo dell'economia mercantile coincideva con lo stabilizzarsi degli stati nazionali unitari utili all'industria ed al commercio che avevano bisogno di mercati vasti ed omogenei. Alla nuova borghesia mercantile era universalmente riconosciuto un ruolo di guida del processo di industrializzazione del paese: l'esplosione dei

¹² Contra L. PETRELLI, *Studio sull'impresa agricola*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 74-85, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

¹³ D'altra parte, come rilevato da M. BACCIGALUPI, *La giurisprudenza nell'opera della rivista di diritto agrario*, in AA.VV., *Il trentennio della rivista di diritto agrario*, cit., pp. 69-70, occorre considerare che la dizione “azienda agraria” è stata utilizzata soltanto nel 1917, più precisamente, nella legislazione vincolistica di carattere sociale e previdenziale (art. 2 del D.lgt. 23 agosto 1917 sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni in agricoltura).

¹⁴ L'analisi è di M. BACCIGALUPI, *La giurisprudenza nell'opera della rivista di diritto agrario*, in AA.VV., *Il trentennio della rivista di diritto agrario*, cit., p. 70.

commerci, favorita dall'entrata nell'uso della cambiale, sembrava rendere possibile quanto meno l'affiancamento, se non il superamento, del modello economico a base agraria in relazione alle modalità di produzione della ricchezza nazionale.

Da qui la riconosciuta esigenza della regolamentazione della materia di commercio nel codice del 1882 attraverso la enumerazione degli atti di commercio, enumerazione che, come ebbe a sostenere l'Arcangeli¹⁵, aveva natura dimostrativa e non tassativa.

Il diritto commerciale nasce, dunque, intorno ad un nuovo codice come diritto autonomo che deve proprio alla sua autonomia l'attitudine a comprendere sotto il suo dominio le nuove forme di attività, i nuovi rapporti, che la pratica elabora con celerità sempre crescente; quanto di più lontano dall'esercizio dell'agricoltura, attività "coeva se non all'uomo, certamente alla civiltà umana"¹⁶ regolamentata nel codice civile del 1865 come modo di esercizio diretto o indiretto dei diritti del proprietario del fondo o del titolare di altro diritto reale.

La scelta della regolamentazione dell'agricoltura, sia pure nel suo riferimento esteso alle attività di coltivazione, allevamento e silvicoltura, quale attività disciplinata al di fuori dell'ambito commerciale, era già presente nel codice di commercio francese (art. 638).

L'art. 5 del codice di commercio italiano espressamente statuisce che non sono atti di commercio, tra gli altri, la vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti del fondo da lui coltivato.

Nonostante l'art. 5, parte autorevole della dottrina italiana ritenne possibile ricomprendere l'agricoltura nella teoria degli atti generali di commercio per il tramite della nozione generale di impresa che operava nel codice del 1882 quale uno degli elementi determinatori della commercialità. Per il ROCCO¹⁷ e il CARNELUTTI¹⁸, in particolare, la grande industria agraria rientrava nel concetto di impresa, intesa come "operazione di intermediazione nello scambio del lavoro", ricostruibile sulla base del codice di commercio.

L'inquadramento dell'attività agricola nell'ambito della materia commerciale, sia pure nei limiti sopra indicati, non trovò accoglimento né giurisprudenziale né dottrinale. La migliore dottrina¹⁹ non poneva in discussione, infatti, che il codice del 1882, nonostante avesse fondato la determinazione della materia di commercio sugli atti indicati nei primi suoi articoli e sull'esercizio professionale di essi, potesse consentire all'interprete di ricavare una

¹⁵ A. ARCANGELI, *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, vol. secondo, Cedam, Padova, XIV, 1936, p. 5.

¹⁶ G. DEL VECCHIO, *Sul diritto agrario*, in AA.VV. *Il trentennio della rivista di diritto agrario 1922-1952*, cit., p. 19.

¹⁷ A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, parte generale, Torino, UTET, 1928, p. 198.

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, vol. I, Roma, 1913, p. 68.

¹⁹ A. ARCANGELI, *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, cit., p. 31.

definizione giuridica di impresa quale organismo che attua la coordinazione dei fattori economici della produzione. Dichiarando che erano commerciali alcune categorie di imprese, indicate nell'art. 3, la legge ne ricavava che parimenti risultavano commerciali tutti gli atti che da quelle imprese promanavano. La natura commerciale, secondo l'Arcangeli, discendeva da alcuni fattori ricavabili in via interpretativa: in particolare entità economica, giro numeroso di affari, assimilazione di tutti gli elementi dell'azienda commerciale. Il fondamento della commercialità, in particolare, fu dall'Arcangeli rinvenuto nel parallelismo tra azienda commerciale e azienda industriale. Tuttavia la prevalente dottrina non mancò di evidenziare che l'impresa di produzione agricola, qualunque fosse la sua dimensione o il suo livello di meccanizzazione, non era contemplata dal codice del 1882 tra le imprese che emanavano atti di commercio. Ne discendeva che, non essendo commerciale l'impresa agricola, non risultavano coerentemente commerciali tutti gli atti che da essa promanavano che, coerentemente, restavano civili. Civili, dunque, erano per l'agricoltore tutti i contratti di locazione d'opera, di affitto, di mezzadria, di enfiteusi ed in genere tutti quelli volti a costituire e ad organizzare l'azienda agraria, così come civili erano gli atti connessi al suo esercizio e gli acquisti di cose necessarie per l'azienda.

Le tesi del ROCCO e del CARNELUTTI restarono isolate in dottrina e “bollate” come contrarie allo spirito della legge in quanto avrebbero creato, se accolte, una distinzione tra grande e piccola impresa agricola che il codice di commercio non prevedeva.

Il processo di confinamento tra materia civile e materia commerciale per quanto concerne gli atti ricollegabili all'agricoltura ed all'industria agraria si caratterizzò per la sua complessità per tutta la vigenza del codice del 1865, complessità che raggiungeva i massimi livelli allorquando l'agricoltore non si fosse limitato alla produzione agricola ma avesse organizzato ad impresa anche attività di trasformazione e/o vendita dei prodotti agricoli, propri ed altrui, per rendere maggiore il suo guadagno. Al fine di meglio delimitare la sfera dell'agrarietà, furono dalla dottrina del tempo individuati, e dalla giurisprudenza applicati, una serie di criteri di collegamento tra tali attività e le attività di produzione agricola esercitate sul fondo. I criteri utilizzati, in particolare, furono i seguenti: prevalenza, necessità, accessorietà, normalità. Tra questi finì con il prevalere il criterio della accessorietà.

Successivamente alla fine della prima guerra mondiale furono varate alcune leggi speciali che utilizzavano formule giuridiche dirette a delimitare il settore agricolo rispetto al

commerciale. Gli interpreti si divisero circa la possibilità di utilizzare tale normativa a fini interpretativi per ricostruire la nozione comune di agricoltura²⁰.

Alcuni progetti di riforma del codice di commercio si susseguirono nel tempo: il progetto Vivante (1920); il progetto d'Amelio (1925); il progetto Asquini (1941), il progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro (1941). Tutti i progetti, sia pure secondo modalità differenti, confermarono il carattere non commerciale degli atti/attività attinenti all'agricoltura.

4. Conclusioni

Soltanto con l'emanazione del codice civile del 1942 l'esercizio dell'agricoltura riuscì a svincolarsi progressivamente dal controllo del proprietario del fondo rifluendo nella moderna impresa. Grazie alla nuova formulazione dell'art. 2135 c.c. l'attività di coltivazione del fondo ha perso definitivamente la sua centralità tra quelle essenzialmente agricole; l'impresa agricola, anche quando è fortemente industrializzata, mantiene rispetto alla impresa commerciale un deciso profilo di specialità ricostruito intorno al ciclo biologico.

Il diritto agrario moderno, anche a seguito di una feconda stagione della legislazione speciale e di una forte integrazione normativa di fonte europea ed internazionale, è saldamente improntato su principi generali comuni a tutta la materia, e propri soltanto di questa, consolidandosi quale autonoma disciplina.

La più recente legislazione universitaria prende atto della nuova dimensione assunta dal diritto agrario²¹ e conferma il definitivo svincolo della materia “dalla sua tradizionale collocazione novecentesca, ancillare rispetto al diritto privato”, riconoscendole “una valenza internazionale, spostata sulla conoscenza delle istituzioni e delle normative anche (se non soprattutto) sovranazionali che regolano i mercati agroalimentari”²². Da ultimo il DM. 12 febbraio 2015, in ossequio alla sentenza del Tar del Lazio n. 4603-2015, ha modificato il DM. 25.11.2005, concernente l'ordinamento didattico del corso di laurea magistrale in Giu-

²⁰ Sul punto cfr. M. GOLDONI, *Dal 1882 al 1942: la collocazione dell'agricoltura in un sistema caratterizzato dalla duplicità dei codici di diritto privato*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Cedam, 2003, p. 161.

²¹ Sulla base della declaratoria di cui al DM 4.10.2000 sono ricompresi nel SSD IUS/03 (diritto agrario) “gli studi relativi all'organizzazione ed allo svolgimento dell'attività produttiva agricola...quale individuata dalla disciplina del codice civile, dalla legislazione speciale e dalla normativa comunitaria...”; gli studi attengono altresì “alle problematiche giuridiche relative alla tutela dell'ambiente ed alla commercializzazione dei prodotti agricoli”; il D.M del 29.7.2011 riconduce il diritto agrario al macrosettore 12/E relativo al “diritto internazionale, dell'Unione Europea, comparato, dell'economia e dei mercati”; più specificamente la materia de qua concorre, insieme al SSD IUS/05, a determinare l'ambito sostanziale del settore concorsuale 12/E3 dedicato al “diritto dell'economia e dei mercati finanziari ed agroalimentari”.

²² Cfr. le deduzioni dei ricorrenti in Sentenza del TAR Lazio n. 4603-2015.

risprudenza, con l'inserimento del SSD IUS/03 (e del SSD Ius/05) nell'ambito economico e pubblicistico delle attività formative caratterizzanti.

FELICE MERCOGLIANO

Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni

Sommario: 1.- Premessa intorno alle matrici storiche delle soluzioni codicistiche. 2.- Il criterio della *diligentia quam in suis* e le codificazioni italiane. Presenze ed assenze. 3.- Proposte interpretative moderne. 4. Un'opinione di Francesco De Martino. 5.- Le fonti romane. 6.- Il brano cruciale: Cels. 11 *dig.* D. 16.3.32. 7.- Un esempio di previsione più ampia del criterio nel BGB.

1. *Premessa intorno alle matrici storiche delle soluzioni codicistiche*

Propongo appena qualche breve riflessione ulteriore, che non aspirano alle pretese di una trattazione monografica¹, né di un saggio in tema di '*diligentia quam in suis*'² nell'esperienza giuridica romana e nella disciplina codicistica, con particolare riferimento ai codici moderni che l'abbiano prevista o eliminata volutamente. In questi essa può essere presa in considerazione come criterio per misurare l'adempimento nelle obbligazioni, a proposito dunque della responsabilità nei rapporti tra privati: è ben noto come le grandi codificazioni civili scaturite dalla civiltà liberale, ispirata dalla nuova concezione dello Stato di diritto in Europa, principalmente tutelino i diritti individuali, nelle sole relazioni tra i cittadini e soltanto dopo verrà il tempo della tutela costituzionale di essi anche verso lo Stato stesso³. Mentre la titolarità dei diritti diveniva, sin dal *Code civil*, un fatto essenzialmente per-

¹ Rimando per ciò ai recenti volumi, con ampio ragguaglio di bibliografia, rispettivamente di L. MAGANZANI, *La «diligentia quam in suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2006 e di G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, Trento, 2008, del quale si v. pure il capitolo III *La «diligentia quam in suis»*, in ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 89-151, ove una cospicua sintesi delle opinioni maturate dall'A., espone un po' più ampiamente appena poco prima nel saggio *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, 243-289.

² Per miei contributi precedenti mi sia consentito rinviare a *«Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici* (1991) ed *Itinerari di (dis)continuità dal diritto romano ai diritti europei* (2011), ora entrambi in *Fundamenta*, 2^a ed., Napoli, 2012, 125-170 e spec. 184-197, ivi fonti e letteratura in dettaglio, che in questa sede mi sembra più opportuno non ripetere.

³ Sul punto v., fra gli altri, F.P. CASAVOLA, *I diritti umani* (1997), in ID., *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, III, Napoli, 2004, 365-371.

sonale, qualsiasi confronto con il diritto previgente nella 'società del codice civile' si fondeva sul diritto romano⁴.

Con una cifra qualificante sono presenti, difatti, categorie concettuali romanistiche nel Codice civile del Regno d'Italia, allorché l'unificazione nazionale ormai politicamente compiuta nel 1861 sfociò, sul piano giuridico, nell'entrata in vigore di esso (promulgato con R.D. n. 2358 del 23 giugno 1865) il 1 gennaio 1866. Il definitivo progetto Pisanelli del 1863 era molto aderente al modello francese⁵, plasmato su quest'ultimo specialmente in materia di obbligazioni e contratti. In effetti, era il risultato questo di una fase che va dalla modernizzazione in Italia del diritto giustiniano, tramite il contributo dogmatico di glossatori e commentatori, sino all'influenza del *Code civil* francese su quello italiano, nel contesto delle codificazioni del secolo XIX⁶, e ancora sul codice del 1942⁷.

In altri termini, può in fondo dirsi che, per quanto riguarda l'esperienza giuridica privatistica nella storia italiana, il codice civile che porta con sé l'unità statale anche normativa si fonda in gran parte sul modello napoleonico fortemente influenzato in senso romanistico da Pothier, dato che fino ad allora la scienza giuridica nazionale s'era orientata verso la scuola dell'esegesi francese⁸ ed appena dagli ultimi scorcì dell'Ottocento si rivolse pure alla pandettistica tedesca⁹. Pur con lo 'stampo' straniero francese, oramai nell'Italia postunitaria la connessione inscindibile avrebbe dovuto essere una sola: quella tra unità nazionale, Stato

⁴ Così C. GHISALBERTI, *La società del codice civile*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio Napoli gennaio-novembre 1996. Atti*, Napoli, 1998, 390-392.

⁵ Queste informazioni ultimamente le fornisce A. MEOLA, *La ricerca*, in *La tradizione classica e l'Unità d'Italia. La questione del diritto romano*, a cura di C. Lanza, Napoli, 2015, 11.

⁶ Su queste problematiche v., per tutti, la trattazione affidante di G. WESENBERG – G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova, 1999, spec. 30-77 e 208-300 con bibliografia.

⁷ Cfr., in generale, R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1996³.

⁸ Con acume critico M. TALAMANCA, *Il diritto fra giuristi e legge*, in O. TROIANO – G. RIZZELLI – M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2004, 20 nt. 24 rivalutava persuasivamente la capacità interpretativa dell'«... 'École de l'Exégèse', nella quale – seppur con minore profondità, ma anche con minore astrattezza, della coeva e contermina pandettistica d'oltre il Reno – i grandi civilisti francesi dell'Ottocento, quantunque un po' troppo spesso impacciati dalla sudditanza ideologica verso le 'legge', costruivano, qualsiasi fossero state le speranze del grande imperatore e dei suoi collaboratori, un sistema che andava ben al di là della spiegazione letterale degli articoli del codice, il cui tenore non è mai auto evidente né di automatica applicazione, come s'illudono, da Giustiniano in poi, tutti i grandi legislatori (ma il *Corpus Iuris* è, come tutti sanno, più una compilazione che una codificazione)».

⁹ Si v. a proposito di tale trama che percorre l'esperienza che da Pothier va fino al BGB, tra i tanti, P.G. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea*, ed it. a cura di E. Cantarella, Milano 2001, 139-157; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, 2ª ed., Torino, 2010, 86-131.

italiano e diritto positivo, come aveva intuito ed espresso nella sua prolusione camerale del 1879 Vittorio Scialoja¹⁰.

2. Il criterio della *'diligentia quam in suis'* e le codificazioni italiane. Presenze ed assenze

Per giungere al caso appunto della *diligentia quam in suis* nel deposito gratuito, va detto che nell'art. 1224 del Codice civile italiano unitario si ritrova in sostanza ricalcato l'art. 1137 del Codice francese, con tale enunciazione letterale: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento delle obbligazioni, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggior o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

A sua volta, questo è il dettato dell'art. 1843 del Codice stesso, che riproduce l'art. 1927 del Codice francese¹¹: «Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie»; da combinare con il successivo art. 1844, che riproduce l'art. 1928 del Codice francese, specificando le quattro ipotesi nelle quali «la disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore: 1°. Quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito; 2°. Quando ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito; 3°. Quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario; 4°. Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa».

La *diligentia quam in suis* configurava così il parametro di valutazione esclusivamente del contratto di deposito, inteso come tipicamente gratuito ed avente per oggetto unicamente beni mobili, seguendo la scia del legislatore napoleonico, al quale s'erano peraltro già fedelmente allineate le norme omologhe dei codici preunitari emanati tra il 1819 ed il 1852¹².

Dunque, nel 1865 per il deposito a titolo gratuito il Codice disvela una singolare misura specifica di responsabilità, in deroga alla disciplina ordinaria e non esattamente uguale alla diminuzione fissata, dal canto suo, nell'art. 1746 per la fattispecie della responsabilità a carico del mandatario gratuito, il cui comportamento avrebbe dovuto essere valutato, come s'esprime il legislatore, «meno rigorosamente». Si può riscontrare dunque la scelta codicisti-

¹⁰ Mi permetto di rinviare in argomento a F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata»*. Rileggendo la prolusione camerale di Scialoja su diritto positivo ed equità, in ID., *Fundamenta*, cit., 231-243, spec. 238.

¹¹ «Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent».

¹² Riportate in dettaglio da SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 87 nt. 19.

ca a favore di un unico grado di diligenza media, che viene imposta a qualsiasi debitore, ma¹³ «anche qui, come nelle opere di dottrina, il superamento dei principii tradizionali non porta con sé l'abbandono della *diligentia quam suis*: l'influenza della '*lex quod Nerva*' e della sua tradizione interpretativa è tale che la figura rimane imperante nella disciplina del contratto di deposito (secondo le formulazioni positive già notate in Domat e Pothier) sia nella codificazione francese che in tutti i codici che da essa dipendono, fra cui in particolare il Codice Civile italiano del 1865 ... Nella civilistica italiana dell'epoca, operante su un codice di matrice francese ma tributaria, sotto il profilo scientifico, della metodologia pandettistica, si ebbe un vivace dibattito sull'interpretazione ed applicazione degli artt. 1843-1844 e in particolare sul significato dell'espressione 'maggior rigore' ivi contenuta: secondo alcuni la *diligentia quam suis* dell'art. 1843 costituiva mero strumento di attenuazione della responsabilità del depositario gratuito, salvo il ritorno alla disciplina comune della diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224 nei casi previsti dall'art. 1844. Secondo altri l'art. 1843 non costituiva norma eccezionale ma vera e propria regola speciale ... la giurisprudenza maggioritaria si orientò a favore della prima soluzione, con l'effetto pratico di limitare l'applicazione della *diligentia quam suis* ai pochi casi di deposito gratuito, richiedendo per il resto la comune diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224. Analogo percorso fu compiuto dalla dottrina francese, che tuttora riconosce comunemente alla disciplina dell'art. 1927 mero carattere suppletivo, interpretando l'espressione '*plus de rigueur*' dell'art. 1928 come ritorno alla comune '*diligence d'un bon père de famille*' dell'art. 1137».

Sarà poi attratto appunto nell'orbita della disciplina del mandato a titolo gratuito anche il deposito a titolo gratuito, quando nel successivo Codice del 1942 la normativa in materia fu, per così dire, 'ribaltata'. Con un'inversione prescrittiva evidente, difatti l'art. 1768 ancor oggi in vigore recita: «*Diligenza nella custodia*. - Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia. Se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore».

3. *Proposte interpretative moderne*

Qual era stata la ragione del 'ribaltamento' di prospettive per disciplinare il deposito? L'ha spiegata bene di recente Gianni Santucci¹⁴. Una controversia dottrinarica tra civilisti condusse all'assoluta eliminazione del criterio del criterio della '*diligentia quam in suis*' dal Co-

¹³ Da qui seguo l'accurata esposizione della MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 79-82.

¹⁴ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, p. 130-151; nonché si v. già ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 87-91.

dice del '4215, poiché avrebbe potuto secondo alcuni comportare un inasprimento di responsabilità e non una mitigazione di essa.

In realtà, all'eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis* dal codice civile del '42, attualmente in vigore in Italia, condusse comunque l'impressione che si trattasse di un criterio direttivo troppo isolato. Impressione peraltro scaturente dalla considerazione erronea sul piano storico-giuridico della *diligentia quam in suis* stessa quale criterio autonomo ed ulteriore di responsabilità¹⁶, non da una consapevole analisi del senso delle fonti testualmente rimaste ed elaborate a lungo nella tradizione romanistica.

Riprendo la chiara sintesi della disputa dottrinarica che ne fa Santucci¹⁷: «Secondo alcuni studiosi, la letterale formulazione dell'art. 1843 non disponeva affatto che la *diligentia quam in suis* del depositario dovesse essere considerata a priori meno grave ed onerosa per il debitore rispetto a quella del buon padre di famiglia stabilita in via generale all'art. 1224. Il caso che tale dottrina prospettava era quello del depositario che nei propri affari era solito comportarsi secondo la più alta diligenza, cioè con un criterio, in termini di intensità, ben superiore a quello della diligenza media del buon padre di famiglia; egli, comunque, avrebbe dovuto rispondere per colpa, qualora non avesse impiegato nel custodire la cosa la sua diligenza abituale, anche se, paradossalmente, si fosse comunque comportato secondo il modello ordinario del *bonus paterfamilias* ... Diversamente, da parte di altri autori, e in particolare dal Simoncelli, si era sostenuto che la *diligentia quam in suis* posta a carico del depositario all'art. 1843 rappresentasse sempre una forma di diligenza attenuata in confronto al tipo normale di diligenza del buon padre di famiglia e a quest'ultima si dovesse ritornare nei quattro casi espressamente previsti dall'art. 1844 che contemplava un maggior rigore nella valutazione della responsabilità del depositario. La gratuità del rapporto di deposito, nel pensiero di questa dottrina, costituiva la ragione della presenza della *diligentia quam in suis*, come forma di responsabilità attenuata, tant'è che uno dei casi di aggravamento della responsabilità rispetto alla *diligentia quam in suis* era proprio costituita dal fatto che il depositario avesse stipulato a suo favore una remunerazione per la custodia».

Prevalse la prima proposta interpretativa, che produsse l'attuale stato della normativa codicistica in materia motivata all'epoca in sede ministeriale con argomentazioni, in maniera evidente per i romanisti almeno, schematicamente dirette a collegare la gratuità al minor ri-

¹⁵ Mi sia permesso di rinviare sul punto a quanto esposto in MERCOGLIANO, *Itinerari di (dis)continuità*, cit., in ID., *Fundamenta*, cit., 194-197.

¹⁶ Per la dimostrazione del contrario, ch'era proprio allora l'intento del mio saggio, mi permetto di rinviare a MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici, cit., 125-170.

¹⁷ SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 87-90.

gore e non più in grado di rispecchiare la duttilità casistica e al contempo sistematica dei giuristi classici romani¹⁸. Insomma, in altre parole, portò all'eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis* dal codice attualmente in vigore¹⁹ una controversia dottrinale nella civilistica italiana che incentrò la disputa sul punto nevralgico che dubbia sarebbe risultata la sua funzione. Quest'ultima avrebbe dovuto essere in teoria stabilmente mitigatrice della responsabilità contrattuale nel caso del deposito gratuito, poiché il debitore non riceve profitti remunerativi, ma in particolare aveva sostenuto ciò Vittorio Polacco²⁰, sostenitore di un significato autonomo sì rispetto alla misura della diligenza del buon padre di famiglia, ma da cui avrebbe potuto scaturire un potenziale aggravio di responsabilità per l'obbligato; dunque non ci sarebbe stato un evidente collegamento alla gratuità della prestazione di una diminuzione del carico della responsabilità stessa: sembra però emerga in questo modo un'eterogenesi a favore dell'idea di *culpa in concreto* medievale e moderna del significato autentico romano²¹.

Nella cornice dell'influenza più generale del diritto romano nel corso della vicenda codificatoria degli anni '40 del secolo scorso, in cui inserire l'isolata eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis*, è appena il caso di ricordare in maniera autentica a questo punto altresì la Relazione ministeriale al re del 1941, la quale dice che la (strategica nel diritto civile) «disciplina delle obbligazioni, pur tenendo conto delle nuove direttive politiche ed economiche, non si è distaccata dalle frontiere del diritto romano...»²². I criteri d'imputazione dell'inadempimento è, infatti, sintomatico che vengano individuati nel dolo, nella colpa e nella diligenza, sulla falsariga romanistica. In verità, per rendersene conto basta già uno sguardo agli articoli-capisaldi dell'impalcatura del Codice in materia: l'art. 1176, concernente la diligenza richiesta nell'eseguire la prestazione dovuta: «*Diligenza nell'adempimento*. - Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia...» ; e

¹⁸ Vale la pena forse riportare ancora quanto scrive in dettaglio SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 90-91: «Nel Progetto ministeriale del codice civile del 1936, la *diligentia quam in suis* era ancora stabilita nel caso di deposito gratuito all'art. 647. Nella pertinente relazione del Ministro Guardasigilli se ne spiegava però la sua eliminazione in questi termini: 'ho abbandonato il criterio della diligenza in concreto, ed ho affermato, invece, che la colpa del depositario deve valutarsi meno rigorosamente. In tal modo la responsabilità del depositario si è fatta corrispondere a quella del mandatario: ed infatti il depositario, in sostanza, è un mandatario *in custodendo*. Ma più che altro ho considerato anche qui che la c.d. diligenza in concreto alle volte dà luogo ad aggravii di responsabilità che non si possono ammettere quando il deposito è gratuito'».

¹⁹ Dall'art. 1768 cod. civ. it., per l'esattezza.

²⁰ Si v. la monografia di V. POLACCO, *La culpa in concreto nel diritto civile italiano*, Padova, 1894.

²¹ Eterogenesi rilevata a ragione da SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 50, 130-138, 150-151 e cfr. miratamente ID., «*Diligentia quam in suis*» e valutazione della responsabilità «con minor rigore» nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 355 ss.

²² *Relazione ministeriale al libro delle obbligazioni*, Roma, 1941, 219: segnala ciò di recente P. GIUNTI, in 'Osservatorio critico' della letteratura (III), a cura di M. Miglietta, in *LR*, 4, 2015, 373.

l'art. 1218, che disciplina l'imputazione al debitore della responsabilità per inadempimento: «Responsabilità del debitore. - Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». La matrice romanistica appare chiara, anche se il rapporto stesso tra le due regole,- quella sulla diligenza (art. 1176) e l'altra sulla responsabilità (art. 1218), quasi a voler spezzare l'unitario fenomeno della responsabilità contrattuale,- in qualche modo resta un nodo irrisolto a quanto pare nella dottrina odierna²³, in cui la responsabilità civile nel suo complesso viene delineata come unica di recente²⁴.

Nell'ambito della scienza giuridica italiana gli studiosi dell'esperienza romana, nonché della tradizione romanistica, tempestivamente sottoposero ad analisi critiche le innovazioni in materia civilistica, con particolare riguardo alle concezioni di fondo trasmesse dall'Ottocento e anche da secoli precedenti²⁵. Sin dal *Code civil*, come si sa, le definizioni teoriche codicistiche erano state influenzate dal giusnaturalismo, in linea con il diritto romano-giustiniano rielaborato nelle Università europee²⁶.

4. Un'opinione di Francesco De Martino

Va ricordata, in un simile contesto, un'opinione significativa in materia pubblicata da Francesco De Martino, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del '42, ora riedita. L'opinione di De Martino sembra risultare emblematica, in particolar modo, di come l'elaborazione dei giuristi (e specialmente dei romanisti) abbia reagito alla codificazione del '42. Quest'ultima aveva lasciato comunque varchi aperti a possibili interpretazioni divergenti, su punti anche nevralgici, qual è il caso dell'inestricabile intreccio normativo tra la regola generale in tema di criteri d'imputazione dell'inadempimento mediante la previsione del dovere di diligenza del debitore, da un lato (art. 1176); e la rilevanza del dovere di diligenza stesso ai fini della rilevanza della responsabilità per colpa, dall'altro (art. 1218). In sostanza,

²³ Si v. sul punto A. di MAJO, *Diligenza e buona fede nella responsabilità contrattuale*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 153-170.

²⁴ Su tale linea interpretativa P. LAMBRINI, *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *LR.*, 4, 2015, 129-136.

²⁵ Sottolinea il punto, in particolare, G.G. ARCHI, *I codici civili dell'Italia unita. Dalla tradizione romanistica dell'800 ai giorni nostri*, in *SDHI.*, 58, 1992, 34-42.

²⁶ Lo mette in rilievo R. SACCO, *Diritto romano e «Code Napoléon»*, in *Index*, 14, 1986, 99-108.

quindi, secondo il codice civile di nuova fattura, fra diligenza e colpa²⁷. Lo scopo di massima, almeno apparente, sarebbe stato quello di operare una risistemazione organica dei criteri sulla diligenza (a scapito, in particolare, della regola concernente la *diligentia quam in suis*), agganciata alla nozione – non impeccabile, neppure sul piano della (antiquata) terminologia – del ‘buon padre di famiglia’²⁸.

Di recente è riemerso, difatti, che Francesco De Martino, nel suo saggio *Elementi classici e principii romani nella riforma*, scritto in occasione dell'entrata in vigore del Codice civile (nel fatidico giorno della fondazione di Roma, il 21 aprile del 1942)²⁹, a proposito delle misure di responsabilità nella prestazione delle obbligazioni, notava finemente: «Il codice ha accolto il criterio tradizionale che nell'adempimento la misura della diligenza è riferita al tipo del buon padre di famiglia. La relazione afferma che questo criterio è stato elaborato dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il contenuto di questa diligenza dalle concezioni dominanti nella vita sociale. Ora innegabilmente il concetto della *diligentia* del *bonus pater familias* è concetto romanistico, ma è dubbio che esso sia stato elaborato dalla giurisprudenza classica: piuttosto su spunti classici relativi ai vari tipi di responsabilità, che vigevano in quel sistema, le scuole postclassiche e soprattutto Giustiniano hanno elaborato il concetto in esame e le varie categorie della diligenza»³⁰.

De Martino continua: «Ad ogni modo obbedisce ad un saggio criterio la tendenza dell'attuale legislatore ad attuare un regime unico nella disciplina dell'adempimento: ne risulta soppresso il regime speciale del deposito, fondato sulla *diligentia quam in suis* (*culpa in concreto*). Tuttavia, in taluni rapporti speciali il criterio della diligenza media va misurato con minor rigore, in quanto, pur restando ferma la responsabilità per colpa grave, si richiede una valutazione meno rigorosa della diligenza (mandato e deposito gratuito, ecc.)...». Ancora, egli conclude che «il regime della responsabilità è quindi in gran parte immutato, mentre sarebbe stata desiderabile in molteplici casi una piena restaurazione dei dommi classici, con una ripartizione oggettiva dei rischi fondata sul criterio dell'*utilitas*»³¹. De Martino qui fa

²⁷ Si v., per un sintetico orientamento generale moderno, S. RODOTÀ, s.v. *Diligenza (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1964, 539-546.

²⁸ Cfr. in argomento, nonché sull'anastrofe costituita dagli artt. 1176 e 1218 c.c., ricalcati sugli artt. 1147-1148 e 1137 del *Code civil*, C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 993-1013.

²⁹ Su di ciò si v. F.E. D'IPPOLITO, *L'illusione di un codice per il fascismo*, Napoli, 2012, 15-17 (il saggio di Francesco De Martino, in origine pubblicato nel 1943, viene riedito *ivi* in appendice, 81-154).

³⁰ *Ibid.*, 143.

³¹ *Ibid.*, 143-144.

un riferimento mirato al criterio dell'*utilitas contrabentium*³², che ha come *ratio* la semplice idea di collegare un aumento oppure una diminuzione della responsabilità ai vantaggi che i contraenti possano o meno ricevere dal contratto, in linea di massima e come principio generale. Ma soprattutto egli effettua una distinzione tra regime giustiniano e quello classico, per influsso dell'approccio esegetico datato, di stampo interpolazionista, di cui un terreno di scontro campale fu la genesi classica o postclassica-giustiniana della responsabilità soggettiva, in dialettica con quella oggettiva. Di lì ad un ventennio all'incirca, l'interpolazionismo estremo avrebbe finalmente potuto essere superato da un atteggiamento più rispettoso e conservativo³³ della tradizione testuale delle fonti romane e dello *ius controversum* in esse contenuto, quale tipico risultato delle dispute fra i giuristi specialmente nel «sistema aperto»³⁴ dell'età classica, in grado perfino di fronteggiare l'imperversare dell'attività normativa imperiale³⁵.

5. Le fonti romane

Ma per cercare di comprendere la questione della funzione aggravante o attenuatrice la responsabilità dell'obbligato, pare opportuno accennare e volgere un sia pur rapido sguardo ai brani nei *Digesta* giustiniane che conservino lo stesso termine (con insignificanti varianti verbali), per fattispecie diverse, come la società, la comunione incidentale ereditaria, la dote e i rapporti tra coniugi, la tutela e la curatela³⁶. Sembra, al contempo, necessario accostarsi pure ad un problema logicamente essenziale. Vale a dire le posizioni dottrinarie di massima sulle ragioni per quali la *diligentia quam in suis* dovrebbe comportare un regime di responsabilità, a carico dell'obbligato, più o meno gravoso rispetto a quello della diligenza

³² In Ulp. 29 *ad Sab. D.* 50.17.23.

³³ Esemplare, per la svolta storiografica verso il conservativismo, è lo scritto di M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), in ID. *Ausgewählte Schriften I*, Camerino, 1976, 3-34.

³⁴ Sullo *ius controversum* dei *prudentes* come «sistema aperto», conservato dal Digesto, si v. M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia*, a cura di A. Corbino con la coll. di F. Milazzo, Padova, 1995, 205-242.

³⁵ Sul punto v. adesso, ampiamente, M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi e imperatori*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 97-204, aggiornato ed ampliato rispetto ad ID., *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del principe)*, in *'Ius controversum' e «auctoritas principis». Giuristi, principe e diritto nel primo impero*. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico «G. Boulvert». Copanello 11-13 giugno 1998, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003, 403-458. Ricostruisce metodi e momenti fondamentali M. BRETONNE, *«Ius controversum» nella giurisprudenza classica*, in *MAL*, ser. IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma, 2008, 755-879.

³⁶ Gai. 2 *rer. cott. D.* 17.2.72 (società); Paul. 23 *ad ed. D.* 10.2.25.16 (comunione incidentale ereditaria); Paul., 7 *ad Sab. D.* 23.3.17 pr. (amministrazione ad opera del marito della dote); Ulp. 33 *ad ed. D.* 24.3.24.5 (trattamento crudele degli schiavi dotali); Ulp. 36 *ad ed. D.* 27.3.1 pr. e Call. 4 *de cogn. D.* 26.7.33 pr. (tutela).

del buon padre di famiglia. Ora, direi che possa essere menzionato, a mo' di esempio, il ponderoso contributo sui criteri romani di responsabilità di Voci³⁷, perché rispecchia ancora una predisposizione della storiografia romanistica ad impostare le questioni rotanti, fra le altre, attorno al criterio della *diligentia quam in suis* come se discendessero quali effetti obbligati dai principi in materia di responsabilità tra l'esperienza classica e quella giustiniana³⁸. Le soluzioni sul piano filologico testuale sarebbero determinate, dunque, dal tipo di regime vigente prima del decadimento già tardoclassico, secondo le idee risalenti sul punto ad Hausmaninger³⁹.

Se si eccettua per un attimo il solo brano celsino in D. 16.3.32, su cui tornerò⁴⁰ in questa sede stessa per l'importanza assolutamente nodale che riveste, i restanti brani hanno subito la sorte di essere reputati non autentici, alterati in sede di redazione dei *Digesta* giustiniane, allorché non si inserissero nel quadro delineato per l'epoca dei giuristi, i quali attestano invece l'uso della *diligentia quam in suis* in vari passi, ad iniziare dall'interessante testo gaiano in D. 17.2.72⁴¹. In quest'ultimo frammento viene prevista un parametro di responsabilità del socio per *culpa* commisurato alla sua *diligentia* nei propri affari, non indirizzata quindi verso quella *exactissima*, poiché per decidere di riunirsi in una *societas* si valuta e si sceglie il proprio *socius*, di cui si dovrebbero conoscere i comportamenti abituali, che vanno accettati anche se più negligenti rispetto ai comportamenti mediamente tipici del 'buon padre di famiglia' allora. Insomma, dice Gaio significativamente, ci si lamenta di sé stesso nei casi andati male.

Pure i brani posteriori esprimono motivazioni di volta in volta comprensibili del criterio in esame e, al contempo, ne delineano globalmente una funzione flessibile. Sia in fattispecie relative a beni in comunione, come l'ipotesi concernente una comunione incidentale ereditaria, descritta da Paolo (in D. 10.2.25.16⁴²), il quale afferma che il coerede, così come

³⁷ P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in *SDHI.*, 56, 1990, 29-143; spec. in tema di *diligentia quam in suis* si v. *ibid.*, 53-54, 57, 87, 96-97, 100-104.

³⁸ Ho cercato di offrire una sintetica panoramica di letteratura sul punto già in MERCOGLIANO, «Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici, cit., 125-135.

³⁹ Si cfr. la complessiva disamina di H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 265-280.

⁴⁰ V. *infra* § 6.

⁴¹ Gai. 2 rer. cott. D. 17.2.72. *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquisit, de se queri debet.*

⁴² Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.16. *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coerede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestor ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniungit ad societatem non consensus, sed res.*

il collegatario, è tenuto a rispondere non per la diligenza qual è tipica di un diligente padre di famiglia (a cui sarebbe tenuto il *negotiorum gestor* di affari altrui), bensì quella che adopera nelle sue cose, dal momento che sono beni anche suoi *pro quota* e con il coerede non ci ritroviamo uniti in virtù di un contratto, ma in lui ci imbattiamo incidentalmente; il legame dunque sorge non tanto dal consenso, quanto dalla cosa stessa. Sia in vari altri casi, un po' diversi tra di loro, ma accomunati dal dover rispondere di beni non propri, qual è il caso del marito per i beni⁴³ e i servi dotali, che apporta la moglie⁴⁴, e del tutore per i beni del pupillo⁴⁵.

Sulla base di esegesi più rispettose dei dati testuali hanno, quindi, dato di recente un nuovo slancio al dibattito in materia soprattutto la ricostruzione critica, improntata giustamente al conservativismo ed alla flessibilità, della Maganzani, che la giudica un tipo di diligenza dai contorni più precisamente delineati e in grado di offrire la flessibilità giusta per un riferimento calzante a delle condotte non esattamente definibili con la sola misura della diligenza media⁴⁶; nonché le proposte interpretative di Santucci (giustamente nel senso di un'autonoma configurazione d'affinamento del concetto di *dolus* e non come ulteriore gradazione autonoma di *culpa*), il quale tuttavia intravede non tanto una sua flessibilità funzio-

⁴³ Precisa Paolo che verso la moglie per le cose dotali, ricevute a proprio vantaggio, si risponderà pure a titolo di colpa, anche se il marito presterà la diligenza che comunque mostra avere per le sue di cose: Paul. 7 *ad Sab.* D. 23.3.17 pr. *In rebus dotilibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

⁴⁴ Il caso di un marito di smodata crudeltà con gli schiavi della moglie viene riferito da Ulpiano, che però riafferma il principio in base al quale la moglie deve prendere il coniuge così com'è e può esigere quindi da lui solo la abituale *diligentia quam in suis* di colui con il quale s'è unita in matrimonio e nulla di più, pur se gli eccessi di connaturata crudeltà non possono essere trasportati dagli schiavi suoi a quelli della moglie, perché pure in tal caso (come nell'eventualità che sia crudele soltanto con quelli della moglie) non restano impuniti: Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.24.5. *Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.*

⁴⁵ Si v. Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, ratione reddet hoc iudicio, prestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam*, cfr. Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33 pr. *A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praeberere debet.*

⁴⁶ Si v. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 111-139 con letteratura, ove programmaticamente l'a. procede ad una rilettura conclusiva di D. 16.3.32 alla luce degli altri passi sulla *diligentia quam in suis*, traendone una sintesi finale davvero giusta, che va nella direzione della flessibilità funzionale di cui, per quel che può valere, io ero convinto da tempo (*ibid.* 136-137: «L'analisi dei testi ha dimostrato che il concetto di *diligentia quam suis* non può essere assunto in modo unitario, ma costituisce un parametro variabile fondato sul confronto fra la scelta comportamentale dell'obbligato nell'adempimento dell'obbligazione e il suo atteggiamento *in rebus suis*, di cui i giuristi si servono per la diagnosi della sua responsabilità quando la natura del rapporto lo consenta e lo giustifichi»).

nale, quanto un originario ambito di applicazione differente, in via ipotetica nel quadro della *fiducia*⁴⁷.

6. Il brano cruciale: Cels. 11 'dig.' D. 16.3.32

Va a questo punto richiamato pure il noto testo-base di Cels. 11 *dig.* D. 16.3.32. In quest'ultimo brano s'è conservato l'archetipo concettuale per le proposte interpretative sul punto della custodia a titolo gratuito, in riferimento al problema del non abbassare il livello di cura quando le cose tenute in deposito non siano proprie, se si vuole salvare la buona fede e non ricadere (in fondo volutamente ed è per ciò che sin dai glossatori e ancora nella romanistica contemporanea sono state avanzate erroneamente configurazioni in tal caso di dolo: presunto, relativo etc., laddove si tratta invece tecnicamente davvero di una «*culpa latior*») in un comportamento fraudolento.

Il caso della *diligentia quam in suis* ricopre pertanto un posto a sé stante nel ventaglio dei criteri di responsabilità per l'inadempimento contrattuale, per quanto concerne il deposito nell'esperienza giuridica romana⁴⁸, poiché non corrispondente con la colpa lata, dato che essa sarebbe stata un ampliamento della categoria del *dolus*, come (a ragione, secondo me) sosteneva Emilio Betti⁴⁹. Il linguaggio usato da Celso a tale riguardo è: «*culpa latior*»,

⁴⁷ SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 91-93 e spec. 111-120 (e si v. già lo spunto in ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 83-84; nonché *amplius* ID., *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, cit., 276-289).

⁴⁸ Utile risulta la trattazione recente della F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 95-97, con bibliografia di massima in materia di deposito, *ibid.* XXI, la quale ivi, nell'apparato delle note di commento a D. 16.3.32, segue ragionevolmente a sua volta la MAGANZANI, *La «diligentia quam in suis» del depositario*, cit., 104-124, in particolare le sue ben calibrate argomentazioni sulla flessibilità e quindi la funzione non solo attentatrice la responsabilità del criterio della *diligentia quam in suis*, nonché riguardo l'orientamento in senso conservativistico in ordine alla *sedes materiae* (deposito e non tutela). Nella letteratura romanistica specifica non soccorre molto la monografia specifica di G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 14-16, il quale sembra appena sfiorare il punto della responsabilità del depositario per «*culpa in concreto*» in D. 16.3.32, accennando ad un regime classico esclusivamente per dolo (pur se inteso dai giuristi in modo piuttosto elastico), poi esteso anche alla colpa grave soltanto in età giustiniana, in omaggio al principio «*culpa lata dolo aequiparatur*»; evidente mi pare l'ottica ancora interpolazionistica, specie laddove afferma che del passo celsino non se ne dovrebbe tener conto in materia di deposito, poiché saremmo in presenza di una mera (*ibid.* 15) «disattenzione invero assai grave dei Compilatori, i quali avrebbero inserito nel titolo «*depositi vel contra*» un testo che riguardava la responsabilità del tutore, senza però ritoccarlo opportunamente». Ma una simile visuale interpolazionista è diffusa e ancora presente, se si considera che, ad es., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 210-212, nel contesto delle obbligazioni reali giudica la *diligentia quam in suis* lo standard di responsabilità equivalente alla *culpa in concreto*, non in *abstracto*, configurata in D. 16.3.32 come «dolo relativo» (sulle orme di W. SELB, *Das Problem des relativen 'dolus' in D. 16.3.32*, in *Syntelexia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, 1173 ss.), perché, reputando D. 17.2.72 interpolato tramite l'inserimento di matrice giustiniana della *culpa*, pensa che le menzioni posteriori a Celso del criterio in esame sarebbero non autentiche (sulla scia a sua volta di H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für Max Kaser*, München, 1976, 265 ss.).

⁴⁹ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 173-175, nel senso che il passo di Celso in D. 16.3.32 (ivi, p. 174) – contenga una «profonda innovazione attestata da questa testimo-

comparativo assoluto, da interpretare – secondo me – quale concettualizzazione autonoma rispetto alla *culpa lata*, come mostra il testo base (notissimo almeno ai romanisti)⁵⁰, per significato storico-giuridico e rilevanza concettuale ai fini delle successive teorie elaborate in materia, che è:

Cels. 11 dig. D. 16.3.32. *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem quam suis rebus diligentiam praestabit.*

Sul piano importante della legittimazione ai rimedi processuali azionabili, in caso di comportamento che non sia privo di frode («*fraude non caret*»), una recente spiegazione⁵¹ mi sembra una sintesi che possa illustrare quanto si trae dal brano celsino: pure «se il depositario si comporta nei confronti delle cose affidategli in custodia con una diligenza inferiore a quella che usa nella proprie cose, egli risponde per dolo, perché ciò è contrario alla *fides*»; quindi non è assente la frode nei casi in cui si configuri la seguente ipotesi: «il depositario che si comporta nei confronti delle cose ricevute in custodia con una diligenza inferiore alla media o si comporta con una diligenza inferiore a quella usata nella custodia delle proprie cose». Di conseguenza: «In entrambi i casi, il deponente ha l'azione di deposito. Se il depositario si comporta con le proprie cose con una diligenza inferiore alla media e cura quelle del deponente allo stesso modo, il deponente non ha l'azione di deposito»⁵². Questa conclusione si deduce perché in D. 16.3.32 viene descritto⁵³ «il caso specifico di un depositario abitualmente più negligente *in suis* di quanto la *natura hominum* richieda, che *in deposito* sia ancor più negligente e con ciò tradisca l'affidamento riposto in lui dal depositante». Va escluso pertanto il riferimento originario alla figura giuridica della tutela di quanto si rinviene in D. 16.3.32 (ipotesi interpolazionistica diffusa e consolidatasi nel tempo in misura maggioritaria in dottrina, ma che anche a me sembra inverosimile ed antiquata, seppur motivata dal

nianza di Celso»: «la rilevanza della *fides* come dovere di fedeltà è non solo presente agli occhi di Nerva e di Celso, ma è aggravata dalla antitesi con la 'fraus', che è presente in qualunque comportamento dal quale risulti che l'obbligato ha trattato gli interessi altrui con una dedizione minore di quella posta nel trattare i propri».

⁵⁰ Sul brano si v. già MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*», cit., ed ID., *Itinerari di (dis)continuità*, cit., ora in ID., *Fundamenta*, cit., 142-148 e 189-193.

⁵¹ Fornita dalla SCOTTI, *Il deposito*, cit., 97, nt. 474.

⁵² SCOTTI, *Il deposito*, cit., *ibidem*.

⁵³ Spiega a sua volta bene la MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 111-112.

facile appiglio testuale della ricostruzione palinogenetica leneliana⁵⁴), dato che⁵⁵ «in ogni caso, la grave negligenza assimilabile al dolo della *lex quod Nerva*, che legittima il depositante ad esperire l'*actio depositi* quando il depositario già negligente *in suis*, sia *in deposito* ancor più negligente, non ha nulla a che fare con il surplus di diligenza attiva richiesta al tutore in funzione protettiva nella gestione del patrimonio pupillare».

Era stato peraltro questo, la celebre *lex quod Nerva*, il passo che aveva offerto lo spunto in materia di deposito per la previsione della *diligentia quam in suis* come criterio più preciso degli altri al fine di individuare l'esatta responsabilità a carico del depositario, nonché a costituire punto di riferimento ed oggetto di studio in relazione alle ricostruzioni delle graduazioni di dolo e colpa ad opera di molteplici generazioni di giuristi, sin da Bartolo di Sassoferatto⁵⁶, nell'arco dell'età medievale e moderna⁵⁷. Sul concetto di *culpa latior* attestato da D. 16.3.32 fu imperniata, infatti, una 'modernizzazione' operata da Bartolo, il quale alla tripartizione (corrispondente più o meno ad altrettali gradi di *diligentia*) della *culpa* in *lata*, *levis* e *levissima*, propria delle stratificazioni da parte dei glossatori, aggiunse pure la *culpa latissima*, *levior* ed appunto la *culpa latior* in rapporto con la *diligentia quam in suis*. Da quest'ultimo nesso, anzi, aveva preso lo spunto la trattazione d'ampio respiro di Bartolo⁵⁸, destinata a dominare a lungo gli sviluppi successivi del cruciale dibattito su dolo, colpa e diligenza nell'ambito della problematica circa la responsabilità civile⁵⁹, quale apporto esemplare del più noto dei commentatori e della connaturata predilezione per le definizioni e le visuali

⁵⁴ Si v., infatti, O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I (1889), rist. Roma, 2000, col. 142 (Cels. 91), che abbina il frammento in D. 16.3.3, al titolo *De tutelis* del *liber XI* dei Digesti di Celso.

⁵⁵ Sottolinea a ragione MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 124.

⁵⁶ Cfr. di recente in materia U. AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferatto alla lex quod Nerva (D.16,3,32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino, 2004, 130-178; nonché si v., per tutti, M. TALAMANCA, s.v. *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, 7, Milano, 1960, 517-534 con letteratura.

⁵⁷ V. ultimamente, ad es., in argomento A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Une répétition de Pierre de Belleperche sur la "loi" Quod Nerva [D. 16,3,32]*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel* (= *Fundamina*. Editio specialis, 20), II, Pretoria, 2014, 536-545; sull'innovazione importante apportata da Pierre de Belleperche nel considerare l'omissione di *diligentia quam in suis* dolo vero (e non presunto, come poi farà Bartolo, né un livello di *culpa*) si sofferma MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 31-36. Si cfr., inoltre, Accursio, Glossa *Minorem* ad D. 16.3.32: *Minorem quam debet: ut si in suis non est diligens ut alii homines. Sed quid si in suis est diligentissimus, in depositis est ut alii homines? Videtur esse in fraude: ut ibi, nisi tamen et cetera*, su cui AGNATI, *Il commento di Bartolo*, cit., 143-144 e TALAMANCA, s.v. *Colpa civile*, cit., 526.

⁵⁸ Ne sottolinea il grande rilievo, con considerazioni suggestive, L. LABRUNA, *L'opinione di Bartolo e i giuristi dabbene*, in *Index*, 28, 2000, 69-73.

⁵⁹ Si v. su ciò MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 37-44, la quale reputa la *repetitio* della *lex quod Nerva* del 1343 di Bartolo «per lungo tempo il manifesto della teoria della responsabilità contrattuale nel diritto comune» (*ibid.* 37) e riconosce in maniera plausibile che «con mirabile acume l'autore intuisce che la disparità di trattamento fra le cose proprie e quelle affidate può far presumere nel depositario un'intenzione malevola – cioè può configurare un'ipotesi di dolo presunto –, soltanto laddove riguardi una *res aliena* a cui l'affidatario non è direttamente e personalmente interessato. Viceversa la trascuratezza di una *res communis*, sia nel caso di comunione volontaria (la società di D. 17.2.72) che incidentale (la coeredità di D. 10.2.25.16), non fa presumere il dolo, ma suggerisce l'esistenza di una mera *culpa levis*».

‘sostanzialiste’⁶⁰, nel loro procedere «ad una serie di operazioni logiche di scomposizione e ricomposizione»⁶¹ dei brani del *Corpus iuris*, tra i quali D. 16.3.32 ricopre un ruolo nevralgico.

Gli altri brani nei *Digesta* giustinianeî che conservano lo stesso criterio, per le altre fattispecie, come la società, la comunione incidentale ereditaria, la dote e i rapporti tra coniugi, la tutela e la curatela⁶², non avranno la medesima ‘fortuna’ nella storiografia giuridica né negli sviluppi codificatori, se non sporadicamente nel BGB.

7. Un esempio di previsione più ampia del criterio nel BGB

Infine, pare allora il caso di accennare all’uso più ampio che del criterio ha fatto il BGB.

I paragrafi in vigore del BGB nei quali compare il criterio di responsabilità riferito alla ‘*diligentia quam in suis*’ sono ben sei, dopo una precisazione di carattere generale sulla non esenzione da colpa grave, viene prevista per la custodia gratuita, fra i soci, tra i coniugi, a carico dei genitori e verso l’erede susseguente⁶³. Nel codice germanico dunque è stato, più che ‘sistemato’ in una singola disposizione codicistica com’era avvenuto in Italia nel 1865,

⁶⁰ Sul punto si v. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 146-151.

⁶¹ Riprendo un’efficace frase di ORESTANO, *Introduzione*, cit., 66.

⁶² Gai. 2 *rer. cott.* D. 17.2.72 (società); Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.16 (comunione incidentale ereditaria); Paul., 7 *ad Sab.* D. 23.3.17 pr. (amministrazione del marito della dote); Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.24.5 (trattamento degli schiavi dotali); Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. e Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33 pr. (tutela).

⁶³ Si v. dalla recente traduzione italiana curata da Salvatore Patti: § 277. *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*. – Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit. [«*Diligenza nei propri affari*. – Chi è tenuto a rispondere solamente per la diligenza che è solito applicare nei propri affari, non è liberato dalla responsabilità per colpa grave»]; § 690. *Haftung bei unentgeltlicher Verwahrung*. – Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Responsabilità per la custodia gratuita*. – Se la custodia è stata intrapresa gratuitamente, il depositario risponde soltanto secondo la diligenza che è solito prestare nei propri affari»]; § 708. *Haftung der Gesellschafter*. – Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Responsabilità dei soci*. – Dell’adempimento delle obbligazioni a suo carico ciascun socio risponde solamente secondo la diligenza che è solito prestare nei propri affari»]; § 1359. *Umfang der Sorgfaltspflicht*. – Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. [«*Estensione dell’obbligo di diligenza*. – Nell’adempimento degli obblighi che derivano dal rapporto coniugale, i coniugi devono rispondere reciprocamente solo per quella diligenza che sono soliti osservare nelle proprie questioni»]; § 1664. *Beschränkte Haftung der Eltern*. – (1) Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. [«*Responsabilità limitata dei genitori*. – (1) I genitori devono rispondere nell’esercizio della potestà genitoriale nei confronti del figlio solo per la diligenza che sono soliti impiegare nelle proprie questioni»]; § 2131. *Umfang der Sorgfaltspflicht*. – Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Estensione del dovere di diligenza*. – Nei confronti dell’erede susseguente, l’erede antecedente deve farsi garante, con riguardo all’amministrazione, solo di quella diligenza che suole adottare nei suoi affari»].

quasi 'sistematizzato' in una pluralità di paragrafi che sono così ben precisamente forniti di un esatto criterio di responsabilità per l'inadempimento, al termine di una traiettoria scientifica tedesca lunga quasi un secolo⁶⁴.

Insomma, cacciato dalla porta del codice civile italiano del 1942, si potrebbe dire che la *diligentia quam in suis* rientri nell'odierno panorama multilivello del diritto europeo dalla finestra della comparazione e della storia, perché l'interpretazione supera qualsiasi codificazione nell'offrire ricchezza di parametri e ragioni per risolvere casi e problemi giuridici altrimenti indecifrabili.

Per concludere, a tale proposito di massima efficacia mi pare si possa ricordare quindi una significativa pagina del compianto Talamanca sulla dialettica tra giuristi e codici, con la quale mi piace ora chiudere queste mie brevi note⁶⁵: «Pur nei condizionamenti – ineliminabili – del presente, il giurista deve sempre aver presente che la sua alta funzione resta essenziale per l'applicazione del diritto, e quindi anche per la sua armonizzazione. Nonostante le false rappresentazioni che ha potuto suscitare l'ubriacatura codificatoria che inizia nel XVIII secolo, egli non deve pensare di aver qualcosa di oggettivo dinanzi a sé che deve descrivere, come lo scienziato della natura (ma anche qui l'oggettivismo – esasperato o meno – è da tempo in ritirata). Il testo normativo è ben altra cosa che il mondo naturale, non è altro che un insieme di proposizioni mute finché il giurista non le faccia parlare nella storia, perché il diritto si risolve nella sua storia, è un precipitato di una lunga storia. Il legislatore non dà, in definitiva, che degli ordini, il diritto è creato dall'interprete, consapevole di quella storia, conoscendo la quale egli può più facilmente recuperare il fondamento giuridico da cui nasce e verso cui è indirizzato il diritto. È in questo spirito che il giurista è necessario per creare quella cultura giuridica omogenea, che è l'unico senso che possa aver l'armonizzazione del diritto».

⁶⁴ Approfondita scrupolosamente da MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 85-97, sin dal «punto di non ritorno» costituito dalla monografia innovativa di J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung*, 2^a Ausg. hg. A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838; rist. Aalen, 1963. Cfr. altresì SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 127-128 (e già ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 83-84).

⁶⁵ M. TALAMANCA, *Il diritto fra giuristi e legge*, cit., 21.

SERAFINA LARocca

L'azione surrogatoria

Sommario: 1. - Le origini dell'azione surrogatoria: dal diritto romano al diritto francese. 2. - Dal *Code civil des français* al Codice civile del 1865. 3. - La dottrina e la giurisprudenza dall'art. 1234 c.c. 1865 all'art. 2900 c.c. 4. - Le differenze tra l'art. 1234 c.c. 1865 e l'art. 2900 c. c. 5. - La natura della c.d. azione surrogatoria. 6. - Gli interessi del creditore e del debitore. 7. - La commistione tra gli opposti interessi nell'azione surrogatoria.

1. Le origini dell'azione surrogatoria: dal diritto romano al diritto francese.

Per rendere conto della costruzione dogmatica dell'azione surrogatoria è opportuno verificare le sue origini ed il suo svolgimento storico, dal diritto romano, attraverso il diritto comune ed il diritto francese, fino alle codificazioni moderne¹.

Le origini della surrogatoria costituiscono il primo punto oscuro dell'istituto e l'indagine su di esse ha diviso quanti se ne sono occupati. Tre sono le teorie che hanno tentato di individuare tali origini². Una sostiene che un primo germe della surrogatoria sia riscontrabile in alcuni testi romani che considerano come compiute in frode ai creditori certe omissioni che hanno come conseguenza la perdita o il non acquisto di un diritto³. Come esempi di tali omissioni

¹ A tal proposito si deve segnalare il lavoro di R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Parte generale, Torino, 1955, p. 1 ss. nel quale, soprattutto nel primo capitolo è riportato uno studio sull'origine storica dell'azione surrogatoria. L'A., dopo aver ripercorso il diritto romano, quello comune e quello consuetudinario francese, asserisce che all'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori si sarebbe giunti attraverso una assimilazione di contenuto tra poteri di revoca e rimedi spettanti al debitore contro terzi. Lo stesso principio, accolto poi nel codice napoleonico, non dette luogo alla figura della surrogatoria generale se non attraverso un laborioso processo interpretativo della giurisprudenza, che giunse ad ammettere la non necessità di una surrogazione giudiziale (Cass. Francia, 18 febbraio 1862, in *Recueil Dalloz*, 1862, I, p. 248) e la permanenza nel debitore del suo pieno potere di disposizione. A tale processo ne faceva riscontro uno analogo, seppure molto più tardo, nella giurisprudenza italiana (Cass., Napoli, 20 febbraio 1919, in *Foro it.* 1919, I, c. 404; Cass., Regno 29 gennaio 1932, n. 359, ined.: la prima sentenza parla di disponibilità da parte del debitore in genere; la seconda parla di una transazione conclusa dal debitore). Precisa R. SACCO, *o.m.c.*, p. 72 che tali sentenze costituiscono «atto di nascita dell'azione surrogatoria generale: in esse ha fine la serie delle alterne fasi evolutive ed involutive del nostro istituto».

² E' quanto sostiene W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova, 1939, XVII, p. 5.

³ G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, vol. I, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, XIII, p. 81 ss e p. 135 il quale nota che «la distinzione che intercede fra un debitore che alieni ciò che ha liberamente acquistato, allo scopo di frodare i propri creditori, e un debitore che, allo stesso scopo, ometta di compiere un atto d'acquisto, non è veramente grande, e ben si comprende pertanto come il legislatore moderno abbia sentito il bisogno di allontanarsi,

vengono portati il non comparire in giudizio, il lasciar perimere una lite, il lasciar prescrivere un credito e simili; atti tutti che possono creare pregiudizio ai creditori dell'omittente pur non costituendo delle vere e proprie diminuzioni del suo patrimonio. Tuttavia, come si procedesse nel diritto classico in questi casi non è dato sapere. «Nel silenzio delle fonti, viene quindi naturale di pensare che in simili casi di *inerzia fraudolenta del debitore* si ammettesse, già per diritto romano, che i creditori potessero intervenire, sostituendosi al debitore, come gestori d'affari, impedendo l'estinzione della lite o la prescrizione dell'azione. In ciò, appunto, si potrebbe vedere il primo germe della moderna azione surrogatoria»⁴. E' pacifico, quindi, che secondo questa teoria, le origini dell'azione surrogatoria siano da vedere come un complemento dell'azione revocatoria.

La seconda teoria afferma (ma non lo dimostra)⁵ che l'origine della surrogatoria sia da ricercare nell'*actio Serviana utilis* o *quasi Serviana* o *hypotecaria*. Quest'opinione non può essere accolta, ed in effetti è rimasta isolata, perché ad una verifica sui presupposti e sugli effetti si nota che non ci sono punti di contatto o di analogia con la surrogatoria⁶.

La terza teoria, che ha molti più sostenitori⁷, ritiene di trovare una spiccata corrispondenza tra la surrogatoria e l'istituto del *pignus in causa indicati captum* del diritto romano⁸.

Al tempo delle XII Tavole la procedura esecutiva romana era regolata in pochissime norme sull'azione esecutiva per *manus iniectio*. Aveva un carattere tipicamente personale: il reo, infatti, condannato o *confessus in iure*, o soddisfaceva il suo debito oppure, in caso di inadempimento, era sottoposto all'esecuzione della sentenza da parte del creditore attraverso la *manus iniectio*⁹. Superato il periodo in cui l'esecuzione era rigorosamente personale e mitigati gli effetti

in questo punto, dal rigore logico del diritto romano [...]»; sostiene, inoltre, che il legislatore allo scopo di tutelare meglio le ragioni dei creditori si è servito dell'azione surrogatoria per eliminare la sottile distinzione romana tra omissioni diminutorie ed omissioni non accrescitive: il debitore può danneggiare i suoi creditori sia attraverso una attività, sia attraverso la sua inerzia; l'azione revocatoria è il mezzo indicato per reagire contro la sua attività fraudolenta e la surrogatoria è il mezzo indicato per reagire contro la sua fraudolenta inerzia.

⁴ Così, testualmente, G. PACCHIONI, *o.u.c.*, p. 134.

⁵ Anche questa opinione è riportata da W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 7, anche per le indicazioni bibliografiche.

⁶ L'*actio hypotecaria* era concessa ai creditori ipotecari o pignoratizi che non si fossero trovati più nel possesso del *pignus*; poteva esercitarsi, di regola, a garanzia di un debito scaduto e contro il debitore già costituito in mora ed il fine cui tendeva era quello per il quale si riconosceva in capo al creditore un diritto di pegno sulla cosa e, di conseguenza, si condannava il debitore alla restituzione della cosa; cfr. S. LARocca, *Profilo dell'azione surrogatoria*, Camerino, 2005, p. 52.

⁷ Cfr. A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 90; A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Napoli, 1955, p. 8 s.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Firenze, 1907, p. 263 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2-IV, Milano, 1955, p. 156; A. E. CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milano, 1908, p. 8; C. ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 757 ss.; F. FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, in *Foro It.*, 1904, I, c. 1401; N. DI STASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Bigliani, Torino, 1973, p. 14 ss.

⁸ Sostengono, tuttavia, seppur con argomentazioni diverse, che difficilmente si può riscontrare l'origine immediata della moderna surrogatoria nell'istituto del *pignus (nominis) in causa indicati captum* G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, cit., p.133 e W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 14.

⁹ Cfr. W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 9 ss.

atroci della *manus iniectio*, sotto l'influenza sempre crescente del pretore l'esecuzione si spostò sui beni. A vantaggio dei creditori che avevano ottenuto una sentenza di condanna contro il debitore, il pretore accordava la *missio in possessionem* nel patrimonio del debitore. Si procedeva, poi, alla *bonorum proscriptio* e se trascorreva il termine concesso senza che i creditori fossero soddisfatti, venivano convocati dal pretore perché si scegliesse tra essi un *magister bonorum* incaricato di procedere alla vendita, nell'interesse di tutti i creditori, dei beni¹⁰; cosa che il *magister* faceva di tutto il patrimonio, *per universitatem*. A favore dell'aggiudicatario si apriva così una successione a titolo universale nel patrimonio del debitore.

Col passare del tempo le cose cambiano e cambiano anche le forme di esecuzione. Con Diocleziano si sostituisce la *bonorum distractio* alla *bonorum venditio*: occorre sempre la *missio in bona* e la nomina di un *curator*; tuttavia, i beni non erano più venduti in massa ma separatamente e fino al soddisfacimento dei debiti. Il compito di realizzare l'attivo e di pagare i creditori era affidato al *curator*, il quale aveva gli stessi poteri del *magister* nella *bonorum venditio*, cioè poteva esercitare le azioni in nome del debitore¹¹: aveva, in altre parole, l'incarico di esercitare i diritti litigiosi, di stare in giudizio per il debitore ed, infine, di vendere tanta parte dei beni del debitore quanta era necessaria per il pagamento dei creditori. Quando il pretore voleva proteggere i creditori che avevano ottenuto una sentenza favorevole contro le cattive intenzioni della parte condannata, dal tempo dell'imperatore Antonino Pio, poteva ricorrere ad un altro strumento: costituiva a favore del creditore un diritto di pegno. Pertanto, condannato il debitore o *confessus in iure*, gli veniva assegnato un termine per il pagamento, trascorso inutilmente il quale, il pretore ordinava ai suoi ufficiali, gli *apparitores*, di impossessarsi di alcuni beni del debitore, sui quali si costituiva il *pignus ex causa iudicati captum*. In seguito il creditore non soddisfatto poteva ottenere l'ordine di alienazione o di aggiudicazione dei beni vincolati¹². I beni che potevano essere colpiti dalla *pignoris capio* erano tutti gli elementi attivi del patrimonio ma con un certo ordine: prima i mobili, poi gli immobili e soltanto dopo e nel caso in cui questi fossero insufficienti od esauriti, i crediti. Anche in questo caso il creditore non poteva colpire direttamente il *nomen pignorado* ed esigere dal debitore, ma doveva fare le sue istanze al giudice, che era l'organo dell'esecuzione, il quale esercitava lo *ius exigendi*.

¹⁰ E' opinione di A. E. CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, cit., p. 5, che questo *magister*, come un rappresentante, potesse *utilitatis causa*, esercitare le azioni del debitore e contro di lui potessero, sempre con azioni utili, rivolgersi coloro che vantavano diritti verso il debitore stesso.

¹¹ PAUL. 59 *ad ed.* D. 42.5.14 pr. «Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet si quaedam actiones periturae sunt».

¹² V. F. FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, cit., c. 1402.

Ma cosa accadeva se il patrimonio del debitore era costituito soltanto da diritti controversi? Il magistrato non poteva vendere o esigere il *nomen* fino a che perdurava la contestazione sullo stesso. L'unica soluzione verosimile è quella indicata dalla Glossa, alla L. 2, C. 4, 15: «*Quid si (debitor debitoris) malitiose negat? Respondeo: dabitur curator bonis qui actiones moveat et exerceat*»¹³.

Esaurita la sua missione il curatore cedeva il posto al *magister bonorum* che procedeva alla vendita del credito accertato.

Da quanto appena detto emerge verosimilmente che l'esercizio dei diritti del debitore si trova sempre unito all'esecuzione ma, tuttavia, la realizzazione dei diritti è una cosa e l'esercizio dei diritti del debitore è un'altra. E' opinione di parte della dottrina¹⁴ che sia nel *pignus in causa indicati captum* sia nella *bonorum venditio* non ricorra mai l'esercizio di un diritto del debitore, ma si ha soltanto una realizzazione dello stesso attraverso la vendita o l'esazione. La realizzazione del valore non importa mai un esercizio del diritto del debitore e, d'altro canto, l'esercizio del diritto non importa mai una realizzazione del valore perché tende unicamente a respingere le pretese dei terzi o ad accertare i crediti pignorati disconosciuti. L'esercizio dei diritti potrà essere lo strumento per giungere alla realizzazione del valore, ma da questo deve esserne tenuto distinto¹⁵.

I principi del diritto romano trapassarono, naturalmente, nelle scuole dei glossatori e postglossatori e con il trascorrere del tempo si sentì sempre più l'esigenza di semplificare il procedimento attraverso il quale il creditore arrivava a colpire ed impossessarsi dei diritti del debitore. Si affermò che lo stesso creditore pignorante potesse essere nominato curatore e che fosse così legittimato ad esercitare in nome proprio le azioni del debitore¹⁶. Questa diventò la regola e non si sentì più la necessità della nomina di un curatore. In tale meccanismo è stato individuato un primo affermarsi del principio della surrogatoria¹⁷.

A mano a mano che aumentarono gli scambi e di fronte alla necessità di assicurare sicurezza e facilità agli stessi, si sentì il bisogno di evitare la perdita di tempo e di denaro che la procedura esecutiva, come era articolata, comportava. Si ammise, quindi, che il creditore potesse procurarsi il mezzo per procedere alla esecuzione sui beni del debitore mediante un titolo privato, il c.d. *instrumentum guarentigiatum*¹⁸. Non occorre più l'autorizzazione del giudice con-

¹³ Così A. E. CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, cit., p. 6.

¹⁴ E' quanto chiaramente mette in risalto C. ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, cit., p. 764 ss.

¹⁵ Cfr., in tal senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 153.

¹⁶ Cfr. BALDO, (c. 2, C. 4, 15) il quale sostiene che «*Ad instantiam creditoris dabitur curator bonis debitoris, qui proprio nomine convenit debitores debitoris*».

¹⁷ Cfr. A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 91.

¹⁸ E' di notevole importanza su tale tema lo studio di D. BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigiatum (Genesi storica e natura giuridica)*, Torino, 1932.

tenuta nella condanna per procedere al sequestro ed alla vendita dei beni del debitore, ma si lasciò alla libertà dei contraenti la concessione della ipoteca generale su tutti i beni, attraverso la semplice aggiunta di una clausola contrattuale che «viene chiamata *guarantigia* e l'istrumento che ne è munito si chiama *guarantigiato* o *confessionato*. Il suo effetto principale è l'ipoteca sui beni del debitore e l'esecuzione parata»¹⁹.

La confessione di debito fatta dal debitore nell'istrumento notarile venne assimilata ad una *confessio in iure*, cui era stata attribuita, sin dal diritto romano, la stessa efficacia di una sentenza. Il notaio, investito di una *extraordinaria cognitio* che sostituiva quella del magistrato²⁰, inseriva nel documento il *praeceptum solvendi* o *guarentigiae*, da cui il nome di strumento *guarantigiato* all'atto. Questa clausola dava all'atto autorità di cosa giudicata ed efficacia di titolo esecutivo e l'esecuzione colpiva, del debitore, non soltanto i beni ma anche gli *iura, nomina et actiones quae generaliter et specialiter obligari possunt*²¹. L'inserzione nei documenti della clausola di *guarantigia* avendo dimostrato di servire bene alle esigenze del credito e del commercio, si fece sempre più frequente sino al punto da ritenersi sottintesa; divenne, quindi, una clausola di stile perché si pensò che quel diritto spettasse comunque al creditore anche senza una dichiarazione esplicita del debitore.

Come nel diritto francese così in quello italiano, diffusosi il principio dell'ipoteca generale spettante al creditore sui beni del debitore (principio formulato nella massima *qui s'oblige oblige le sien*), si ammise che il creditore potesse surrogarsi al proprio debitore senza bisogno di autorizzazione giudiziale²².

Si insegna a proposito dell'art. 278 della *Coutume de Normandie* che è comune al diritto romano ed al diritto consuetudinario «*que les créanciers puissent exercer tous les droits et les actions de leurs débiteurs*»²³. Da questa tradizione, secondo autorevole dottrina, si ricava la fonte dell'art. 1166 del codice Napoleone²⁴. È indubbio, comunque, che la costruzione degli ordinamenti di *civil law* è il prodotto di un'opera di progressiva elaborazione e sistemazione di regole provenienti dalle fonti romane in un percorso plurisecolare che si presenta come un *continuum*. Il risultato della prima grande opera di sistemazione del pensiero giuridico di derivazione romana è

¹⁹ Testualmente, C. ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, cit., p. 771.

²⁰ Si può leggere in D. BIZZARRI, *o.u.c.*, p. 38, una frase dello Statuto di Aspra sabina del 1237 in cui si consente ai notai di apporre la *guarentigia* allo strumento «se essi contrahenti a questo si vorranno obligare».

²¹ Cfr. W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 16 ss.

²² In questi termini A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 92 e W. D'AVANZO, *o.u.c.*, p. 18.

²³ Scrive J. GHESTIN, *Jean Domat et le code civil français*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 539 ss., che l'opera di Domat si compone essenzialmente di due opere magistrali entrambe del 1689: il «*Traité des lois*», ma soprattutto il «*Les lois civiles dans leur ordre naturel*» e che il Pothier «l'on qualifie de "père du Code civil"» (p. 552). Sull'opera di Domat, v. J. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, IV, Napoli, 1826 e su quella di Pothier, v. G.R. POTHIER, *Opere di G.R. Pothier contenenti i trattati del diritto francese*, II ed. it., Livorno, 1841.

²⁴ Ci si riferisce a quanto sostiene E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 156.

dato dal *Code Napoléon*²⁵, mentre il *BGB*²⁶ è frutto del secondo periodo di riorganizzazione del diritto romano. La codificazione italiana è in una posizione mediana perché se il primo codice civile dello Stato italiano unitario ha nettissima l'impronta francese, il secondo, quello vigente, conosce l'influsso del *BGB* e soprattutto della pandettistica²⁷, anche se non ha abbandonato completamente il modello francese.

Anche il nome di azione surrogatoria risale all'antico diritto francese, pur se, connesso all'ipotesi di rinuncia all'eredità fatta dall'erede in frode ai propri creditori²⁸. Per la verità questo caso comportava un'applicazione estensiva del principio della revoca degli atti fraudolenti; si rimaneva nell'ambito della revocatoria perché si doveva reagire contro una rinuncia fraudolenta considerata come alienazione di un diritto già acquistato. Però, per poter consentire al creditore di poter procedere con l'esecuzione sui beni ereditari rinunciati, si ritenne necessaria un'autorizzazione del giudice a surrogarsi al debitore nell'accettare l'eredità. Da ciò appunto il nome di surrogatoria²⁹.

2. Dal Code civil des français al Codice civile del 1865.

L'azione surrogatoria è disciplinata nel Codice civile vigente all'art. 2900 il quale prevede che «Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare. Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi». Tale disposizione rubricata «Condizioni, modalità ed effetti» è inserita nel capo V intitolato «Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale» insieme alle norme relative

²⁵ Il *Code Napoléon* fu promulgato nel 1804 ed entrò in vigore il 1° gennaio del 1806.

²⁶ Dal 1870 la Germania (con esclusione dell'Austria e del Lussemburgo) si unifica politicamente in un Impero federale. Dal 1873, un emendamento della costituzione assegna agli organi imperiali la competenza a legiferare in materia civile. Dopo ventitré anni di assiduo lavoro nel 1896 fu promulgato il *BGB* (*bürgerliches Gesetzbuch*), che entrò in vigore il 1° gennaio 1900.

²⁷ A tal proposito sostiene G. CIAN, *IL BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni d'un confronto*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, p. 23, che il *BGB* è stato lodato perché rappresenta «il risultato di una rigorosa e raffinata costruzione dogmatica, espressa con grande precisione di linguaggio, realizzato secondo un'architettura in cui le regole più particolari si rapportano armonicamente e con grande consequenzialità alle discipline più generali». Tuttavia, proprio tali caratteristiche rappresentano, per altri, ragioni di critica essendo stato, appunto, elaborato con un alto grado di artificiosità e di «scarsa intelligibilità non solo per un profano del diritto, ma anche per colui che non ne sia del tutto sprovvisto, dal momento che sovente si è costretti a ricavare la regola applicabile da un complesso intreccio di paragrafi, alcuni di parte generale, altri di parte speciale o comunque collocati in sezioni diverse del codice, per amore appunto di quell'architettura secondo cui esso è stato concepito e redatto».

²⁸ Si confronti l'attuale art. 524 c.c.

²⁹ A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 91.

all'azione revocatoria ed al sequestro conservativo in base ad una pretesa comune funzione conservativa³⁰. Il capo V è, a sua volta, inserito nel Titolo III dedicato alla responsabilità patrimoniale, alle cause di prelazione ed alla conservazione della garanzia patrimoniale che è contenuto nel Libro VI del codice intitolato «Della tutela dei diritti».

Il rapporto di vicinanza topografica tra l'azione surrogatoria e quella revocatoria è rinvenibile anche nel codice civile del 1865 nel quale l'azione surrogatoria era contemplata all'art. 1234³¹ e la revocatoria era disciplinata dal successivo art. 1235³²; non vi è traccia, però, del sequestro conservativo la cui disciplina era contenuta esclusivamente nel codice di rito (artt. 924-937)³³. In quel codice le due azioni erano contenute nel libro III dedicato ai Modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose, al titolo IV relativo alle obbligazioni ed ai contratti in genere, capo III rubricato Degli effetti delle obbligazioni. Giova notare che, mentre nel codice vigente all'azione surrogatoria è dedicato un solo articolo, all'azione revocatoria ne sono riservati 4 (artt. 2901-2904) ed al sequestro conservativo 2 (artt. 2905-2906), nel previgente codice, entrambe le azioni erano disciplinate da una sola disposizione.

Nonostante la rubrica, la norma non sembra sufficiente a regolamentare l'istituto, la cui disciplina risulta evidentemente lacunosa. Pare quindi opportuno, per tentare un suo corretto inquadramento nell'attuale sistema, procedere ad una breve, ricostruzione storica³⁴ dell'istituto.

Si può affermare che l'azione surrogatoria di cui all'art. 1234 c.c. del 1865 ha la propria diretta origine nell'art. 1166 del *Code civil des français*, detto anche *Code Napoléon* per essere stato voluto e influenzato da Napoleone e promulgato il 21 marzo 1804³⁵. In questo, l'art. 1165 pre-

³⁰ V. R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, *Libro VI, Tutela dei diritti*, art. 2900-2969, Bologna-Roma, 1957, p. 1 ss.; P. DE LISE – L. COSSU, *Libro VI – Della tutela dei diritti*, in *Comm. del cod. civ.* De Martino, Roma, 1981, p. 7 ss.

³¹ L'art. 1234 c.c. 1865 prevedeva che: «I creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore».

³² L'art. 1235 c.c. 1865 stabiliva che «Possono pure i creditori impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni. Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare dal canto di ambedue i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore. In ogni caso però la revocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda».

³³ S. LAROCCA, *Sub. art. 2905, Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro VI*, in G. PERLINGIERI (a cura di), III ed., Napoli, 2010, p. 742.

³⁴ Sull'opportunità della ricostruzione storica A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 89. Afferma E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 150, che per rendere conto della costruzione dogmatica dell'azione surrogatoria non si può non tener conto delle sue origini e del suo svolgimento storico. Ritene che sia necessario procedere ad una ricostruzione storica dell'istituto anche A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, cit., p. 10, il quale, tuttavia, precisa che nel momento in cui l'azione surrogatoria ha trovato la «sua giusta sistemazione nel diritto positivo», sono venuti meno «gran parte dei motivi pratici onde era ispirata la ricerca delle origini, tanto più che l'evoluzione dell'istituto ha fatto sì che esso si sia venuto allontanando dal carattere primitivo per dirigersi a funzioni, cui in origine non poteva essere diretto».

³⁵ V. F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Bigiavi, Torino, 1997, p. 14 ss.

scrive che gli effetti dei contratti sono limitati alle sole parti contraenti, in modo assoluto per quanto riguarda gli effetti negativi, ma in via di sola regola per quanto riguarda gli effetti positivi. L'articolo successivo aggiunge che «nondimeno» i creditori possono esercitare tutti i diritti e le azioni del loro debitore, tranne quelli *qui sont exclusivement attachés à la personne*³⁶.

Il codice napoleonico entra in vigore per il Regno Italico (cisalpino) nel 1806 e a lui si conformeranno prima i codici dei singoli Stati preunitari, poi il codice civile del 1865 per il Regno d'Italia. Senza ripercorrere in modo dettagliato le tappe che portarono alla promulgazione del codice civile³⁷, che avvenne con il r.d. 25.6.1865, n. 2358 e che fissò l'entrata in vigore l'1.1.1866, basta ricordare soltanto che il codice francese non rappresentava un codice straniero essendo considerato come il prototipo delle esperienze codicistiche italiane e vigendo, seppure non in modo uniforme, sulla gran parte del territorio italiano. Fu naturale, quindi, che il codice francese rappresentasse un modello ideale, offrendo una perfetta sintesi dell'esistente giuridico, nella prospettiva della costruzione di un codice unitario. Pertanto, il codice civile del 1865, che pose fine alla vigenza nel territorio italiano di diversi codici³⁸, svela subito i suoi legami, contenutistici ed architettonici, con il *Code Napoléon* (e di conseguenza, sotto diversi profili, con i codici preunitari) pur essendo dotato di caratteristiche autonome, dovute, evidentemente, ad una rilettura critica del suo modello³⁹. Il codice civile del 1865, al pari del modello francese, ruota per intero intorno alla proprietà⁴⁰: dei tre libri di cui si compone, il primo è dedicato alle persone e alla famiglia, il secondo riguarda i beni, la proprietà e le sue modificazioni, il terzo regola i

³⁶ L'azione surrogatoria è definita *action oblique* anche per differenziarla dall'*action directe* accordata soltanto a determinate categorie di creditori.

³⁷ L'iter parlamentare fu particolarmente complesso: un primo progetto, presentato dal ministro Cassinis, fu respinto perché ricalcava eccessivamente il Codice Albertino; un secondo progetto, promosso dal ministro Miglietti, fu considerato troppo aderente al Codice napoleonico; il terzo, proposto nel 1863 dal ministro Pisanelli fu accolto e rapidamente approvato in quanto la Convenzione stipulata con la Francia il 15 settembre 1864 e il trasferimento della capitale da Torino a Firenze esigevano che si provvedesse al più presto all'unificazione anche legislativa.

³⁸ Il Codice civile del 1865 riunificò la materia privatistica in tutto il territorio del Regno, sostituendo le leggi e i codici civili degli Stati preunitari, caratterizzati talvolta da disomogeneità su disparati temi della vita civile, come i diritti civili, il matrimonio, la capacità giuridica della donna, le tutele, la proprietà e i contratti, i diritti della linea maschile e femminile nella successione ereditaria.

³⁹ Cfr., sul tema, R. BONINI, *Premessa storica*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Pietro Rescigno*, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1982, p. 53 ss. anche per ampie citazioni. Tra le tante osservazioni e proposte di modifica al c.c. 1865, si vedano le *Osservazioni sul progetto del Codice Civile del Regno d'Italia presentato al Senato dal Ministro Guardasigilli (Miglietti) nella tornata del 9 gennaio 1862*, di Vincenzo Villari in AA.VV., *Frammenti giuridici e osservazioni al codice civile del giureconsulto Vincenzo Villari*, Roma-Firenze-Torino, 1891, p. 228, in cui è stato riportato l'art. 1273 che avrebbe disciplinato l'azione surrogatoria inserita in via definitiva all'art. 1234 e che, per comodità di lettura si riporta «Nell'art. 1273 del progetto dichiarante la facoltà de'creditori ad esercitare tutti que' diritti ed azioni del debitore, che non sono esclusivamente inerenti alla di lui persona, pare opportuno aggiungere una condizione a garentia del debitore medesimo, ed a moderazione dell'abuso che potrebbe esser fatto di una cotale surrogazione giudiziale a pregiudizio del debitore; la condizione cioè di un previo o contemporaneo avviso al debitore nello esperimento a farsi de' suoi diritti ed azioni. A quale scopo basterebbe nel contesto dell'articolo suddetto inchiudere le parole *citato il debitore*» (corsivo dell'Autore).

⁴⁰ V. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, 1976-77, pp. 201-338.

modi di acquisto e di trasmissione della proprietà medesima e degli altri diritti sulle cose⁴¹. A differenza di quanto sarebbe accaduto nel 1942, le materie delle obbligazioni, del contratto, delle successioni, dei patti matrimoniali ecc., sono accorpate e valutate nella prospettiva unitaria dei meccanismi di circolazione della proprietà⁴².

Si sostiene anche che la norma di cui all'art. 1166 è stata riprodotta quasi esattamente prima nei codici italiani preunitari (art. 1257 cod. Albertino; art. 1119 cod. Due Sicilie; art. 1128 cod. Parmense; art. 1207 cod. Estense), poi nell'art. 1234 c.c. 1865, secondo cui «I creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore». In realtà la coincidenza tra i due enunciati normativi, francese ed italiano, non è perfetta in quanto in quello francese manca l'inciso «per il conseguimento di quanto loro è dovuto», che in Italia ha dato origine a molteplici dispute circa la funzione esclusivamente conservativa oppure anche esecutiva, oppure, ancora, assicurativa avente carattere accessorio di un procedimento esecutivo o conservativo⁴³.

In ogni modo è innegabile la derivazione dell'art. 1234 c.c. 1865 dal diritto francese⁴⁴ e, mentre i codici di lingua tedesca non conoscono istituti che possano essere considerati simili all'azione surrogatoria, nel codice spagnolo⁴⁵ si presenta in una forma quasi identica al citato

⁴¹ P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Pietro Rescigno*, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, cit. p. 8 ss.

⁴² Tra il *Code Napoléon*, i codici preunitari e il codice del 1865 non si operò, quindi, alcuna frattura: la cultura giuridica su cui si basava affondava le radici nel diritto romano, ma esprimeva anche gli orientamenti ideali della nuova classe dirigente: il liberalismo economico, l'individualismo borghese, la proprietà intesa come requisito della cittadinanza, dimostrando anche per questo verso che il Risorgimento attuò una rivoluzione nazionale, ma non una rivoluzione sociale.

⁴³ F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, cit., p. 15.

⁴⁴ Relativamente all'esperienza francese, occorre rilevare che il creditore surrogante non ha un privilegio sul diritto recuperato al patrimonio del suo debitore. L'interesse ad agire con l'azione *de qua* viene a ridursi sempre di più perché anche nella più fortunata delle ipotesi egli dovrà condividere con gli creditori i beni di cui avrà ottenuto la restituzione o il pagamento. F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993, p. 802 rilevano che similmente a quanto accade nel nostro ordinamento giuridico, anche l'*action oblique* produce effetti collettivi dal momento che tende soltanto, per lo meno in un primo momento, a ricostituire il patrimonio del debitore inattivo. Dunque, i creditori dello stesso debitore possono far valere i loro diritti, ivi compresi, all'occorrenza, i loro privilegi, sull'attivo reso disponibile dall'agire del creditore. In questo caso il creditore agente non otterrà che un dividendo, a meno che non possa vantare lui stesso un privilegio. Si suole dire, nel momento dell'esercizio della *action oblique*, che *le créancier «tire les marrons du feu»*. E' per questa ragione che l'*action oblique* non è molto utile al creditore; ed è per la stessa ragione che la *saisie-arrêt* (pignoramento presso terzi) ne ha, in pratica, preso il posto nell'ambito della tutela dei crediti.

⁴⁵ Il *Código civil* spagnolo all'art. 1.111 prescrive che «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho». Il legislatore spagnolo tratta nella stessa norma delle azioni surrogatoria e revocatoria considerandole come un effetto naturale delle obbligazioni. In questo segue quanto previsto dal *code civil* francese che ha collocato l'art. 1166 nella sezione riguardante gli effetti delle obbligazioni: infatti, l'art. 1.111 è contenuto nel Cap. II, Tit. I, Lib. IV, intitolato «De la naturaleza y efectos de las obligaciones».

art. 1166 codice Napoleonico ma richiede la previa escussione dei beni in possesso del debitore.

3. La dottrina e la giurisprudenza dall'art. 1234 c.c. 1865 all'art. 2900 c.c.

Non è da trascurare il rilievo che, poiché l'art. 1234 c.c. 1865 è stato ripreso quasi alla lettera dall'art. 1166⁴⁶ del Codice Napoleonico, la dottrina italiana di inizio secolo ha pedissequamente seguito le varie correnti dominanti in Francia⁴⁷. Gran parte della letteratura⁴⁸ che si era formata sotto la vigenza del vecchio codice ha perduto la sua attualità, ma non sicuramente la sua importanza per una indagine ricostruttiva dell'istituto che, calato nella realtà attuale, possa essere correttamente inteso e concretamente applicato. Mentre la dottrina precedente al codice del 1942 si è interessata dell'azione surrogatoria poco e si è appiattita sulle posizioni della dottrina francese, i risultati di quella che si è occupata della norma contenuta nell'art. 2900 c.c.⁴⁹

⁴⁶ L'art. 1166 cod. Napoleone prescrive che: «Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne». E' stata oggetto di discussione in dottrina sia la collocazione dell'art. 1166 sia l'utilizzo dell'avverbio *néanmoins* (nondimeno) che è stato definito poco adatto.

⁴⁷ Particolarmente significativi sono i contributi di J. E. LABBÉ, *De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier*, in *Révue critique de législation et jurisprudence*, 1856, t. IX, p. 208; BONNIER, *De la nature du droit établi par l'art. 1166 C.C.*, in *Révue pratique*, 1856, I, p. 97; POUSSET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Paris, 1875; PERIER, *De l'exercice par le créancier des droits et actions de leur débiteur en droit romain et en droit français*, Paris, 1884; LEBEL, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par les créanciers*, Paris, 1885; ARVET, *De l'exercice des actions du débiteur par le créancier*, Paris, 1872; BOURGEOIS, *De l'exercice des droits et actions du débiteur*, Paris, 1875; MISPOULET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Paris, 1875; L. BOSC, *Étude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur - Actions indirectes et actions directes*, Paris, 1902. A parte questi studi del sec. XIX la dottrina francese non ha dedicato spesso attenzione all'istituto, chiamato dell'*action oblique* o *indirecte* e contenuto nell'art. 1166 c.c., tanto che si può leggere l'osservazione secondo cui «cette disposition, qui devait être si importante au point de vue pratique, tient une place relativement faible dans les recueils d'arrêts» in G. RIPERT-J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, vol. II, Paris, 1957, p. 514.

⁴⁸ Se si eccettua il lavoro di W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., sono da segnalare due lavori organici: l'uno è di A. E. CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, cit., e l'altro è di C. ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, cit., p. 749 ss. e *Natura ed effetti dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 1 ss. e 145 ss. Sono interessanti da confrontare anche, se brevi, studi e note a sentenze, come ad esempio: quelli del G. ALESSANDRETTI, *Presupposti di fatto necessari all'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore da parte dei suoi creditori*, in *Temi Ven.* 1910, p. 679; S. BARLETTA, *L'azione surrogatoria nella dottrina e nella giurisprudenza*, Chieti, 1905; BERTOLINI, *Esercizio dei diritti del debitore*, in *Legge*, 1890, I, p. 285; T. CLAPS, *Natura giuridica della surrogatoria*, in *Foro It.*, 1913, I, c. 560; C. FADDA, *Un'osservazione sull'art. 1234 cod. civ.*, in *Monitore delle leggi*, 1886, p. 2; F. FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, cit., c. 1401; V. NAPOLETANI, *Dell'esercizio dei diritti del proprio debitore*, in *Gazz. Trib.*, 1871-72, p. 743 s.; SACERDOTI, *Sull'azione surrogatoria. Note critiche*, in *Riv. univ. di giurisprudenza e di dottrina*, 1910, p. 146; N. STOLFI, *Principi fondamentali dell'azione surrogatoria e dell'azione pauliana*, in *Gazz. Proc.* XXXI, 1901, p. 301; M. CASTELLINI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Asti, 1941; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, cit., p. 133 ss.; G. MANFREDINI, *Appunti in tema di azione surrogatoria*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 492; T. CANGINI, *L'azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicata*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 253.

⁴⁹ Opere pubblicate sotto la vigenza del codice civile del 1942: E. EULA, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, p. 827 ss.; L. MASUCCI, *L'azione surrogatoria nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1943, p. 45 ss.; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 85 ss.; A. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, p. 218 ss.; M. CANTILLO, *Appunti in tema di azione surrogatoria: la c.d. surrogatoria esecutiva*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, I, p. 75 ss.; R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 7-180; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 150 ss.; A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, cit.; R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit.; ID., *In tema di azione surrogatoria*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, c. 71 ss.; ID., *Osservazioni sulla figura del creditore che*

non sembrano particolarmente distanti dalla precedente. Peraltro anche la giurisprudenza, nelle poche occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sull'istituto, si è uniformata alle opinioni della dottrina dominante. Ad un'analisi attenta rivolta ad una verifica della vitalità di questo istituto si è dovuto constatare che l'azione surrogatoria, pur essendo uno dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, accanto all'azione revocatoria ed al sequestro conservativo, a differenza di questi riceve un'applicazione insolitamente limitata da un punto di vista quantitativo⁵⁰. Occorrerebbe chiedersi quali sono le ragioni che spingono il creditore a non utilizzare tale mezzo di tutela. Si dice che l'azione surrogatoria è lo strumento che la legge appresta al creditore per evitare gli effetti che possono derivare alle sue ragioni dall'inerzia del debitore che omette di esercitare le opportune azioni dirette ad incrementare il suo patrimonio, riducendo così la garanzia che esso rappresenta in favore dei creditori. Tuttavia, tale norma, per i risultati cui giunge a seguito dell'interpretazione dominante, può mancare di utilità concreta per il creditore, con la conseguenza che il principio di tutela del creditore, espresso in astratto, è in concreto non attuato.

Dall'analisi dell'evoluzione storica si è ricavato che, in effetti, l'azione surrogatoria ha svolto in origine una funzione essenzialmente esecutiva consentendo al creditore che agiva esecutivamente di colpire non soltanto i beni ma anche i diritti del debitore; gli sviluppi successivi determinarono una modificazione profonda, trasformando la surrogatoria in mezzo di conservazione dei diritti del debitore. Con il passare dei secoli il risultato cui l'azione tendeva non fu

procede in via surrogatoria, in *Riv. dir. comm.*, I, 1955, p. 29 ss.; C. DEL GIUDICE, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 824 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 950-961; U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*, *Appunti delle lezioni*, Milano, 1974, p. 23 ss.; G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975; ID., *Brevi osservazioni intorno alle condizioni di ammissibilità dell'azione surrogatoria*, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 355 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p. 1 ss.; G. LO CASCIO, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Ipsos*, s. I., 1985, p. 402 ss.; S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XX, Torino, 1985, p. 101 ss.; F. MOLFESE, *Azione surrogatoria ex artt. 2742 e 2900 codice civile*, in *Riv. circolaz.*, 1987, p. 769 ss.; A. TENCATI, *Alcune riflessioni sulla dinamica processuale della tutela del credito in via surrogatoria*, in *Arch. civ.*, 1988, p. 1143 ss.; G. STELLA, *L'azione surrogatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 287 ss.; S. TAGLIAPIETRA, *Azione surrogatoria in funzione satisfattiva?*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 128; A. DESANCIS RICCIARDONE, *Surrogatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993; B. GARDELLA TEDESCHI, *Surrogatoria (azione)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1999, p. 228 ss.; N. DI STASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 9 ss.; ID., *L'azione surrogatoria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1971, I, p. 268 ss. e p. 399 ss.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; M. VECCHIO, *Brevi note sulla pretesa funzione «esecutiva» dell'azione surrogatoria*, in *Foro it.* 1973, I, c. 1931 ss.; G. STOLFI, *Appunti sull'art. 2900 c.c.*, in *Foro pad.*, 1963, I, p. 1369 ss.; E. FILOGRANA, *Azione surrogatoria e «inerzia» del debitore*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1847 ss.; L. MONTESANO, *Azione surrogatoria e realizzazione giudiziale della vendita o promessa di vendita di cosa altrui, esecuzione forzata specifica e obblighi di trasferire o costituire diritti (specialmente in riguardo alla par condicio creditorum)*, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 671 ss. Si vedano, inoltre, i trattati ed i manuali di diritto civile e privato.

⁵⁰ Sostiene G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., p. 299 s., «Pochi sono gli esempi di applicazioni dell'art. 1234, che la giurisprudenza italiana ci offre per ora». L'Autore riporta in nota una serie di citazioni di sentenze, circa una ventina, che confermano quanto detto sulla scarsa applicazione di tale norma se consideriamo che quando il GIORGI scrive sono trascorsi più di quarant'anni dall'entrata in vigore del Codice del 1865.

più il conseguimento immediato del credito, ma un incremento del patrimonio del debitore in vista del futuro soddisfacimento.

4. *Le differenze tra l'art. 1234 c.c. 1865 e l'art. 2900 c. c.*

Occorre precisare che molti di coloro che si sono occupati di questo mezzo di tutela sono concordi nel ritenere che il potere che tale norma accorda al creditore di esercitare i diritti e le azioni del proprio debitore, sempre che non siano esclusivamente inerenti alla persona di costui, completa il principio della responsabilità patrimoniale affermato dall'art. 2740 c.c.⁵¹. Ma appena ci si allontana da questa semplice premessa e ci si accinge a considerare l'origine, la natura, la funzione, le condizioni per il suo esercizio ed i suoi effetti, tale concordia cessa d'incanto, i dibattiti si fanno più vivi e le teorie si succedono alle teorie, senza che si possa dire raggiunta, sulle varie questioni, una parola decisiva⁵².

Conviene procedere per gradi, confrontando la formula dell'attuale art. 2900 e quella dell'art. 1234 del codice del 1865: da questo confronto si evincerà che il legislatore ha cercato di dare una soluzione testuale ad alcune fra le più gravi questioni pratiche che si agitavano in tema di surrogatoria⁵³, senza, tuttavia, risolverle in modo definitivo⁵⁴.

Innanzitutto e relativamente alla funzione dell'azione surrogatoria, l'art. 1234 cod. 1865 stabiliva che «i creditori per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore». La formula «per il conseguimento di quanto è loro dovuto» sembrava mettere in evidenza la natura di mezzo esecutivo della stessa azione. Effettivamente, anche se era stato detto che tale azione poteva essere utilizzata anche a fini di conservazione, la giurisprudenza aveva accentuato la sua finalità di strumento dell'esecuzione adeguandone anche la disciplina a quella dell'azione esecutiva in genere⁵⁵. Il legislatore del 1942 non ha seguito tale

⁵¹ In tal senso, W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 1; L. MASUCCI, *L'azione surrogatoria nel nuovo codice civile*, cit., p. 2 ss.; A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, cit., p. 26. La teoria che vede nella garanzia generica spettante al creditore il fondamento del potere surrogatorio, è stata approfondita da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, II, Milano, 1953, p. 148. *Contra*, R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 84, a giudizio del quale la teoria che pone a fondamento del potere surrogatorio la responsabilità patrimoniale del debitore, è insufficiente a spiegare l'esatta portata dell'istituto surrogatorio. Sulla necessità di una nuova meditazione del sistema della responsabilità patrimoniale, cfr. E. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 13 ss.

⁵² Afferma W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 1 ss., ma soprattutto nota (1) p. 3, anche per le indicazioni bibliografiche ivi contenute, che la surrogatoria è discussa persino nel termine con cui è indicata.

⁵³ R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 7 ss.

⁵⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 5.

⁵⁵ Precisa U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, III, Milano, 1963, p. 21 ss., che veniva richiesto per la sua esperibilità non soltanto che il credito fosse liquido ed esigibile, ma anche che l'attore fosse munito del titolo esecutivo. Sempre la giurisprudenza aveva affermato che seppure l'iniziativa dell'azione era opera di un solo creditore, il suo esperimento dava, comunque, la possibilità a tutti gli altri creditori d'intervenire; aveva

orientamento ed ha modificato la formula della disposizione⁵⁶. In realtà, il cammino che la norma di cui si discute ha dovuto percorrere prima di giungere alla formulazione attuale passa attraverso l'art. 106⁵⁷ del Progetto di riforma del Libro IV relativo a Obbligazioni e contratti, che non ha ricevuto consensi⁵⁸ da parte della dottrina coeva ed è stato modificato⁵⁹.

In secondo luogo, l'art. 2900 ha precisato che la legittimazione del creditore ad agire in surrogatoria dipende dall'inerzia del titolare del diritto, cioè del debitore⁶⁰; vale a dire che il creditore ha il potere di esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al suo debitore, il quale trascuri di esercitarli. L'elemento che più di ogni altro riesce a caratterizzare il mezzo in esame è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto⁶¹. Infatti, rispetto all'altro mezzo di

precisato, inoltre, che «tale esperimento doveva avvenire secondo il rito normale, percorrendo tutti i vari gradi della giurisdizione e senza possibilità di saltarne alcuno». Negli stessi termini U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 24 ss.

⁵⁶ Tuttavia, cfr., U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, *o.n.c.*, p. 25 che riportano una massima di Trib. Como, 20.3.1953 che aveva statuito che «il creditore può soddisfarsi direttamente su ciò che frutta l'esercizio delle azioni spettanti al proprio debitore».

⁵⁷ Il testo di tale articolo prevedeva che «Qualunque creditore, per un credito scaduto od anche a termine, ha facoltà di esercitare tutti i diritti e le azioni del debitore ad eccezione di quelli esclusivamente inerenti alla persona del debitore. Affinché l'azione sia ammissibile, il creditore deve dimostrare il suo credito; ma non è necessario che egli sia munito di un titolo esecutivo né che vi sia costituzione in mora del debitore, il quale tuttavia deve essere chiamato in causa».

⁵⁸ Vale la pena ricordare (molto brevemente) che il Progetto di riforma del Libro IV ebbe durissime critiche da parte di Emilio Betti che si opponeva al progetto di un «codice delle obbligazioni e dei contratti» da valere come legge comune all'Italia e alla Francia, approvato da una commissione italo-francese a Parigi nell'ottobre 1927. Si veda, E. BETTI, *Il quarto libro nel quadro del progetto del codice civile - Estratto dagli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939-XVII, p. 5,8,9 in cui è l'A., nel premettere che «questo progetto, non rappresenta, in sostanza, che un'angusta e non sempre felice revisione del codice napoleonico: codice che, com'è noto, costituì il modello del nostro del '65, massime per la parte delle obbligazioni», scrive che «un codice non può essere un centone di disposizioni raccattate di qua e di là e magari incoerenti fra loro, ma deve essere essenzialmente un tutto organico, informato ad un unico stile» e, significativamente, chiede «Si tratta di apportare dei semplici ritocchi a singoli articoli del codice del '65 o si tratta di una "riforma dei codici", di una riforma, pertanto, di carattere organico, da studiarsi da un punto di vista integrale unitario? Dato che si tratti di una riforma, la questione è proprio questa: meritano le formulazioni e sistemazioni di marca francese contenute nel codice del '65, di essere riconsacrate e perpetuate nel nostro codice futuro? L'essere esse state legge dal 1865 fino ad oggi è forse bastato ad imprimer loro un crisma d'italianità e ad adeguarle alle nuove esigenze della vita economica e sociale?» (Il corsivo è dell'Autore).

⁵⁹ A titolo esemplificativo e con riferimento ancora all'art. 106 del Progetto di riforma, si riporta l'opinione di W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 179 s. secondo il quale, se con il nuovo codice si vuole operare una vera riforma, sarebbe meglio sopprimerla piuttosto che ripetere una norma laconica ed incompleta, anche perché se la surrogatoria fosse opportunamente disciplinata, risponderebbe bene alla sua funzione. A conferma di quanto appena sostenuto, enuncia quella che, a parer suo, potrebbe essere la modifica della disposizione relativa alla surrogatoria: «Qualunque creditore, ancorché condizionale o a termine, ha diritto di surrogarsi al proprio debitore per esercitare i diritti e le azioni che spettano a questi e che il medesimo trascura di far valere. Il diritto, di cui al precedente comma, può essere esercitato solo per i diritti che già si trovino acquisiti al patrimonio del debitore, siano di natura patrimoniale e passibili di esecuzione; ne sono esclusi i diritti personali e quelli che, pur di contenuto patrimoniale, implicino questioni su diritti personali. Il creditore, che intende surrogarsi, non è tenuto a costituire preventivamente in mora il debitore; ma, tutte le volte che si istituisca un giudizio tra il creditore ed il subdebitore, il debitore deve esservi chiamato. Salve le cause legittime di prelazione degli altri creditori del debitore surrogato, il creditore, che si è avvalso del diritto di cui al primo comma di questo articolo, può soddisfarsi delle sue ragioni sul risultato di esso, purché, in tal caso, sia munito, nei confronti del suo debitore, di titolo esecutivo».

⁶⁰ Sostiene L. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, cit., p. 5, nota 1, che a tal proposito il vecchio art. 1234 trascurava di mettere in risalto tale presupposto, nonostante si ritenesse implicito nel contesto normativo.

⁶¹ V., tra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, *o.n.c.*, p. 79 ss.

conservazione della garanzia patrimoniale, la revocatoria, si può notare che mentre per l'esercizio di questa occorre che ci sia stato un comportamento attivo da parte del debitore dal quale possa derivare un danno alle ragioni del creditore, per quello della surrogatoria occorre un comportamento omissivo di costui, occorre cioè che il debitore sia incorso in uno stato di trascuratezza nell'esercizio dei suoi diritti ed azioni⁶². La trascuratezza di cui parla l'art. 2900 può definirsi, in prima approssimazione, come «quella astensione la quale, se protratta, sarebbe pericolosa per il creditore»⁶³. Relativamente al requisito dell'inerzia occorre precisare che di esso è sufficiente il solo accertamento oggettivo: in altre parole non occorre cercare il motivo determinante. Non occorre sapere se è dovuta a negligenza dolosa oppure a semplice incuria⁶⁴; se è stata preordinata dal debitore allo scopo di pregiudicare i suoi creditori oppure se tale eventualità non è stata neppure pensata⁶⁵. Può accadere, infatti, che il debitore si astenga dall'esercitare un suo diritto perché convinto, erroneamente, che non ne trarrà alcun beneficio; come può accadere, e forse è più realistico, che il debitore se ne astenga perché, consapevole della situazione debitoria in cui versa, non ha intenzione di agire per fare «soltanto» l'interesse dei propri creditori. Per quanto riguarda l'esercizio della surrogatoria non occorre un'indagine sulle motivazioni che hanno determinato l'inerzia, essendo necessaria soltanto la verifica per la quale il debitore pur potendo agire è rimasto inattivo⁶⁶. Ciò che conta è che l'inerzia del debitore sia idonea a provocare quel pericolo di danno che determina l'interesse sostitutivo del creditore⁶⁷. Non è necessaria una protrazione dell'inerzia tale da rendere urgente l'intervento del creditore⁶⁸, mentre è necessario che da tale comportamento sorga e si ponga come conseguen-

⁶² Può essere di ausilio, ai fini della comprensione del significato da dare a tale presupposto la Relazione del Guardasigilli al libro «Della tutela dei diritti», n. 1181 in cui si può leggere «[...] anziché far riferimento, come si suole, alla inerzia, ho creduto preferibile far riferimento alla trascuratezza del debitore nell'esercizio dei diritti e delle azioni a lui spettanti, al fine di chiarire che, qualora concorrano gli altri presupposti, l'azione è anche esperibile nei casi in cui il debitore, pur non rimanendo inattivo nella tutela dei suoi diritti, tuttavia non espliciti in questa tutela la necessaria diligenza».

⁶³ Testualmente R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 132.

⁶⁴ Per Cass., 23 giugno 1995, n. 7145, in *Giur.*, 1995, p. 1849, per la proposizione dell'azione surrogatoria non si richiede che il mancato esercizio da parte del debitore di diritti ed azioni a lui spettanti deve essere ascrivibile a colpa dello stesso.

⁶⁵ Cfr. in tal senso W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 105 s.

⁶⁶ In tal senso R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 153 ss.

⁶⁷ In questi termini si è espressa Cass., 28 maggio 1988, n. 3665, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, c. 104; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 14 novembre 1975, in *Giur. Comm.*, 1977, II, p. 409 ss., con nota di G. VOLPE POTZOLU, *Assicurazione della responsabilità civile e fallimento dell'assicurato* nella cui motivazione si può leggere che «i presupposti dell'azione surrogatoria sono costituiti dall'inerzia del debitore e dal pericolo di non vedere realizzato o realizzato tardivamente il proprio diritto: la prima consiste nell'omissione del debitore di esercitare diritti ed azioni a contenuto patrimoniale nei confronti dei terzi; il secondo è costituito dalla circostanza che il credito corre il pericolo di rimanere inadempito o adempito con ingiustificato ritardo».

⁶⁸ Secondo R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 131, l'inerzia può protrarsi anche per un tempo brevissimo. V. anche L. MASUCCI, *L'azione surrogatoria nel nuovo codice civile*, cit., p. 56; F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 93; A. DESANCTIS RICCIARDONE, *Surrogatoria (azione)*, cit., p. 9.

za immediata e diretta⁶⁹ il pericolo di non ricevere l'esatto adempimento. In assenza del pericolo, infatti, non vi sarebbe interesse del creditore all'esercizio dei diritti e delle azioni⁷⁰. Se l'interesse del creditore a vedere incrementato o comunque non diminuito il patrimonio del proprio debitore è sempre presente, tuttavia, diventa suscettibile di protezione e giustifica la nascita del potere surrogatorio soltanto se si profila per il creditore stesso un pericolo effettivo di lesione del suo diritto, altrimenti, prevale l'interesse del debitore a non subire ingerenze altrui nella propria sfera giuridica⁷¹. Nonostante il codice non ne faccia menzione, sulla necessità che ci sia il pregiudizio si concorda in dottrina e in giurisprudenza⁷².

Un chiarimento ulteriore rispetto alla formula del vecchio codice si è avuto nel momento in cui il legislatore del 1942 ha statuito che affinché il diritto, che il debitore trascura di far valere, possa essere legittimamente esercitato dal creditore, deve avere contenuto patrimoniale. La norma di cui all'art. 2900 c.c., a differenza del corrispondente art. 1234 c.c. del 1865, è chiara, dal momento che ha limitato l'intervento sostitutivo del creditore a quei diritti ed a quelle azioni, il cui carattere specifico è rappresentato dalla patrimonialità⁷³. Tutta la dottrina⁷⁴ che si occupata dell'azione *de qua* ha dedicato molta attenzione al requisito della patrimonialità, precisando che questo deve essere riferito all'oggetto del diritto e non al risultato immediato del relativo atto di esercizio posto in essere dal creditore⁷⁵. Una categoria di diritti che unanimemente è ritenuta sottratta alla legittimazione surrogatoria del creditore è quella rappresentata dai diritti della personalità (diritto al nome, all'immagine, all'onore, ecc.), il cui contenuto consiste in un bene che non può essere valutato economicamente; al contrario, la relativa pretesa al risarcimento dei danni, essendo caratterizzata dalla patrimonialità, ammette l'intervento sostitutivo del creditore. Relativamente, infine, alla condizione della non inerenza del diritto alla persona

⁶⁹ Sostiene N. DI STASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 100, che se l'insolvenza del debitore non dipendesse da questo specifico nesso di causalità ma da altre cause, non si dovrebbe poter più utilizzare la surrogatoria per tutelare il credito, bensì mezzi diversi, quale, per es. l'azione revocatoria.

⁷⁰ E' opinione della Suprema Corte che «a giustificare la sostituzione del creditore nell'esercizio delle azioni di cui è titolare il debitore, non è sufficiente che questi trascuri la realizzazione dei suoi diritti, ma occorre altresì che la inerzia possa avere riflessi negativi sulla garanzia che, a norma dell'art. 2740 c.c., il suo patrimonio costituisce per i creditori. Occorre, cioè, un interesse specifico, determinato dal pregiudizio che possa derivare alle ragioni del creditore, essendo in definitiva l'azione *de qua* diretta a tutelare il diritto di quest'ultimo contro il pericolo di insolvenza del suo debitore»: v. Cass., 26 giugno 1971, n. 2017, in *Giust. Civ.* 1971, I, p. 1583. Cfr. anche Cass., 1 agosto 1960, n. 2253, in *Rep. Giur. it.*, 1960, voce *Creditore*, n. 1.

⁷¹ V. in tal senso S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, cit., p. 122 s.

⁷² Cfr., per la giurisprudenza di merito, sul tema del pregiudizio, Trib. Reggio Calabria, 17 marzo 2005, in *JurisData*, per il quale «ai fini dell'esercizio dell'azione surrogatoria, prevista dall'art. 2900 c.c., non è sufficiente che il debitore trascuri la realizzazione dei suoi diritti, ma occorre altresì un interesse specifico, determinato dal pregiudizio che possa derivare alle ragioni del creditore, essendo in definitiva l'azione surrogatoria diretta a tutelare il diritto di quest'ultimo contro il pericolo dell'insolvenza del suo debitore».

⁷³ Nel senso del testo, N. DI STASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 62 ss.

⁷⁴ V., tra gli altri, R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, p. 90 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, p. 956.

⁷⁵ B. QUATRARO e A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 2002, t. II, p. 1229 s.

del debitore, si può dire che la dottrina è concorde nel ritenere che, se l'art. 2900 fosse interpretato soltanto secondo la sua lettera, si dovrebbe concludere nel senso che ogni diritto, il cui esercizio sia trasmissibile a terzi, potrebbe essere esercitato dal creditore. Tuttavia, tale interpretazione porta ad estendere oltre misura l'ambito dell'azione surrogatoria e non sembra essere aderente alla *ratio legis*⁷⁶. E' opinione di parte della dottrina che la caratteristica della non inerenza alla persona non rappresenta una qualità intrinseca del diritto, ma si determina, piuttosto, con riguardo alla «natura e al contenuto di tali diritti in relazione a quella che è la struttura e la funzione della c.d. azione surrogatoria»⁷⁷.

Soprattutto, però, al secondo comma la nuova norma risolve espressamente il problema del litisconsorzio passivo ed ammette, innovando rispetto alla passata legislazione, che l'intervento sostitutivo possa realizzarsi anche stragiudizialmente.

Dalla norma del secondo comma dell'art. 2900 c.c., secondo la quale «Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi» si possono trarre due regole, sostanzialmente innovatrici rispetto alla legislazione passata: che l'esercizio dell'azione surrogatoria può avvenire sia in via stragiudiziale sia attraverso un regolare processo e che esso presuppone la presenza del debitore in qualità di litisconsorte necessario⁷⁸. Questo significa che qualora il creditore non abbia citato in giudizio, oltre al terzo, anche il debitore al quale intende surrogarsi, il giudice, *ex officio*, dovrà provvedere, a norma dell'art. 102 c.p.c., ad ordinare l'integrazione del contraddittorio. Tale norma ha risolto ogni disputa che in passato era sorta su questo punto dovendosi riconoscere sussistente una ipotesi tipica di litisconsorzio necessario e questo, nonostante che la posizione del debitore e del terzo, nel processo, non sia necessariamente la stessa⁷⁹. Tuttavia parte della dottrina⁸⁰, ma anche, in qualche pronuncia, la Suprema corte⁸¹, ha ritenuto che l'esercizio in via surrogatoria da parte del creditore di una a-

⁷⁶ Secondo G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, p. 956, «il concetto di non inerenza alla persona, che il legislatore con quella formula ha inteso segnalare, deve ritenersi più ristretto ed ispirato ad una valutazione specifica degli opposti interessi che entrano in conflitto nel campo della surrogatoria: da un lato, cioè, l'interesse del debitore a liberamente determinarsi anche per il non esercizio del proprio diritto; dall'altro, l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale»; con la conseguenza che l'attribuzione della potestà surrogatoria al creditore importa la subordinazione del primo interesse al secondo.

⁷⁷ Testualmente R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, p. 98; aderisce a tale impostazione, tra gli altri, N. DI STASO, *o.u.c.*, p. 67.

⁷⁸ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 90 ss.

⁷⁹ E' stato ritenuto da Cass., 14 giugno 1968, n. 1909, in *Rep. giust. civ.*, 1968, voce *Surrogatoria*, n. 4, che «il debitore, chiamato in giudizio dal proprio creditore, ex art. 2900, il quale intenda a lui surrogarsi in una parte del credito che al medesimo spetta contro il terzo, ben può valersi dello stesso processo per chiedere contro quest'ultimo il soddisfacimento dell'intero credito».

⁸⁰ In tal senso si era espresso E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 272, la cui opinione è stata confutata da G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 332 ss.

⁸¹ Cass., 5 gennaio 1976, n. 6, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 956 ss.

zione spettante al debitore dà luogo ad un processo con pluralità necessaria di parti aventi legittimazione differenziata, e non ad un caso di vero e proprio litisconsorzio necessario⁸². Questa differenza tra processo con litisconsorzio necessario e processo con pluralità necessaria di parti nell'economia dello studio dell'azione surrogatoria può essere fuorviante e, soprattutto, non necessaria dato che la norma *de qua* impone al creditore agente in surrogatoria la chiamata in giudizio del debitore al quale intende surrogarsi⁸³.

5. *La natura della c.d. azione surrogatoria.*

A grandi linee queste sono le differenze tra l'art. 1234 c.c. 1865 e l'art. 2900 c.c. vigente; potrebbero sembrare tante, se rapportate all'esiguità delle disposizioni normative analizzate, al punto da far dubitare che la seconda sia «figlia» della prima.

Pertanto, si ritiene doveroso, ai fini di una compiuta indagine e per dissolvere il dubbio appena espresso, mettere in risalto anche le caratteristiche comuni ad ambedue le norme, per far sì che le affermazioni iniziali per le quali l'«azione surrogatoria» di cui all'art. 2900 c.c. vigente ha il suo antecedente nell'«azione surrogatoria» contemplata dall'art. 1234 c.c. 1865, possano essere confermate, nonostante le evidenti differenze.

Sicuramente il punto di contatto è da rinvenirsi nella domanda: ma esiste l'«azione surrogatoria»?

Anche in questo studio si è utilizzata sino ad ora la locuzione «azione surrogatoria» e non soltanto quando si operava il confronto tra le due norme. Occorre, però verificare se si tratta di un'azione in senso tecnico, cioè fornita di una sua precisa identità (come accade, per esempio, per l'azione di rivendicazione, per quella negatoria, ecc.) oppure se, invece, si tratta di una espressione impropria che è sicuramente utilizzabile senza che ci sia, tuttavia, la possibilità di attribuirle un significato tecnico⁸⁴.

La denominazione tradizionale dell'istituto non deve trarre in inganno e far pensare ad un'azione tipica, di contenuto particolare, che spetta al creditore nei confronti del debitore o di

⁸² Ritiene A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.* diretto da Allorio, Torino, 1973, I, 2, art. 102, p. 1111 ss., che il litisconsorzio derivante dall'esercizio dell'azione surrogatoria è imposto dal rispetto di fondamentali esigenze, quali quelle di assicurare il rispetto del contraddittorio, di assicurare il diritto di difesa del sostituto e di assicurare la raccolta degli elementi necessari alla retta soluzione della controversia. Cfr., sul punto, anche S. SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1955-56, p. 49 ss., il quale fa rientrare l'azione surrogatoria nelle ipotesi di litisconsorzio processuale cioè imposto dalla legge per ragioni di «opportunità processuale».

⁸³ Inoltre, nel momento in cui tale dovere resta inadempito, a norma degli artt. 101 e 102 c.p.c., la domanda proposta in via surrogatoria deve considerarsi inammissibile o comunque improcedibile dal momento che il giudice non può pronunciarsi su di essa fino a quando non viene integrato il contraddittorio.

⁸⁴ In tal senso v. P. DE LISE – L. COSSU, *Libro VI – Della tutela dei diritti*, cit., p. 19 ss.

terzi⁸⁵. E' pacifico che l'esercizio della surrogatoria può essere sia giudiziale sia stragiudiziale, per cui, in questo secondo caso, manca già ogni possibile riferimento al concetto di azione. E' altrettanto certo che quando il creditore agisce giudizialmente non esercita alcuna azione nei confronti del debitore cui si sostituisce: se mai egli fa valere nei confronti del terzo la singola azione che sarebbe stata di competenza del proprio debitore. Si può, quindi, dire che non vi è un tipo di azione con contenuto uniforme che spetta al creditore nei confronti del debitore o del terzo o cumulativamente di entrambi, ma che vi sono le singole azioni che spettano in concreto al debitore e che vengono esercitate al posto di questo dal creditore⁸⁶. La terminologia tradizionale si può usare senza eccessivo timore nel momento in cui è chiaro che l'istituto che si designa col termine «azione surrogatoria» deve essere qualificato giuridicamente con riferimento al suo concreto essere ed all'altrettanto concreto operare⁸⁷.

Quasi tutta la dottrina nega l'esistenza di una azione surrogatoria in senso proprio. Vi è stato chi⁸⁸, probabilmente abbastanza vicino alla teoria del processo, ha sostenuto che la surrogatoria «è un istituto di natura giuridica *sostanziale*, un diritto soggettivo, che integra in tutti i

⁸⁵ Sostiene L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile. Della competenza. I principii generali della procedura*, vol. II, Milano, s.d., ma III ed., p. 654, «Sia lecito esprimere il desiderio che si cessi dal designarlo col nome di “azione surrogatoria”, da cui si genera l'equivoco di dubitare che per l'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore il creditore debba premettere l'esercizio di una speciale azione al fine di ottenere la surrogazione».

⁸⁶ In tal senso N. DISTASO, *L'azione surrogatoria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, cit., p. 285; R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 20, il quale sostiene che la chiamata in giudizio di debitore non vuol dire esercizio di un'azione autonoma da parte del creditore nei suoi confronti. La chiamata è disposta dalla norma sia per dare al debitore la possibilità di contestare immediatamente la presenza dei presupposti alla cui presenza è subordinata la attribuzione del potere al creditore di agire per il debitore contro il terzo, sia perché in questo modo è assicurata l'integrità del contraddittorio con il debitore in un giudizio nel quale la formazione del giudicato dovrà fare stato anche nei confronti dello stesso debitore.

⁸⁷ E' opinione di G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 113, nota 35, che «E' quasi superfluo rilevare come la terminologia legislativa non può considerarsi vincolante per l'interprete; del resto l'improprietà del linguaggio trova la sua giustificazione nella tradizione storica, donde ha tratto origine appunto l'espressione “azione surrogatoria” per designare il nostro istituto. Anzi sotto questo profilo ha fatto bene il legislatore a non abbandonare un termine già lungamente collaudato, evitando così il nascere di altre possibili incertezze e confusioni derivanti dalla scelta di nuove definizioni legislative, la cui elaborazione non sortisce quasi mai gli sperati effetti di chiarimento concettuale e scientifico». Sulla rilevanza delle definizioni, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 229, che contesta la validità dell'insegnamento tradizionale per il quale le definizioni legislative non vincolano l'interprete e sostiene che «Il ricorso alle definizioni è in molte ipotesi insostituibile e quasi sempre utile, poiché contribuisce a ridurre i margini di discrezionalità interpretativa». Tuttavia, poiché qualunque proposizione legislativa è soggetta ad interpretazione, precisa che «Essa, sia pure con funzioni e fini diversi, è vincolante secondo il contenuto e il valore che di volta in volta l'interpretazione sistematica e unitaria dell'ordinamento le attribuisce».

⁸⁸ Ci si riferisce ad A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, cit., pp. 16 ss. e 23 s., il quale, nel considerare la surrogatoria una vera e propria azione, sulla scorta dell'insegnamento dei processualisti ha ritenuto essere sufficienti i tre elementi indispensabili di cui ogni azione consta. Ha individuato innanzitutto i soggetti (o le *personae*) cioè il soggetto attivo, cui spetta il potere di agire, ed il soggetto passivo di fronte al quale si esercita tale potere; ha individuato l'interesse (o la *causa petendi*) che è la ragione per cui spetta l'azione, ed infine, ha individuato l'oggetto (o *petitum*) cioè ciò che si domanda; a proposito del *petitum* afferma testualmente: «Quello che *immediatamente* si domanda è l'*attuazione della legge*, la quale nelle singole azioni si presenta individuata in un dato atto (*condanna a restituire un fondo, condanna a pagare 100; rescissione della vendita; accertamento della falsità di un documento*). L'oggetto, poi, al cui conseguimento è coordinata l'attuazione della legge (*fondo da restituire, somma da pagare*) dicesi *oggetto mediato* dell'azione». In senso contrario, con argomentazioni puntuali, W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, cit., p. 57 s.

suoi elementi “l’azione”, istituto di diritto processuale, come mezzo o rimedio per la integrazione o la conservazione dei beni, che, costituendo la garanzia patrimoniale per l’adempimento delle obbligazioni da parte del debitore, possono da questo essere distratti o presumibilmente mantenuti fuori della sfera di quella garanzia fondamentale»⁸⁹.

Quando si vuole attribuire all’istituto *de quo* una funzione tipica e costante, sia essa esecutiva, conservativa o preparatoria di un processo esecutivo o cautelare, si cade nell’errore di costruire «un tipo di azione con contenuto uniforme»⁹⁰ che ingloba in sé quella specifica azione o quello specifico diritto che viene esercitato verso il terzo in sostituzione del debitore. In definitiva quando si parla di «azione surrogatoria» si deve aver chiaro che ci si riferisce ad una locuzione che racchiude in sé i vari diritti e le varie azioni di pertinenza del debitore al cui esercizio è legittimato il creditore.

Se a questo punto, dopo avere inquadrato l’istituto, ci si chiede qual è la funzione tipica e costante di questo potere (e non dell’azione surrogatoria) la risposta viene dallo stesso legislatore: la funzione del potere attribuito dall’art. 2900 c.c. al creditore, in presenza delle condizioni richieste dalla legge, è «quella di esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore»⁹¹ similmente a quanto statuito dall’art. 1234 c.c. 1865 per il quale «i creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore».

Quanto detto non contraddice il principio della variabilità della struttura nella realizzazione di una determinata funzione, dato che, in tal caso, la variabilità non è arbitraria ma dipende dalla natura e dagli interessi rilevanti nel concreto rapporto. Occorre individuare gli effetti senza dei quali non si è in presenza di quella funzione e porre su un diverso piano altri effetti che possono essere anche tipici ma, nel concreto regolamento di interessi, mancare. Occorre, quindi, individuare gli effetti caratterizzanti l’istituto, quelli che nella loro sintesi, cioè nel loro particolare collegamento, qualificano una fattispecie. La funzione di un istituto è data dalla sintesi dei suoi effetti essenziali⁹². Ci sono effetti ricollegabili all’atto soltanto per via riflessa, i

⁸⁹ Così, A. GIOIA, *o.u.c.*, p. 23.

⁹⁰ Cfr., R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 20.

⁹¹ In tal senso G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell’azione surrogatoria*, cit., p. 113.

⁹² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 620, ma anche p. 622, dove si precisa che occorre analizzare tutti i possibili effetti ricollegabili ad una fattispecie concreta e ad un particolare regolamento di interessi in modo da valutare l’atto non soltanto da un punto di vista strutturale ma anche teleologico. Poiché, tuttavia, il fatto potrebbe produrre una molteplicità di effetti occorre verificare se tutti questi effetti concorrono allo stesso modo alla qualificazione di questo «o se tra essi vadano distinti quelli che determinano la funzione pratico-giuridica (effetti essenziali) di quel fatto da quelli che non la determinano (effetti non essenziali)». In una concreta fattispecie «accanto agli effetti essenziali se ne producono normalmente altri, per così dire accessori, i quali, pur se previsti dalla disciplina del contratto, non ne contraddistinguono la funzione».

c.dd. effetti dell'effetto e che, in quanto tali, non concorrono all'individuazione della funzione pratico-giuridica, occorrendo a tale scopo soltanto quelli diretti.

Si può allora concordare con quella parte della dottrina⁹³ che non soltanto ritiene l'azione surrogatoria non contraddistinta da uno specifico contenuto, ma anche che essa costituisce semplicemente uno schema logico-giuridico che consente ai creditori di esercitare qualunque diritto o azione che il debitore trascura di esercitare, purché si tratti di diritti ed azioni che hanno contenuto patrimoniale ed il cui esercizio non è riservato al titolare per la sua natura o per disposizione di legge.

Se l'esercizio del potere di cui all'art. 2900 c.c. produce sempre l'effetto dell'esercizio del diritto del debitore allora costituisce un falso problema chiedersi qual è la funzione della surrogatoria, o, per meglio dire, del potere surrogatorio. Il potere è quello che risulta dalla norma e cioè il potere di esercitare i diritti del debitore e, conseguentemente, di attuare l'interesse del debitore senza o anche contro la volontà di questo, mentre «esecutiva, cautelare, di condanna e così via sarà quella specifica azione che il creditore deciderà di esercitare in sostituzione del debitore in forza della speciale legittimazione, di cui gode»⁹⁴.

Da quanto appena sopra si evince che quando ci si chiede quale è la «natura» dell'azione surrogatoria la risposta è che si tratta in primo luogo di un potere spettante al creditore e non di una vera e propria azione giudiziale, ed in secondo luogo che tale potere ha la funzione di consentire al creditore, in presenza delle condizioni prescritte dalla norma, l'esercizio dei diritti e delle azioni di cui è titolare il debitore⁹⁵.

Nel momento in cui ci si allontana dal falso obiettivo di individuare le caratteristiche generali di una «azione surrogatoria» ci si può rendere conto che ciò che effettivamente costituisce il nucleo essenziale dell'istituto *de quo* è l'esercizio del diritto o dell'azione che spetta al debitore nei confronti di terzi e che proprio tale caratteristica fa sì che a tale esercizio si possa dare la qualifica di «potere»⁹⁶. Questo porta a dire, conseguentemente, che gli atti compiuti dal creditore in sostituzione del debitore (in forza del potere conferitogli dall'art. 2900 c.c.) devono ave-

⁹³ Cfr. L. V. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998, p. 145.

⁹⁴ Testualmente G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 117.

⁹⁵ Nel senso del testo G. A. MONTELEONE, *o.u.c.*, p. 116 s.

⁹⁶ Tra i contributi più significativi sull'elaborazione di una nozione di potere giuridico si possono ricordare quelli di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, rist., ed. 1935, Napoli, 1978, p. 23 ss.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, trasfuso nel volume *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 206 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 144; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni soggettive*, Milano, 1944; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, p. 238 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; Santi ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1946, soprattutto cap. VIII; V. FROSINI, *Potere (teoria generale)* in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440 ss. E' quasi superfluo sottolineare che, oltre gli studi specifici appena citati, della tematica del potere si occupano, più o meno ampiamente, tutte le opere di teoria generale del diritto e tutti i manuali istituzionali di diritto privato e di diritto pubblico.

re necessariamente una efficacia identica a quella che avrebbero avuto se fossero stati posti in essere autonomamente dal debitore.

Si è dunque nel campo dell'esercizio, giudiziale o stragiudiziale, del diritto altrui e, proprio al fine di mettere maggiormente in risalto tale dissociazione tra esercizio e titolarità del diritto si parla di «legittimazione surrogatoria», vale a dire di «una potestà, attribuita al creditore, di esercitare un diritto altrui con efficacia immediata per il titolare»⁹⁷. In definitiva, la surrogatoria si risolve in una deroga al principio secondo cui normalmente legittimato ad attuare il contenuto di un diritto è il suo titolare; in una deroga, cioè al principio che di solito titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio di esso coincidono e che perciò l'attività del terzo è giuridicamente irrilevante nei confronti del titolare⁹⁸.

Nell'esercizio di diritti altrui la cosiddetta «legittimazione»⁹⁹ cioè il potere conferito ad un soggetto, diverso dal titolare dell'interesse, di impegnare con la propria attività l'altrui sfera giuridica deve essere attribuito dalla legge o dall'interessato¹⁰⁰. Il concetto di legittimazione serve a spiegare le ragioni per cui un negozio è compiuto da una persona diversa da quella che è titolare degli interessi o dei diritti coinvolti. In questo caso, inoltre, occorre verificare se il soggetto legittimato ha un proprio interesse al compimento dell'atto, circostanza che trasforma la legittimazione in un vero e proprio diritto di questo; oppure, se l'unico interesse ad essere tutelato dalla norma è quello del soggetto nei cui confronti l'atto deve produrre i suoi effetti, cosa che

⁹⁷ Così G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, cit., p. 951. Relativamente all'esercizio del diritto altrui, v. R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 30, per il quale è più corretto qualificare l'attività del creditore surrogante in termini di potestà per evitare equivoci, dal momento che anche il diritto soggettivo si risolve in un potere. Si riferisce alla categoria della potestà anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 267. Santi ROMANO, *Poteri-Potestà* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 173-203, sostiene che il «potere» si distingue dalla «potestà» giacché quest'ultima involge il momento dell'«autorità», sia essa di diritto pubblico o di diritto privato.

⁹⁸ Cfr. R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, p. 22.

⁹⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ.* Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 225 ss., definisce la legittimazione come «una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare»; unifica, inoltre, (p. 227) nel concetto di legittimazione il complesso fenomeno della «appartenenza di poteri destinati alla tutela di interessi altrui». Sostiene F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, rist. Camerino, 1998, p. 179 ss., che anche il concetto di legittimazione al pari di molti altri che a poco a poco si stanno trasferendo sul piano della teoria generale, è emerso dal campo del processo. Infatti, pur avendo inizialmente definito il concetto di legittimazione nel contesto ristretto del diritto processuale, lo ha successivamente trasferito al campo del diritto materiale, civile e penale, ed infine a quello della teoria generale del diritto. Sostiene che «i caratteri indicati mediante il concetto di legittimazione riguardano più propriamente il rapporto che non l'atto giuridico. [...] Mentre la capacità è un modo di essere della persona, la legittimazione, invece, riguarda, almeno direttamente, il rapporto e solo indirettamente, attraverso di questo, la persona, che ne è un soggetto; [...] in quanto la legittimazione consiste in un modo di essere giuridico anziché naturale della persona medesima, non può risolversi, al fondo, se non in una connessione di rapporti». Dopo aver collocato la legittimazione tra i presupposti dell'atto giuridico (p. 238) in base alla considerazione che la legittimazione è un modo di essere del soggetto piuttosto che del rapporto al pari della capacità, precisa che la legittimazione «può definirsi come l'idoneità giuridica dell'agente ad essere soggetto del rapporto, che si svolge nell'atto».

¹⁰⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1993, p. 519 ss. che, tuttavia, pur verificando nell'azione surrogatoria una ipotesi di sostituzione, la inquadra nell'art. 81 c.p.c. sulla scorta della considerazione che l'attività che pone in essere il creditore è svolta nel suo interesse.

trasforma la legittimazione in un «mero potere»; o, ancora, se la legittimazione attribuita al non titolare non è primaria ed esclusiva ma secondaria e concorrente, nel senso «che essa non esclude il potere di agire del titolare (anzi vorrebbe costituire risposta e rimedio all'inerzia di esso)» come nella legittimazione surrogatoria¹⁰¹.

E' chiaro, ormai, che per risolvere il problema dell'individuazione della natura giuridica dell'azione surrogatoria si dovrà, contemporaneamente, risolvere quello relativo alla determinazione del «potere» che si trova a fondamento di tale legittimazione. Il concreto esercizio di tale potere si manifesta come un'attività destinata alla realizzazione di un interesse altrui, cioè del debitore. Se così non fosse, se cioè quell'attività non mirasse alla soddisfazione immediata dell'interesse del debitore, non si potrebbe vedere in essa «l'esercizio di un diritto di questo»¹⁰².

Perché un altro soggetto possa agire per l'interessato, è necessario che a lui sia conferito un potere di agire; soltanto in tal modo la sua attività diventa idonea ad influire sulla sfera giuridica dell'interessato. Tale potere può essere conferito non soltanto dall'interessato ma anche dallo stesso ordinamento, sia in modo mediato, attraverso un atto dell'autorità, sia in modo immediato quando si verificano determinate situazioni che «rendono necessario od opportuno, secondo l'apprezzamento legislativo, questo potere d'agire nell'interesse altrui o per un interesse superiore, e ne costituiscono perciò i fatti causativi»¹⁰³.

6. Gli interessi del creditore e del debitore.

L'interesse è il nucleo caratteristico della situazione soggettiva ed è essenziale per la sua esistenza¹⁰⁴. Una situazione soggettiva esiste se esiste la possibilità di proteggere un interesse¹⁰⁵ che diventa oggetto di studio perché alla sua realizzazione è diretta l'esecuzione del rapporto

¹⁰¹ In questi termini A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 57, il quale, relativamente alla legittimazione surrogatoria ritiene (p. 63 s.) che «E' da riflettere in primo luogo sullo sforzo di dare sistemazione teorica a fenomeni come l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) sul piano del diritto sostanziale e a tutto il significato pregnante che si nasconde dietro formulazioni del tipo: legittimazione surrogatoria. Si sarebbe propensi in tal caso a sottolineare le ragioni di diversità con il meccanismo di attribuzione e riconoscimento di diritti e poteri, nella misura in cui l'idoneità del creditore ad esercitare diritti e azioni non proprie (ma del suo debitore) non si risolve semplicisticamente nell'investitura di diritti o poteri in occasione del verificarsi di accadimenti precisi e puntuali, bensì viene fatta dipendere da una situazione ben più articolata e cioè dal concreto disporsi di dati interessi (quello del debitore a "disporre" del proprio diritto ed azioni e quello "conservativo" del creditore). Detti interessi, evidentemente, non possono trovare una composizione *ex prius* ma solo all'interno e nel concreto dell'esercizio, giudiziale o stragiudiziale che sia, dell'attività svolta in sostituzione».

¹⁰² In tal senso U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 39.

¹⁰³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 267.

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 167.

¹⁰⁵ Sull'interesse del creditore nell'ambito del rapporto obbligatorio, cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 261 ss.

giuridico ed alla sua individuazione è volta la qualificazione e l'interpretazione¹⁰⁶. E' chiaro che il riferimento all'interesse è ineliminabile, ma deve essere bene inteso: «L'interesse è la ragione per agire, il fondamento della situazione soggettiva; è il concetto mediante il quale si coglie il significato giuridico del fatto»¹⁰⁷.

Nella norma *de qua* è innegabile che il legislatore ha regolamentato gli interessi contrapposti dei soggetti protagonisti del procedimento surrogatorio¹⁰⁸. Il riconoscimento della legittimazione surrogatoria (ma anche il suo mancato riconoscimento) costituisce un modo di composizione del conflitto tra due interessi: quello del debitore a liberamente determinarsi circa il concreto esercizio del diritto, facoltà derivante dall'autonomia¹⁰⁹ riconosciuta al soggetto titolare di un interesse protetto, e quello del creditore a conservare o a realizzare elementi attivi nel patrimonio del debitore. Si è avuto modo di notare come la stessa attribuzione del potere surrogatorio comporti la subordinazione del primo interesse al secondo. Di conseguenza il sacrificio (eventuale) di quell'interesse secondario, nonostante importi una limitazione alla normale posizione di libertà del soggetto, non incide «sull'interesse protetto, il quale anzi attraverso l'attività del creditore viene ad essere (sia pure contro o senza la volontà del titolare) puntualmente realizzato»¹¹⁰.

E' stato sostenuto¹¹¹ che nell'ambito della surrogatoria sono molteplici gli interessi tutelati o sacrificati. Innanzitutto si ha l'interesse del creditore a che il patrimonio del debitore aumenti o non diminuisca. Il creditore, per la precisione, non ha tanto interesse a che il patrimonio del debitore aumenti, quanto al fatto che aumentino gli elementi patrimoniali assoggettati alla garanzia generica. L'interesse specifico del creditore è dato dall'esigenza di ovviare all'inerzia del debitore nella tutela e nell'esercizio delle proprie ragioni verso i terzi, cercando di prevenire le conseguenze pregiudizievoli che possono derivargli da questo comportamento omissivo. Per questa ragione gli è attribuito il potere di sostituirsi al debitore stesso nell'esercizio di quelle azioni e di quei diritti. Di conseguenza, se l'inerzia non sussiste, l'interesse del credito-

¹⁰⁶ Nel senso del testo L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, p. 53.

¹⁰⁷ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 82.

¹⁰⁸ Effettua una valutazione comparata degli interessi del creditore e del debitore F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 83 ss.

¹⁰⁹ Sostiene R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 100, che l'interesse del debitore alla libertà di autodeterminarsi nell'esercizio del diritto è una «conseguenza di quella posizione di libertà che nel campo del diritto privato costituisce un presupposto normale dell'attribuzione del diritto soggettivo, ma non è un elemento intrinseco e costitutivo dell'interesse (obbiettivo) tutelato attraverso il meccanismo di protezione proprio del diritto soggettivo».

¹¹⁰ In questi termini, G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, cit., p. 956.

¹¹¹ Molto dettagliatamente R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 98 ss., per il quale il fondamento di un istituto è plurimo e viene identificato in relazione agli interessi che lo giustificano. Con riferimento alla surrogatoria occorre riconoscere che sono molteplici gli interessi alla cui tutela e composizione essa è nel suo complesso preordinata.

re non sorge e, quindi, l'azione surrogatoria oltre ad essere prima di tutto inammissibile, sarebbe anche priva di qualunque rilievo pratico¹¹².

Si è avuto modo di notare come per parte della dottrina¹¹³ la surrogatoria può essere tanto un mezzo conservativo del patrimonio del debitore, tanto un mezzo di esecuzione. In ogni caso occorre che il creditore abbia interesse a valersi della facoltà concessagli dalla norma. Secondo lo scopo che questo vuole raggiungere cambierà anche il tipo di interesse che deve legittimare l'azione surrogatoria: «negligenza accompagnata dal pericolo di non trovare poi pagamento, quando il creditore agisca a mera conservazione; bisogno di appropriarsi il prodotto della azione o del diritto onde essere pagato, quando agisca a scopo di riscossione attuale»¹¹⁴.

Tuttavia, se il legislatore avesse voluto tutelare unicamente l'interesse del creditore lo avrebbe fatto concedendo l'assoggettamento dei «beni recuperati o conservati (dal creditore mediante procedimenti istituiti contro i terzi) al potere di esproprio dello stesso creditore»¹¹⁵. Accanto all'interesse del creditore ad una maggiore capienza del patrimonio del debitore, deve senz'altro ravvisarsi l'interesse del debitore¹¹⁶ al quale conviene recuperare i beni per l'acquisto o il mantenimento dei quali si è adoperato il creditore, nonché quello di giovare dei benefici che può trarre da un eventuale procedimento di questo contro il terzo. In realtà, pur essendo ammissibile, in linea di principio, l'esercizio negativo di un diritto quale espressione del contenuto dello stesso¹¹⁷, può, in concreto essere incompatibile con la presenza di un interesse creditorio. L'inerzia del debitore non può essere considerata lecita soltanto perché rientrante nell'astratto contenuto del suo diritto, ma deve essere valutata in relazione all'interesse che mira a proteggere ed alla sua eventuale prevalenza sul controinteresse del creditore.

Da questa considerazione esce confermata la necessità del controllo normativo da attuare non già sul piano dell'attribuzione del potere, bensì sulle modalità del suo esercizio, dato che è il concreto esercizio che permette di verificarne la legittimità o l'illegittimità in considerazione

¹¹² Cfr. G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 125.

¹¹³ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., p. 301 ss.

¹¹⁴ Cosí, G. GIORGI, *o.u.c.*, p. 303.

¹¹⁵ Testualmente R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 99.

¹¹⁶ Sostiene M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. I, Torino, 1992, p. 165, che non può più riconoscersi al debitore, nello svolgimento del rapporto obbligatorio, il ruolo di parte debole dello stesso; allo stesso modo non può riconoscersi dignità di principio al c.d. *favor debitoris*, dal momento che le due sole disposizioni invocabili in tal senso, cioè l'art. 1184 c.c. e l'art. 1286, comma 1, c.c., «non sono sufficienti a desumere un criterio generale per cui nell'attuazione del rapporto obbligatorio andrebbe sempre privilegiata la posizione del debitore». Anche le poche pronunce nelle quali si fa riferimento al *favor debitoris* in realtà risolvono questioni di ermeneutica contrattuale utilizzando il criterio finale sussidiario previsto dall'art. 1371 c.c., per il quale i contratti gratuiti vanno interpretati nel senso meno gravoso per l'obbligato.

¹¹⁷ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 155 s., il quale a proposito della rinunzia discorre di esercizio negativo del diritto come potere che rientra pur sempre nel contenuto del diritto.

delle concrete circostanze di fatto¹¹⁸. La valutazione del comportamento e dell'interesse che con esso si tende a realizzare deve avere come parametro normativo cui rapportarsi il principio di solidarietà che nei rapporti obbligatori si attua utilizzando le clausole generali¹¹⁹, quali la buona fede e la correttezza¹²⁰.

Si può allora concordare con quella dottrina¹²¹ per la quale «nella valutazione dei due interessi in conflitto, il giudice deve dare una certa prevalenza all'interesse del creditore, dato che il sacrificio dell'interesse del debitore è sostanzialmente meno rilevante che in altre ipotesi di misure cautelari».

Occorre mettere in luce l'eventuale ulteriore interesse del debitore a che il creditore non incida, col proprio agire, sui rapporti correnti tra il terzo e lo stesso debitore. Solitamente si fissa l'attenzione sugli interessi del creditore e del debitore e molto poco, invece, su quelli del terzo che, in realtà, è il vero controinteressato all'efficacia dell'atto posto in essere dal creditore¹²². Si è discusso se l'interesse del terzo possa considerarsi degno di protezione dal momento che effettua una speculazione sull'inerzia del debitore e cerca di ottenere da questa situazione un lucro ingiustificato. In realtà, questo è un interesse che, in altra sede, è stato definito contingente ed occasionale e, come tale, su di esso il terzo non può fare ragionevolmente affidamento e da una parte della dottrina è stato definito come interesse di mero fatto¹²³. Altri soggetti interessati agli effetti della surrogatoria sono i concreditori: se la legge li ammette a beneficiare del risultato dell'atto compiuto in via surrogatoria, è intuibile che i loro interessi sono comuni a quelli del creditore agente¹²⁴.

7. La commistione tra gli opposti interessi nell'azione surrogatoria.

¹¹⁸ Nel senso del testo, anche se con riferimento alla situazione giuridica creditoria, A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000, p. 83 ss.

¹¹⁹ La rilettura delle clausole generali alla luce della Costituzione è ormai un metodo acquisito nella prevalente dottrina civilistica. Seppur con varie impostazioni si sostiene che il contenuto della buona fede si attua attraverso il ricorso alla normativa costituzionale: cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 453 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 393, nota 35; S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, p. 159 s.

¹²⁰ La tendenza a tenere distinte le due nozioni in base alla considerazione che alla buona fede sarebbero riconducibili obblighi di condotta positivi mentre la correttezza imporrebbe obblighi di condotta di carattere negativo, appare oggi superata. Il fondamento unitario delle nozioni sembra essere rinvenibile nel principio di solidarietà. A tal proposito cfr. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1968, p. 47; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205; S. RODOTÀ, *o.c.*, p. 156.

¹²¹ R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 71.

¹²² In tal senso, cfr. R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria* p. 100.

¹²³ Cfr., R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 77.

¹²⁴ V. ancora R. SACCO, *o.u.c.*, p. 101.

Quindi, quando concorrono determinate condizioni il creditore ha il potere di esercitare i diritti del suo debitore, ossia ha il potere di attuare l'interesse del debitore, senza o anche contro la volontà di questo¹²⁵. E' stato detto che il creditore, *utendo juribus* del debitore, non realizza l'interesse di questo ma un suo esclusivo interesse. In realtà questa affermazione è frutto di un equivoco in quanto non si tiene conto che «altro è l'interesse del creditore che giustifica l'attribuzione del potere di sostituirsi al debitore nell'esercizio dei diritti di questo, altro è l'interesse del debitore che si realizza nel momento in cui il creditore esercita *verso il terzo* i diritti del debitore»¹²⁶. E' innegabile che il legislatore in tanto autorizza il creditore a sostituirsi al debitore in quanto il creditore abbia un interesse a prevenire un danno futuro; è altrettanto certo, però, che l'attribuzione di un tale potere non fa venire meno la circostanza che «il creditore, nel momento in cui effettivamente opera *al posto* del debitore, realizza il diritto di questo ossia ne attua l'interesse. In altri termini, l'interesse del creditore è soltanto una condizione preliminare o il presupposto perché possa legittimamente tutelare l'interesse del debitore compiendo atti che sono immediatamente efficaci nella sfera giuridica di questo»¹²⁷. Non modifica la natura della surrogatoria il fatto che nel momento in cui è stato realizzato il diritto del debitore, il creditore possa giovare per la realizzazione coattiva del suo diritto di credito, perché in questo caso non è la surrogatoria che si fa valere, ma l'azione esecutiva o cautelare.

E' l'altruità dell'interesse che viene realizzato attraverso l'esercizio della legittimazione surrogatoria¹²⁸ a fungere da elemento che differenzia, nell'ambito delle situazioni soggettive, il diritto dal potere giuridico e, nello stesso tempo, a negare l'esistenza del diritto nel caso in cui tale altruità sussista.

Non si può, tuttavia, negare che l'esercizio dell'azione surrogatoria presuppone l'interesse specifico del creditore; d'altro canto è lo stesso legislatore che nell'art. 2900 c.c. usa l'espressione «per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni»¹²⁹. Appare chiara,

¹²⁵ Sostiene G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 129, che il potere «pre-scinde totalmente dalla volontà del soggetto, verso cui viene esercitato; costui si trova nella necessità di subire determinati effetti, consequenziali all'esercizio del potere, ma non è obbligato ad alcunché proprio perché la sua volontà non ha alcuna rilevanza, non giuoca un ruolo né positivo né negativo». Nello stesso senso Santi ROMANO, *Poteri-Potestà* cit., p. 180 ss.

¹²⁶ Testualmente R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, p. 21 s.

¹²⁷ Ancora R. NICOLÒ, *o.n.c.*, p. 21 s.

¹²⁸ In questo senso R. NICOLÒ, *o.n.c.*, p. 30; G. A. MONTELEONE, *o.n.c.*, p. 118.

¹²⁹ A proposito dell'interesse del creditore rileva G. A. MONTELEONE, *o.n.c.*, cit., p. 125, che l'interesse specifico del creditore consiste nell'esigenza di ovviare all'inerzia del debitore nella tutela e nell'esercizio delle proprie ragioni verso i terzi, prevenendo, in tal modo, le conseguenze pregiudizievoli che da un tale comportamento omissivo possono derivargli e, a tal fine, gli è attribuito il potere di sostituirsi al debitore nello svolgimento di quei diritti e di quelle azioni. Ne deriva, di conseguenza «che se l'inerzia del debitore non sussiste, l'interesse del creditore concretamente non sorge e pertanto la surrogatoria, oltre ad essere a priori inammissibile, sarebbe altresì priva di qualsiasi rilievo pratico».

a questo punto, quella che è la vera essenza dell'azione surrogatoria. In essa si nota una «comistione tra la cura dell'interesse proprio del creditore e la cura di quello del debitore»¹³⁰. Tuttavia, questi due aspetti non debbono essere confusi, innanzitutto perché non si sovrappongono mai, ma, soprattutto, perché sono tra loro in rapporto di strumentalità, nel senso che la realizzazione del diritto del debitore¹³¹ costituisce un momento oggettivo dell'azione esercitata che si pone contestualmente come strumento per l'attuazione dell'interesse mediato del creditore¹³².

Si può, quindi dire che «l'attribuzione al creditore della potestà di esercitare il diritto del proprio debitore tende in definitiva alla realizzazione di un interesse del creditore medesimo»¹³³, fermo restando il fatto che la tutela giuridica che si attua in via immediata è sempre quella del debitore, anche se attraverso l'attività del creditore¹³⁴.

Il creditore non avrà come obiettivo quello di impedire al debitore l'esercizio del suo diritto, ma, al contrario, tenderà ad evitare che egli non lo eserciti. Alla surrogatoria è riservato il momento del non esercizio del diritto: non rileveranno le modalità attraverso le quali lo si eserciterà. Si può, pertanto, dire, anche tenendo conto di quanto affermato da una parte della dottrina che «la legittimazione riconosciuta al creditore è soltanto un limite di carattere negativo alla posizione del titolare, un limite cioè della possibilità, che normalmente va riconosciuta al titolare di un diritto soggettivo, di non esercitare il diritto di cui è titolare»¹³⁵.

Emerge, in definitiva, che il fondamento dell'istituto della surrogatoria è plurimo e complesso e non può essere identificato con l'interesse di uno dei soggetti che partecipa a tale procedimento, ma deve essere individuato nel contemperamento fra i diversi interessi in gioco. Affinché il potere surrogatorio non sia arbitrario occorre che venga sottoposto ad un controllo giudiziale la cui prospettiva interpretativa ed applicativa sia attenta al profilo teleologico e, nello stesso tempo, sia orientata dai principi costituzionali ed europei¹³⁶.

¹³⁰ In tal senso, R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, cit., p. 31.

¹³¹ Sostiene, a tal proposito, G. A. MONTELEONE, *o.u.c.*, p. 129 che «Non v'è dubbio che questa sia la realtà dell'azione surrogatoria, i cui effetti tra l'altro non sono oggettivamente rivolti a procurare un qualsiasi svantaggio al debitore sostituito ma a tutelare invece un suo diritto verso una terza persona, e quindi a procurargli un beneficio».

¹³² *Contra* U. NATOLI -L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 40 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 20 s., i quali, poiché pongono a fondamento della legittimazione surrogatoria l'interesse specifico del creditore, la qualificano come diritto soggettivo (di natura potestativa). Sostengono, a tal proposito, che attraverso l'intervento surrogatorio viene ad essere immediatamente tutelato l'interesse del creditore e soltanto mediatamente quello del debitore. Sulla stessa linea è R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, cit., p. 315 s., che ritiene che «di volta in volta, l'interprete dovrà ancora domandarsi se una certa fattispecie rientri nell'esercizio di un diritto potestativo, nell'adempimento di un onere e così via. Una impostazione esauriente del problema dei limiti di applicazione dell'art. 2900 non deve temere l'aiuto dell'indagine casistica».

¹³³ R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, p. 33.

¹³⁴ Cfr. G. A. MONTELEONE, *o.u.c.*, p. 119.

¹³⁵ R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 39.

¹³⁶ F. LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, p. 126.

Analizzare le singole situazioni che fanno capo a questo o a quel soggetto senza armonizzarle tra loro non potrà offrire una soluzione corretta¹³⁷.

¹³⁷ R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, p. 101 ss., il quale afferma che «Ogni lacuna della legge, ogni dubbio che si affacci all'interprete, potranno essere colmati o risolti in modi opposti a seconda che si invochi la tutela di un interesse, o la protezione dell'interesse opposto. La legge, in via di principio, tende a temperare la protezione dei vari interessi in gioco».

GIOVANNI VARANESE

La recezione del modello della presupposizione

Sommario: 1. Windscheid e la presupposizione. – 2. La mancata recezione nel BGB. – 3. Il fondamento negoziale come modello alternativo. – 4. La giurisprudenza italiana del codice civile del 1865.

1. Windscheid e la presupposizione

In un discorso che riguarda il codice civile del 1865 non è superfluo considerare anche istituti non codificati per registrare l'effetto di novità dei movimenti di pensiero che, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, accompagnarono l'evoluzione del nostro diritto civile. La presupposizione è emblematica di questa fase storica perché pone la questione della recezione dei modelli della tarda Pandettistica in Italia.

Il punto di partenza non può non essere la monografia sulla presupposizione ha rappresentato un momento centrale della produzione scientifica di Bernhard Windscheid¹. L'esponente più prestigioso della Pandettistica in quest'opera sviluppa la sua concezione marcatamente individualista del negozio giuridico, consacrata e diffusa poi nel suo celeberrimo manuale: «il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico della volontà privata. Il soggetto comanda, ed il diritto si appropria del suo comando (sotto riserva della liceità della causa)»². Egli è davvero il corifeo di quei «romaniisti portatori di un sapere giuridico assolutamente congeniale al maturo capitalismo tedesco con i propri schemi astratti di ascendenza giusnaturalistica che si prestavano mirabilmente a rivestire le istanze dell'individualismo borghese»³.

Se si guarda alla presupposizione nel diritto italiano dimenticando per un momento le sue nobili origini, essa sembra distaccarsi dalle sue radici storiche e dal sistema logico-

¹ *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 78, 1892, pp. 161–202.

² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 169 s., che riprende la definizione di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1902, I, I, p. 265 ss., nota 1.

³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. 41.

formale che ne ha visto la luce per identificarsi con le applicazioni giurisprudenziali che la chiamano in causa⁴. Come rimedio giurisprudenziale di conio pretorio, in un recente saggio sulla creatività del giurista, la presupposizione diventa una soluzione al problema della ripartizione del rischio contrattuale che opera come specificazione del principio di buona fede⁵. È apprezzabile il punto di vista del valore creativo della vicenda, ma allora ci si può anche porre un'altra questione e chiedersi come mai se la dottrina (Windscheid) propaganda un nuovo istituto giuridico (la presupposizione) ed esso è respinto dal suo sistema giuridico di origine, venga invece adottato dalla giurisprudenza italiana che gli attribuisce, quanto meno nel nome una certa dote di persuasione⁶. Non sembra azzardato ipotizzare che una parte non piccolissima possa averla avuta l'aura di prestigio che ammantava l'illustrissimo autore.

Windscheid è stato l'ultimo dei grandi pandettisti e la sua fama è legata in particolare al suo capolavoro, i tre libri del manuale del diritto delle Pandette⁷. Si trattò di un'opera fortunatissima che nelle sue diverse edizioni godette di un'immensa autorità ed ebbe una diffusione straordinaria⁸. Come si è già accennato, aveva già sviluppato la teoria della presupposizione nella sua monografia del 1850⁹ e naturalmente non mancò di introdurre la sua creazione anche nel manuale¹⁰.

La presupposizione viene integrata nella teoria negoziale, ma viene originariamente sviluppata nell'ambito dell'arricchimento senza causa¹¹ per cercare il vero fondamento di tutta una serie di *condictiones*, cioè della «*condictio indebiti* e della *condictio ob causam datorum*, e, soprattutto della *condictio sine causa*, della quale le prime due sono soltanto delle forme». Per

⁴ E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.

⁵ G. PASCUZZI, *La creatività del giurista*, Bologna, 2013, p. 40 s.

⁶ C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009, p. 78 s.: «la norma giuridica posta da un'autorità giudiziaria a fondamento di una decisione non è valida perché è pronunciata dal giudice, ma perché è motivata in modo convincente, cioè viene fatta discendere, quanto basta, da criteri di validità posti al di fuori della sentenza. Quest'idea non corrisponde soltanto all'opinione assolutamente dominante, ma collima con la consapevolezza che tanto i giudici, quanto la dottrina, hanno di sé stessi: i primi, nelle loro decisioni, anche quando volutamente “perfezionano” il diritto, partono sempre dal fatto che le norme giuridiche poste a fondamento non acquistano validità tramite la sentenza ma già la possiedono e quindi vengono solamente “rinvenute”; e la dottrina, quando propaganda un nuovo istituto giuridico che modifica il sistema, entra in campo senz'altro con la pretesa che la soluzione da essa sostenuta costituisce diritto vigente e non rappresenta solamente una proposta non vincolante per il giudice, la cui adozione da parte di quest'ultimo sarebbe questione di pura convenienza o persino di mero arbitrio».

⁷ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1ª ed., Düsseldorf, 1862-1870.

⁸ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, p. 145 s.

⁹ *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit. Qualche cenno già nella precedente *Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, p. 270 ss.

¹⁰ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., pp. 226-234.

¹¹ W. SIMSHÄUSER, *Nota di lettura a Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Napoli, 1982, p. VIII s.

Windscheid tale fondamento consiste in un'autolimitazione della volontà, che costituisce la base di quanto il convenuto abbia conseguito e «questa autolimitazione non potrebbe essere intesa come condizione, tanto meno come termine ed anche lo stesso *modus* ad un'analisi più approfondita altro non è che una sua forma di manifestazione: si tratta di un nuovo tipo di limitazione della volontà al quale si può dare il nome di presupposizione»¹². Armonizzando questa concezione nella teoria del negozio giuridico il risultato è che «chi manifesta un volere sotto una presupposizione, vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato di rapporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è che l'effetto giuridico voluto persiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero, proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e quindi la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione che la giustifichi»¹³. La volontà è la fonte degli effetti giuridici ed ogni dichiarazione di volontà è emessa per uno scopo. La rappresentazione della realtà o le aspettative del soggetto sono la presupposizione della dichiarazione di volontà, talché «nel caso in cui essa sia frustrata, l'effetto giuridico voluto non corrisponde al vero volere della dichiarazione di volontà, è tanto sicuro, tanto che nessuno emette una dichiarazione di volontà senza uno scopo alcuno»¹⁴. Si tratta di una concezione che vede alla base del negozio un intento primario (*ersten Absichten*) che non è riconducibile alla tradizionale tripartizione della *causa obligandi, donandi e solvendi*¹⁵. Sotto questo punto di vista è perspicace la considerazione di Giorgianni secondo cui Windscheid «annegando l'elemento causale nel più ampio concetto di presupposizione (*Voraussetzung*)» finiva così per «ricondurre alla volontà delle parti anche il successivo venir meno del contratto a causa di inadempimento o di impossibilità sopravvenuta»¹⁶. Non sembra una questione legata all'accezione del concetto di causa. Anche sotto l'impero del codice del 1865 si ammetteva che la concezione soggettiva non consentisse di considerare attinenti alla causa circostanze che rappresentavano dei motivi, ma che proprio la presupposizione poteva essere il tramite per dare loro rilevanza nel negozio¹⁷.

¹² B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., p. V.

¹³ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., p. 333 s.

¹⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., p. 336.

¹⁵ H. EHMANN, *Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung*, in JZ 1968, p. 549 ss, spec. p. 551.

¹⁶ M. GIORGIANNI, *Causa (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 555, per cui si rischia di introdurre nel concetto di causa delle circostanze che, a stretto rigore, non avrebbero potuto entrarvi.

¹⁷ E. BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, II. *La presupposizione secondo la teoria del Windscheid e la sua affinità colla causa del diritto comune italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 137 ss.

Windscheid ha affermato chiaramente che la presupposizione non può essere intesa come condizione, e la definisce come una condizione non sviluppata, «una limitazione della volontà che non si è svolta fino a essere una condizione»¹⁸. Questa definizione ha un valore soprattutto illustrativo¹⁹, e non concettuale perché, la limitazione di volontà contenuta nella presupposizione non riguarda una situazione provvisoria di incertezza, ma si riferisce a dare una configurazione certa al rapporto²⁰.

La teoria fu oggetto di critiche, anche in seno alla Pandettistica. In primo luogo costituiva una minaccia per i contratti, perché ciò che era stato stabilito e convenuto bilateralmente poteva essere messo in discussione da rappresentazioni unilaterali e non dichiarate di una parte, compromettendo la sicurezza e la fiducia del commercio. Inoltre anche la comune esperienza mostrava che quando si pone in essere un negozio c'è sempre il rischio che gli elementi che sono stati presupposti non si realizzino²¹. Sotto l'ampio mantello della presupposizione tutti i motivi della dichiarazione negoziale potevano dare adito a cause di impugnazione²². Si è detto anche che la teoria di Windscheid effettuava una commistione tra i motivi di chi agisce e la causa delle attribuzioni patrimoniali, creando anche una certa confusione con la condizione²³.

2. La mancata recezione nel BGB

Le critiche influirono sul mancato ingresso della *Voraussetzung* nel BGB che stava vedendo la luce proprio alla fine del secolo. L'illustre teorico dal 1874 ad 1883 fece parte della famosa *Erste Kommission* incaricata di redigere del Codice civile tedesco. Nonostante abbia partecipato soltanto per alcuni anni ai lavori preparatori del BGB la sua influenza è stata ritenuta profonda²⁴, anche se in tempi più recenti il suo ruolo è stato smitizzato²⁵. Certamente la sua autorità non gli ha consentito di imporre integralmente quel ruolo centrale della volontà che caratterizzava tutta la sua produzione scientifica. Ciò è evidente soprattutto nel passaggio dal primo al secondo progetto del Codice civile tedesco.

¹⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., p. 332 s.

¹⁹ R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010, p. 30.

²⁰ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 195; Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 64 s.

²¹ H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 5a ed., Berlin, 1896, p. 274

²² F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 607

²³ O.H. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, p. 157 s.

²⁴ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 179 ss.

²⁵ R. SCHRÖDER e J. THIESSEN, *Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag*, in *JZ*, 2002, p. 325 ss.

Per quello che qui interessa, una delle modifiche è consistita nella scomparsa della presupposizione. La questione è sicuramente più ampia e coinvolge la notissima contrapposizione tra la teoria della volontà e quella della dichiarazione nel negozio giuridico. Windscheid con la sua presupposizione esalta il ruolo della volontà ben oltre il momento genetico del negozio arrivando a condizionare anche lo svolgimento (mancato) del rapporto.

Nel primo progetto, nonostante la mancanza di una disciplina *ad hoc* dell'istituto che non poteva far parlare di una piena recezione, si rinvenivano diverse norme nelle quali si esprimeva la teoria della presupposizione, ma esse non hanno poi trovato ingresso nell'empireo del BGB.

Un primo dato da rilevare è che nella parte generale del primo progetto mancano norme che prevedano la *Voraussetzung* tra gli elementi che limitano gli effetti della dichiarazione di volontà al pari della condizione e del termine. La ragione risiedeva nel fatto che la teoria della presupposizione «come categoria generale» non era consolidata al punto tale da costituire la base di disposizioni legislative generali. In giurisprudenza non erano mancate sentenze che avevano fatto, più o meno cautamente, riferimento alla nuova teoria, ma le sue possibilità di affermazione diminuirono in misura direttamente proporzionale all'avanzata dei lavori preparatori del BGB. Sin dall'inizio Albert Gebhard, redattore della bozza preliminare della Parte Generale, pur esprimendo ammirazione sotto il profilo scientifico, tuttavia considerava rischioso fissare in principi giuridici di portata generale le conseguenze logiche ricavabili dal concetto di presupposizione²⁶.

Ciò non escludeva tuttavia che la presupposizione non trovasse posto nel futuro codice e quando era stata considerata rilevante, se ne era tenuto conto in norme specifiche. In particolare, i principi sulla ripetizione della prestazione per il mancato verificarsi di un evento futuro che era stato presupposto o di una conseguenza giuridica trovavano espressione nei §§ 742-744, 290⁴, 667², 684², 1229, 1781 (1948, 1949, 1960³) dello *Erster Entwurf zum BGB (EIBGB, Primo Progetto del BGB)*. Al di fuori di queste ipotesi previste dal progetto di legge la presupposizione vale soltanto come un motivo che non tocca l'efficacia del negozio giuridico, a meno che nel caso singolo non possa essere interpretata come una condizione²⁷.

²⁶ J. EMMERT, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten*, Tübingen, 2001, p. 144.

²⁷ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, Berlin, 1899, p. 490; C. FADDA e P.E. BENSA, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., rist. 1930, IV, p. 564.

Anche nelle norme in cui aveva trovato accoglimento la teoria della presupposizione l'adesione non è totale, perché gli stessi redattori avevano ben chiari gli eccessi ai quali poteva condurre (con i conseguenti problemi per la prassi). Così il § 742 *EIBGB* stabiliva che «chi ha eseguito una prestazione sotto la presupposizione, espressamente o tacitamente dichiarata, dell'avveramento o nel mancato avveramento di un evento futuro o di un effetto giuridico, può, ove la presupposizione non realizzi, ripetere dall'accipiente quanto ha prestato». Se la norma fosse stata redatta in modo conseguente con la teoria, avrebbe dovuto contemplare non soltanto le situazioni future ritenute di certa realizzazione (o non realizzazione), ma anche le situazioni presenti e passate, presupposte dal *solvens*. Ma i compilatori dell'*Erster Entwurf zum BGB* erano assolutamente consapevoli che l'estensione a questi avvenimenti sarebbe potuto essere fonte di incertezza del diritto perché un gran numero di contratti avrebbero potuto essere impugnati per un mero errore sui motivi e per la clausola *rebus sic stantibus*. L'attribuzione della *condictio ob rem* anche per la presupposizione di situazioni presenti e passate poteva essere giustificata soltanto in base alle peculiarità del rapporto, come nella transazione (§ 667² *EIBGB*) o negli atti di ultima volontà in caso di errore su quelle circostanze (§ 1781 *EIBGB*)²⁸.

Tale mancanza di uniformità non sfuggì ad Otto Lenel, per il quale il primo progetto scontentava sia Windscheid che i suoi oppositori. L'insigne romanista, non si limitò a criticare la teoria della presupposizione in sé, ma anche la trasposizione fattane nel progetto. Rilevò che, a prescindere dalla sua esattezza, la teoria era stata costruita da Windscheid basandosi su un principio unitario. Pertanto non si poteva accoglierla per una metà e per l'altra, se non respingerla davvero, confinarla in un ambito di applicazione molto circoscritto²⁹. La recezione incompleta operata dal primo progetto è stata l'unica cosa che ha trovato d'accordo Lenel e Windscheid. Quest'ultimo, a sua volta, nel replicare a quello che era stato il principale (tra i tanti) critici, non mancò di esternare il suo disappunto per le scelte operate dalla *Erste Kommission* perché non c'era ragione di distinguere la presupposizione passata e presente da quella futura. Così propose una riformulazione alternativa del succitato § 742 *EIBGB* che eliminasse ogni tipo di distinzione tra le situazioni presupposte³⁰.

²⁸ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, cit., p. 471; C. FADDA e P.E. BENSÀ, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., p. 564 s.

²⁹ O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, in *AcP*, 74, 1889, p. 219.

³⁰ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 200 s., «chi, in una dichiarazione di volontà, rende manifesto che non l'avrebbe emessa se non si fosse basato su di una certa supposizione (oppure supposizione o aspettativa), non è vincolato dalla dichiarazione di volontà qualora la supposizione (aspettativa) si riveli infondata». Per la controreplica, v. O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 79, 1892, pp. 49-107.

La questione delle norme sulla presupposizione venne meno perché queste non sopravvissero al naufragio di tutto il Primo Progetto. Le critiche a tutta l'opera nel suo complesso furono così numerose e aspre da convincere l'Ufficio di Giustizia del *Reich* a nominare una nuova commissione della quale Windscheid, dimessosi in precedenza dalla *Erste Kommission*, non fece parte³¹. Tuttavia è noto che tra il primo e i successivi progetti non ci furono variazioni di rilievo, a parte l'inserimento di qualche «goccia di olio sociale» per far sembrare il nuovo codice meno arido e dottrinario e più vicino ai sentimenti della nazione. Assolutamente marginali furono le variazioni tra il Secondo e il Terzo Progetto, approvato poi dal *Reichstag*³².

Il clima nei confronti della presupposizione era ormai diventato negativo e già nel 1889 la sua sorte sembrò segnata³³. In quell'anno vedono la luce non solo la critica di Lenel³⁴ ma anche una sentenza del *Reichsgericht* che nega la sostenibilità della teoria in mancanza di un fondamento normativo³⁵. Non stupisce che la Seconda Commissione, che pure utilizzò largamente come base dei suoi lavori il Primo Progetto, assunse una posizione assolutamente negativa nei confronti delle disposizioni che esprimevano (parzialmente) la teoria di Windscheid, rifiutandola espressamente³⁶. Probabilmente ad indirizzare l'opinione della Seconda Commissione anche la sentenza del *Reichsgericht* giocò un ruolo non marginale³⁷. Le ragioni della contrarietà alla presupposizione erano comunque quelle note. In primo luogo si ritenne che già dalla formulazione delle norme si potesse evincere che anche tra i colleghi dello stesso Windscheid si fosse già formato il convincimento di una teoria capace di compromettere la sicurezza degli affari. Ma c'era anche l'ulteriore pericolo che col riconoscimento della presupposizione di avvenimenti futuri, anche quando le parti non vi avessero fatto alcuna menzione, si finisse col dare rilevanza a motivi impellenti che non erano stati

³¹ Le motivazioni che spinsero Windscheid a dimettersi dalla commissione legislativa non ebbero nessun intento polemico, come sembra testimoniare la corrispondenza col suo amico Planck dalla quale sappiamo che seguì con grande interesse i lavori della Seconda Commissione. Molto probabilmente, con l'incedere dell'età, un ruolo non secondario è stato ricoperto dalla volontà di tornare alla Facoltà di Lipsia e riprendere a tempo pieno la sua intensa attività di studioso. Cfr. W. SCHUBERT, *Windscheids Briefe an Planck und seine für Planck bestimmten Stellungnahmen zum Schuldrechtssystem und zum Besitzrecht der 1. BGB-Kommission*, in ZRG RA, 95, 1978, p. 283 ss., spec. p. 284 s.

³² F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 179-182.

³³ J. EMMERT, *op. cit.*, p. 146.

³⁴ O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, cit.

³⁵ RG, 13 maggio 1889, in RGZ 24, 169, secondo cui non è condivisibile l'opinione che gli effetti giuridici derivanti da un contratto si debbano contestare «per la mancanza di una cosiddetta "presupposizione" posta discrezionalmente; manca qualsiasi fondamento nelle fonti».

³⁶ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, Berlin, 1899, p. 1174.

³⁷ H. EHMANN, *Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre*, in *Festschrift für Volker Beuthien zum 75. Geburtstag*, München, 2009, p. 7.

inseriti nel contratto. Il risultato fu che «ogni traccia della presupposizione fu cancellata dal progetto»³⁸.

3. Il fondamento negoziale come modello alternativo

Dal punto di vista pratico la teoria di Windscheid andava a coprire tutta una serie di ipotesi che ben sarebbero potute rientrare nella clausola *rebus sic stantibus*, con tutto il suo ricco portato di problemi e soluzioni che affondano le radici nel diritto intermedio³⁹. L'idea di fondo è che il rapporto contrattuale dura sin quando permangono le circostanze presenti al momento della stipula. La ripartizione dei vantaggi e degli svantaggi programmata dalle parti col contratto ben potrebbe essere alterata durante lo svolgimento nel corso del tempo del rapporto da fatti sopravvenuti, che possono provocare un sacrificio talmente oneroso a carico del contraente da far considerare iniqua un'ulteriore prosecuzione della relazione contrattuale alle condizioni originarie e ritenere giusto un suo scioglimento o una sua riduzione ad equità. Proprio in area germanica la teoria della clausola *rebus sic stantibus* aveva trovato accoglimento in alcune norme del *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e nel *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* del 1794. In particolare l'*Allgemeines Landrecht* prussiano dopo aver declamato il principio che, tranne il caso delle sopravvenienze impossibilitanti, come regola generale «in der Regel» non ci si può rifiutare di adempiere un contratto per le mutate circostanze (§ 377 I 5 *ALR*), tuttavia specificava nel paragrafo seguente che «ma se tramite tale variazione imprevista, è divenuto impossibile il raggiungimento del fine ultimo di entrambe le parti, dichiarato espressamente o risultante dalla natura del negozio, ognuna di esse può recedere dal contratto che non sia stato ancora adempiuto» (§ 378 I 5 *ALR*). E inoltre che «se in seguito alle circostanze viene completamente vanificato il fine di una parte, dichiarato espressamente o di per sé evidente, tale parte potrà recedere dal contratto» (§ 380 I 5 *ALR*), «ma se il mutamento si è verificato nella sua sfera, essa sarà chiamata a risarcire completamente l'altro contraente» (§ 381 I 5 *ALR*).

La Pandettistica abbandonò completamente queste direttive e non manifestò interesse per la clausola *rebus sic stantibus*. Nella sua «mistica della volontà» il problema vero non era più quello di «controllare la compatibilità tra certe circostanze e l'adempimento» ma, per

³⁸ C. FADDA e P.E. BENSE, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., p. 567.

³⁹ La letteratura è sconfinata. Sia consentito soltanto un riferimento alla classica voce di G. OSTI, *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1959, p. 353 ss; nonché a ID. *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss. e ID., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza» (la così detta clausola «rebus sic stantibus» nel diritto contrattuale odierno)*, ibid., 1913, p. 471 ss.; ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, pp. 171 ss e 293 ss.

coerenza dogmatica quello di «condizionare gli effetti del contratto alle supposizioni delle parti, anche quando esse riguardassero uno stato di cose trascurato dalle sue clausole»⁴⁰.

La teoria di Windscheid, in tutta la sua opinabilità, rappresentava allora il mezzo «per colmare il vuoto lasciato dall'abbandono della clausola *rebus sic stantibus*»⁴¹. In un certo senso ci si è spinti fino a dire che la costruzione dogmatica serviva alle esigenze della giustizia materiale⁴². Il diniego opposto dalla scienza giuridica tedesca e dai compilatori del *BGB* a quello che appariva un eccesso dottrinario non poteva cogliere tutte le implicazioni legate a questo profilo. In piena età bismarckiana e guglielmina la salvaguardia di un giusto equilibrio tra i vantaggi e svantaggi per le parti durante l'esecuzione dei contratti si collocava in un contesto di stabilità economica e di gestione – senz'altro paternalistica ma efficace – dei conflitti e delle tensioni sociali. La situazione cambierà drammaticamente nel giro di pochi anni. I mutamenti provocati dalla Prima guerra mondiale, compresa la conseguente iperinflazione, incisero radicalmente sull'assetto dei rapporti economici e sociali e venne alterato il normale svolgimento di molti rapporti obbligatori di lunga durata⁴³. Per il problema del mutamento essenziale delle circostanze Windscheid era riuscito a trovare una soluzione che garantiva un efficace compromesso tra equità e *Vertragstreue*, ma la sua teoria non fu recepita nel *BGB*, che però non aveva recepito neanche la *clausola rebus sic stantibus* se non sporadicamente per alcuni rapporti obbligatori in alcune norme speciali, insuscettibili di interpretazione estensiva o analogica⁴⁴.

Il compromesso tra la l'equità contrattuale e l'esigenza di tener fede a quanto promesso nella giurisprudenza tedesca è stato presto trovato, spesso facendo riferimento alla buona fede quando il rispetto delle condizioni originarie porterebbe ad un sacrificio intolte-

⁴⁰ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 59.

⁴¹ M. BESSONE, *op. cit.*, p. 60. Sui limiti di un'impostazione esasperatamente soggettivistica in tema di sopravvenienze contrattuali, vedi anche M. BESSONE e A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, p. 327 ss.

⁴² Vedi R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, p. 30, per il quale la dottrina della presupposizione «attraverso la mistica della volontà ambisce in fondo a raggiungere un risultato di giustizia contrattuale, allo scopo di evitare che la parte pregiudicata dalle sopravvenienze o dall'alterazione dello *status quo ante* debba rispettare la parola data (*pacta sunt servanda*) nel caso in cui l'impegno sia stato preso partendo da un presupposto poi contraddetto dalla realtà fattuale (*rebus sic stantibus*)». Che l'equità da sola non costituisca un fondamento sufficiente è lo stesso Windscheid ad affermarlo: «quando si dice che un principio è fondato sull'equità, non si dice nulla più di questo, che, cioè, esso contiene una deviazione da ciò che giuridicamente sarebbe se il principio stesso non ci fosse» (*Die Voraussetzung*, cit., p. 198, cit., p. 197). Il passo è riportato in italiano da F. GIRINO, *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 779.

⁴³ B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 1968, p. 13: «alcune merci non potevano essere più consegnate, altre diventavano improvvisamente più care, altre ancora venivano sequestrate; veniva meno lo scopo perseguito dalle parti oppure il crollo della valuta portava ad un'alterazione del rapporto di valore tra prestazione e controprestazione che esisteva ed era stato voluto al momento della conclusione del contratto».

⁴⁴ B. RÜTHERS, *op. cit.*, p. 14 s.

rabile per una delle parti. Il lemma nel quale si sono condensate le soluzioni della giurisprudenza è quello della *Geschäftsgrundlage*.

In questa felicissima formula coniata da Paul Oertmann⁴⁵ si potrebbe semplicisticamente vedere il tramite tra la teoria di Windscheid e le soluzioni adottate delle corti tedesche, ma la vicenda è più articolata. Oertmann definisce la *Geschäftsgrundlage* come la «rappresentazione di una parte, emersa nella conclusione del negozio, compresa e non contestata nella sua importanza dalla possibile controparte, oppure la rappresentazione comune di più parti dell'esistenza o della sopravvenienza di certe circostanze che costituiscono il fondamento della volontà negoziale»⁴⁶. Costituiscono «fondamento del negozio» la rappresentazione mentale – comune ai contraenti o di solo uno di essi, ma conosciuta dall'altro nella sua importanza – di tutte quelle circostanze alla base del consenso «che costituiscono materia di aspettative o previsioni di una parte condivise dall'altra o comunque note alla controparte»⁴⁷. Rispetto alla presupposizione il progresso sembrò subito evidente. *In primis*, mentre per Windscheid era sufficiente la mera conoscibilità della presupposizione, per Oertmann invece era necessaria la conoscenza positiva delle circostanze presupposte in tutta la loro importanza da parte dell'eventuale controparte. Ciò impediva che una circostanza non conosciuta alla controparte potesse incidere sull'efficacia del contratto e conferiva una certa «oggettivazione» al concetto; questo tuttavia restava esposto alla critica che anche qui, come nella presupposizione, si desse rilevanza ad un mero motivo, perché non era facile stabilire, quando fosse noto nella sua importanza, se fosse assunto a fondamento negoziale⁴⁸. In realtà la teoria di Oertmann, con le sue rappresentazioni psicologiche e i rischi di finzionismo, pur sviluppandosi in un ambiente molto diverso dalla Pandettistica subisce ancora l'influenza del dogma della volontà⁴⁹.

Soprattutto la teoria della *Geschäftsgrundlage* risultava inutile per la giurisprudenza nei casi più importanti di mutamento di circostanze, cioè quando la variazione non poteva essere prevista al momento del perfezionamento del contratto perché le parti davano per scontate circostanze esistenti e non c'era nessuna ragione per immaginare un mutamento dello stato di fatto, né di considerarlo al momento della conclusione del contratto. Ciò no-

⁴⁵ *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig-Erlangen, 1921. Sottotitolo: *Ein neuer Rechtsbegriff* (un nuovo concetto giuridico).

⁴⁶ P. OERTMANN, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁷ M. BESSONE, *La rilevanza della presupposizione, teorie di Windscheid e Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro. It.*, 1978, V, c. 284.

⁴⁸ E. LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *AcP*, 121, 1923, p. 3 s.

⁴⁹ M. BESSONE, *La rilevanza della presupposizione, teorie di Windscheid e Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, cit., 285.

nostante il termine è entrato nell'uso comune anche se nella prassi la giurisprudenza non è andata alla ricerca di rappresentazioni soggettive, ma si è basata per lo più sulle circostanze del caso concreto, sul tipo contrattuale e sulle modalità di ripartizione del rischio tra le parti previste dal contratto⁵⁰. Così, ad esempio, in una sentenza che spesso viene citata come re-
cezione della teoria di Oertmann, prima si afferma che è rilevante la caduta della base nego-
ziale, intesa come supposizione dell'esistenza di talune circostanze determinanti al momen-
to della conclusione del negozio, ma poi si aggiunge che ciò può accadere se è alterato
l'equilibrio dei valori quando si era assunta l'equivalenza tra le prestazioni⁵¹.

La fine è nota. La caduta della base negoziale è divenuto un istituto fondamentale in
materia contrattuale nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. Fino alla Riforma del diritto
delle obbligazioni del 2001 ha trovato il suo fondamento normativo nel principio di buona
fede (§§ 157 e 242 BGB). Le regole che la giurisprudenza ha sviluppato in caso di mancanza
o di caduta della base negoziale sono state tese a far sì che il rapporto di scambio tra le pre-
stazioni resti entro i limiti della *Zumutbarkeit*, l'esigibilità che è ragionevole pretendere dal
debitore.

La *Geschäftsgrundlage* viene intesa in una duplice accezione, soggettiva e oggettiva. Nel-
la *subjektive Geschäftsgrundlage*, che si muove nella scia del modello di Oertmann, si fa riferi-
mento a quelle rappresentazioni su cui si sono basate le parti nei loro accordi e da cui en-
trambe sono state quanto meno guidate, supponendo un modo di pensare onesto. Nella *o-
bjektive Geschäftsgrundlage* rientrano invece tutti quei casi in cui le parti non sono erano affatto
consapevoli dell'importanza delle circostanze – che adesso sono venute meno o sono mu-
tate in modo essenziale – per le quali hanno concluso il contratto; anche non vi hanno af-
fatto pensato, la considerazione di questo mutamento è un requisito imposto dalla buona
fede⁵².

Con la Modernizzazione del diritto delle obbligazioni l'alterazione della base negozia-
le non è più espressione della clausola generale, ma fa il suo ingresso nel nuovo § 313 BGB
che disciplina al primo comma la *objektive Geschäftsgrundlage*⁵³ e al secondo un'ipotesi di *subje-*

⁵⁰ K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, ed. it., Milano, 2011, p. 251.

⁵¹ RG, 3 febbraio 1922, in RGZ, 103, 328 ss, spec. p. 332.

⁵² K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 322 ss.

⁵³ «Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono gravemente mutate dopo la conclu-
sione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto
diverso se avessero previsto questi mutamenti, può essere richiesto l'adeguamento del contratto, nella misura
in cui non si possa pretendere che una delle parti si attenga al contratto non modificato, considerando tutte le
circostanze del caso concreto, in particolare la ripartizione dei rischi contrattuale e legale».

*ktive Geschäftsgrundlage*⁵⁴ riconoscendo una pretesa all'adeguamento del contratto o, se ciò non è possibile o esigibile, al suo scioglimento (terzo comma).

4. La giurisprudenza italiana del codice civile del 1865

La presupposizione, non recepita in Germania, ha avuto probabilmente miglior sorte in Italia. Ad avviso di chi scrive un ruolo non indifferente è stato giocato dal prestigio della Pandettistica, in generale, e del manuale di Windscheid, in particolare. Come sappiamo esso godette di grandissimo successo anche in Italia grazie a Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa nella loro straordinaria traduzione del *Pandektenrecht*. Ai lettori italiani la presupposizione è subito familiare⁵⁵ ed entra nell'*instrumentarium* dei nostri giuristi, che la utilizzano come soluzione di problema giuridico particolari. Con i rimedi pratici il civilista italiano recepisce quegli schemi categoriali atti a costruire quel sistema del diritto civile italiano che risultava difficile edificare sulla base del Codice civile del 1865, ma al quale si rivelavano acconci quei concetti astratti che la Pandettistica ricavava dal diritto romano⁵⁶. In questo bisogna sottolineare il contributo di Fadda e Bensa che non traducono soltanto il *Pandektenrecht* ma lo corredano di un «cospicuo apparato di note, una riflessione autonoma in cui i risultati delle analisi pandettistiche venivano dialetticamente comparati con l'esperienza legislativa e scientifica di un paese a diritto codificato. Dal 1887 le «note», pubblicate a dispense, lentamente ma continuativamente, si diffondono e sempre più diventano oggetto e stimolo di discussione. Note [...] che, grazie alla cultura degli autori, alle loro capacità speculative, alla perfetta padronanza del diritto antico e di quelli moderni, assurgeranno prestissimo al duplice rango di manifesto del pandettismo civilistico in Italia e di breviario per ogni civilista e, forse, per ogni giurista. E il sapere astratto, formale dei maestri tedeschi si trasformava in sollecitazione per i non facili compiti della scienza peninsulare del diritto privato, con il travaso di invenzioni teoriche talora artefatte e rarefatte ma spesso mirabilmente adatte a raccogliere e ordinare compiutamente la complessità della vita giuridica di fine secolo»⁵⁷.

Tra le «note» di Fadda e Bensa non manca quella sul «concetto della presupposizione»⁵⁸.

⁵⁴ «Equivale al mutamento delle circostanze se si rivelano false le rappresentazioni essenziali divenute fondamento del contratto».

⁵⁵ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., pp. 332-343.

⁵⁶ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 42.

⁵⁷ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁸ C. FADDA e P.E. BENSA, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., p. 560 ss.

Sono interessanti perché testimoniano come la genuina deferenza verso il Codice del 1865 – il nostro «monumento legislativo» – ben si coniugasse con le nuove teorie di origine germanica. Così si poteva ravvisare un'ipotesi di presupposizione rilevante la sopravvenienza dei figli nel testamento⁵⁹ e nella donazione⁶⁰. Più in generale, il testo dell'art. 828 c.c. 1865 («Le disposizioni a titolo universale o particolare fondate sopra una causa espressa che risulti erronea, quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore, non hanno alcun effetto») favorì la recezione della dottrina della presupposizione nel negozio *mortis causa*⁶¹.

Più complessa la situazione per quanto riguarda gli atti *inter vivos*. Per quanto riguarda il diritto italiano nelle loro note Fadda e Bensa non inquadrano la presupposizione nella tematica della causa, ma in quella della condizione. Nel codice del 1865 (artt. 1104 e 1119) la causa, sia pure intesa in senso soggettivo e legata ancora all'obbligazione, non è un'autolimitazione delle parti ma un elemento essenziale del contratto. La questione decisiva sembra allora quella del contenuto della volontà negoziale, da valutare in base ai principi degli artt. 1131 e 1124. Negli atti *inter vivos* si tratta di interpretare il negozio «assegnandogli quella figura che risulta dalle circostanze in cui l'atto fu conchiuso. Il giudice non ha limiti alla sua podestà interpretativa ai sensi dell'art. 1131. Tutto dipende dalla prudenza dell'indagine da parte sua»⁶².

Sul fatto che l'indagine dovesse essere particolarmente prudente, non c'è dubbio. L'obiezione di rischiare di rendere rilevante un motivo interno che non si è tradotto in una condizione era vivissima⁶³. Certamente si poteva ribattere che la presupposizione in senso tecnico-giuridico non poteva essere fondata da un semplice motivo, anche se esternato co-

⁵⁹ Art. 888 c.c. 1865: «Le disposizioni a titolo universale particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono rivate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio discendente legittimo del testatore, benché postumo o legittimato o adottivo.

Lo stesso ha luogo ancorché il figlio fosse concepito al tempo del testamento, e trattandosi di figlio naturale legittimato, ancorché fosse già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto legittimato dopo.

La revocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi». Cfr. art. 687 c.c. vigente.

⁶⁰ Art. 1083 c.c. 1865: «Le donazioni fatte da persone che non avevano figli o discendenti legittimi viventi al tempo della donazione, possono essere rivate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, benché postumo, che sia nato vivo e vitale, o per la legittimazione di un figlio naturale per susseguente matrimonio quando però sia nato dopo la donazione.

Ove si tratti di donazioni reciproche, la revocazione della donazione per la sopravvenienza di prole ad uno dei donanti produce anche la revocazione della donazione fatta dall'altro». Cfr. art. 803 c.c. vigente.

⁶¹ Cfr. F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, p. 132 s.

⁶² C. FADDA e P.E. BENSA, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., p. 578.

⁶³ O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, cit., p. 222.

municandolo alla controparte, invece richiedeva che il motivo fosse stato conoscibile come una vera e propria limitazione della volontà⁶⁴, ma ciò responsabilizzava in misura forse ancora maggiore il giudice che era chiamato a decidere sulla valenza di un fatto presupposto da una o da entrambi i contraenti.

L'esperienza maturata sotto il regime del Codice del 1865 appare molto interessante. Quando in Italia iniziò a manifestarsi l'influenza della Pandettistica nella nostra dottrina non mancarono le prese di posizioni, ora favorevoli, ora contrarie, nei confronti della teoria della presupposizione⁶⁵.

Va rilevato l'atteggiamento della giurisprudenza. Spesso il discorso sulla presupposizione era inserito in un discorso sulla clausola *rebus sic stantibus*, come si legge in Cass., 29 luglio 1938, n. 3088, che le nega cittadinanza sostenendo che «non è ammessa nel nostro diritto positivo e nemmeno nella legislazione straniera: in particolare colorazione di questa contesa consiglia di tener presente le ragioni per cui la teorica della presupposizione non trovò posto nella legislazione positiva, neanche in Germania, dove tale teorica ebbe il suo più illustre assertore. Giova infatti ricordare come nei lavori preparatori del vigente codice civile tedesco fu sopra tutto considerato e riconosciuto che la presupposizione, se tradotta in norme positive, avrebbe avuto il dannoso effetto di turbare la sicurezza degli affari e di indebolire quell'obbligo di buona fede che deve necessariamente presiedere all'esecuzione dei contratti»⁶⁶. Il silenzio del codice poteva certo costituire un argomento per sbarrare le porte alla teoria, come si poteva dire anche per il BGB del 1900, mentre per il Codice civile del 1942 la questione sarà inevitabilmente intrecciata con il nuovo art. 1467. Così Cass., 13 luglio 1942, n. 1984, dichiarò che con tale norma erano da ritenersi superate le *quaestiones voluntatis* sorte durante la vigenza del Codice del 1865, nelle quali per poter procedere ad «una revisione diretta a ristabilire il venuto meno equilibrio» ai sensi dell'art. 1124 c.c. bisognava verificare l'esistenza della comune intenzione delle parti perché in base ai principi generali in tema di obbligazioni contrattuali «in una esecuzione richiesta in buona fede, ed in conformità con l'art. 1124, l'ammissione della teoria fosse implicita, nei limiti imposti dall'equità, riconosciuta dalla legge quale fonte integrativa del contratto»⁶⁷.

⁶⁴ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 198.

⁶⁵ Oltre ai riferimenti contenuti nelle *Note* di Fadda e Bensa, v. F. GIRINO, *Presupposizione*, cit., p. 781 ss.

⁶⁶ Cass., 29 luglio 1938, n. 3088, in *Foro. It.*, 1939, I, 83 s., con nota di L. FERRARA, *Accenni sulla «presupposizione»*. In precedenza, Cass., 26 aprile 1926, in *Foro it.*, 1926, I, c. 769, con nota critica di D. PENNISI, *La sopravvenienza contrattuale*.

⁶⁷ Cass., 13 luglio 1942, n. 1984, in *Giur. it.*, 1942, I, c. 606.

Non mancano alcune sentenze favorevoli, anche se non sempre il riferimento alla presupposizione implica coerenza logica con la teoria di Windscheid e si percorrono altre strade. Così se in Cass., 15 febbraio 1932, n. 531 traspare chiaramente la figura giuridica della condizione non sviluppata quando si legge che «presupposizione è quella circostanza ed evento che, sebbene non svolto, costituisce pur sempre parte od elemento del contenuto volitivo, circoscrivendone l'efficacia. Diversa cosa è il motivo intimo che si adduce per spiegare come inizialmente la volontà si sia potuta inizialmente determinare in un senso piuttosto che in un altro. La ricerca del motivo intimo non è influente, quando esso sia rimasto nella sfera interna dell'autore della dichiarazione di volontà, senza tradursi in un apparente e concreto contenuto volitivo, noto, come tale alla parte cui la dichiarazione era diretta»⁶⁸. In Cass., 19 gennaio 1937, n. 141, si parla di presupposizione ma ci si distacca dalla concezione di Windscheid, là dove anticipando un tema ricorrente del Dopoguerra, si richiede che il fatto presupposto sia stato considerato da entrambi i contraenti, mentre riveste un ruolo importante l'interpretazione della volontà contrattuale posto che «da teoria della presupposizione si fonda sopra uno stato di fatto, esistente all'atto del contratto e riconoscibile esternamente, che, in via di interpretazione del contratto, si può ritenere che sia stato tenuto presente da entrambi i contraenti nella formazione del consenso, come cosa certa e necessaria sebbene nel contratto stesso non ne sia fatta menzione, ritenendolo superfluo»⁶⁹. Il riferimento alla presupposizione è quasi marginale in una sentenza del 1940 incentrata sulle regole di interpretazione del contratto⁷⁰. Cass. 31 luglio 1941, n. 2507, riconosce la presupposizione affermando che costituisce un fine sostanziale rilevante in base ai vizi del consenso, anticipando ancora una volta idee che verranno sviluppate negli anni successivi.⁷¹

⁶⁸ Cass., 15 febbraio 1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 57.

⁶⁹ Cass., 19 gennaio 1937, n. 141, in *Rep. Foro it.*, 1937, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 100. Per Cass., 23 aprile 1940, n. 1294, in *Rep. Foro it.*, 1940, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 241, i presupposti della dichiarazione sono rilevanti «quando la situazione di fatto o di diritto, sebbene non espressamente indicate, siano state tenute presenti dai contraenti e siano note ad entrambi».

⁷⁰ Cass., 24 giugno 1940, n. 2079, in *Foro it.*, 1941, I, c. 511 ss., con nota di C. GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*. In questa decisione (c. 514 s.) si prende atto del fatto che «la teoria della presupposizione possa fondarsi sopra uno stato di fatto, esistente all'atto del contratto o riconoscibile esternamente, che, in via d'interpretazione del contratto, si può ritenere sia stato tenuto presente da entrambi i contraenti, nella formazione del consenso, come cosa certa e necessaria, sebbene nel contratto stesso non ne sia fatta menzione, ritenendolo superfluo» ma aggiunge che «la giurisprudenza ha egualmente riconosciuto che la teoria della presupposizione non possa essere invocata quando il patto sia di evidente significato e riveli senz'altro la volontà dei contraenti, così che non apparisca la necessità di correre alla ricerca di una intenzione presupposta, anche se, in ogni caso, per riconoscere che l'intenzione delle parti non possa consentire equivoci, un minimo di attività interpretativa debba essere, sempre, posto in funzione».

⁷¹ Cass. 31 luglio 1941, n. 2507, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 67, secondo cui «la mancata espressa deduzione in un contratto del fine sostanziale per cui una delle parti sia indotta a contrattare non

Se si vuole tentare di fare bilancio minimo sulla recezione giurisprudenziale della presupposizione durante la vigenza del codice del 1865, sembra che tutta la giurisprudenza favorevole (comunque minoritaria)⁷² abbia seguito una concezione soggettivistica. Certamente non stupisce che illustre dottrina non vedesse una distanza incolmabile tra la teoria di Windscheid a quella di Oertmann⁷³.

In Germania invece la presupposizione non venne recepita né dalla giurisprudenza né dal BGB. Per risolvere i problemi giuridici nei quali poteva essere utilizzata si afferma un altro strumento, la «caduta del fondamento negoziale», nato pochi anni dopo la nascita del BGB, basato sulla buona fede e che verrà codificato con la Novella del 2001 sul diritto delle obbligazioni. In passato si poteva forse ritenere che, nella formulazione di Oertmann, la *Geschäftsgrundlage* non fosse poi così lontana dalla presupposizione, ma nel corso degli anni, con la distinzione tra fondamento negoziale soggettivo e oggettivo e le soluzioni di buona fede delle corti, il divario è cresciuto costantemente.

È diventata quasi un *topos* della dottrina giuridica tedesca contemporanea l'espressione «juristische Entdeckungen» (scoperte giuridiche), che associa – e riconosce i meriti – un giurista ad un istituto. Per la prima volta è stata utilizzata da Hans Dölle nel 1957 in occasione del 42° Congresso dei giuristi tedeschi⁷⁴. Tra le scoperte giuridiche menzionate da Dölle quella a noi più nota è la *culpa in contrabendo* di Rudolph von Jhering. L'espressione è diventata di uso comune, anche se si preferisce non utilizzarla quando l'autore ci appare lontano e le sue scoperte non passano nei codici e nei massimari. È questo il caso della *Voraussetzung* di Windscheid?

esclude che, qualora tale fine fosse noto all'altra parte sì da costituire con un presupposto del contratto medesimo, possa essere annullato per vizio del consenso quando risulti che per errore siasi ritenuto il fine suddetto». La presupposizione rileva come errore di un contraente, noto alla controparte. In seguito F. MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv., dir. civ.*, 1958, I, p. 69 ss. e V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p.502 ss.; ID., *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV; Roma, 1991, p. 5.

⁷² V.E. CANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969, p. 4.

⁷³ W. BIGIAMI, *In materia di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 173.

⁷⁴ H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, p. B 1 ss.

ANDREA BARENGHI

La responsabilità contrattuale. Due considerazioni minime

Sommario: 1. Premessa; 2. La disciplina della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni nel c.c. 1942; 3. La scelta del legislatore nel c.c. 1942; 4. Teorie della responsabilità oggettiva e nuove teorie della rilevanza della colpa; 5. I riferimenti alla sistematica del c.c. 1865 in materia di responsabilità per inadempimento; 6. Un cenno alla responsabilità e alla colpa del debitore nei precedenti storici; 7. Conclusioni

1. *Premessa*

Può forse sembrare paradossale ma, per parlare della disciplina della responsabilità contrattuale nel codice del 1865 – nei termini molto sommari che il tempo a disposizione e il carattere informale del seminario non solo consente ma direi anche che impone – mi pare appropriato partire piuttosto dalla disciplina contenuta nel c.c. 1942, confidando che in conclusione del breve discorso emerga l'opportunità di un simile modo di procedere.

2. *La disciplina della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni nel c.c. 1942*

È ben noto che il legislatore del 1942 ebbe l'intenzione di superare le incertezze che la disciplina previgente aveva suscitato in merito alla rilevanza, ai fini dell'affermazione della responsabilità nei confronti del creditore, della colpevolezza del debitore nell'inadempimento.

La disciplina del c.c. 1942 espressamente si ispirava alla tesi sostenuta in alcuni importanti contributi su rivista da Giuseppe Osti in materia di responsabilità contrattuale. Allo stesso Osti risale del resto direttamente la formulazione della disciplina codicistica sul punto.

La disposizione dell'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore «*che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*» sembra cristallina nella sua formulazione: il debitore risponde dell'esatto adempimento dell'obbligazione

salvo che la prestazione sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, e così configura diversi scenari:

- può darsi che il debitore sia in ritardo, e in tal caso, salvo che il ritardo dipenda da impossibilità sopravvenuta non imputabile, risponderà dei danni (da ritardo) salvo esser tenuto ad eseguire la prestazione dovuta;

- può darsi invece che sia definitivamente inadempiente perché il ritardo determina il venir meno dell'interesse creditorio, nel qual caso egli sarà tenuto come nell'ipotesi precedente;

- può darsi che abbia adempiuto in modo inesatto, nel qual caso di nuovo risponde nei medesimi termini;

- può darsi che l'adempimento invece non sia più possibile per causa a lui imputabile, nel qual caso egli ancora risponderà del danno secondo la medesima regola;

- può darsi, infine, che l'adempimento sia divenuto impossibile per causa a lui non imputabile, e in tal caso il debitore non risponde, intervenendo una causa di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento (art. 1256 c.c.).

Si tratta quindi con evidenza di una regola che esclude qualsiasi rilevanza della negligenza (colpa) del debitore nel determinare l'inadempimento, mentre alla colpa o in genere, e per meglio dire, al fatto 'ascrivibile' al debitore è riservata la sola funzione di imputare le conseguenze della sopravvenuta impossibilità della prestazione («impossibilità della prestazione derivante da causa a lui imputabile»), di cui quindi il debitore risponde. Così, la regola sulla diligenza contenuta nella disciplina dell'adempimento (art. 1176 c.c.), secondo cui il debitore nell'adempimento deve impiegare la diligenza ordinaria del buon padre di famiglia mentre, qualora si tratti di prestazioni svolte nell'ambito di un'attività professionale (2° co.), la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, assume il significato di misura dell'esattezza dell'adempimento, mentre la specificazione contenuta nell'art. 1218 *in fine* (ove si discorre di *imputabilità del fatto* da cui deriva l'impossibilità della prestazione) chiama, secondo la ricostruzione più attendibile, in gioco la colpa del debitore a giustificazione del perdurare della sua responsabilità nonostante l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

È in questi termini che la disciplina della responsabilità per inadempimento (*alias* contrattuale) è rappresentata al n. 571 della *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli*: «sull'argomento il nuovo codice ha voluto porre principi più precisi di quelli che il codice del 1865 esprimeva negli articoli 1225 e 1226 ... l'art. 1218, logicamente con-

nesso all'art. 1256 che disciplina l'estinguersi dell'obbligazione per impossibilità sopravveniente della prestazione, subordinando l'esonero da responsabilità alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata: di guisa che non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta; mentre, d'altra parte, anche gli impedimenti che si verifichino nella persona o nella economia del debitore dovranno avere rilievo quando incidano sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti. D'altra parte, è pure noto che a gravissime discussioni diedero luogo i concetti di caso fortuito e di forza maggiore, cui faceva riferimento l'art. 1226 del codice del 1865: la più recente tendenza della dottrina era nel senso di identificare quel concetto con l'assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipendesse l'inadempimento o il ritardo. Per questo, nell'art. 12128, a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore: la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo, che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perché il debitore inadempiente sia esente da responsabilità» (p. 120 s.).

3. La scelta del legislatore nel c.c. 1942

L'impostazione del codice appare quindi puramente e semplicemente oggettivistica, secondo la dottrina cui appunto risale la compilazione codicistica.

Vi si valorizza la colpa (nel senso di negligenza, imprudenza, imperizia, risultante dalla definizione penalistica) nel solo momento dell'imputazione del fatto da cui deriva l'impossibilità sopravvenuta (impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile, imputabilità da valutarsi alla stregua della diligenza richiesta dal particolare titolo dell'obbligazione *ex* art. 1176 c.c.), confinando per il resto al territorio dell'adempimento (non alla imputazione della responsabilità in quanto tale) la diligenza del debitore, come anche la collocazione sistematica dell'art. 1176 senz'altro intende suggerire.

Tale scelta del legislatore, perché non vi è dubbio che il legislatore abbia compiuto una scelta (naturalmente, altra faccenda è quella di vedere se poi gli sia riuscito di tradurre la scelta compiuta in un'effettiva opzione normativa) è perfettamente comprensibile: in un

certo senso, se la differenza tra la responsabilità c.d. contrattuale e la responsabilità c.d. extracontrattuale risiede nella preesistenza di un rapporto obbligatorio (nel primo caso) o nella sua assenza (nel secondo caso), si spiega che nell'ambito aquiliano debba ricercarsi un criterio di rilevanza del danno (l'ingiustizia) e di imputazione degli effetti (la colpa, la proprietà o il possesso del bene, la circolazione dei veicoli, l'attività di impresa e poi l'attività pericolosa, ecc.), mentre una simile esigenza non si dà nel settore della responsabilità di inadempimento, perché la preesistenza del rapporto per definizione assorbe tali problematiche, di talché l'imputazione oggettiva della responsabilità appare perfettamente spiegabile, oltre che necessaria ad assicurare la certezza e l'affidabilità dei traffici e la tutela del credito che ne costituisce (o dovrebbe costituire) un presupposto, almeno nell'impostazione codicistica.

Al di qua dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione, i limiti, se si accoglie l'idea originaria del codice, sono quindi costituiti:

- per un verso, dall'individuazione dell'effettivo ambito obiettivo del dovere di prestare (che assorbe la risalente e non perspicua distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che pure di recente è stata riproposta dopo la demolizione cui era andata incontro nel 1954 ad opera di Mengoni): il debitore è sempre debitore di un risultato, ma tale risultato è diversamente articolato, e diversamente risulta quindi articolata l'idea stessa di inadempimento (più che quella conseguente della responsabilità e dell'esonero) (in questo aspetto le tesi di Osti e di Mengoni mi pare che finiscano per apparire assai più prossime di quanto comunemente non si creda);

- per altro verso dal contrasto con un interesse prevalente, come tipicamente l'esigenza di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (stato di necessità, ammesso anche da Osti) ovvero da una configurazione del dovere di prestare che sia conforme a buona fede, e quindi che non richieda al debitore uno sforzo sproporzionato rispetto a quanto appare conforme all'interesse dedotto nella fonte dell'obbligazione (inesigibilità).

4. Teorie della responsabilità oggettiva e nuove teorie della rilevanza della colpa

Il legislatore del 1942 intese così porre fine ad un dibattito che nella dottrina italiana si era manifestato, sulla scia di controverse ricostruzioni del rapporto obbligatorio proposte dalla dottrina germanica, o forse meglio sarebbe dire delle personali letture che di queste

ricostruzioni aveva dato parte della dottrina italiana, sotto l'impero del codice civile del 1865.

Tuttavia il significato della specifica disciplina è rimasto in qualche modo controverso.

Nella sistemazione, da parte degli interpreti, della nuova disciplina codicistica, alla riferita impostazione di Giuseppe Osti se ne affiancano quindi altre, alle quali posso qui riferirmi solo in termini estremamente schematici ed elementari.

Una prima tesi (elaborata da Bianca, di cui si trova un'apparente traccia nella motivazione di tante sentenze), dichiaratamente e marcatamente soggettivistica, sembra sovrapporre (con una reminiscenza di inconvenienti sistematici che traggono origine proprio nella disciplina del c.c. 1865) la norma sull'impossibilità e la norma sulla diligenza del debitore, finendo per far così risalire la responsabilità alla colpa (intesa in senso soggettivo) del debitore (e per converso, almeno sul piano verbale, l'esonero da responsabilità e la prova liberatoria cui il debitore è tenuto ad una misura di diligenza, di sforzo posta in essere nell'adempimento mancato dell'obbligazione, e quindi ad una forma di relatività e soggettività dell'impossibilità liberatoria).

Questa tesi rappresenta in qualche misura una variante dell'impostazione, più sofisticata benché tributaria della configurazione romanistica della responsabilità nelle obbligazioni di dare, in cui la responsabilità dipende dalla perdita o distruzione della cosa, secondo la quale l'art. 1218 c.c. sostanzialmente disciplina il solo caso della responsabilità per impossibilità sopravvenuta imputabile a colpa del debitore, mentre nell'ipotesi di responsabilità per inadempimento di una prestazione ancora possibile dovrebbero ricercarsi altri criteri, e tali criteri andrebbero appunto ricercati nell'art. 1176 c.c. (è la tesi elaborata da Giorgianni in un memorabile corso di lezioni sull'inadempimento pubblicato nel 1975, quando gli studenti non erano ridotti a 'clienti', e la didattica non era misurata in 'crediti' ma andava di pari passo con la ricerca).

Un'ulteriore e più sfumata variante di quest'impostazione teorica si ritrova nella constatazione (Mengoni) secondo cui il criterio dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile andrebbe composto con il principio dell'adempimento in natura (un principio che si fa risalire proprio al codice del 1865 e quindi indirettamente alla matrice codicistica napoleonica, e di cui si ritiene di trovare traccia proprio nell'art. 1218 c.c. laddove si riferisce all'impossibilità sopravvenuta della prestazione), di talché l'art. 1218, di nuovo, discipline-

rebbe solo il primo caso escludendosi così una generale oggettivazione della responsabilità contrattuale.

Quel che le menzionate dottrine hanno invece in comune con la tesi di Osti, accolta nel codice civile, è la commisurazione della responsabilità del debitore al contenuto dell'obbligazione («il vero è che bisogna anzitutto intendersi sulla nozione di prestazione», scriveva, ad esempio, Ugo Natoli), una commisurazione che viene perseguita in vario modo: ora attraverso la colpa, ora attraverso la buona fede e l'ineseguibilità della prestazione, e che tuttavia anche senza ricorrere a un sovvertimento della tesi fondamentale dell'impossibilità oggettiva ed assoluta come solo limite della responsabilità del debitore si sarebbe potuta fondare (e un tale fondamento a ben vedere non è privo di riferimenti nell'opera dello stesso Osti, nonostante l'insistenza da parte di quest'ultimo, a mio avviso più apparente che reale, sulla valutazione in astratto e non in concreto della misura dell'obbligo cui il debitore è tenuto) sul diverso contenuto dell'obbligazione, essendo ovvio che la responsabilità del debitore non può affermarsi laddove la misura di sforzo che si viene a pretendere da lui non sia conforme al contenuto e al titolo dell'obbligazione.

La giurisprudenza, occorre dire, sembra decidere caso per caso, lo testimoniava anche Giorgianni. Ma bisogna avvertire che in questo settore, come è accaduto ed è stato assai documentato nell'ambito contiguo della responsabilità extracontrattuale, al di là delle parole e forse al di là della stessa consapevolezza dei singoli interpreti, si utilizza sovente (e di più si è utilizzato in passato) un linguaggio fondato sulla colpa in termini che tuttavia non paiono trovare riscontro nella decisioni effettivamente assunte, laddove 'colpa', nella terminologia della responsabilità contrattuale, è, nel linguaggio degli autori più risalenti, un fatto puramente oggettivo ed indica il fatto stesso dell'inadempimento.

Così, le 'presunzioni di colpa' e le 'inversioni' degli oneri probatori di cui talora si trova traccia nella giurisprudenza, finiscono per apparire dispositivi puramente retorici, dietro ai quali assai spesso è agevole riconoscere la constatazione del carattere oggettivistico della responsabilità contrattuale.

Tali dispositivi corrispondono a ciò che «nelle sue formulazioni di principio, la dottrina è sempre stata dominata dalla tendenza ad attribuire alla responsabilità per inadempimento un fondamento morale, e quindi a collegarla ad una valutazione del comportamento del debitore, riassunta nel concetto di colpa: di qui anche gli sforzi per ricondurre il concetto di colpa ad unità, per poi distinguere simmetricamente la colpa contrattuale e la colpa ex-

tracontrattuale come due diversi aspetti del medesimo fenomeno giuridico, vale a dire come omogenee qualificazioni di due diverse forme di illecito» (sono sempre parole di Osti).

5. I riferimenti alla sistematica del c.c. 1865 in materia di responsabilità per inadempimento

La sistematica del c.c. 1865 in materia di responsabilità per inadempimento si presentava in termini certamente meno perspicui, tributari della codificazione napoleonica e di sopravvivenze storiche non sempre consapevoli, ma il significato della disciplina non era difforme da quello poi meglio esplicitato dal legislatore del 1942.

Pur essendo, a parere della migliore dottrina (Osti), anch'essa fondata su un criterio di carattere oggettivo, aveva infatti dato luogo a non pochi equivoci sulla rilevanza della colpa, come criterio di imputazione soggettivo dell'inadempimento da cui può conseguire una responsabilità.

L'art. 1218 prevedeva che «chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni»

L'art. 1224 prevedeva che «la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843» (art. 1843 che faceva invece riferimento alla diligenza *quam in suis*).

L'art. 1225 prevedeva la responsabilità del debitore («il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo nell'esecuzione») salva la prova liberatoria che «l'inadempimento o il ritardo fosse derivato da una causa a lui non imputabile ancorché non sia per parte sua intervenuta mala fede».

L'art. 1226 prevedeva infine che «il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbliato, od ha fatto ciò che gli era vietato»

Ne risulta una sovrapposizione e una incongruenza tra i diversi piani (lo sforzo di diligenza del debitore e il caso fortuito in particolare) che hanno consentito un'equivoca formulazione della dottrina della responsabilità, nella quale, anche a causa di una certa sovrapposizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e, per altro verso, ad un pregiudizio sul rilievo della volontà e della libertà individuale nell'imposizione di vincoli personali e quindi anche di quelli obbligatori (trascurando che il vincolo qui è posto appunto dalla fonte dell'obbligazione, sicché non vi è bisogno di reiterare la 'scelta' del debitore attrverso la colpa).

E infatti, nonostante un linguaggio non sempre perspicuo, se si va a vedere la dottrina sorta sotto il c.d. 1865, ne risulta un'impostazione fondamentalmente oggettivistica, fino alla formulazione di Osti nel 1918, che impostò il discorso nei termini poi fatti propri dal c.c. 1942. «È sufficiente approfondire l'esame delle trattazioni di quegli autori per vedere che ... affermavano bensì, in omaggio alla tradizione, che presupposto della *mora solvendi* era la colpa del debitore, e che pertanto la responsabilità di questo era esclusa dal caso fortuito, le cui definizioni sembravano, in complesso, veramente identificarlo con la mancanza di colpa; ma altrettanto concordemente, quando poi provvedevano all'analisi di questo concetto di caso fortuito, non si limitavano a dichiararne essenziale quell'elemento soggettivo, ossia la non imputabilità dell'inadempimento, bensì vi aggiungevano sempre, nel modo più esplicito, l'elemento obiettivo della impossibilità della prestazione».

Al di fuori della dottrina dominante si pose invece l'indagine di Barassi, che facendo leva sulla dottrina di uno scrittore tedesco, Gustav Hartmann (di tanto maggiore ingegno quanto di minor fama, così lo definisce Mengoni, soggiungendo che la ripresa da parte di Barassi ne avrebbe messo il pensiero in caricatura alla maniera di un altro autore tedesco, il Brecht) il quale centrava la struttura dell'obbligazione piuttosto sullo scopo (*Zweck*) che sulla prestazione, aveva posto in esponente il 'dovere di sforzo' del debitore nella dottrina della responsabilità, generando gli equivoci che ancora oggi si trascinano nella sovrapposizione tra 'colpa' contrattuale e identificazione dell'oggetto dell'obbligazione.

6. *Un cenno alla responsabilità e alla colpa del debitore nei precedenti storici*

I precedenti storici non possono, nemmeno di sfuggita, essere passati in rassegna. A volerla compiere, una rassegna di precedenti, ne emergerebbero di nuovo tendenze oggettivistiche (si pensi alla legislazione longobardica in materia di custodia, che escludeva persino la prova liberatoria dell'effrazione, ovvero alla riconduzione da parte di Bartolo della diligenza agli *standard* del settore economico o professionale, che tinge di oggettività una valutazione apparentemente soggettiva come quella fondata sul dovere di diligenza e per converso sulla 'colpa'). Tuttavia, anche in questo la rilettura di Osti è di ausilio: dai precedenti storici non sembra potersi trarre una lezione sicura per l'intelligenza dei testi vigenti, né di quelli del codice abrogato.

Quel che possiamo sicuramente apprendere è che nello sviluppo storico del diritto giustiniano si trova la radice della tendenza a ricercare un presupposto morale della responsabilità del debitore, e quindi a ricoprire con la 'colpa' (non meglio precisata, talora es-

sendo sinonimo, come è stato illustrato dallo stesso Osti e poi da Visintini, dello stesso inadempimento, e, si direbbe, *pour cause*, atteso che, come si accennava, l'inadempimento trova il suo criterio di imputazione già nell'obbligazione, a differenza di quanto accade nella responsabilità aquiliana) l'imputazione della responsabilità al debitore moroso o inadempiente.

In antico, secondo le ricostruzioni dei romanisti, il debitore «non aveva scampo», e possiamo immaginare con facilità che i Romani non fossero molto teneri con i debitori inadempienti. Nel regime classico, però, sempre secondo la dottrina romanistica, sarebbe riscontrabile una forma di convergenza tra il regime classico della responsabilità contrattuale, che si qualifica come responsabilità obiettiva quanto al momento dell'imputazione (imputazione che è già contenuta nel titolo, come si accennava), ma con qualche apertura al momento soggettivo in sede di valutazione delle cause dell'inadempimento, valutazione nella quale sembra possibile che l'interprete desse luogo ad un apprezzamento severo del comportamento del debitore in sede di prova liberatoria (dove l'estensione della responsabilità anche al fatto delle persone operanti nella sfera di controllo del debitore). Tali cause vengono tuttavia riassunte in un passo riportato da Ulpiano di Servio, il quale fa riferimento a ciò che il locatore del fondo rustico sarà tenuto nei confronti del conduttore per il fatto derivante dal caso fortuito [a questo passo risale la celebre definizione di «vis, cui resisti non potest», che grava sul proprietario, mentre il conduttore sarà tenuto per i *vitia ex re*, tipici piuttosto dell'attività esercitata dal colono (Ulp. D. 19, 2, 15, 2)], che in definitiva esonera il debitore in caso di impossibilità per forza maggiore. Si tratta di un regime che non pare difforme a quello vigente oggi in Italia.

È invece al codice giustiniano che si fa risalire invece la differenziazione del regime di responsabilità delle obbligazioni di custodia, nelle quali prevale il regime oggettivo della responsabilità *ex recepto*, mentre nelle altre obbligazioni si era prospettato un regime di carattere soggettivo, fondato sulla 'colpa', la cui reminiscenza in un certo senso ipoteka i futuri svolgimenti del tema.

Nello sviluppo storico, come del resto nel diritto vigente, il regime di responsabilità è quindi articolato in termini diversi a seconda del contenuto dell'obbligazione, in particolare per quanto riguarda il *receptum*, con riguardo al quale il regime di responsabilità varia con il contenuto dell'obbligazione di custodia a seconda che la cosa sia conservata nell'interesse del creditore, nell'interesse del debitore o di entrambi, rilevando la *diligentia quam suis* o la *diligentia diligentissimi* o la *diligentia bonus pater familias*, nei diversi casi.

Ipotesi di responsabilità oggettiva si ritrovano in alcune legislazioni barbariche, in cui non rileva la colpa e in taluni casi nemmeno il caso fortuito o la forza maggiore. Ad es. si apprende dalla ricerca storica delle fonti che la legislazione longobarda, a differenza di quelle dei Bavari e dei Visigoti, prevedeva la responsabilità del custode anche per effrazione, quindi un regime marcatamente oggettivo.

Sempre secondo le ricostruzioni degli storici, nel complesso non mancavano mitigazioni al carattere oggettivo della responsabilità, ma, sembra, specialmente nei termini di una esatta individuazione dell'oggetto dell'obbligazione, con una marcata attenzione alla tutela dell'affidamento del creditore.

Anche nella dottrina dei glossatori, che accentua il rilievo dei profili soggettivi inerenti la capacità di prestare del debitore, la responsabilità viene graduata facendo leva sulla disciplina dei singoli contratti e sulla configurazione del dovere di diligenza inerente a ciascuno di essi.

Con i commentatori, e particolarmente con Bartolo, colpa e diligenza conoscono una suddivisione in cinque gradi: *latissima*, *latior*, *lata*, *levis*, *levissima* (che non ebbe seguito, tornando poi alla tripartizione dei glossatori) ma essa veniva rapportata all'interesse (*utilitas*) dei contraenti, per un verso, e per altro verso alla diligenza tipica del settore di riferimento (dell'arte o del mestiere), divenendo così una misura oggettiva di determinazione del contenuto dell'obbligazione più che uno specifico regime di responsabilità del debitore.

Negli svolgimenti successivi della scuola culta, e in particolare da Donello, si distingue tra caso fortuito, dolo e colpa. La colpa presentava particolari profili problematici. Donello la definisce come «ogni fatto inconsulto che nuoce ingiustamente ad altri», includendovi il comportamento omissivo (l'orizzonte è quello generale della responsabilità civile, anche aquiliana).

È a Domat che si deve il chiaro rinvio del regime della responsabilità al contenuto dei singoli rapporti obbligatori, che svela, mi pare possa dirsi, il significato effettivo del discorso sulla 'colpa' (che in materia contrattuale viene quindi ricostruito dagli interpreti moderni come *delimitazione* dell'ambito della prestazione dovuta), precisando che il debitore, salvo che la natura del contratto o il patto impongano diversamente, non risponde per caso fortuito.

Il sistema di responsabilità delineato infine da Pothier – e si giunge così ai precedenti immediati del c.c. napoleonico e quindi, successivamente, del c.c. 1865 –, secondo parte della dottrina, è fondamentalmente oggettivo, almeno per le obbligazioni di fare e di non

fare, ritenute sempre possibili salvo che venga meno l'interesse del creditore in tal caso legittimato a chiedere il risarcimento, mentre nel caso di responsabilità da custodia si introducono distinzioni date dal diverso grado di diligenza dovuta nei singoli contratti nella custodia della cosa.

L'impianto così delineato passa nel *Code civil*: negli artt. 1136-1137 è delineato l'obbligo di custodia secondo la diligenza del buon padre di famiglia, salvo regimi speciali nei singoli contratti, negli artt. 1142-1145 è delineato l'obbligo risarcitorio per inadempimento degli obblighi di fare/non fare, negli artt. 1147-1148 si prevede la prova liberatoria della causa estranea non imputabile al debitore anche se non vi è mala fede (*«toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part»*), ovvero per il caso fortuito o la forza maggiore (*«par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit»*)

7. Conclusioni

Ho cercato di svolgere un rapidissimo *excursus* – e mi devo scusare se molti passaggi sono rimasti inespressi e se i riferimenti rimangono riservati a una successiva e più ampia formulazione del tema, che del resto ha conosciuto negli ultimi anni una rinnovata considerazione da parte della dottrina (Castronovo, D'Amico, Mazzamuto, Pacifico, Piraino), con la quale occorre confrontarsi – sui lineamenti fondamentali della responsabilità del debitore per inadempimento delle obbligazioni nel sistema vigente, per rintracciare le ragioni fondamentali che il legislatore storico ha avuto presenti, e cioè l'esigenza di dare una veste oggettiva e moderna al sistema della responsabilità, che fosse conforme alle esigenze di una società avanzata e di un sistema privatistico fondato sull'iniziativa economica individuale e quindi sull'impresa, e soprattutto per cercare qualche traccia del risorgente riferimento alla rilevanza della 'colpa', un riferimento che di certo la struttura della fattispecie della responsabilità contrattuale (governata dalla fonte e dal contenuto dell'obbligazione) non sembra richiedere e di cui il legislatore codicistico ha anche cercato di eliminare le possibili fonti di equivoco che una sistematica ritenuta non del tutto perspicua aveva lasciato sopravvivere nel codice previgente, al quale pure si faceva risalire un'opzione normativa non difforme da quella poi accolta.

Ne emerge una singolarità. Né la struttura dell'obbligazione, né la tradizione, né le esplicite opzioni codicistiche sembrano consentire una rilevanza della 'colpa' o di elementi di valutazione soggettiva inerenti la persona e l'organizzazione del debitore, quale fondamento o limite della responsabilità del debitore. E tuttavia una riproposizione degli aspetti

soggettivistici della responsabilità si ritrova nei contributi di illustri scrittori ancora negli ultimi decenni e ricompaiono nel linguaggio della giurisprudenza, quasi, si è osservato, come un *totem*, di carattere, quindi, prettamente ideologico.

Cosa suggeriscono, allora, queste brevissime notazioni? Suggeriscono fondamentale due considerazioni, che mi preme mettere in evidenza.

La prima considerazione è che siamo immersi nella storia e che nel flusso della storia, nel flusso, voglio dire, della produzione storica del diritto (o si potrebbe meglio dire, come del linguaggio, della produzione storico-naturale del diritto), la codificazione è solo un accidente, nella quale il giurista (nel caso specifico, nelle vesti di legislatore) cerca, come si dice, di essere ‘storico del presente’, consolidando il diritto qual è nel momento della codificazione e tuttavia facendo, naturalmente, o cercando di fare anche delle scelte politiche. Bisogna vedere, tuttavia, se tali scelte poi «gli riescono» (come diceva Giorgianni a proposito dell’art. 1218), il che non dipende del tutto, o solamente, dalla sua volontà.

O se invece non sia accaduto qualcosa che ha condotto il legislatore a rimanere imprigionato nella storia, in un passato, diciamo così, che non passa.

La seconda considerazione è che gli apparati retorici sono talvolta più potenti della realtà, se è vero, e io credo sia vero, che, come diceva ancora Osti, «la considerazione della colpa come essenziale fondamento della responsabilità ... ha bensì formato oggetto di affermazioni teoriche così concordi da apparire, fino ad un certo momento, pacifica, ma in realtà non ha mai veramente corrisposto al pensiero della dottrina», «né al tempo del diritto comune, né dopo la codificazione, e così nemmeno nelle trattazioni dei nostri maggiori giuristi sotto l’impero del codice abrogato».

MARIA PIA GASPERINI

*Processo e strumenti di giustizia alternativa
nel codice di procedura civile del 1865*

Sommario. 1. L'elaborazione del codice di procedura civile del 1865 e i modelli preunitari. – 2. Il codice di rito civile e l'ideologia liberale: il processo di cognizione come processo delle parti. – 3. La collocazione topografica della disciplina degli strumenti alternativi nel titolo preliminare. – 4. La conciliazione. – 5. L'arbitrato.

1. *L'elaborazione del codice di procedura civile del 1865 e i modelli preunitari*

L'unificazione politica formalizzata con la proclamazione del Regno d'Italia nel 1863 rese indispensabile l'unificazione delle varie normative fino a quel momento vigenti nei territori del Regno, le quali presentavano caratteristiche fortemente differenziate ed eterogenee per essere il frutto di diverse tradizioni giuridiche e di diversi tempi di elaborazione¹.

Per quanto riguarda più specificamente la disciplina del processo civile, l'opera di unificazione fu condotta con grande fretta, in un contesto nel quale prevalse la volontà politica di pervenire il più rapidamente possibile all'approvazione del codice, senza farla precedere (diversamente da quanto avvenne con riguardo al codice civile) da adeguata discussione e, dunque, dal necessario approfondimento che ciò avrebbe richiesto. La paternità del progetto di codice di procedura civile presentato in parlamento nel 1863 dal Ministro Guardasigilli Giuseppe Pisanelli va ricondotta pressoché esclusivamente allo stesso Pisanelli il quale, profondo conoscitore ed esegeta della legislazione processuale del Regno di Sardegna, elaborò un testo chiaramente ispirato a quella legislazione e, dunque, alla normativa francese che a

¹ L'unificazione realizzata nel 1865 riguardò, com'è noto, la normativa amministrativa, civile, nonché l'ordinamento giudiziario, mentre per la materia penale si dovette attendere il 1889. Su questa operazione di unificazione legislativa, in generale, v. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985.

sua volta ne costituiva l'archetipo². Tale progetto, sul quale non erano intervenuti pareri ufficiali né da parte della magistratura né da parte dell'avvocatura, non fu neppure oggetto di adeguato dibattito parlamentare: presentato al Senato nel novembre 1863 non venne esaminato dalla commissione appositamente istituita, mentre, ripresentato alla Camera nel novembre 1864, fu oggetto di una discussione compressa nei tempi e poco proficua, nell'ambito della quale - a parte isolati interventi critici - ci si limitò per lo più a suggerire al Governo modifiche di dettaglio³. Con la legge del 2 aprile 1865 il Governo fu poi autorizzato ad emanare le leggi unificatrici (incluso il codice di procedura civile) con procedura "semplificata", saltando cioè i consueti passaggi parlamentari, sicché il progetto Pisanelli diventò rapidamente codice di procedura civile del Regno d'Italia passando attraverso un vaglio conclusivo di carattere puramente tecnico ad opera di una speciale commissione governativa⁴.

Nel predisporre il progetto del codice, Pisanelli tenne naturalmente presenti le legislazioni processuali dei maggiori Stati preunitari ora facenti parte del Regno d'Italia: Regno di Sardegna, Granducato di Toscana, Regno di Napoli e Lombardo-Veneto⁵. Di queste, le prime tre erano - sia pure in misura diversa - di chiara derivazione francese, mentre la quarta presentava un'impostazione differente: mentre le normative di ispirazione francese disegnavano un processo nella disponibilità delle parti, nel quale il giudice entrava in gioco solo quando esse ne facessero richiesta⁶, la normativa di ispirazione asburgica delineava un processo fortemente condizionato dal potere direttivo del giudice (che aveva finanche il potere di autorizzare la proposizione della domanda giudiziale) e caratterizzato da rigorose preclusioni temporali circa i poteri deduttivi di parte⁷. Il codice di rito del 1865, tuttavia, può dirsi

² Giuseppe Pisanelli, giurista di scuola napoletana, era stato l'autore (insieme a Pasquale Stanislao Mancini e Antonio Scialoja) del *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi* edito dalla Stamperia dell'Unione Tipografico-Editrice Torinese nel 1861.

³ Lo stesso Pisanelli, nella *Relazione* alla Camera nella tornata del 24 novembre 1864 (n. 2) manifestò "rincreoscimento" per il fatto che il progetto del codice di procedura civile si presentasse "sfornito di quelle garanzie che accompagnavano il progetto del Codice Civile", consistenti nel "concorso di apposita Commissione" e, soprattutto, di "un esame ponderato fatto da una Giunta parlamentare" (la citata *Relazione* è pubblicata in *Codice di procedura civile del regno d'Italia* ordinato da S. Gianzana, III, Torino, 1889, 222).

⁴ Il codice fu pubblicato con decreto reale del 25 giugno 1865 accompagnato dalla relazione di Giuseppe Vacca, succeduto nel frattempo a Giuseppe Pisanelli come Guardasigilli, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1866. Per una descrizione analitica delle vicende richiamate nel testo v. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 107 ss.

⁵ Sul punto v. anche F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 71 ss.

⁶ Si fa riferimento, per il Regno di Sardegna, ai codici di procedura civile del 1854 e del 1859; per il Granducato di Toscana, al codice del 1814 (successivamente modificato con un *motu proprio* del 1838); per il regno di Napoli al codice del 1819.

⁷ Il riferimento è al *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto* del 1815 (cd. Regolamento galiziano).

non già una sintesi tra questi diversi modelli, bensì il frutto di una netta opzione per il sistema processuale di matrice francese che comportò una sostanziale “estensione” del codice sardo del 1859 a tutto il territorio del Regno d'Italia⁸, temperata da limitati “innesti” innovativi prevalentemente tratti dal codice napoletano del 1819⁹.

La “piemontesizzazione”¹⁰ della legislazione processuale civile non incontrò, com'è ben immaginabile, consensi generalizzati. Nell'immediato le critiche vennero soprattutto dai giuristi napoletani, i quali lamentarono (talora con sferzante ironia) che il nuovo codice unitario costituisse un regresso rispetto al codice del 1819¹¹. Anche in tempi più recenti si è rilevato come il ritorno al codice francese attraverso la mutuazione del codice sardo abbia rappresentato un salto all'indietro, avendo il Governo di allora scelto di privilegiare il modello meno evoluto tra i codici preunitari di derivazione francese, trascurando gli esempi più interessanti costituiti dalle legislazioni processuali di alcuni stati preunitari “minori”¹².

2. Il codice di rito civile e l'ideologia liberale: il processo di cognizione come processo delle parti

Come è stato autorevolmente affermato, il codice di rito civile del 1865 costituisce un “illustre documento di spirito liberale”¹³ espressione “della più coerente razionalizzazione dell'ideologia liberale della giustizia civile attuata nell'ordinamento italiano”¹⁴, dalla quale emerge una concezione del processo come “semplice strumento a servizio del diritto soggettivo”¹⁵, i cui tempi e modi di svolgimento sono nella pressoché esclusiva disponibilità delle parti al pari del diritto sostanziale che ne costituisce l'oggetto.

Autonomia, libertà, attribuzione all' “arbitrio” delle parti di “tutti gli atti pe' quali l'intervento del magistrato si mostra come mera forma ed un inceppamento della libertà de'

⁸ Una vicenda in tutto analoga interessò la legge sull'ordinamento giudiziario del 5 dicembre 1865, che decretò l'estensione, di fatto, della piemontese legge Rattazzi del 1859 a tutto il Regno d'Italia (in proposito cfr. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, 61 ss.; R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, 42).

⁹ La mutuazione di maggior rilievo dal codice napoletano fu quella del conciliatore, figura che (come meglio si vedrà *infra*, § 4) cumulava la funzione di amichevole compositore delle liti e quella di giudice del contenzioso “minore”.

¹⁰ L'espressione è di M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 113.

¹¹ V. C. MOSCHITTI, *Manuale teorico-pratico della procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1866, VI; A. ORILIA, *L'asino e il codice di procedura civile*, Napoli, 1866, 3 (entrambi citati da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 20, in nota).

¹² Così M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 113 s., menzionando il *Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* del 1820 e il *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi* del 1852 come esempi più maturi di autonoma evoluzione dal modello francese.

¹³ S. SATTA, *Codice di procedura civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 280.

¹⁴ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 142.

¹⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 17.

contendenti”¹⁶ sono i principi sui quali fu costruito il procedimento che, nelle intenzioni dei *conditores* del 1865, doveva rappresentare la via ordinaria per la tutela dei diritti, vale a dire il procedimento cd. formale. Tale procedimento, normalmente applicabile dinanzi ai tribunali civili, ai tribunali di commercio e alle corti d’appello (salvi gli speciali casi espressamente previsti di applicabilità del procedimento sommario), era caratterizzato da una fase istruttoria completamente rimessa all’iniziativa delle parti, le quali potevano scambiarsi un numero illimitato di comparse scritte sino a quando una di esse, rinunciando alla replica, avesse chiesto l’iscrizione della causa sul ruolo di spedizione¹⁷. Solo a quel punto veniva fissata l’udienza di discussione dinanzi al collegio, mentre nella fase dello scambio il giudice rimaneva tendenzialmente assente, intervenendo unicamente per provvedere su eventuali richieste di ammissione di prove costituende¹⁸ e, più in generale, per risolvere “incidenti”¹⁹.

Un procedimento così congegnato, se da un lato garantiva il pieno esercizio dei poteri difensivi delle parti, consentendo loro di esporre ampiamente le proprie ragioni, di replicare a quelle dell’avversario e di dedurre prove senza limiti temporali, dall’altro finiva per rivelarsi piuttosto formalistico e macchinoso (si pensi alla disciplina degli incidenti), irrazionale (si pensi alla possibilità di dedurre prove sganciata dalla correlazione con l’atto contenente l’allegazione del fatto da provare), e di durata tutt’altro che “ragionevole”. Non era, tuttavia, la durata del processo a preoccupare il legislatore processuale del 1865, posto che questa era nella disponibilità delle parti attraverso il meccanismo dello scambio *ad libitum* degli scritti difensivi, e dunque era anch’essa conseguenza del libero esplicarsi della condotta processuale dei contendenti; l’essenziale era garantire alle parti il più ampio spazio di manovra nella gestione del processo, e di limitare l’intervento del giudice allo stretto necessa-

¹⁶ Così Giuseppe Pisanelli nella *Relazione* alla Camera (n. 3), cit., 225.

¹⁷ E’ proprio nel procedimento formale disciplinato nel codice di rito del 1865 che in tempi più recenti la dottrina processualistica ha rivenuto l’antecedente storico del procedimento ordinario di cognizione per le controversie societarie disciplinato dagli artt. 2 ss. d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (successivamente abrogato in blocco dall’art. 54, 5° co., l. 18 giugno 2009, n. 69). Tuttavia nel procedimento formale del 1865, a differenza che nel rito societario del 2003, la richiesta di fissazione dell’udienza non faceva scattare alcuna preclusione (come ha subito evidenziato A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.* 2003, V, 5), e il processo poteva regredire alla fase di scambio delle comparse sol che una parte avesse notificato all’altra un nuovo scritto difensivo successivamente alla iscrizione della causa sul ruolo di spedizione.

¹⁸ Nel caso di richiesta di ammissione di prova costituenda (in relazione al quale, come stabilito dall’art. 206, 1° co., le parti dovevano “provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti”) era previsto (artt. 208 ss.) che, di regola, l’assunzione fosse demandata ad un giudice del collegio (o anche altro giudice) all’uopo delegato, sicché la valutazione della prova da parte del collegio veniva svolta sul verbale di assunzione della stessa (cfr., sul punto, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 124 ss., il quale sottolinea la mancanza di immediatezza nell’assunzione della prova dovuta alla “conversione” di fatto della prova orale in prova scritta).

¹⁹ L’insorgere di un “incidente” (ad es. una questione relativa alla nullità di un atto) comportava di regola (salvo accordo delle parti) l’apertura di un sub-procedimento dinanzi al collegio (artt. 181 ss.), caratterizzato dalla citazione a comparire in udienza, presentazione di comparse conclusionali, discussione orale e decisione con sentenza immediatamente impugnabile.

rio, in linea con l'idea, tipica del liberalismo, secondo cui lo Stato non deve intervenire nell'attività dei privati, bensì deve farsi carico di assicurare le condizioni perché questi possano svolgere detta attività in vista del perseguimento dei propri interessi²⁰.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, tuttavia, si assistette ad un fenomeno imprevisto: nella prassi applicativa il ricorso al procedimento sommario, che nell'impianto codicistico si configurava come procedimento solo eccezionalmente applicabile alle liti di competenza dei tribunali, finì per prevalere nettamente sul procedimento formale, incontrando il *favor* sia degli avvocati che dei magistrati²¹. Accadde, cioè, che facendo leva sull'art. 389, 3° co. (il quale prevedeva l'applicabilità del procedimento sommario nelle cause per le quali il presidente del tribunale o della corte d'appello avesse autorizzato la citazione a udienza fissa), gli avvocati cominciarono a richiedere abitualmente, e i presidenti ad autorizzare, la proposizione della domanda nelle forme del procedimento sommario, nel quale il processo arrivava subito all'udienza in cui le parti potevano presentare scritti difensivi, produrre e dedurre prove e discutere la causa²².

Nell'Italia di fine Ottocento, dunque, il "liberale" procedimento formale costruito come processo di parti fu soppiantato, nei fatti, dal procedimento sommario, del quale ben può dirsi che divenne il vero procedimento "ordinario" di cognizione, ponendosi come principale modello di riferimento per la futura codificazione del 1940.

3. La collocazione topografica della disciplina degli strumenti alternativi nel titolo preliminare

Il codice di rito civile del 1865 si apriva con un "Titolo preliminare" rubricato "Della conciliazione e del compromesso" contenente la disciplina sia di quella che, con terminologia odierna, potremmo definire funzione conciliativa in sede non contenziosa dei conciliatori, sia dell'arbitrato. L'aver fatto precedere la disciplina del processo giurisdizionale da un

²⁰ Ha osservato M. TARUFFO (*La giustizia civile in Italia*, cit., 146 s.) come la scelta del procedimento formale come procedimento di tutela "normale" sottendesse il valore dell'eguaglianza formale, rimanendo senza rilievo la possibilità che non tutti i cittadini riuscissero ad avere accesso alla tutela giurisdizionale in ragione degli elevati costi connessi al formalismo e alla complessità del processo. Il procedimento formale disciplinato dal codice di rito del 1865 risultava, pertanto, di fatto funzionale alle esigenze di tutela di un limitato spettro di popolazione, quello dei cittadini più abbienti che potevano permettersi di affrontare i costi di tale procedimento.

²¹ Sul punto v. F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 23, il quale individua ragioni di tattica processuale alla base della scelta del procedimento sommario, osservando come il ricorso a tale rito riveli una maggiore certezza circa la fondatezza delle proprie ragioni.

²² Il procedimento sommario aveva, semmai, il difetto di aver ricevuto dal codice del 1865 una disciplina piuttosto scarna e lacunosa, destinata ad essere colmata, ove non fosse diversamente disposto, tramite rinvio alle disposizioni del procedimento formale. Il risultato fu la creazione in via giurisprudenziale di una procedura "ibrida", incerta e variabile da caso a caso, che rese inevitabile un intervento riformatore (attuato con la l. 31 marzo 1901, n. 107, cd. riforma Mortara).

apposito titolo dedicato agli strumenti di giustizia alternativa rappresenta, sia pure sotto il profilo meramente topografico, l'aspetto forse più originale di un codice che, come si è detto, ricalcava l'impostazione di precedenti esperienze di codificazione riconoscendo, con approccio innovativo, un'autonoma rilevanza a strumenti di risoluzione delle controversie diversi dal processo dinanzi al giudice dello Stato²³.

Si trattava, in entrambi i casi, di strumenti caratterizzati da una struttura procedimentale, che tuttavia si differenziavano profondamente per ogni altro aspetto: mentre la conciliazione disciplinata dagli artt. 1-7 era l'attività con cui i conciliatori – pubblici funzionari con funzioni anche giudicanti – dovevano “adoperarsi per comporre le controversie”, l'arbitrato implicava esercizio da parte dei privati all'uopo investiti di vera e propria attività decisoria, destinata ad essere validata dallo Stato attraverso l'*exequatur* del pretore. I codificatori del 1865 sentirono, dunque, l'esigenza di disciplinare in apposito titolo quegli istituti diversi dal processo giurisdizionale, dei quali tuttavia il legislatore processuale non poteva disinteressarsi in quanto impegnavano comunque, ancorché in modo diverso, l'autorità statale: il primo, sotto il profilo soggettivo dell'organo richiesto della conciliazione; il secondo, sotto il profilo oggettivo della validità ed efficacia della decisione resa dagli arbitri²⁴.

Le ragioni sottese alla scelta codicistica di anteporre la disciplina della conciliazione e dell'arbitrato a quella del processo giurisdizionale vengono comunemente rinvenute in una concezione di quest'ultimo come *extrema ratio*, ovvero come strumento utilizzabile, in via sussidiaria, laddove le strade a disposizione delle parti per risolvere autonomamente, o con l'ausilio di persone di fiducia, le controversie tra esse insorte fossero state percorse infruttuosamente, ovvero le parti avessero liberamente scelto di non utilizzarle²⁵. Anche sotto questo profilo, dunque, può ben dirsi che l'ideologia liberale sia stata pienamente recepita e razionalizzata dal codice: ed infatti, se il processo dinanzi al giudice statale fu costruito nella prospettiva delle parti che chiedevano giustizia²⁶, nella medesima prospettiva assunsero rilievo (appunto “preliminare”) quegli istituti che consentivano alle parti di giungere alla riso-

²³ Il titolo preliminare al codice venne espressamente definito come “vestibolo dell'edificio processuale” nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli Vacca al codice di procedura civile (n. 4) presentata al Re il 15 giugno 1865 (anche questa *Relazione* è pubblicata in *Codice di procedura civile del regno d'Italia* ordinato da S. Gianzana, I, cit., 1 ss.), ove si affermò altresì l'opportunità “che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio d'ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o cessare le liti”.

²⁴ Conciliazione ed arbitrato furono espressamente definiti come mezzi “preventivi, diretti ad escludere assolutamente o parzialmente la contestazione giudiziaria e le forme che l'accompagnano” (così la *Relazione sul primo libro del progetto di codice di procedura civile* presentato da Pisanelli al Senato nella tornata del 26 novembre 1863 (*sub* n. 6, in *Codice di procedura civile del regno d'Italia* ordinato da S. Gianzana, III, cit., 6).

²⁵ Cfr. F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, cit., 73.

²⁶ V., ancora, F. CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, *Rass. dir. civ.*, 2001, 54.

luzione della controversia senza arrivare al processo, e che tuttavia erano atti a garantire altrettanto efficacemente l'attuazione dei diritti e/o il soddisfacimento degli interessi delle parti, nonché, in via mediata, l' "interesse sociale"²⁷.

In proposito va sottolineato come proprio la logica della tutela degli interessi (che oggi, in epoca di forte promozione degli strumenti alternativi, si suole contrapporre a quella della realizzazione del diritto) fosse ben presente ai codificatori del 1865, ponendosi su una linea di assoluta coerenza con l'ideologia liberale. Nel codice unitario, infatti, dominava l'impostazione per cui le parti erano assolutamente libere di risolvere le liti nel modo ritenuto più opportuno, privilegiando la soluzione autonoma (l'accordo raggiunto dinanzi al conciliatore), ovvero quella eteronoma (la decisione resa dagli arbitri), la quale ultima si presentava comunque in linea di principio, sempre in chiave di tutela degli interessi, preferibile alla decisione in via giudiziaria, nella misura in cui la risoluzione delle controversie era affidata a soggetti nominati dalle parti, i quali traevano la propria legittimazione da un'investitura di tipo fiduciario. Vi era, potrebbe dirsi, nella topografia codicistica, l'idea di una "gradualità" nella scelta degli strumenti *lato sensu* giustiziali che, partendo dall'autocomposizione mediante accordo facilitato dall' "adoperarsi" del conciliatore, arrivava al processo passando attraverso la concorde rinuncia alla giurisdizione statale e il contestuale conferimento del potere decisorio in capo a soggetti privati.

Permaneva, al contempo, l'idea dell'autorità statale come "cornice" all'interno della quale i privati potevano legittimamente scegliere le modalità con cui ottenere giustizia, e più precisamente come fonte di legittimazione e garanzia della libertà di scelta di eventuali "temperamenti" al ricorso alla via giudiziaria: era infatti pur sempre lo Stato a mettere a disposizione delle parti i conciliatori in vista della risoluzione bonaria della controversia, e a conferire valore giuridico alla decisione arbitrale mediante decreto pretorile²⁸.

4. La conciliazione

Tra le poche novità che la legislazione processuale dello Stato unitario introdusse rispetto all'ordinamento del Regno di Sardegna vi fu l'istituzione della figura del conciliatore,

²⁷ Invero, "l'interesse sociale è pienamente soddisfatto quando le parti, con modi civili, o pongono da se stesse fine alla controversia, o da se stesse provvedano a' mezzi che stimano opportuni per darle termine": così la *Relazione sul primo libro del progetto di codice di procedura civile*, cit. (n. 4), 4.

²⁸ Si legge ancora nella *Relazione sul primo libro del progetto di codice di procedura civile* (*loc. ult. cit.*), che "siccome anzi con siffatti temperamenti alla soddisfazione dell'interesse sociale si congiunge la piena libertà dell'individuo, e più facilmente alla definizione de' diritti segue la composizione de' loro animi, così la legge anziché osteggiare i detti temperamenti, deve favorirli e tenere quasi le sue disposizioni come subordinate al loro difetto".

che in precedenza esisteva nel Regno delle Due Sicilie, e che per volere del Guardasigilli Pisanelli fu esteso a tutto il Regno d'Italia²⁹. Si trattava di un giudice laico operante a livello fortemente decentrato, pur sempre appartenente all'ordine giudiziario, nominato dal Governo sulla base di una terna proposta da ciascun consiglio comunale, che cumulava sia la funzione conciliativa in senso stretto, sia funzioni giudicanti con riferimento alle controversie cd. "minori"³⁰. I codificatori del 1865 ritennero utile introdurre questa figura pur tenendo in debito conto i dubbi da più parte sollevati circa l'opportunità di affidare la funzione conciliativa ad un organo anche giudicante, reputando che essa avrebbe potuto ben operare in forza della sua diffusione territoriale, del basso costo delle procedure e della limitata competenza in sede contenziosa³¹.

La disciplina del procedimento conciliativo contenuta nel titolo preliminare del codice si esauriva in sette articoli, i quali tratteggiavano una procedura assolutamente deformalizzata e caratterizzata dalla più totale volontarietà. La conciliazione, che poteva aver luogo solo "quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratti di materia nella quale siano vietate le transazioni" (art. 2), poteva essere richiesta "anche verbalmente al conciliatore del comune in cui una delle parti che si vuole chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio o dimora, ovvero si trova la cosa controversa" (art. 3). In caso di conciliazione, all'esito della comparizione di tutte le parti³², si redigeva processo verbale (art. 6), munito di efficacia esecutiva laddove il valore della conciliazione rientrasse nel limite di competenza per valore del conciliatore, ovvero dell'efficacia di scrittura privata riconosciuta in giudizio negli altri casi (art. 7)³³.

In un contesto normativo dominato dal riconoscimento della signoria delle parti nella scelta dei modi e dei tempi della tutela dei propri diritti, l'opzione per la conciliazione non

²⁹ F. CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, cit., 55 s., il quale sottolinea come nel regno di Napoli i conciliatori avessero dato buona prova.

³⁰ Ai sensi dell'art. 70 del codice, il conciliatore era competente per la cause relative a beni mobili che non eccedessero il valore di trenta lire, nonché per le cause in materia di locazioni di immobili il cui fitto per l'intera durata della locazione fitto non eccedesse lo stesso valore (sulla figura del conciliatore nel codice del 1865, in generale, cfr. L. SCAMUZZI, *Conciliatore e conciliazione giudiziale*, in *Dig. It.*, VIII, Torino, 1896, 1 ss.).

³¹ V. a tal proposito L. MATTIROLO (*Trattato di diritto giudiziario civile*, I, Torino, 1882, 125), il quale osservava come il legislatore processuale del 1865, pur essendo consapevole del pericolo che la consuetudine dell'esercizio delle funzioni giudiziarie potesse essere di ostacolo ad un'efficace svolgimento della funzione conciliativa, scelse di attribuire tale compito a "speciali funzionari, i quali, benché siano ufficiali dell'ordine giudiziario, pure hanno nell'amministrazione della giustizia una parte così minima, che non possono prestare argomento al timore sovraccennato".

³² In caso di mancata comparizione di una delle parti non sarebbero state ammissibili nuove richieste di conciliazione, salvo il caso di nuova richiesta proveniente da tutte le parti (art. 5, 2° co.).

³³ Si noti la consonanza con l'attuale art. 322 c.p.c., unica norma vigente che disciplina l'attività conciliativa in sede non contenziosa del giudice di pace.

poteva che essere assolutamente libera. Sul punto merita richiamare letteralmente il pensiero dello stesso Pisanelli, chiaramente espresso nella *Relazione sul primo libro del progetto di codice di procedura civile*, nella quale affermò che “La conciliazione delle parti è un’idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alla aspettativa e degenerò in una vana formalità”³⁴. Parole profondamente attuali, che evocano argomenti e distorsioni ben noti al dibattito che oggi si agita con riguardo alle scelte del legislatore italiano degli ultimi anni nel senso dell’imposizione di percorsi obbligati di ricerca di soluzioni concordate della lite configurati quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale³⁵, ma che nell’Italia post-unitaria, con una domanda di giustizia ancora ben lontana dalle dimensioni odierne, rappresentavano ancora una volta logica declinazione dell’ideologia liberale³⁶.

L’esperienza degli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore del codice di rito del 1865 dimostrò la bontà della scelta dell’istituzione dei conciliatori, evidenziando tuttavia che l’elevato numero di controversie sottoposte a questi organi non era costituito da richieste di conciliazione, bensì da richieste di vera e propria decisione, ovvero da una domanda di giustizia alla quale i conciliatori riuscirono a rispondere con un buon livello di efficienza³⁷. Le statistiche del tempo evidenziarono infatti che, se i conciliatori trattavano più del 70% del contenzioso civile complessivo, solo una minima parte di esso veniva definito con una conciliazione (eventualmente anche in sede contenziosa)³⁸, a dimostrazione del fatto che, se per un verso questi organi conciliavano poco e giudicavano troppo³⁹, per altro

³⁴ Cfr. la *Relazione* (n. 5), in Gianzana, III, cit., 5. Del tutto in sintonia con il pensiero di Pisanelli anche L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, cit., 124, il quale così si esprime: “In verità, l’idea di conciliazione ripugna al concetto di coazione. La legge non deve farsi indiscreta tutrice dei cittadini, che hanno la piena capacità del godimento e dell’esercizio dei loro diritti. Essa deve permettere, agevolare anche in ogni miglior modo lo sperimento della conciliazione, non imporlo”.

³⁵ Ci si riferisce, ovviamente, ai casi di mediazione obbligatoria previsti dall’art. 5, commi 1-bis e 2, d.lgs. 28/2010, nonché alle fattispecie di obbligatorietà della negoziazione assistita dagli avvocati previste dall’art. 3, d.l. 132/2014, conv. in l. 162/2014.

³⁶ Il passo della *Relazione* di Pisanelli citato nel testo è riportato anche da G. MONTELEONE, *Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865. (Due codici a confronto)*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2000, 529, il quale chiosa affermando trattarsi di “Parole che il nostro legislatore attuale avrebbe fatto molto meglio a tenere in adeguata considerazione, come invece non ha fatto”.

³⁷ L’efficiente funzionamento degli uffici di conciliazione dell’ordinamento giudiziario post-unitario è riconosciuto anche da M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 159.

³⁸ V. C. CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975, 25.

³⁹ Così L. SCAMUZZI, *Conciliatore e conciliazione giudiziale*, cit., 70.

verso costituivano fondamentale presidio di “giustizia di prossimità”, componente essenziale – allora come oggi - dell’effettività della tutela dei diritti.

5. L’arbitrato

Nel codice di rito del 1865, a fronte di una espressa qualificazione della pronuncia arbitrale come “sentenza” fin dalla sua deliberazione (art. 21), era previsto l’obbligo per gli arbitri di depositare tale “sentenza” presso la cancelleria del pretore nel termine di cinque giorni, pena la nullità della stessa (art. 24). La pronuncia degli arbitri era dunque considerata valida ed efficace solo se transitata attraverso il filtro del decreto pretorile di esecutività, cioè solo se convogliata, per questa via, nell’alveo della giurisdizione dello Stato. A tale decreto, tuttavia, non poteva attribuirsi una portata materialmente recettizia della decisione arbitrale, come se questa venisse fatta propria dalla giurisdizione statale: il decreto si configurava piuttosto come sigillo formale di un *dictum* che era, e rimaneva, di natura privata, ma per quella via veniva legittimato come valida ed efficace fonte regolatrice del rapporto o, se si preferisce, come “legge del caso concreto”, al pari della decisione del giudice⁴⁰.

La disciplina post-unitaria dell’arbitrato, definita come “un mirabile esempio di moderazione legislativa”⁴¹, risentiva dunque con tutta evidenza della tradizione di derivazione romanistica e, con essa, del principio pubblicistico della necessaria regolamentazione statale della pronuncia degli arbitri, senza tuttavia disconoscere la matrice negoziale dell’istituto⁴². Osserva infatti al riguardo Pisanelli nella Relazione sul primo libro del progetto di codice di procedura civile che “La facoltà di preferire alla giurisdizione ordinaria dei tribunali stabiliti dalla legge quella privata degli arbitri deriva dai principi di ragion comune, è una conseguenza naturale del diritto di obbligarsi e di disporre delle proprie cose. Se ognuno può rinunciare gratuitamente a un diritto, può tanto più subordinarne la conservazione, ove gli sia contestato, all’esame e al giudizio di privati cittadini meritevoli della sua fiducia”⁴³.

Non è questa la sede per ripercorrere le complesse vicende e i tormentati sviluppi della nota contrapposizione tra natura giurisdizionale e natura contrattuale dell’arbitrato.

⁴⁰ Nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli Vacca al codice (n. 5, in Gianzana, I, cit., 5) si afferma chiaramente che con tale decreto “l’autorità giudiziaria non esercita atto di cognizione e di impero (...) solamente esercita un atto di autorizzazione esteriore e quasi complemento. Come il notaio appone la formola esecutiva agli atti propri, così il magistrato l’appone alla sentenza degli arbitri”.

⁴¹ Cfr. V. RIVALTA, *I giudizi d’arbitri. Saggio di legislazione e di giurisprudenza antica e moderna*, Bologna, 1885, 350 ss., il quale evidenziava come, per l’istituto in esame, il legislatore processuale del 1865 avesse tenuto in considerazione anche la normativa del cantone ginevrino.

⁴² Così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, I, Padova, 2012, 80.

⁴³ *Sub* n. 15 della citata *Relazione* (in Gianzana, III, cit., 40).

Merita sottolineare, tuttavia, che nel qualificare “sentenza” la decisione degli arbitri (e non già lodo, come il codice vigente), il legislatore processuale del 1865 mostrava di avere ben chiaro che il prodotto dell’arbitrato (ovviamente di quello codicistico, che oggi si suole definire “rituale”⁴⁴) è un vero e proprio giudizio, ovvero il frutto di un’attività di *ius dicere* che, seppur promanante da soggetti privati, è talmente permeato di giurisdizionalità da essere considerato “potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione”⁴⁵. Vi era, cioè, consapevolezza del fatto che gli arbitri si trovavano e si trovano, nei rapporti con l’ordinamento positivo, nella stessa posizione in cui si trovano i giudici statali, condividendo con essi il carattere eteronomo della risoluzione della lite: come questi sono tenuti a dirimere le controversie ricercando ed interpretando le norme applicabili alle fattispecie sottoposte alla loro cognizione, così anche gli arbitri sono chiamati, sia pure su mandato di parte, ad esercitare “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge”⁴⁶, assumendo la decisione sulla base di una valutazione di fondatezza delle contrapposte pretese e non sulla base degli interessi sottostanti, irrilevanti tanto per i giudici quanto per gli arbitri⁴⁷.

⁴⁴ Come noto, l’esistenza e la validità di un arbitrato libero, contrapposto all’arbitrato disciplinato dalla legge e sganciato dalle relative formalità (*in primis* l’obbligo del deposito del *dictum* arbitrale presso la cancelleria del pretore ai fini dell’*exequatur*), fu affermata per la prima volta da una storica decisione della Corte di cassazione di Torino del 27 dicembre 1904 (in *Foro it.*, 1905, I, 366 ss.).

⁴⁵ Così, in epoca più recente, Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376 (in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Foro it.*, 2002, I, 1648 ss., con osservazioni di R. ROMBOLI; in *Giur. it.*, 2002, 689 ss., con nota di G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1009 ss., con il commento di M. FORNACIARI, *Arbitrato come giudice a quo: prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*).

⁴⁶ Sulla base di queste considerazioni, com’è noto, la Corte costituzionale, nella sentenza citata nella nota precedente, è giunta a riconoscere agli arbitri rituali la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

⁴⁷ In tal senso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2015, 109.

FABRIZIO LORENZOTTI

L'indennità di espropriazione: il ritorno alla legge del 1865

Sommario: 1. La legge 2359 del 1865 nel quadro delle leggi sull'unificazione amministrativa e legislativa del nuovo Stato italiano unitario. – 2. La struttura della legge. – 3. L'indennità di espropriazione e il valore di mercato del bene espropriato. – 4. Modifiche interne alla legge n. 2359 del 1865. – 5. L'entrata in vigore di provvedimenti legislativi contenenti criteri diversi per la determinazione dell'indennità di espropriazione. – 6. Una prima ripresa di operatività della legge n. 2359 del 1865. – 7. L'indennità di espropriazione secondo l'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992. – 8. La misura dell'indennità di espropriazione e la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale. – 9. La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sull'indennità di espropriazione. – 10. La Corte costituzionale rivede la sua consolidata giurisprudenza: la sentenza n. 348 del 2007. – 11. Gli attuali criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione. – 12. Conclusioni.

1. La legge 2359 del 1865 nel quadro delle leggi sull'unificazione amministrativa e legislativa del nuovo Stato italiano unitario

Il tentativo di dotare il nuovo Stato italiano, il Regno d'Italia, proclamato il 17 marzo 1861, di leggi unificatrici diede risultati imponenti: nello spazio di pochi mesi, vennero approvate le due corpose leggi sull'unificazione amministrativa e sull'unificazione legislativa. Si tratta di una legislazione che merita un altissimo apprezzamento, non solo per il numero e la fondamentale importanza dei temi trattati, ma anche perché costituisce il prodotto di una ammirevole sapienza tecnica nella formulazione di norme chiare e precise¹.

La prima, la legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia², all'art. 1, stabiliva:

¹ Purtroppo bisogna constatare che, negli anni presenti, per le confuse condizioni in cui è ridotta la tecnica legislativa, risultati come quelli raggiunti nel 1865 sono meravigliosi e impossibili.

² Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 101, di giovedì 27 aprile 1865, Tipografia Giuseppe Favale e Comp., Via Bertola, n. 21, Torino. Nelle note abbiamo voluto segnalare anche il luogo di pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, che, sulla scia del cambiamento di sede della capitale del nuovo Stato italiano, fu Torino, con la Tipografia Favale, fino al 31 maggio 1865, poi a cominciare dal 1° giugno 1865 e fino al 30 giugno 1871, la pubblicazione avvenne a Firenze, con la Tipografia Eredi Botta. A partire dal 1° luglio 1871, il luogo della

“Sono approvate e avranno vigore in tutto il Regno le seguenti leggi:

Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale, che costituisce l'allegato A.

Legge sulla Sicurezza pubblica, che costituisce l'allegato B.

Legge sulla Sanità pubblica, che costituisce l'allegato C.

Legge sull'istituzione del Consiglio di Stato, che costituisce l'allegato D.

Legge sul Contenzioso amministrativo, che costituisce l'allegato E.

Legge sulle Opere pubbliche, che costituisce l'allegato F”.

La seconda, la legge 2 aprile 1865, n. 2215, intitolata “per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia”³, all'art. 1, dava facoltà al Governo di pubblicare, tra l'altro, i codici: civile, di procedura civile, di commercio e della marina mercantile nonché le leggi sull'espropriazione per causa di utilità pubblica e sulla proprietà letteraria ed artistica⁴.

In particolare, per quanto riguarda il nostro tema di indagine, la legge 25 giugno 1865, n. 2359, conteneva la disciplina sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica⁵.

L'unificazione legislativa nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità era veramente necessaria. Nella relazione al testo della legge, viene spiegato che “quattro provincie, cioè le sarde, le romagnole, le modenesi e la lucchese hanno una legge apposita su questa materia, tutte le altre sono rette da disposizioni sparse in parecchie leggi, in molti provvedimenti governativi, pubblicati a misura del bisogno in tempi e per oggetti diversi”.

Le leggi apposite erano: la legge sarda 6 aprile 1839, la legge pontificia 3 luglio 1852, la legge modenese 10 gennaio 1848, la legge lucchese 27 agosto 1833.

Inoltre, la relazione poneva in evidenza: “Quanto questa difformità di legislazione nocchia all'esecuzione dei pubblici lavori, dei quali in Italia è sì altamente sentito il bisogno, niuno è che nol vegga. Ponete che s'abbia a costruire una strada od un canale od altra opera qualsiasi che attraversi parecchie provincie del Regno: sarà mestieri, per l'esecuzione di que-

pubblicazione passò a Roma, ma sempre con la Tipografia Eredi Botta, fino al 31 dicembre 1882. Con la Gazzetta Ufficiale n. 1, di martedì 2 gennaio 1883, la Tipografia è quella della Gazzetta Ufficiale in Roma.

³ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 80, di lunedì 3 aprile 1865, Tipografia Giuseppe Favale e Comp., Via Bertola, n. 21; Torino.

⁴ In base all'art. 2 della legge n. 2215 del 1865, il Governo aveva la facoltà di introdurre nei codici e nelle leggi, indicate nell'art. 1, le modificazioni “per coordinarne in ciascuna materia le particolari disposizioni, sì nella sostanza che nella forma, col sistema e coi principii direttivi adottati senza alterarli, nonché per coordinare tali codici e leggi tra loro e con altre leggi dello stato. Avrà pure facoltà di fare con decreto reale le disposizioni transitorie e quelle altre che sieno necessarie per la completa attuazione delle medesime”.

⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 165, di sabato 8 luglio 1865, Tipografia Eredi Botta, via del Castellaccio, n. 20, Firenze.

sto stesso lavoro, osservare tante leggi quanti sono i territori che l'opera sarà per toccare, quante sono le provincie in cui era divisa la Penisola”⁶.

2. La struttura della legge

La legge n. 2359 del 1865 è composta da 101 articoli, suddivisi in tre titoli.

Il titolo I (artt. da 1 a 63) è quello specificamente dedicato all'espropriazione per pubblica utilità ed è suddiviso in sette capi, di cui i primi cinque, già ad una prima lettura, chiariscono le fasi di svolgimento del procedimento espropriativo: Capo I - Degli atti che debbono precedere la dichiarazione di pubblica utilità (artt. 1 – 8); Capo II - Della dichiarazione di pubblica utilità (artt. 9 – 15); Capo III - Della designazione dei beni da espropriarsi (artt. 16 – 23); Capo IV - Dell'indennità e del modo di determinarla (artt. 24 – 46); Capo V, articolato in due sezioni: la prima sul decreto che pronuncia l'espropriazione e l'occupazione dei beni e sugli effetti rispetto al proprietario espropriato (artt. 47 – 51); la seconda sugli effetti dell'espropriazione riguardo ai terzi e sul pagamento dell'indennità (artt. 52 – 56).

Invece i capi VI e VII sono dedicati, rispettivamente, alle disposizioni circa “i beni soggetti ad espropriazione di spettanza dei minori, interdetti, assenti, corpi morali ed altre tali persone” (artt. 57 – 59), e (capo VII) al diritto degli espropriati di ottenere la retrocessione dei loro fondi non occupati nell'esecuzione delle opere di pubblica utilità (artt. 60 – 63).

Il titolo II della legge (artt. 64 – 94) si presenta modestamente come “Disposizioni particolari”, ma, in realtà disciplina, quasi sempre, temi di grandissima importanza, soprattutto gli ultimi in ordine di apparizione, che riguardano una prima e fondamentale legislazione urbanistica e una prima tutela di alcuni beni culturali.

Più specificamente, i temi affrontati sono: le occupazioni temporanee dei fondi per l'estrazione di pietre, ghiaia e per altri usi necessari all'esecuzione delle opere pubbliche (Capo I - artt. 64 – 70); le occupazioni nei casi di forza maggiore e di urgenza, cioè quella che oggi chiameremmo la legislazione sugli interventi di emergenza della protezione civile (Capo II - artt. 71 – 73); le espropriazioni per opere militari (Capo III - artt. 74 – 76), poi

⁶ La relazione alla legge sull'espropriazione, sotto il titolo. “Relazione fatta a S. M. dai Ministri guardasigilli, dei lavori pubblici e della guerra in udienza del 25 giugno 1865 sulle Espropriazioni per causa di pubblica utilità”, si trova pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 163, di giovedì 6 luglio 1865, Tipografia Eredi Botta, via del Castellaccio, n. 20, Firenze.

un tema che, oggi, ma non allora, risulta di minore importanza: le espropriazioni con obbligo di contributo⁷ (Capo IV - artt. 77 – 82).

Infine, compaiono: l'espropriazione dei monumenti storici o di antichità nazionale (Capo V - artt. 83 – 85); i piani regolatori edilizi (Capo VI - artt. 86 – 92) e i piani di ampliamento (Capo VII - artt. 93 – 94). Come già accennato, i capi VI e VII contengono una prima legislazione urbanistica⁸ che verrà sostituita soltanto, dopo quasi ottanta anni, dalla legge urbanistica nazionale 17 agosto 1942, n. 1150, tuttora vigente.

Chiude la legge n. 2359, il titolo III, contenente le disposizioni finali e transitorie (artt. 95 – 101), dirette a disciplinare il passaggio dall'applicazione delle disposizioni sull'espropriazione per causa di pubblica utilità vigenti nei diversi Stati pre-unitari alla nuova disciplina unificata⁹.

3. L'indennità di espropriazione e il valore di mercato del bene espropriato

La misura dell'indennità di espropriazione riveste un ruolo centrale nella legge n. 2359 e ad essa sono dedicati diversi articoli.

La regola fondamentale è contenuta negli artt. 39 e 40, che distinguono i casi di occupazione totale o parziale di un bene immobile per effetto dell'espropriazione per causa di pubblica utilità.

⁷ Si trattava di un contributo obbligatorio a carico dei proprietari di beni confinanti o contigui all'opera pubblica, riguardante la sua esecuzione in ragione del maggior valore che venivano ad acquistare le proprietà private.

⁸ Si possono segnalare tra gli articoli più rilevanti sotto il profilo dell'urbanistica, i seguenti.

Art. 86 - I Comuni, in cui trovasi riunita una popolazione di diecimila abitanti almeno, potranno, per causa di pubblico vantaggio determinata da attuale bisogno di provvedere alla salubrità ed alle necessarie comunicazioni, fare un piano regolatore, nel quale siano tracciate le linee da osservarsi nella ricostruzione di quella parte dell'abitato in cui sia da rimediare alla viziosa disposizione degli edifici, per raggiungere l'intento.

Art. 92 - L'approvazione del piano regolatore equivale ad una dichiarazione di pubblica utilità, e potrà dar luogo alle espropriazioni delle proprietà nel medesimo comprese, osservate le prescrizioni della presente legge.

Art. 93 - I Comuni nei quali sia dimostrata la attuale necessità di estendere l'abitato, potranno adottare un piano regolatore di ampliamento in cui siano tracciate le norme da osservarsi nella edificazione di nuovi edifici, a fine di provvedere alla salubrità dell'abitato, ed alla più sicura, comoda e decorosa sua disposizione.

A questi piani sono applicabili le disposizioni del precedente capo.

Art. 94 - Se per la esecuzione del piano di ampliamento il Comune deve procedere alla costruzione delle vie pubbliche, i proprietari saranno obbligati a cedere il terreno necessario, senz'altra formalità. Il relativo compenso sarà determinato secondo gli artt. 39, 40 e 41, salvi quei concorsi nelle opere di sistemazione e di conservazione delle vie che dai regolamenti locali fossero per questo caso speciale imposti.

⁹ Merita un cenno, sia pure nelle note, l'art. 101: "La presente legge avrà esecuzione dal 1° settembre 1865, rimanendo abrogate tutte le leggi, regolamenti, e disposizioni che ora reggono l'espropriazione per causa di pubblica utilità nelle diverse Province del Regno".

Ai sensi dell'art. 39: "Nei casi di occupazione totale, la indennità dovuta all'espropriato consisterà nel giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita".

Invece, in base all'art. 40: "Nei casi di occupazione parziale, l'indennità consisterà nella differenza tra il giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile avanti l'occupazione, ed il giusto prezzo che potrà avere la residua parte di esso dopo l'occupazione"¹⁰.

In sostanza il criterio di riferimento per determinare la misura dell'indennità di espropriazione è sempre costituito dal valore venale, dal valore di mercato, del bene¹¹.

La relazione al testo della legge¹² si sofferma su parecchie questioni che la nuova normativa intende risolvere, ma nessun accenno riguarda la misura dell'indennità di espropriazione: viene data per scontata e non bisognevole di alcuna spiegazione la circostanza che il valore di mercato costituisca il criterio di riferimento più adeguato per l'attuazione del principio della "giusta indennità" previsto dall'art. 29 dello Statuto albertino¹³.

Il criterio del valore di mercato, fissato dagli artt. 39 e 40, viene poi espressamente utilizzato e adattato, per una pluralità di fattispecie, da diversi e successivi articoli della medesima legge: art. 41 (i vantaggi speciali ed immediati derivanti dall'espropriazione alla porzione dei fondi non espropriate), art. 80 (l'abbandono all'espropriante dei fondi gravati da contributo per il maggior valore acquisito), art. 91 (gli effetti sospensivi del procedimento e-

¹⁰ Importante era anche l'art. 41 della legge in esame, che teneva conto, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione, dei vantaggi speciali conseguiti dalla porzione di bene immobile non espropriata: "Qualora dall'esecuzione dell'opera pubblica derivi un vantaggio speciale e immediato alla parte del fondo non espropriata, questo vantaggio sarà stimato e detratto dalla indennità quale sarebbe se fosse calcolata a norma dell'articolo precedente.

Se il vantaggio di cui è detto qui sopra sarà stimato a più di un quarto della indennità che, secondo l'art. 40, sarebbe dovuta al proprietario, questi potrà abbandonare all'espropriante l'intero immobile pel giusto prezzo stimato a termini dell'art. 39, sempreché il giusto prezzo della parte del fondo espropriata superi il quarto del giusto prezzo dell'intero immobile.

L'espropriante può esimersi dall'accettare questo abbandono, pagando una somma non minore dei tre quarti della indennità stimata, a norma dell'art. 40.

In ogni caso però la indennità dovuta al proprietario non potrà essere mai minore della metà di quella che gli spetterebbe ai termini dell'art. 40".

¹¹ Di recente, su questo punto, Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 76, osserva: "è noto che già l'art. 39 della legge 25 giugno 1865 n. 2359 determinava l'indennità di espropriazione nel «giusto prezzo» che . . . avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita» (e cioè nel valore di mercato del bene medesimo); ed è in relazione all'espressione utilizzata da tale norma che si è definita la sintetica dizione di «valore venale», quale parametro di determinazione dell'indennità secondo la legge fondamentale sull'espropriazione (in tal senso, Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 1985, n. 4091). Anche la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007 n. 348 (sulla scorta della ivi ampiamente richiamata decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 marzo 2006, Scordino), espressamente afferma che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene ablato".

¹² Per la relazione al testo della legge n. 2359 del 1865 si veda la nota 6.

¹³ Disponeva l'art. 29 dello Statuto albertino: "«Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi»".

spropriativo in attesa del deposito o del pagamento delle indennità), art. 94 (l'indennità ai proprietari delle aree dove devono essere costruite le vie pubbliche) e art. 100 (le indennità per le espropriazioni iniziate prima della nuova legge ed ancora in corso al momento della sua efficacia).

E' il caso di osservare subito che l'immediata identificazione tra indennità di espropriazione e valore di mercato, effettuata nel 1865, diventerà negli anni successivi, fino ad oggi, un delicatissimo problema tanto nella legislazione, quanto nella giurisprudenza. Le finanze pubbliche, a qualsiasi livello, statale, provinciale, comunale, non erano in grado di sostenere spese tanto ingenti, considerata anche la grandissima necessità (che esiste pure oggi) di opere pubbliche e di pubblica utilità.

La legge del 1865, sotto il profilo dell'indennità di espropriazione, non distingueva neppure – come invece accade al presente – tra espropriazioni per la realizzazione di opere nell'ambito di riforme economiche e sociali ed espropriazioni per dare vita ad una singola, isolata ed ordinaria, opera pubblica, ma le accomunava, imponendo per tutte la corrispondenza del valore di mercato dei beni assoggettati ad espropriazione.

A partire dal 1885, verranno, via via, approvate numerose leggi che ragguaglieranno l'indennità a valori molto più bassi di quello di mercato e le deroghe diventeranno tanto diffuse, al punto da privare la legge del 1865 di ogni possibilità di pratica attuazione. Le relative vicende vengono esaminate nei paragrafi successivi.

4. Modifiche interne alla legge n. 2359 del 1865

La legge n. 2359 del 1865, negli anni successivi alla sua entrata in vigore, ha subito due tipi di modificazioni: nel primo tipo si possono raccogliere quelle interne, intendendo per tali le modifiche al testo delle sue disposizioni, al suo articolato (che vengono esaminate nel presente paragrafo); nel secondo tipo si possono includere i provvedimenti legislativi che lasciano formalmente intatta la legge originaria, ma che contengono, proprio per la determinazione dell'indennità di espropriazione, criteri radicalmente diversi (che vengono esaminati in tutti i paragrafi successivi).

Quelli del primo tipo sono stati pochi aggiustamenti, tutto sommato marginali, che non hanno alterato le principali e fondamentali caratteristiche della legge del 1865.

Queste modifiche erano contenute: nella legge 18 dicembre 1879, n. 5188, nel regio decreto 8 febbraio 1923, n. 422, nel regio decreto legge 11 marzo 1923, n. 691, convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 1925, n. 473, nella legge 20 marzo 1968, n. 391.

Inoltre, anche se non modificavano espressamente il testo della legge base, bisognava tenere conto, per l'interpretazione ed applicazione di alcune sue disposizioni, delle norme (anche in questo caso, poche) contenute: nelle leggi 3 aprile 1926, n. 686; 1° giugno 1939, n. 1089 (artt. 54-57 sulla Tutela delle cose d'interesse artistico o storico); 25 agosto 1940, n. 1382.

Infine, la legge n. 2359 del 1865 è stata abrogata, a decorrere dal 30 giugno 2003, dall'art. 58 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

L'abrogazione è stata confermata (ma che bisogno c'era?) dall'art. 24 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

La stranezza della conferma dell'abrogazione è dovuta alla disposizione "taglia-leggi" di cui al comma 1 dell'art. 24 da ultimo citato, ai sensi del quale: "A far data dal centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto sono o restano abrogate le disposizioni elencate nell'Allegato A". Ed in questo allegato è ripetuta la presenza della già abrogata legge n. 2359 del 1865¹⁴.

5. L'entrata in vigore di provvedimenti legislativi contenenti criteri diversi per la determinazione dell'indennità di espropriazione

Molto più interessante e complessa, della vicenda cui ora si è fatto cenno, è quella riguardante l'entrata in vigore di provvedimenti legislativi contenenti criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione, diversi da quelli stabiliti dagli artt. 39 e 40 della legge n. 2359 del 1865.

In base ai nuovi criteri, il calcolo dell'indennità di espropriazione in base al valore di mercato del bene espropriato, viene progressivamente e, infine, completamente reso inutilizzabile.

Le deroghe iniziano con la legge 15 gennaio 1885, n. 2892, pel risanamento della città di Napoli¹⁵, che, all'art. 13, fissava l'indennità di espropriazione in misura corrispondente

¹⁴ Probabilmente si è voluto dimostrare all'opinione pubblica che il decreto taglia-leggi incideva massicciamente sulla legislazione italiana, includendovi anche provvedimenti non più in vita.

¹⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 14, di lunedì 19 gennaio 1885, Tipografia della Gazzetta Ufficiale, Roma.

alla metà del valore di mercato, più la metà del coacervo (della somma) dei fitti dell'ultimo decennio¹⁶.

Segue la legge “ferroviaria” 7 luglio 1907, n. 429 “sull'ordinamento dell'esercizio di Stato delle ferrovie non concesse ad imprese private”, che prevede un'indennità calcolata come differenza tra il valore del bene, prima e dopo l'espropriazione, utilizzando i criteri della legge per il risanamento della città di Napoli¹⁷.

Va poi segnalato il regio decreto-legge 6 luglio 1931, n. 981, convertito nella legge 24 marzo 1932, n. 355, recante norme generali e prescrizioni tecniche per l'attuazione del piano regolatore e di ampliamento della città di Roma, che disponeva, agli artt. 4 e 5, un nuovo metodo di calcolo dell'indennità, basato sulla media del valore di mercato e dell'imponibile netto alla data dello stesso decreto¹⁸, mentre, per le aree destinate a piazze, strade e spazi di uso pubblico, fissava il ragguglio dell'indennità al puro valore di mercato del terreno, considerato indipendentemente dalla sua edificabilità.

Come osservò la Corte costituzionale, nella sentenza 25 maggio 1957, n. 61, il criterio per l'indennità espropriativa, stabilito per la città di Roma, non ebbe un'applicazione isolata, ma costituì il punto di partenza per numerose deroghe all'applicazione della legge n. 2359 del 1865: “agli stessi criteri, o a criteri analoghi, si ispirano molti altri provvedimenti legislativi, come quelli relativi ai piani regolatori di Bologna, Novara, Milano, Como, ecc.”.

¹⁶ Più esattamente, il citato art. 13, al comma 3 e seguenti, stabiliva: “L'indennità dovuta ai proprietari degli immobili espropriati sarà determinata sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio purché essi abbiano la data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione. In difetto di tali fitti accertati l'indennità sarà fissata sull'imponibile netto agli effetti delle imposte su terreni e su fabbricati.

I periti non dovranno, nella stima per l'indennità, tener conto dei miglioramenti e delle spese, fatti dopo la pubblicazione ufficiale del piano di risanamento”.

Secondo la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348: la legge per il risanamento della città di Napoli “essendo mirata al risanamento di una grande città, prevedeva coerentemente il ricorso, ai fini della media, alla somma risultante dai «fitti coacervati» dell'ultimo decennio. C'era l'evidente e dichiarata finalità di indennizzare i proprietari di fabbricati ricadenti nell'area urbana, tenendo conto che gli stessi erano per lo più degradati, ma densamente abitati da inquilini che pagavano alti canoni di locazione. Si intendeva, in tal modo, indennizzare i proprietari per il venir meno di un reddito concreto costituito dai fitti che gli stessi percepivano. L'indennizzo così calcolato poteva essere anche più alto del valore venale del bene in sé e per sé considerato”.

Però, come obietta SILVIO BOCCALATTE, *La proprietà e la legge. Esproprio e tutela della proprietà nell'ordinamento giuridico italiano*, Rubbettino – Leonardo Facco, 2004, p. 30 s., se lo scopo del legislatore era quello di favorire i proprietari di case con la corresponsione di alte indennità, in realtà la pratica applicazione della legge condusse a risultati ben diversi e ad esigue indennità, poiché pochissimi proprietari furono in grado di dimostrare – come richiedeva la legge – la data certa di dieci annualità dei canoni di fitto.

¹⁷ SILVIO BOCCALATTE, *op. ult. cit.*, p. 18, nota 32, elenca numerose leggi che prevedevano, negli anni dal 1907 al 1932, indennità inferiori al valore di mercato dei beni assoggettati ad espropriazione.

¹⁸ Il valore andava capitalizzato ad un tasso dal 3,50 % al 7 % secondo le condizioni dell'immobile.

Una deroga molto più ampia al criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione secondo la legge n. 2359 del 1865, mosse i primi, ma già consistenti, passi con la legge 22 ottobre 1971, n. 865, sull'edilizia residenziale pubblica, e successive modificazioni¹⁹.

In sostanza, per le aree esterne ai centri edificati, l'indennità di espropriazione doveva essere commisurata al valore agricolo medio, corrispondente al tipo di coltura in atto, praticata nell'area oggetto di espropriazione; invece, per le aree comprese nei centri edificati, l'indennità doveva essere commisurata al valore agricolo medio della coltura più redditizia²⁰.

Siffatti criteri di calcolo dell'indennità furono estesi dalla legge 27 giugno 1974, n. 247, a tutte le espropriazioni comunque preordinate alla realizzazione di opere o d'interventi da parte dello Stato, delle Regioni, delle Provincie, dei Comuni o di altri enti pubblici o di diritto pubblico, anche non territoriali²¹.

L'estensione delle deroghe ai criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione stabiliti dalla legge n. 2359 del 1865 era, a questo punto, generalizzata e la vecchia legge restava in vigore, ma senza possibilità di pratiche applicazioni²².

Poi, la Corte costituzionale, con sentenza 30 gennaio 1980, n. 5, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, commi 5, 6 e 7, della legge n. 865 del 1971 e successive modificazioni, per contrasto con gli artt. 3 e 42 della Costituzione²³.

¹⁹ Il titolo completo della legge è: "Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica; norme sulla espropriazione per pubblica utilità; modifiche ed integrazioni alle leggi 17 agosto 1942, n. 1150; 18 aprile 1962, n. 167; 29 settembre 1964, n. 847; ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 276 del 30 ottobre 1971.

Sulla questione dell'indennità di espropriazione, la legge subì importanti modificazioni con il decreto-legge 2 maggio 1974, n. 115, convertito con modificazioni dalla legge 27 giugno 1974, n. 247, e con la legge sul regime dei suoli 28 gennaio 1977, n. 10.

²⁰ La coltura più redditizia andava individuata in quella che, nella regione agraria in cui ricadeva l'area da espropriare, copriva una superficie superiore al 5 % di quella coltivata nella regione agraria stessa, moltiplicata per determinati coefficienti.

²¹ E' questa la principale ragione per cui, come affermato all'inizio del paragrafo 5, il calcolo dell'indennità di espropriazione in base al valore di mercato del bene espropriato, di cui alla legge del 1865, viene progressivamente e completamente reso inutilizzabile nella pratica attuazione.

²² Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre, Affaire Scordino c. Italie*, nella decisione del 29 marzo 2006, afferma, nel paragrafo 49: "La loi no 865/1971 (complétée par l'article 4 du décret-loi no 115/1974, devenu par la suite la loi no 247/1974, ainsi que par l'article 14 de la loi no 10/1977) introduisit de nouveaux critères: l'indemnisation pour tout terrain, qu'il fût agricole ou constructible, devait être calculée comme s'il s'agissait d'un terrain agricole".

²³ Più precisamente la Corte dichiarò la illegittimità costituzionale: a) dell'art. 16, commi 5, 6 e 7, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, come modificati dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10; b) dell'art. 19, comma 1, della legge 28 gennaio 1977, n. 10 e dell'art. 20, comma 3, della legge 92 ottobre 1971, n. 865, come modificato dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10; c) dell'articolo unico della legge 27 giugno 1974, n. 247 nella parte in cui, convertendo in legge, con modificazioni, il decreto-legge 2 maggio 1974, n. 115, ne modifica l'art. 4, estendendo l'applicazione delle disposizioni dell'art. 16, commi 5, 6 e 7, della legge n. 865 del 1971 a tutte le espropriazioni comunque preordinate alla realizzazione di opere o di interventi da parte dello stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni o di altri enti pubblici o di diritto pubblico anche non territoriali.

A seguito della sentenza, venne approvata la legge 29 luglio 1980, n. 385, che stabilì, in via provvisoria (da qui la denominazione di “legge tampone”), una temporanea efficacia, e salvo futuro conguaglio, dei criteri illegittimi²⁴, ma anche tali norme vennero dichiarate in contrasto con gli artt. 42 e 136 della Costituzione, dalla sentenza della Corte costituzionale 21 luglio 1983, n. 223.

6. Una prima ripresa di operatività della legge n. 2359 del 1865

E' importante chiarire subito che le due sentenze citate alla fine del paragrafo precedente, secondo la consolidata interpretazione offerta da successive sentenze della stessa Corte costituzionale²⁵, si riferivano esclusivamente ai criteri di determinazione dell'indennità per le aree con destinazione edificatoria.

Pertanto, per queste ultime aree, in conseguenza delle declaratorie d'illegittimità costituzionale dell'art. 16, commi 5, 6 e 7, della legge n. 865 del 1971 e successive modificazioni, l'indennità doveva essere liquidata (in assenza di una disciplina sostitutiva delle disposizioni caducate) sulla base del loro valore di mercato, ai sensi dell'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, proprio per la ragione che si trattava di una disciplina non abrogata, ma soltanto derogata dalla legislazione successiva²⁶.

La ripresa di operatività del criterio del valore di mercato vale per il periodo tra il 1983 (data della citata sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1983) e il 1992 (data in

²⁴ La legge n. 385 del 1980 aveva stabilito che le indennità di espropriazione fossero provvisoriamente liquidate secondo i criteri (costituzionalmente illegittimi) previsti dalla legge n. 865 del 1971 e successive modificazioni, salvo un conguaglio che sarebbe stato stabilito da una futura e apposita legge, da emanarsi entro un anno, termine successivamente prorogato dal decreto-legge 29 maggio 1982, n. 298 (convertito nella legge 29 luglio 1982, n. 481) e dalla legge 23 dicembre 1982, n. 943.

²⁵ In particolare le sentenze della Corte costituzionale: 30 luglio 1984, n. 231; 21 dicembre 1985, n. 355; 9 novembre 1988, n. 1022; 19 aprile 1990, n. 216.

²⁶ Così si esprimono le sentenze della Corte costituzionale, citate nella nota precedente, n. 1022 del 1988 e n. 216 del 1990, nonché le sentenze della stessa Corte: 16 giugno 1993, n. 283; 24 ottobre 2007, n. 348, con le quali veniva reso nuovamente applicabile il criterio del valore venale, quale previsto dall'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione prima, nella sentenza 29 luglio 2004 (*Affaire Scordino c. Italie*), ha preso atto della circostanza che, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1983, la legge del 1865, secondo cui l'indennità di espropriazione di un terreno corrispondeva al valore di mercato dello stesso, riprendeva di nuovo a produrre i propri effetti. Paragrafo 17 della sentenza: “En conséquence de cet arrêt, la loi n° 2359 de 1865, selon laquelle l'indemnité d'expropriation d'un terrain correspondait à la valeur marchande de celui-ci, déploya de nouveau ses effets”. Paragrafo 51 della sentenza: “A la suite de l'arrêt n° 223 de 1983, la loi n° 2359 de 1865 déploya de nouveau ses effets par conséquent, un terrain constructible devait être indemnisé à hauteur de sa valeur marchande (voir, par exemple, Cour de cassation, sec. I, arrêt n° 13479 du 13 décembre 1991 sec. I, arrêt n° 2180 du 22 février 1992)”. Ugualmente, per Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre, Affaire Scordino c. Italie*, decisione del 29 marzo 2006, paragrafo 55: « A la suite de l'arrêt no 223 de 1983, l'article 39 de la loi no 2359/1865 déploya de nouveau ses effets; par conséquent, un terrain constructible devait être indemnisé à hauteur de sa valeur marchande (voir, par exemple, Cour de cassation, sec. I, arrêt no 13479 du 13 décembre 1991; sec. I, arrêt no 2180 du 22 février 1992 ; Assemblée plénière, arrêt no 3815 du 29 août 1989)».

cui entra in vigore l'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992, di cui si parla nel paragrafo successivo)²⁷.

Invece, le norme della legge n. 865 del 1971 e successive modificazioni erano da ritenersi del tutto applicabili all'espropriazione di aree con destinazione agricola, in relazione alle quali non era stato riconosciuto sussistente alcun profilo d'incostituzionalità, stante il collegamento della liquidazione dell'indennità con le effettive caratteristiche e con la destinazione economica del bene²⁸.

7. L'indennità di espropriazione secondo l'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992

La legge 8 agosto 1992, n. 359, conteneva un art. 5 bis frutto di nuovi criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione²⁹.

²⁷ Cfr. Corte costituzionale n. 348 del 2007.

²⁸ In questi sensi è del tutto chiara la sentenza della Corte costituzionale 9 novembre 1988, n. 1022.

²⁹ La legge n. 359 del 1992 ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica. Soltanto nella legge di conversione fa la sua comparsa l'art. 5 bis. Di seguito diamo il testo dell'art. 5 bis, così come risultava in seguito alle modifiche di cui all'art. 1, comma 65, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 e all'art. 3 comma 65 della legge 23 dicembre 1996, n. 662:

“1. Fino all'emanazione di un'organica disciplina per tutte le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opere o interventi da parte o per conto dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni e degli altri enti pubblici o di diritto pubblico, anche non territoriali, o comunque preordinate alla realizzazione di opere o interventi dichiarati di pubblica utilità, l'indennità di espropriazione per le aree edificabili è determinata a norma dell'articolo 13, terzo comma, della legge 15 gennaio 1885, n. 2892, sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato di cui agli articoli 24 e seguenti del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. L'importo così determinato è ridotto del 40 %.

2. In ogni fase del procedimento espropriativo il soggetto espropriato può convenire la cessione volontaria del bene. In tal caso non si applica la riduzione di cui al comma 1.

3. Per la valutazione delle edificabilità delle aree, si devono considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio.

4. Per le aree agricole e per quelle che, ai sensi del comma 3, non sono classificabili come edificabili, si applicano le norme di cui al titolo II della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni ed integrazioni.

5. Con regolamento da emanare con decreto del Ministro dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti i criteri e i requisiti per la individuazione della edificabilità di fatto di cui al comma 3.

6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano in tutti i casi in cui non sono stati ancora determinati in via definitiva il prezzo, l'entità dell'indennizzo e/o del risarcimento del danno, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

7. Nella determinazione dell'indennità di espropriazione per i procedimenti in corso si applicano le disposizioni di cui al presente articolo.

7 bis. In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 %. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 %. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato”.

Successivamente i commi 1 e 2 sono stati dichiarati illegittimi dalla sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348; il comma 6 è stato dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale 2 novembre 1996, n. 369 (questa sentenza ha fatto rivivere l'originaria stesura del comma 6, che recitava: “Le disposizioni di cui al presente articolo in materia di determinazione dell'indennità di espropriazione non si ap-

In sintesi, l'indennità per le aree edificabili doveva essere determinata calcolando la metà del valore di mercato del bene espropriato (per questo aspetto veniva seguito il modello dell'art. 13 della legge per il risanamento della città di Napoli, n. 2892 del 1885) più alcuni spiccioli derivanti dal calcolo della metà del reddito dominicale dell'ultimo decennio rivalutato (con i coefficienti di aggiornamento utilizzati ai fini delle imposte dirette).

L'importo così determinato veniva ridotto del 40 %; vale a dire che per le aree edificabili veniva corrisposto circa il 30 % del valore di mercato, più i suddetti spiccioli³⁰.

Tuttavia, se l'espropriato conveniva la cessione volontaria del bene, non si applicava la riduzione del 40 %.

Per le aree agricole e per quelle non edificabili, continuava ad applicarsi l'indennità basata sul valore agricolo medio del terreno (secondo le norme di cui al titolo II della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni).

I nuovi criteri, contenuti nel suddetto art. 5 bis, assumevano una durevole stabilità, fino al 2007, cioè per circa 15 anni: vicenda paradossale, perché la disposizione era nata come misura provvisoria, eccezionale e urgente, in attesa di un'organica disciplina per tutte le espropriazioni.

Anche il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (contenente il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), entrato in vigore a partire dal 30 giugno 2003, ripeteva, nel suo art. 37, gli stessi criteri³¹.

8. *La misura dell'indennità di espropriazione e la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale*

plicano ai procedimenti per i quali l'indennità predetta sia stata accertata dalle parti o sia divenuta non impugnabile o sia stata definita con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"); il comma 7 bis è stato dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 349.

Infine tutto l'art. 5 bis è stato abrogato dall'art. 58 del Testo unico per l'espropriazione di cui al D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

³⁰ Come osserva la Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, nella sentenza 29 luglio 2004 (*Affaire Scordino c. Italia*), paragrafo 54: "En pareil cas, l'indemnité correspond à 30 % de la valeur marchande. Sur ce montant, un impôt de 20 % à la source est appliqué (impôt prévu par l'article 11 de la loi n° 413 de 1991)". L'identica osservazione si trova nei paragrafi 58 e 101 della sentenza della *Grande Chambre* del 29 marzo 2006. Anche la sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007, sulla scia delle sentenze della Corte europea, riconosce infine che la ridotta indennità spettante ai proprietari espropriati viene ulteriormente falcidiata dall'imposizione fiscale, che si attesta su valori di circa il 20 %. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.

³¹ Per la citata sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007: il criterio dichiaratamente provvisorio previsto dall'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 era divenuto definitivo, ad opera dell'art. 37 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, che contiene una norma identica, conformemente, del resto, alla natura di atto normativo compilativo del testo unico.

La Corte costituzionale, fino alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (che vedremo nel paragrafo successivo) e fino alla sua sentenza n. 348 del 2007 (di cui diremo nel paragrafo 10), aveva sempre mantenuto chiari punti fermi, veri e propri capisaldi, in relazione alla misura dell'indennità di espropriazione, a cominciare dalla sentenza n. 61 del 25 maggio 1957.

Secondo il giudice delle leggi, deve necessariamente esserci un rapporto **tra** la misura dell'indennità e gli scopi di pubblica utilità dell'espropriazione che devono essere coordinati e contemperati il più possibile con l'interesse privato, ma che non possono a questo essere subordinati, al punto che una considerazione integrale di esso finisca praticamente per impedire la realizzazione degli scopi di pubblica utilità. A questi criteri, ai quali si sono ispirate le varie leggi di espropriazione nel determinare la misura e i modi dell'indennizzo, si ispira anche l'art. 42 della Costituzione, nel far salvo l'indennizzo ai proprietari.

Non é ammissibile che proprio la Costituzione, con tutte le finalità di progresso sociale che la ispirano, abbia inteso, relativamente all'indennizzo, arrestarsi e ritornare al criterio della effettiva corrispondenza al valore venale dell'immobile, che già le leggi precedenti, nella considerazione di finalità sociali, avevano superato.

Posta la necessità di coordinazione col pubblico interesse, indennizzo non può significare un integrale risarcimento, ma soltanto il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di generale interesse, la pubblica amministrazione può garantire all'interesse privato. Ciò importa che la valutazione comparativa di tali interessi e il modo come pervenire al massimo della rispettiva soddisfazione deve essere il risultato di un complesso e vario esame di elementi tecnici, economici, finanziari, politici, che soltanto il legislatore può compiere.

Comunque – afferma sempre la Corte costituzionale - é evidente che un indennizzo stabilito in misura simbolica sarebbe un indennizzo inesistente. In tal caso la norma relativa verrebbe indubbiamente a porsi in contrasto con l'art. 42 Cost. e come tale rientrerebbe sotto il controllo della Corte ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

L'orientamento ora riferito viene confermato dalle successive sentenze della Consulta, ad esempio: 18 febbraio 1960, n. 5 (che, tra l'altro, osserva: il Costituente non ha inteso, relativamente all'indennizzo, adottare il solo criterio della effettiva corrispondenza al valore venale dell'immobile, fissato dall'art. 39 della legge generale 25 giugno 1865, n. 2359. Tale criterio era già stato superato da leggi successive); 18 giugno 1963, n. 91; 9 aprile 1965, n. 22; 28 aprile 1970, n. 63; 6 marzo 1974, n. 58; 22 gennaio 1976, n. 15; 6 dicembre 1977, n.

138; 30 gennaio 1980, n. 5 (questa pronuncia ha stabilito che “l’indennizzo assicurato all’espropriato dall’art. 42, comma 3, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione della perdita subita – in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l’interesse generale che l’espropriazione mira a realizzare – non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell’indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge”); 15 luglio 1983, n. 223; 30 luglio 1984, n. 231; 12 maggio 1988, n. 530; 9 novembre 1988, n. 1022; 29 dicembre 1988, n. 1165; 19 aprile 1990, n. 216; 22 aprile 1991, n. 173; 16 giugno 1993, n. 283 (una sentenza molto interessante, che ricostruisce il costante orientamento della Corte sulla determinazione dell’indennità di espropriazione e che afferma: il legislatore rimane libero di adottare criteri più o meno automatici di determinazione dell’indennizzo, per esempio rapportandolo al valore catastale dell’immobile, oppure alla media, eventualmente corretta, del valore venale col reddito dominicale rivalutato. Nell’esercizio di questa discrezionalità il legislatore opera il coordinamento e bilanciamento con il pubblico interesse, peraltro tenendo anche conto delle esigenze della finanza pubblica, che - come già ritenuto da questa Corte nella sentenza n. 15 del 1976 - legittimamente possono ispirare la scelta del criterio mediato soprattutto se inserito nel contesto di una più vasta ed organica manovra finanziaria dello Stato. Tale mediazione tra l’interesse generale sotteso all’espropriazione e l’interesse privato, espresso dalla proprietà privata, non può fissarsi in un indefettibile e rigido criterio quantitativo, ma risente sia del contesto complessivo in cui storicamente si colloca, sia dello specifico che connota il procedimento espropriativo, non essendo il legislatore vincolato ad individuare un unico criterio di determinazione dell’indennità, valido in ogni fattispecie espropriativa); 19 marzo 1996, n. 80; 2 novembre 1996, n. 369; 30 aprile 1999, n. 147.

Si può considerare una isolata eccezione al riferito orientamento consolidato (eccezione fortemente condizionata dalla legislazione effettivamente applicabile al momento della pronuncia, consistente nella ripresa di operatività dei criteri della legge del 1865), la sentenza della Corte costituzionale 9 novembre 1988, n. 1022, secondo cui: l’indennizzo dell’espropriato, che è costituzionalmente garantito (art. 42, comma 3, Cost.) e che si configura come presupposto di legittimità del provvedimento di espropriazione (cfr. art. 48 legge n. 2359 del 1865), deve assumere il carattere di un serio ristoro (sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983); esso si pone, alla stregua della ripresa di operatività della legge n. 2359 del

1865, come diritto dell'espropriato al valore venale o di scambio del bene (art. 39 legge n. 2359 cit.).

9. *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sull'indennità di espropriazione*

Fondamentale per gli sviluppi successivi prodotti in Italia sulla disciplina legislativa della misura da riconoscere all'indennità di espropriazione, è stata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre* di Strasburgo, 29 marzo 2006, *Affaire Scordino c. Italie* (No 1).

Tale decisione è stata preceduta dalla sentenza della Corte europea, Sez. I, 29 luglio 2004, *Affaire Scordino c. Italie* (No 1). Già in quella sede i ricorrenti avevano osservato che l'indennità di espropriazione ricevuta corrispondeva al 40 % del valore del bene e che non poteva essere considerata in ragionevole rapporto con tale valore; inoltre l'indennità era stata ulteriormente diminuita del 20 % a causa dell'imposta alla fonte, prevista dalla legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Considerato il margine di apprezzamento che l'art. 1 del protocollo n. 1 lascia alle autorità nazionali, la Sez. I della Corte aveva ritenuto la somma ricevuta dai ricorrenti priva di un ragionevole rapporto con il valore della proprietà espropriata e, di conseguenza, che il giusto equilibrio era stato rotto³².

La *Grande Chambre* 29 marzo 2006, investita della questione a seguito del reclamo proposto dal Governo italiano avverso la sopra indicata sentenza della Sez. I, afferma i seguenti principi fondamentali in tema di misura dell'indennità di espropriazione³³:

a) Un'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni (diritto di proprietà) deve condurre ad un «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo³⁴. La preoccupazione di assicurare un tale equilibrio si riflette nell'intera struttura³⁵ dell'art. 1 del Protocollo n. 1, dunque anche

³² Sia la Sez. I della Corte europea, 29 luglio 2004, sia la *Grande Chambre*, 29 marzo 2006, si pronunciano, interpretando la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, cui è stata data esecuzione in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), e interpretando l'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

³³ Paragrafi da 93 a 97 della sentenza del 29 marzo 2006.

³⁴ Qui la sentenza cita la decisione *Sporrong et Lönnroth c. Suede*, 23 settembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69.

³⁵ Recita l'art. 1 del Protocollo n. 1: « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

nella seconda frase, che va letta alla luce del principio consacrato dalla prima frase. In particolare, deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità fra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da ogni misura applicata dallo Stato, ivi incluse le misure che privano una persona della sua proprietà³⁶;

b) nel controllare il rispetto di questa esigenza, la Corte europea riconosce allo Stato un grande margine di apprezzamento, tanto nello scegliere le modalità di realizzazione quanto nello stabilire se le loro conseguenze trovino legittimazione nell'interesse generale³⁷. Tuttavia, la Corte non rinuncia al suo potere di controllo in virtù del quale le compete di verificare che l'equilibrio voluto sia stato preservato in modo compatibile con il diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni³⁸, ai sensi della prima frase dell'art. 1 del Protocollo n. 1;

c) al fine di stabilire se la misura contestata rispetti il «giusto equilibrio» voluto e in particolare se non faccia gravare sui ricorrenti un peso sproporzionato, bisogna prendere in considerazione le modalità di indennizzo previste dalla legislazione interna. A questo riguardo, la Corte europea ha già affermato che, senza il versamento di una somma ragionevolmente in rapporto con il valore del bene, una privazione di proprietà costituisce normalmente un'ingerenza eccessiva. Una mancanza totale di indennizzo non è giustificabile a fronte dell'art. 1 del Protocollo n. 1 se non per circostanze eccezionali³⁹. L'art. 1 del Protocollo n. 1 non garantisce affatto in tutti i casi il diritto ad un ristoro integrale⁴⁰;

d) se è vero che in numerosi casi di espropriazione legittima, come l'espropriazione isolata di un terreno in vista della costruzione di una strada o per altri fini di pubblica utilità, soltanto un indennizzo integrale può essere considerato in rapporto ragionevole con il valore del bene, questa regola non è tuttavia priva di eccezioni⁴¹;

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

³⁶ Qui vengono citate le decisioni: *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A no 332, p. 23, § 38; *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], no 25701/94, § 89-90, CEDH 2000-XII; *Sporrong et Lönnroth*, *supra cit.*, p. 28, § 73.

³⁷ Per questo aspetto viene citata la decisione *Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 75, CEDH 1999-III.

³⁸ *Jahn et autres c. Allemagne* [GC], nos 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 93, CEDH 2005, 95.

³⁹ *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A, p. 35, § 71, *Ex-Roi de Grèce et autres*, *supra cit.*, § 89.

⁴⁰ *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98, p. 36, § 54 ; *Broniowski c. Pologne* [GC], no 31443/96, § 182, CEDH 2004-V.

⁴¹ *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC] (satisfaction équitable), no 25701/94, § 78.

e) legittimi obiettivi di pubblica utilità, come quelli che perseguono le misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono giustificare un rimborso inferiore al pieno valore di mercato⁴².

Dopo aver affermato i suddetti principi, la *Grande Chambre* ha constatato che l'indennità concessa nel caso Scordino era stata calcolata sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 ed ha osservato che detti criteri si applicano a qualsiasi opera pubblica da realizzare nel contesto dell'espropriazione.

Nel caso di specie, si trattava di un'espropriazione isolata, non collocabile nel quadro di una riforma economica, sociale o politica, né in alcuna altra circostanza particolare. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che non sussista alcun obiettivo legittimo di pubblica utilità che possa giustificare una indennità inferiore al valore di mercato.

Avuto riguardo all'insieme delle considerazioni che precedono, la Corte europea ha affermato che l'indennità accordata ai ricorrenti non era adeguata, visto il suo debole importo e l'assenza di ragioni di pubblica utilità in grado di legittimare una somma inferiore al valore di mercato del bene. Ne consegue che i ricorrenti hanno dovuto sopportare un peso sproporzionato ed eccessivo che non può essere giustificato da un interesse generale legittimo perseguito dalle autorità. Pertanto, l'art. 1 del Protocollo n. 1 è stato violato⁴³.

10. La Corte costituzionale rivede la sua consolidata giurisprudenza: la sentenza n. 348 del 2007

In seguito alle sentenze della Corte europea (esaminate nel paragrafo precedente), la Corte di cassazione, con tre ordinanze⁴⁴, solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992, per violazione dell'art. 111, commi 1 e 2, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ed all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione stessa, nonché dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione ai citati artt. 6 CEDU e 1 del Protocollo n. 1.

La promozione del giudizio ha posto alla Corte costituzionale spinosissimi ed arcigni problemi.

⁴² *James et autres, supra cit.*, p. 36, § 54 ; *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, série A no 102 ; *Ex-Roi de Grèce et autres, supra cit.*, § 8 ; *Kopecký c. Slovaquie* [GC], no 44912/98, § 35, CEDH 2004-IX ; *Broniowski c. Pologne, supra cit.*, § 182 ; *Papachelass c. Grèce* ([GC], no 31423/96, CEDH 1999-II. Ugualmente la Corte ha ammesso indennità inferiori al valore di mercato nel caso della riunificazione della Germania: *von Maltzan et autres c. Allemagne* ([GC], nos 71916/01, 71917/01 et 10260/02, §§ 77 et 111-112, CEDH 2005 ; *Jahn et autres c. Allemagne* [GC], *supra cit.*

⁴³ Paragrafi 103 e 104 della sentenza, quest'ultimo ribadito dal successivo paragrafo 287, n. 1.

⁴⁴ Un'ordinanza del 29 maggio e due ordinanze del 19 ottobre 2006 pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2006 e nn. 6 e 7, prima serie speciale, dell'anno 2007.

La Corte di cassazione segnala che l'art. 5 bis era già stato oggetto di giudizio di costituzionalità, ma la Consulta aveva rigettato la questione di legittimità con la sentenza n. 283 del 1993, confermando poi quella sentenza con successive pronunce del medesimo orientamento.

A sua volta, la Corte costituzionale, nella sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, sottolinea che il giudice rimettente non le chiede di modificare la propria consolidata giurisprudenza in materia, ma rileva che il testo dell'art. 117, comma 1, Cost., riformato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) rende necessaria una nuova valutazione dell'art. 5 bis in relazione a questo parametro, non ancora esistente nel periodo in cui la pregressa giurisprudenza costituzionale si era formata.

La Corte costituzionale riconosce che il nuovo art. 117, comma 1, Cost. condiziona, tra l'altro, l'esercizio della potestà legislativa, sia statale sia regionale, al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Vi è, quindi, una maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive, inoltre queste norme vengono attratte nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti tra le fonti del diritto generano questioni di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi⁴⁵.

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, a cominciare dai giudici, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che, tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della CEDU, vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato loro attribuito dalla Corte europea, in quanto specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. E' questa una funzione interpretativa emimente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

⁴⁵ Nel 1996, non era presente il nuovo art. 117 Cost., con le conseguenze che la Corte costituzionale ne fa discendere in tema di obblighi internazionali, quando la Consulta, con sentenza 2 novembre 1996, n. 369, aveva affermato la mancanza di una copertura costituzionale per la determinazione dell'indennità di espropriazione in misura pari al valore di mercato del bene assoggettato ad espropriazione. Detta sentenza era intervenuta a fronte della questione di legittimità, prospettata dal Tribunale di Brindisi, dei criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione in contrasto con l'art. 1 del protocollo addizionale di Parigi 20 marzo 1952 della Convenzione europea, che ricalca l'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, per cui "nessun individuo può essere arbitrariamente privato della sua proprietà".

Le norme CEDU integrano il parametro costituzionale, però rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale: pertanto, devono essere conformi alla Costituzione e lo scrutinio della loro costituzionalità non si limita alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma deve estendersi (è questa una esigenza assoluta ed inderogabile) ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali⁴⁶.

Si deve, quindi, escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Il controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, *ex art. 117, comma 1, Cost.*, e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altre disposizioni della Costituzione.

Tanto premesso, la Corte costituzionale esamina l'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992, ricostruisce le vicende storiche che hanno portato alla sua formulazione e l'interpretazione che ne hanno dato le sentenze della Consulta stessa; poi concentra l'attenzione sui principi fissati, con la sentenza del 29 marzo 2006, dalla Grande Chambre⁴⁷ e sulle conclusioni cui la medesima è pervenuta.

I criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione previsti dalla legge italiana conducono alla corresponsione, in tutti i casi, di una somma largamente inferiore al valore di mercato, pertanto, l'Italia ha il dovere di porre fine ad una violazione sistematica e strutturale dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, anche allo scopo di evitare ulteriori condanne in un numero rilevante di controversie seriali pendenti davanti alla Corte di Strasburgo.

Infine, il criterio di calcolo dell'indennità previsto dall'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 viene esaminato analiticamente⁴⁸. Quel criterio, all'origine dichiaratamente provvisorio, è divenuto oggi definitivo, ad opera dell'identica norma contenuta nell'art. 37 del Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità.

In tal modo è venuta meno una delle condizioni che avevano indotto la Consulta a ritenere la norma censurata non incompatibile con la Costituzione. Di conseguenza, la norma censurata – che prevede un'indennità oscillante, in pratica, tra il 50 ed il 30 % del valore di mercato del bene – non può superare il controllo di costituzionalità in rapporto al “ra-

⁴⁶ Ciò – come spiega la sentenza n. 348 del 2007 – per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

⁴⁷ Principi che abbiamo dettagliatamente esaminato nel paragrafo precedente.

⁴⁸ Al riguardo richiamiamo quanto riportato nel paragrafo 7 del presente lavoro.

gionevole legame” con il valore di mercato, prescritto dalla Corte europea e coerente, del resto, con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata della Consulta.

Si tratta di una indennità inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falciata da un'imposizione fiscale, attestantesi su valori di circa il 20 %. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà. La Corte costituzionale si preoccupa anche di chiarire che il legislatore statale non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata. Spetta, pertanto, al legislatore di valutare se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti.

Certamente, espropriazioni isolate per finalità limitate non sono assimilabili a piani di espropriazione volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale.

Criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse, rispetto alle quali il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale.

È inoltre evidente che i criteri per la determinazione dell'indennità di espropriazione riguardanti aree edificabili devono fondarsi sulla base di calcolo rappresentata dal valore del bene, quale emerge dal suo potenziale sfruttamento non in astratto, ma secondo le norme ed i vincoli degli strumenti urbanistici vigenti nei diversi territori.

Tutto ciò considerato, il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, commi 1 e 2, della legge 8 agosto 1992, n. 359; dichiara, inoltre, l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale⁴⁹, dell'art. 37, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 327 del 2001, in quanto contenente norme identiche a quelle sopra dichiarate in contrasto con la Costituzione.

11. Gli attuali criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5 bis, commi 1 e 2, della legge n. 359 del 1992 e delle norme identiche contenute nell'art. 37, commi 1 e 2, del Testo unico dell'espropriazione n. 327 del 2001, rendeva necessario l'intervento del legislatore.

A tal fine ha provveduto la legge 24 dicembre 2007, n. 244, che (con il suo art. 2, comma 89) ha modificato l'art. 37 da ultimo citato.

Attualmente, l'indennità nel caso di espropriazione di aree edificabili deve essere determinata nella misura pari al valore venale, cioè al valore di mercato, del bene⁵⁰.

Tuttavia, quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 %. In ogni caso viene esclusa la rilevanza economica delle costruzioni realizzate abusivamente⁵¹.

Vi sono anche disposizioni esagerate che prevedono un'indennità superiore al valore di mercato: "Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁵⁰ Inoltre, ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 2, del Testo unico dell'espropriazione:

"Salvi gli specifici criteri previsti dalla legge, l'indennità di espropriazione è determinata sulla base delle caratteristiche del bene al momento dell'accordo di cessione o alla data dell'emanazione del decreto di esproprio, valutando l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista, anche nel caso di espropriazione di un diritto diverso da quello di proprietà o di imposizione di una servitù.

2. Il valore del bene è determinato senza tenere conto delle costruzioni, delle piantagioni e delle migliorie, qualora risulti, avuto riguardo al tempo in cui furono fatte e ad altre circostanze, che esse siano state realizzate allo scopo di conseguire una maggiore indennità. Si considerano realizzate allo scopo di conseguire una maggiore indennità, le costruzioni, le piantagioni e le migliorie che siano state intraprese sui fondi soggetti ad esproprio dopo la comunicazione dell'avvio del procedimento".

⁵¹ Il comma 4 dell'art. 37 in esame aggiunge: "Salva la disposizione dell'art. 32, comma 1, non sussistono le possibilità legali di edificazione quando l'area è sottoposta ad un vincolo di inedificabilità assoluta in base alla normativa statale o regionale o alle previsioni di qualsiasi atto di programmazione o di pianificazione del territorio, ivi compresi il piano paesistico, il piano del parco, il piano di bacino, il piano regolatore generale, il programma di fabbricazione, il piano attuativo di iniziativa pubblica o privata anche per una parte limitata del territorio comunale per finalità di edilizia residenziale o di investimenti produttivi, ovvero in base ad un qualsiasi altro piano o provvedimento che abbia precluso il rilascio di atti, comunque denominati, abilitativi della realizzazione di edifici o manufatti di natura privata".

un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del 10 %”.

Perché, a carico delle finanze pubbliche, si debbano pagare valori superiori a quelli di mercato, resta un mistero. A quanto ora riferito, è necessario aggiungere che, per le aree agricole e per quelle non edificabili, l'indennità di espropriazione continuava ad essere calcolata sulla base del criterio del valore agricolo medio, determinato da apposite commissioni provinciali. Però la Corte costituzionale, con sentenza, 10 giugno 2011, n. 181, ha affermato che la normativa basata sul valore agricolo medio delle aree (dettata dall'art. 5-bis della legge n. 359 del 1992 e dal titolo II della legge n. 865 del 1971, e successive modificazioni) è costituzionalmente illegittima, perché in contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, ed è anche in contrasto con l'art. 42, comma 3, Cost.

Attualmente, per la determinazione dell'indennità di espropriazione per le aree agricole e per quelle non edificabili, occorre fare riferimento, al valore del bene, tenendo conto delle caratteristiche di posizione del suolo, del valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), e quant'altro può incidere sul valore venale di esso.

12. Conclusioni

Nelle pagine precedenti si è esaminata la lunga e complessa vicenda storica circa l'individuazione della “giusta indennità di espropriazione” che interessa gli anni che vanno dal 1865 (anno in cui viene approvata la legge n. 2359) fino ai nostri giorni. Molte questioni sono ancora aperte ed è facile prevedere, considerate le fasi precedenti, che ci saranno altri interventi legislativi e altre pronunce della Corte costituzionale.

La legge del 1865 era caratterizzata da un'idea fondamentale: consistente nella determinazione dell'indennità in base al valore di mercato del bene assoggettato all'espropriazione; tutte le numerose leggi successive se ne erano discostate, fino all'inversione di marcia segnata dalla legge n. 244 del 2007 che ha riproposto – collocandola però in un contesto più variegato - l'idea originaria (modificando l'art. 37 del Testo unico dell'espropriazione di cui al D.P.R. n. 327/2001).

Si può affermare che la legge del 1865 ha attraversato cinque periodi di operatività, ciascuno con caratteri peculiari.

Il primo periodo va dal 1865 al 1885, anno in cui entra in vigore la legge n. 2892 per il risanamento della città di Napoli ed è quello del pieno dominio della “giusta indennità” pari al valore di mercato del bene assoggettato ad espropriazione, senza ulteriori e diversi tipi di indennità o distinzioni tra espropriazioni isolate ed espropriazioni per l’attuazione di riforme economiche e sociali. La legge del 1865 è considerata, per la sua stessa essenza, una grande riforma, sia per gli effetti di unificazione legislativa che realizza, sia perché forniva, sul piano economico e sociale, la risposta organica del nuovo Stato italiano al grande bisogno di opere pubbliche.

Il secondo periodo, quello di maggiore durata (quasi cento anni) va dal 1885 fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1983: entrano in vigore, a cominciare dalla legge per Napoli, numerosi provvedimenti legislativi contenenti criteri per la determinazione dell’indennità di espropriazione, diversi dal valore di mercato del bene e, nella pratica attuazione, sicuramente di ammontare molto più ridotto rispetto a quel valore. La legge del 1865 perde progressivamente i margini di attuazione fino al punto in cui la legge n. 247 del 1974 la svuota di ogni incidenza pratica. In quel momento la legge del 1865 ha soltanto una vita come pura forma di legge, priva di efficacia.

Il terzo periodo va dalla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1983 fino all’entrata in vigore dell’art. 5 bis della legge n. 359 del 1992. In questo periodo, in seguito alle ripetute declaratorie d’illegittimità costituzionale sia di commi essenziali (dal quinto al settimo) dell’art. 16 della legge n. 865 del 1971, sia delle successive modificazioni legislative, si verifica una diffusa efficacia della legge del 1865, proprio perché si trattava di una disciplina non abrogata, ma soltanto derogata dalla legislazione successiva. La ripresa di operatività è consistente, ma non è piena, non è assimilabile al primo periodo, in quanto vale soltanto per le aree edificabili, ma non per le aree agricole.

Il quarto periodo va dall’entrata in vigore dell’art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007 e alla conseguente nuova disciplina dell’indennità contenuta nel modificato art. 37 del Testo unico sull’espropriazione: la legge del 1865, questa volta, non perde progressivamente i margini di incidenza pratica, ma li perde immediatamente tutti, per effetto del suddetto art. 5 bis. Di nuovo, la legge del 1865 ha soltanto una vita come pura forma di legge, priva di efficacia. In questo periodo subisce anche il colpo di grazia: viene abrogata (addirittura – come constatato alla fine del paragrafo 4 - viene abrogata due volte), a decorrere dal 30 giugno 2003, dall’art. 58 del Te-

sto unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Il quinto periodo, quello attuale, inizia con la sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007 e con la necessaria nuova disciplina dell'indennità contenuta nel modificato art. 37 del Testo unico sull'espropriazione (anche essa avvenuta nel 2007). In sostanza, ci sono due criteri di riferimento per la "giusta indennità" di espropriazione delle aree edificabili: il primo ripropone l'idea fondamentale della legge del 1865, così che l'indennità deve essere determinata nella misura pari al valore di mercato del bene; però, quando l'espropriazione è rivolta ad attuare interventi di riforma economico-sociale, va utilizzato un secondo criterio l'indennità è ridotta del 25 %. Possiamo dire che, in quest'ultimo (quinto) periodo, la legge del 1865 torna a rivivere soltanto nella sua idea fondamentale, basata sull'identità tra la misura dell'indennità di espropriazione e il valore di mercato del bene. Mentre nel primo periodo questa identità riguardava qualsiasi tipo di espropriazione; attualmente vale soltanto per le espropriazioni isolate, non per l'indennità da corrispondere nei casi di riforme economiche e sociali.

Sul modo di intendere le riforme, bisogna registrare un radicale mutamento del quadro concettuale. Si è rilevato in precedenza che la legge del 1865 era considerata, per la sua stessa essenza e per i suoi effetti, una grande riforma. Ugualmente, per molti anni, le leggi sull'espropriazione sono state considerate riforme economiche sociali. La Corte costituzionale, con le sentenze 16 giugno 1993, n. 283; 8 maggio 1995, n. 153; 19 marzo 1996, n. 80; 30 aprile 1999, n. 147, aveva riconosciuto all'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992 il carattere di norma fondamentale di grande riforma economico-sociale. E' vero che tale riconoscimento era avvenuto, soprattutto, al fine di porre limiti all'esercizio delle competenze legislative delle Regioni a statuto speciale, però è altrettanto innegabile che, in questo modo, era assente qualsiasi distinzione tra espropriazioni isolate ed espropriazioni per l'attuazione delle riforme.

Adesso, dopo la sentenza della Corte di Strasburgo del 29 marzo 2006, per individuare la presenza di riforme economiche e sociali è necessario tenere conto della qualità dei fini di utilità pubblica che si vogliono effettivamente perseguire con le espropriazioni, perché le espropriazioni isolate per finalità limitate non sono assimilabili ai piani di espropriazione volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale⁵².

⁵² Così conclude la sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007.

SARA SPUNTARELLI

*I limiti esterni della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione
nell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo
(20 marzo 1865, n. 2248, All. E)*

Sommario: 1. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo e la devoluzione delle controversie inerenti la pubblica amministrazione al giudice ordinario: unità della giurisdizione vs. specialità dell'amministrazione. - 2. La separazione tra giurisdizione e amministrazione: il criterio di ripartizione individuato dalla legge del 1865. - 3. L'interpretazione dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo: forza normativa della giurisprudenza sui conflitti di attribuzione e ragioni della specialità nella formazione del sistema di giustizia amministrativa. - 4. L'interpretazione dei motivi inerenti la giurisdizione oggi: la forza normativa dell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

1. *La legge abolitiva del contenzioso amministrativo e la devoluzione delle controversie inerenti la pubblica amministrazione al giudice ordinario: unità della giurisdizione vs. specialità dell'amministrazione.*

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, *Legge sul contenzioso amministrativo* (All. E), rappresenta la prima e fondamentale legge, dopo l'unificazione politica in Italia, in ordine ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione¹.

Appartiene ad un corpo normativo più generale che nel 1865 vide la luce per la disciplina di molteplici settori dell'amministrazione e, dunque, risente di almeno una matrice comune rappresentata dalla volontà di compiere scelte fondamentali per il governo unitario del Paese².

¹ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1904, 312; la legge fu pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 27 aprile 1865 ed entrò in vigore il 1° luglio 1865.

² L'impianto della legge 'd'ordine amministrativo', 20 marzo 1865 n. 2248 era composto da sei Allegati riguardanti l'amministrazione comunale e provinciale (All. A), la sicurezza pubblica (All. B), la sanità pubblica (All. C), il Consiglio di Stato (All. D), i lavori pubblici (All. F). Il progetto di legge fu presentato alla Camera il 24 novembre 1864 dal ministro dell'interno Giovanni Lanza con il titolo "Facoltà al Governo del Re di pubblicare e rendere esecutori in tutte le provincie del regno alcuni progetti d'ordine amministrativo"; cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, 27.

Certamente è vero che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo segnò l'inizio di una organizzazione della giustizia amministrativa in Italia dopo l'unificazione politica³. Altresì vero è che condizionò in modo irrevocabile lo sviluppo del sistema di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione⁴.

Si trattò di una scelta netta tra quelle possibili che si contendevano il primato sullo scenario politico e teorico del tempo e che risultano chiare e sostenute con ricchezza di argomenti nelle discussioni che precedettero la sua adozione e che leggiamo ancora oggi negli atti e documenti parlamentari⁵.

La prima posizione, propugnata dai sostenitori del contenzioso amministrativo quale sistema in grado di assicurare tutela al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione attraverso organi appositi e specializzati, trovò netta espressione nella voce del Cordova, nel corso della discussione parlamentare che precedette l'approvazione del testo e che si protrasse dal 9 al 22 giugno del 1864. La matrice teorica a favore del mantenimento dei 'tribunali amministrativi', se dotati di adeguata indipendenza dal potere esecutivo, individuava nella loro natura amministrativa la presenza di una particolare sensibilità alla specialità del diritto amministrativo e alle esigenze dell'interesse pubblico⁶.

Del resto notevole era stata la presa del modello del contenzioso amministrativo francese nell'ambito degli Stati preunitari in epoca napoleonica: se ne osserva attuazione, con differenze di tratti e accenti, nel Regno di Napoli, nello Stato pontificio e nel Regno di Sardegna⁷. In particolare la declinazione organizzativa del sistema del contenzioso amministrativo che si realizzò in quest'ultimo Stato, per le note circostanze storiche successive,

³ G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *La tutela del cittadino*, 1, *La giustizia amministrativa*, a cura di G. Miele, *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1968, 11.

⁴ Questa valutazione è in B. SORDI, *op. cit.*, 1, il quale ricorda come significativi per tale interpretazione i contributi di M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 234 ss. e F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, *ibidem*, 589 ss.

⁵ Un'esegesi accurata degli atti parlamentari in A. SALANDRA, *op. cit.*, 312 ss.; ricostruzione anche in E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, 45 ss.

⁶ Questa matrice è identificata da S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, 53, principalmente in Rudolf von Gneist.

⁷ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, 12. Il sistema di contenzioso amministrativo istituito nel corso del periodo 1842-1847 era articolato sulla distinzione tra controversie riservate all'Amministrazione, per le quali si poteva solo proporre un ricorso in via amministrativa, e controversie di amministrazione contenziosa, per le quali, in particolari materie, era possibile ricorrere ai Tribunali amministrativi. Infine, una serie di materie erano riservate alla giurisdizione ordinaria: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014¹¹, 14 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *op. cit.*, 231 ss., ritengono che a Napoli vigesse la migliore delle leggi sul contenzioso amministrativo, quella del 21 marzo 1817; il Granducato di Toscana è annoverato tra gli Stati in cui la tutela degli interessi rimaneva affidata ai ricorsi gerarchici, un insieme di rimedi che prendeva impropriamente il nome di contenzioso amministrativo.

rappresenta il punto di osservazione privilegiato dal quale valutare il sistema della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa che la legge del 1865 intese modificare in Italia.

Giova del resto ricordare che tribunali del contenzioso amministrativo erano diffusi nelle singole realtà dell'Europa continentale lungo il corso dell'Ottocento e sottoposti a critica da parte della dottrina coeva, che li raffigurava con l'immagine di una semibendata dea *Themis* e con i piatti non allineati perché uno gravato dai 'pesi amministrativi'⁸.

In ambiente nazionale, nonostante lo Statuto Albertino enunciasse come regola la riserva della funzione giurisdizionale al giudice ordinario, i decreti reali del 30 ottobre del 1859, ispirati dal Rattazzi, allora ministro dell'Interno, disegnavano un sistema complesso, che fu esteso alla Lombardia e alle Marche, in cui a vasti settori di attività amministrativa sottoposta solo a ricorso gerarchico, si giustapponevano tassativi elenchi di materie in cui per legge era ammesso il sindacato dei giudici del contenzioso, ordinari e speciali, e altre materie in cui la competenza spettava al giudice ordinario⁹.

Il contesto rispetto al quale reagisce la legge del 1865 era, dunque, caratterizzato dalla persistenza di larga parte di amministrazione, denominata al tempo 'economica' e rappresentata dal nucleo forte della amministrazione discrezionale, che non risultava sottoposta ad alcun sindacato giurisdizionale, ma, viceversa, solo a ricorso in via amministrativa¹⁰.

Solo materie, invece, tassativamente elencate erano sindacabili dai giudici del contenzioso amministrativo, tuttavia, essi non erano dotati del 'maestoso' potere di annullamento degli atti amministrativi: radicata rimaneva la convinzione che solo l'Amministrazione potesse annullare gli atti da essa stessa posti in essere.

Almeno a prima lettura, tuttavia, il nuovo Stato dell'Italia unita sembrava voler affermare innanzi tutto il costituzionalismo liberale, nel cui seno l'ideale della instaurazione della 'giurisdizione ordinaria ed universale' travolgeva la specialità del contenzioso ammini-

⁸ L'immagine irridente è ricordata da S. COGNETTI, *op. cit.*, 25.

⁹ Spettava al giudice civile la materia dei diritti di proprietà e delle imposte indirette, ai giudici ordinari del contenzioso amministrativo - Consigli di governo in primo grado e Consiglio di Stato in secondo - la cognizione sulle controversie relative ai contratti di appalto dell'Amministrazione, al trattamento economico del personale dipendente degli enti locali, ai confini tra Comuni, al demanio stradale e alla polizia idraulica; i giudici speciali del contenzioso amministrativo, infine, avevano cognizione in ordine a materie individuate: contabilità pubblica (Corte dei conti) e pensioni (Consiglio di Stato in unico grado): A. TRAVI, *op. cit.*, 15 ss.

¹⁰ Secondo l'opposizione parlamentare al progetto di legge del 1865 sarebbero rimasti affidati al mero arbitrio dell'amministrazione quelli che Filippo Cordova chiamava '*interessi legittimi*' e Urbano Rattazzi diritti '*minori*' o '*imperfetti*': cfr. S. COGNETTI, *op. cit.*, 56.

strativo, nel nome dello spirito dei tempi e delle istituzioni conquistate di recente con tanto sforzo¹¹.

Con le parole della relazione del Ministro Peruzzi, la legge sul contenzioso era definita «forse la più ardita novità che allora si tentasse, perché mirava a far quello che in pochi Stati si è osato di fare, a sottomettere cioè l'amministrazione alla giurisdizione dei tribunali ordinari al pari di ogni altro privato litigante»¹².

I principi della scuola del costituzionalismo liberale furono affermati a parole «con larghezza di dimostrazioni e di raffronti storici e legislativi»¹³; nella relazione della Commissione parlamentare si legge infatti: «una giurisdizione, che si sottrae alla franchigia, onde in un paese libero è per patto fondamentale amministrata la giustizia, appare anormalità così palese, è tanto strana contraddizione, che nell'Italia rigenerata doveva sorgere, come di subito sorse, vivo e gagliardo desiderio che con altri tribunali speciali sparissero pur quelli del contenzioso amministrativo»¹⁴.

A fronte di tali proclamazioni di diritto, in nome dell'eguaglianza di fronte alla legge, unite al rifiuto della 'sudditanza' al modello francese, realizzato nei governi provvisori dell'Umbria e della Romagna, la dottrina più attenta ha avuto tuttavia il merito di individuare chiaramente che il disegno istituzionale fissato con l'unificazione presenta una «consapevole ed avvertita sensibilità per le esigenze del potere»¹⁵.

Del resto controversa è stata la valutazione di volta in volta assegnata alla legge del 1865: all'interpretazione classica secondo cui la legge sarebbe stata animata da spirito liberale, si contrappone un'interpretazione più incline a sottolineare i caratteri autoritativi della scelta abolitiva¹⁶.

In questa direzione è certo chiara la netta posizione che emerge dalla stessa relazione della Commissione parlamentare: «la soppressione del contenzioso amministrativo deve a-

¹¹ Nella relazione al primo disegno di legge per l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo del 1861, presidente del Consiglio il conte Cavour, presentata dal Ministro Minghetti alla Camera dei Deputati si legge: «non può negarsi la tendenza dell'età moderna a sostituire alla giurisdizione speciale la giurisdizione ordinaria e universale. Né similmente può negarsi che ciò sia più conforme allo spirito delle nostre istituzioni»; cfr. A. SALANDRA, *op. cit.*, 313.

¹² Nel 1863 fu riproposto dal Peruzzi, ministro dell'Interno, il disegno di legge abolitiva del contenzioso amministrativo, presidente del Consiglio era il Minghetti.

¹³ L'espressione è di A. SALANDRA, *op. cit.*, 315.

¹⁴ Relazione della Commissione parlamentare che rifece la proposta governativa che con poche alterazioni fu poi tradotta in legge, relatore Borgatta.

¹⁵ B. SORDI, *op. cit.*, 2.

¹⁶ B. SORDI, *op. cit.*, 32, nota 12, ricorda nel primo senso l'interpretazione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, Società editrice libraria, 1901, 637; il secondo giudizio, invece, si afferma soprattutto a partire dal Congresso del 1965 celebrativo delle leggi di unificazione.

vere per unico risultato che le materie ora attribuite a questa speciale giurisdizione rientrino nell'ordine normale voluto indeclinabilmente in un governo costituzionale della separazione e indipendenza dei poteri e della responsabilità dell'amministrazione; sicché quelle materie per le quali richiedesi la garanzia di un giudizio siano demandate alla giurisdizione comune, e restino all'incontro all'amministrazione quelle che non potrebbero esserle sottratte se non in aperta contraddizione della sua indipendenza e di quella responsabilità, la quale per usare le autorevoli parole del Romagnosi "non può comportare i ritardi una discussione contenziosa e collegiale" né conciliarsi con le guarentigie di un formale giudizio, sia che esso emanasse da tribunali ordinari, sia che emanasse da tribunali speciali».

Se è vero, dunque, che formalmente a termine di raffronto furono invocate le disposizioni della Costituzione belga del 1831, nei fatti appare delinearsi una sotterranea «concezione primordiale e formalistica» della teoria della divisione dei poteri che, anche per reazione al principio della concentrazione dei poteri nello Stato assoluto, volle escludere la sottoposizione dell'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale¹⁷.

Lungimirante appare dunque la valutazione di uno solo dei Commissari, dissenziente rispetto alla maggioranza, che affermò che «sotto colore di progredire, si fa un regresso» pur abolendo il contenzioso amministrativo, poiché le materie oggi in quella competenza si riservano alla amministrazione e si sottraggono ai tribunali ordinari e si spogliano i privati di quelle garanzie.

Per misurare le anime del disegno di legge del 1865 è importante il discorso di Pasquale Stanislao Mancini alla Camera, tenuto durante la sua discussione¹⁸.

Da un lato, da esso possono trarsi ragioni di riferimento alle dottrine della scuola liberale che appaiono chiare, ad esempio, nel rifiuto del modello francese ove «il magistrato, il quale si permettesse di estendere le sue attribuzioni arrogandosi in qualunque modo funzioni amministrative, incorreva come delinquente nelle pene contenute nell'articolo 127 del codice penale»¹⁹. Chiarissimo, dunque, sembrerebbe apparire il ripudio del principio della immunità giurisdizionale dell'amministrazione, coltivato nell'esperienza rivoluzionaria.

¹⁷ Questa la valutazione di A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, cit., 2, a questa soluzione secondo l'A. «cospirava l'idea che il potere delle autorità amministrative derivasse direttamente dai rappresentanti del popolo, con la conseguenza che a questi soltanto e non ad altri quelle autorità dovessero render conto del proprio operato, intendendosi - anche stavolta per immaturità di idee - che altrimenti sarebbe stato leso il principio della sovranità popolare».

¹⁸ A. SALANDRA, *op. cit.*, 329 ss. lo riporta quasi per intero e lo considera uno dei documenti fondamentali per la storia del diritto pubblico.

¹⁹ Il riferimento è al codice penale francese del 1810 come ereditato, peraltro, dai decreti dell'Assemblea costituente del 1791.

Tuttavia, l'affermato principio di sottoposizione anche dell'amministrazione alla giurisdizione ordinaria nel disegno che poi divenne legge del 1865 si realizza e concreta nella sottoposizione al sindacato giurisdizionale di una sola 'sezione' della amministrazione che negli intenti originari e nella interpretazione successiva ha carattere di confine netto e, direi, escludente.

Ciò è del resto coerente con quanto accade nel corso della seconda metà dell'Ottocento quando in Europa vengono istituiti giudici indipendenti competenti a tutelare i diritti violati da atti amministrativi illegittimi. In questo periodo l'attività amministrativa risultava regolamentata dalla legge soltanto in materie specifiche ritenute particolarmente 'importanti': il principio di legalità era inteso, infatti, come mera riserva di legge tale per cui, al di fuori di tale riserva, il potere amministrativo poteva estendersi autonomamente²⁰. Le leggi istitutive dei diritti si limitavano a disciplinare profili ritenuti rilevanti per la salvaguardia dei diritti e delle libertà costituzionali dei cittadini²¹.

Nell'affermare la sottoposizione al sindacato del giudice ordinario dell'attività amministrativa che «abbia indebitamente, e *contro* la legge, spogliato uno o più cittadini di veri e incontestabili diritti» affermava non solo ciò che al giudice ordinario veniva sottoposto, ma direi soprattutto ciò che al sindacato di quel giudice rimaneva irrimediabilmente sottratto²².

Appare, dunque, come in un gioco degli specchi la duplice anima della legge del 1865, al fondo della quale c'era in realtà il tentativo di approdare ad una soluzione organizzativa che riuscisse a contemperare i due profili confliggenti della autonomia decisionale dell'amministrazione e delle libertà del cittadino²³. Il legislatore di 150 anni fa ricercava in realtà un punto di equilibrio fra due libertà, quella del cittadino e quella dell'amministrazione.

²⁰ S. COGNETTI, *op. cit.*, 33: in questa prospettiva «la legge, pur ponendosi come limite ad un potere amministrativo ad essa preesistente, non rappresentava un presupposto *necessario*, bensì *accidentale* al suo esercizio»; l'A., *ivi*, sottolinea, inoltre, che in assenza di disciplina legislativa, si ritenevano mancanti e il *metro legale* per l'attuazione giuridica da parte dell'amministrazione e, in sede di controllo giuridico, il parametro *legale* di raffronto per accertare la conformità alla legge degli atti.

²¹ S. COGNETTI, *op. cit.*, 34, il quale sottolinea che sono queste le leggi che decenni dopo Enrico Guicciardi avrebbe definito le norme di *relazione*, distinguendole dalle norme di *azione*.

²² Cfr. la valutazione di S. SABBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1970, 70: «il momento dell'abolizione consistette sì in una scelta precisa di libertà, ma non di libertà del cittadino verso l'amministrazione bensì dell'amministrazione verso gli altri poteri dello Stato e dunque verso il cittadino»; secondo B. SORDI, *op. cit.*, 34, «contrapporre diritto a interesse non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma enucleare il rilevante dall'irrilevante giuridico, separare ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario perché espressione della libertà del cittadino e corrispondente quindi ad una attività amministrativa regolata dalla norma, e ciò che doveva essere attribuito all'amministrazione, alla sua libertà, ad ipotesi non coperte dal vincolo legislativo».

²³ B. SORDI, *op. cit.*, 32.

La legge rappresentava un progresso innegabile laddove veniva rinvenuto e apposto un limite all'attività amministrativa che era sì 'autonoma e sovrana', ma «salvi sempre i diritti della privata libertà e proprietà»²⁴.

Una conferma, però, «dell'indipendenza assoluta del *potere amministrativo* da ogni altro» e della esclusione di «qualunque ingerenza od immistione dell'autorità giudiziaria in un campo ad essa chiuso ed inaccessibile» poiché «nulla può esservi di contenzioso, dove non è doglianza propriamente di alcun diritto violato, né di alcuna legge infranta: ivi si arresterà ogni discussione; le decisioni dell'autorità amministrativa saranno definitive, obbligatorie, intangibili; e soprattutto la giustizia non avrà alcun titolo per immischiarsi; e se il facesse, commetterebbe una invasione ed usurpazione di poteri, un attentato alla legittima indipendenza dell'autorità amministrativa»²⁵.

Il rapporto tra 'giudicare' e 'amministrare' veniva cristallizzato in termini di separazione laddove anche il rapporto tra 'legiferare' e 'amministrare' era tale: il sindacato giurisdizionale non poteva spingersi al cuore delle scelte amministrative laddove la legge non si spingesse a disciplinare i presupposti e, specialmente, le modalità di esercizio del potere amministrativo²⁶.

Come noto, occorrerà attendere esiti successivi perché il principio di legalità diventi 'primato della legge', come tale posto a fondamento di ogni possibile esercizio del potere amministrativo, con il conseguente tramonto del concetto di discrezionalità *libera*²⁷.

2. La separazione tra giurisdizione e amministrazione: il criterio di ripartizione individuato dalla legge del 1865.

Il principio di separazione tra giurisdizione e amministrazione permane, dunque, affermato in maniera prepotente nella legge del 1865 che «riconosce e proclama il doppio

²⁴ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 350.

²⁵ Le espressioni riportate nel testo sono rinvenibili nel discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 350 ss.

²⁶ S. COGNETTI, *op. cit.*, 35; cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1924³, 303: «la giurisdizione è attuazione della legge, non vi può essere soggezione alla giurisdizione se non dove può essere soggezione alla legge: e viceversa, di solito, dove è soggezione alla legge ivi è soggezione alla giurisdizione. Onde il Re stesso in quanto è soggetto alla legge civile (Statuto, art. 20) è soggetto alla giurisdizione civile». Nello Stato moderno la sottoposizione alla giurisdizione è la naturale conseguenza dell'assoggettamento al diritto: V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1979, 69.

²⁷ Su questo percorso si v. S. COGNETTI, *op. cit.*, 36 ss.

principio della separazione e della reciproca indipendenza dei due poteri amministrativo e giudiziario»²⁸.

Se possiamo ritenere confermata la forte matrice liberale, ciò ci appare solo nel senso in cui le prerogative di libertà e le ragioni di proprietà sono fatte salve «in faccia alla potestà pubblica ed amministrativa»²⁹. La soluzione del problema della tutela del cittadino verso l'amministrazione risultò fissata al livello di certi elementari diritti, ritenuti tali in quel determinato momento storico e «si chiusero gli occhi» di fronte a serie di rapporti e occasioni di conflitto tra amministrazione e amministrati³⁰. Questo profilo emergerà con forza nel discorso di Silvio Spaventa, il quale accuserà gli autori della riforma liberale del 1865 di non aver inteso «che la libertà deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative»³¹.

Viceversa, ben si comprende perché la legge si guadagna nel tempo la critica di illiberalità, ponendo mente a tutto ciò che dal sindacato del giudice ordinario rimane irrimediabilmente escluso.

Posto, infatti, che laddove l'amministrazione abbia violato il complesso delle leggi civili e politiche, regolatrici dei rapporti pubblici e privati, la tutela del cittadino sarà azionabile davanti al giudice ordinario, allorché l'amministrazione non abbia superato quel confine e abbia leso, non i diritti, ma interessi, intesi come *altro dal diritto*, quale rimedio spetterà al cittadino?

Ecco qui riecheggiare quell'espressione tante volte ricordata negli scritti della dottrina «ebbene, ch'eri si rassegni»³². Non è data via al giudice ordinario, ma si apre la possibilità del ricorso in via amministrativa all'autorità gerarchicamente superiore.

Questa intelaiatura segue alla dichiarazione di principio contenuta nell'art. 1 della legge (I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordi-

²⁸ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 351.

²⁹ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 350.

³⁰ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 590.

³¹ S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo, il 7 maggio 1880, in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Istituto italiano per gli studi filosofici. Quaderni del Trentennale, Napoli, 2006, 38, prosegue: «Nell'amministrazione, la libertà è essenzialmente il rispetto del diritto e della giustizia; è ciò che costituisce quello che i tedeschi chiamano *Rechtsstaat*, il carattere cioè della monarchia moderna, per cui non solo i diritti relativi ai beni privati, ma ogni diritto e interesse che ciascun cittadino ha nell'amministrazione dei beni comuni, siano morali siano economici, è a ciascuno sicuramente garantito e imparzialmente trattato».

³² Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 350.

naria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge) ed emerge chiaramente dal riparto delineato dagli artt. 2 e 3 della medesima.

Il primo problema che si pose agli 'abolizionisti' fu, infatti, quello di individuare il criterio di ripartizione tra tribunali ordinari ed amministrazione attiva.

Tale criterio fu individuato utilizzando il principio della separazione dei poteri: gli affari del contenzioso amministrativo vennero ripartiti tra il potere amministrativo e il giudiziario utilizzando quel principio, in un modo che ancora oggi risulta determinante per il nostro sistema di giustizia amministrativa³³.

Si reputò di individuare tale criterio nella distinzione fra i diritti dei cittadini, ai quali bisognava accordare ampia e piena difesa giurisdizionale, ed i meri interessi, i quali di fronte al potere esecutivo non possono pretendere alcuna guarentigia, da quella in fuori del ricorso gerarchico³⁴. La distinzione tra diritti e interessi rappresentò la soluzione teorica con cui si pensò di risolvere il problema all'attenzione della classe dirigente liberale del tempo di riuscire a conciliare la libertà del cittadino con l'autonomia dell'amministrazione³⁵.

Il criterio fondamentale della distinzione tra le funzioni dell'amministrazione e le funzioni spettanti al giudice ordinario venne a consistere «nell'elemento dell'*interesse*, contrapposto all'elemento del *diritto*»³⁶. Fu così che vennero devolute alla giurisdizione ordinaria «tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico», mentre comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa" (art. 2), mentre «gli affari non compresi nell'articolo precedente» rimanevano attribuiti alle autorità amministrative (art. 3, comma 1).

La legge del 1865 riprendeva, in tal modo, gli artt. 92 e 93 della Costituzione belga e l'ampia formula 'diritti civili e politici', in quel sistema utilizzata ad indicare tutti quei diritti che non erano diritti civili d'ordine privato, cioè riguardanti i rapporti privati tra individui e individui, ma, invece, quelli «dipendenti dai rapporti tra l'individuo e la società o le sue frazioni, cioè le province e i comuni, fra il privato da una parte e il Governo o

³³ Nella valutazione di A. SALANDRA, *op. cit.*, 324, questo è il punto più grave e disputato della legge.

³⁴ A. SALANDRA, *op. cit.*, 325.

³⁵ B. SORDI, *op. cit.*, 32 ss., nota 12.

³⁶ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 353; nella relazione Boncompagni a un primo progetto di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo presentato alla Camera il 2 dicembre 1850 compare la distinzione tra diritto e interesse poi utilizzata nel 1865: «quando il Governo prende norma alla sua determinazione dalla natura e importanza degli interessi, esso compie un atto di amministrazione propriamente detta; quando esso prende norma dai diritti che è in debito di custodire illesi, esso compie un atto di contenzioso amministrativo».

l'amministrazione dall'altra». Ciò che interessava, nello spirito liberale, era la tutela dei diritti civili e politici assicurati dalla Costituzione a un paese libero: la libertà individuale, la libertà di coscienza, la libera stampa, la libera associazione. «Se questo giudizio non venisse attribuito ai tribunali ordinari, tutti i diritti, tutto intero l'ordine delle libertà costituzionali rimarrebbero senza seria protezione e difesa, non ammettendo alcun giudizio sugli atti abusivi e illegali dell'amministrazione»³⁷.

Senza dubbio, dunque, sotto questo profilo la legge del 1865 «segnava la fine delle usurpazioni del contenzioso nel campo proprio della giustizia civile e penale: grande e innegabile progresso nel nostro diritto pubblico»³⁸.

Ma il risultato fu anche che, poiché si voleva abolire il contenzioso amministrativo e i 'tribunali' di esso espressione, gli 'affari non compresi' rimanevano sprovvisti di una tutela giurisdizionale, in quanto contro le decisioni ad essi relative fu ammesso il solo «ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative» (art. 3, comma 2).

Sotto questo profilo la legge del 1865 rappresentò un regresso più che un progresso. Alla imperfetta tutela innanzi al contenzioso amministrativo si sostituiva una radicale assenza di tutela giurisdizionale.

Anche il tentativo da parte della stessa legge di contemperare l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, attraverso l'introduzione di garanzie per la tutela del cittadino almeno sul piano procedimentale si rivelò fallimentare³⁹. Le modalità dell'esercizio del potere amministrativo in merito agli 'affari non compresi' imponevano, senza successo, alle autorità amministrative di ammettere «le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate» e provvedere «con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti» (art. 3, comma 1). Tali garanzie, per carità da intendersi non come instaurazione di «un giudizio formale innanzi all'autorità amministrativa», ma soltanto come strumenti per «aprire la via a tutti gli schiarimenti che possono illuminarla»⁴⁰, rimasero lettera morta in attesa di ben più recenti innovazioni giurisprudenziali e normative.

³⁷ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 341.

³⁸ A. SALANDRA, *op. cit.*, 327.

³⁹ Secondo F. BENVENUTI, *op. cit.*, 600, la legge del 1865 aveva «inconsapevolmente favorito l'assorbimento a livello politico di ogni questione di libertà, aveva in altri termini disimpegnato l'amministrazione dal dovere di riprodurre o attuare nei procedimenti amministrativi i principi dello stato di diritto. Salvato il diritto soggettivo, tutto il resto era libero all'invasione dell'amministrazione».

⁴⁰ Relazione Peruzzi, cit., cfr. A. SALANDRA, *op. cit.*, 328.

Grande era il campo che rimaneva senza alcuna tutela giurisdizionale e abbandonato al criterio della discrezionalità amministrativa. Basti por mente alla contemporanea norma contenuta nelle leggi di unificazione amministrativa, di cui l'Allegato E era solo una parte.

A norma dell'Allegato B, le autorità di pubblica sicurezza, tutte di nomina governativa, hanno facoltà di sciogliere le riunioni e gli assembramenti, di concedere permessi per il porto d'armi, per l'affissione di stampati o manoscritti, nonché le licenze per l'esercizio degli spettacoli pubblici, degli alberghi, delle trattorie, delle professioni e dei negozi ambulanti, dei bagni, delle agenzie di pegno e persino della mendicizia. La prostituzione è lasciata interamente alla discrezione del potere esecutivo, che ha facoltà di emanare i regolamenti sul meretricio e di eseguirli⁴¹.

La tutela della sanità pubblica è affidata secondo l'Allegato C al ministro dell'Interno e sotto la sua dipendenza ai prefetti, ai sotto-prefetti e ai sindaci. Essi esercitano la sorveglianza sopra gli esercenti professioni sanitarie di ogni qualità, sopra le farmacie, sopra i pubblici stabilimenti di ogni genere, sopra la vendita degli alimenti e delle bevande, sopra l'igiene delle abitazioni⁴².

Ognuno vede che contro questi e contro numerosissimi altri atti e provvedimenti derivanti dall'esercizio di facoltà discrezionali lasciate agli organi della pubblica amministrazione i cittadini non avevano altra via che quella del ricorso gerarchico, «sempre implicito nell'indole della gerarchia, finché la gerarchia non si esaurisce».

La lettura attenta degli altri Allegati alla legge 20 marzo del 1865 dimostra impietosamente come alla soluzione discrezionale non sindacabile era lasciata la gran parte dell'amministrazione attiva, ragione che giustifica la valutazione secondo cui l'impressione complessiva che si ricava dal complesso delle leggi riformatrici, unificatrici ed organizzatrici dell'amministrazione del Regno entrate in vigore il 1° luglio del 1865 «è che il trionfo riportato dalla teoria dei giuristi liberali coi principi proclamati nell'All. E sia stato largamente compensato dalle eccezioni e dalle limitazioni sancite dalla medesima legge, ed anche più dall'ordinamento di un'amministrazione vasta, possente, accentrata e poco sindacabile, le cui principali funzioni furono argomento degli altri Allegati»⁴³.

Si potrebbe affermare, in una parola, che del sistema francese del contenzioso amministrativo era radicalmente contestata la non sottoposizione al giudice ordinario dei diritti di

⁴¹ A. SALANDRA, *op. cit.*, 406.

⁴² A. SALANDRA, *op. cit.*, 406.

⁴³ A. SALANDRA, *op. cit.*, 408.

libertà e politici, tuttavia, come è stato detto, la dottrina ortodossa del costituzionalismo liberale respingeva ogni possibile giudizio amministrativo⁴⁴.

Il tentativo di distinguere nettamente con criterio razionale la sfera di attività dell'Amministrazione da quella del potere giudiziario doveva tradurre in atto con perfetto rigore logico l'ordine voluto dal governo costituzionale: nessun sindacato giurisdizionale, dunque, che diminuisse la responsabilità del potere esecutivo nelle materie che dovevano secondo i principi essere di sua esclusiva competenza.

Difficili equilibri tra libertà e autorità caratterizzarono le scelte del legislatore dell'unificazione⁴⁵.

Pur concedendo quanto più possibile allo spirito liberale che imponeva la restituzione al potere giudiziario di quelle che si considerano come usurpazioni dell'esecutivo, il principio della separazione dei poteri rimaneva a fondamento del diritto pubblico per unanime consenso⁴⁶.

L'eredità francese continuava ad esercitare tutto il suo peso nell'affermazione della separazione dei poteri fino all'estremo confine di riservare all'Amministrazione anche il giudicare⁴⁷.

Tale origine va cercata nel tornante storico di fine Settecento laddove si temeva di assoggettare «a giuridiche impugnazioni» i nuovi e grandi interessi creati dalla Rivoluzione: «le liquidazioni de' creditori dello Stato, sopra tutto delle forniture per il mantenimento dell'armata, le contrattazioni degli assegnati, le confische politiche delle sostanze degli emigrati, la vendita dei beni del clero, interessi privati gravissimi celati dietro l'apparenza dell'interesse pubblico»⁴⁸.

⁴⁴ A. SALANDRA, *op. cit.*, 328.

⁴⁵ B. SORDI, *op. cit.*, 25 ss.

⁴⁶ A. SALANDRA, *op. cit.*, 386.

⁴⁷ S. COGNETTI, *op. cit.*, 15 ss., ripercorre le origini e gli sviluppi del principio della separazione dei poteri anche in ambiente diverso da quello francese ed afferma che è «il rigore applicativo del principio della separazione dei poteri, così come era stato concepito e realizzato nelle riforme prussiana ed austriaca, a porre l'amministrazione pubblica al riparo dalla legge e, contestualmente, dai giudici, in una condizione di sostanziale intangibilità e invulnerabilità. In definitiva la legge non poté essere applicata al Sovrano fino a quando non si ammise che *giudici veri* potessero imporla al Sovrano stesso nella sua nuova espressione di volontà della classe dirigente, ossia in quanto emanazione diretta di un *potere antagonista rispetto al suo destinatario*» (22).

⁴⁸ Discorso del Mancini, riportato in A. SALANDRA, *op. cit.*, 331, il quale aggiunge che si credeva «che la magistratura, perseverante nelle tendenze ostili alla libertà e poco propensa a' novelli ordini politici, avrebbe cercato tutte le occasioni di aprir qualche breccia nelle nuove istituzioni»; la rivoluzione confermava ed esprimeva in forma di principio lo *status* preesistente «restava integro il tradizionale assetto assolutistico del potere a favore dell'amministrazione pubblica, stavolta nel nome di *un più nobile bene della collettività*»: S. COGNETTI, *op. cit.*, 24.

E questa accentuazione fin dalla prima legislazione rivoluzionaria in Francia viene teorizzata dalla dottrina che giunge ad affermare che quando nell'azione amministrativa vi sia in gioco l'interesse pubblico «il privato non saprebbe legalmente vestire che il carattere di suddito ossequioso»⁴⁹. In questo senso la legge del 1865 rappresentò una conferma del valore 'costituzionale' che si attribuiva al potere dell'Amministrazione.

Con questo 'vizio' di origine la legislazione del 1865 rappresenterà la premessa di quel percorso inarrestabile che condusse alla costruzione del provvedimento amministrativo⁵⁰.

Tuttavia, occorre rimarcare che la delineazione del rapporto tra amministrazione e cittadino è risultata sempre connessa alla definizione dei rapporti tra poteri dello Stato, di modo che il momento in cui venne delineata la forma di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione è anche il momento in cui si fissarono le garanzie per il potere amministrativo⁵¹.

La scelta di attribuire le controversie anche nei confronti dell'amministrazione al giudice ordinario fu certamente di stampo liberale, nei sensi in cui rispondeva al principio per cui unica dovesse essere la funzione del 'giudicare', tuttavia nessuno si sognava di alterare il principio per cui l'amministrare fosse un potere autonomo ed indipendente, in virtù del principio della separazione dei poteri, un potere che cresceva nella sua libertà che non doveva essere intralciata⁵².

Nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo si realizzava una singolare combinazione di elementi di garantismo e di elementi di autoritarismo, secondo un modulo ricorrente nella legislazione della forma di Stato liberale⁵³.

Questo percorso fu comune alle singole realtà europee ove le Costituzioni emanate nel corso dell'Ottocento sancivano le libertà e i diritti *civili*, su tutti la proprietà, e *politici*, di libertà, di stampa, di associazione, di manifestazione del pensiero, avversati da quanti li ritenevano sovversivi e pericolosi per gli equilibri preesistenti. Ovunque giunge al punto di emersione la carenza di forme idonee di protezione giuridica dei nuovi diritti fondamentali rendendo urgente l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, ma non risol-

⁴⁹ G. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, Milano, 1837, 220; cfr. V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, in *La tutela del cittadino*, 1, *La giustizia amministrativa*, a cura di G. Miele, cit., 45.

⁵⁰ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 602.

⁵¹ In questi termini B. SORDI, *op. cit.*, 37, nota 23.

⁵² B. SORDI, *op. cit.*, 39.

⁵³ P. GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispiane*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990, 44.

vendo gli interrogativi posti dal principio ‘sacro’ della separazione dei poteri in ordine alla possibilità di ‘giudicare’ senza ‘amministrare’⁵⁴.

Con questo conflitto interno la legge del 1865 si affidava alle interpretazioni della giurisprudenza⁵⁵.

3. L'interpretazione dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo: forza normativa della giurisprudenza sui conflitti di attribuzione e ragioni della specialità nella formazione del sistema di giustizia amministrativa.

La riforma del 1865 presentava carattere di novità laddove attribuiva le controversie amministrative alla competenza del giudice ordinario sulla base di una formula generale, in cui il solo limite segnato era che si facesse questione di un diritto civile o politico⁵⁶.

Questa formula affermava l'assunto che la tutela innanzi alla giurisdizione unica e la sottoposizione ad essa della pubblica amministrazione al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento fosse giustificata dalla violazione da parte dell'Amministrazione delle leggi civili e politiche che si occupano dell'amministrato in veste di *privato* o di *cittadino*⁵⁷.

Venne, viceversa, rifiutata la formula, proposta dall'onorevole Mazza nella seduta del 15 giugno 1864, «diritti di qualunque natura» che avrebbe determinato un ampliamento notevole della tutela giurisdizionale dell'amministrato rispetto a quanto si verificò invece per effetto della formula accolta⁵⁸. Rimanevano esclusi, dunque, dalla tutela giurisdizionale anche tutti quei diritti soggettivi che non era possibile annoverare fra i diritti civili e politici⁵⁹.

Le regole per distinguere tra diritti civili e politici e interessi rientranti nella categoria degli ‘affari non compresi’ furono affidate alla giurisprudenza.

La giurisprudenza del giudice ordinario sull'ambito esterno della propria competenza sugli atti dell'amministrazione si caratterizzò, in un rilevante indirizzo, per l'utilizzo del criterio imperniato sulla distinzione tra ‘atti di impero’ e ‘atti di gestione’⁶⁰. In base a questo criterio, come noto, la competenza del giudice ordinario doveva ritenersi esclusa in presenza dei cc.dd. atti di impero, vale a dire gli atti inerenti all'attività pubblica e unilaterale

⁵⁴ Cfr. S. COGNETTI, *op. cit.*, 52. Permane l'idea che giudicare l'amministrazione equivale ad amministrare.

⁵⁵ Per l'interpretazione che della legge diedero i giuristi all'indomani della sua approvazione si v. B. SORDI, *op. cit.*, 42 ss.

⁵⁶ G. MIELE, *op. cit.*, 13.

⁵⁷ S. COGNETTI, *op. cit.*, 57; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, Jovene, 1963, 14 ss.

⁵⁸ Cfr. S. COGNETTI, *op. cit.*, 57, nota 11.

⁵⁹ A. SALANDRA, *op. cit.*, 327.

⁶⁰ P. GOTTL, *op. cit.*, 45.

dell'amministrazione, come tale concernente i soli interessi del privato; viceversa, risultava ammessa in presenza dei cc.dd. atti di gestione, espressione dell'attività privata e contrattuale dell'amministrazione e concernente, dunque, diritti soggettivi⁶¹.

Questo indirizzo è identificato come espressivo della 'timidezza' del giudice ordinario, ma non esaurisce l'atteggiamento che il giudice ordinario assunse nei confronti degli atti dell'amministrazione. Il secondo criterio a cui si attenne, infatti, e che diede vita ad un differente indirizzo giurisprudenziale, può ritenersi maggiormente vicino allo spirito della legge del 1865. Esso consisteva, nei casi in cui il privato fosse stato titolare di un diritto civile o politico, nell'ammettere il sindacato sugli 'atti di impero', sebbene, tuttavia, solo limitatamente alla loro legalità estrinseca, ovvero alla verifica del rispetto delle norme regolanti gli elementi vincolanti della fattispecie, quali l'attribuzione di potestà amministrativa, la competenza degli organi e la forma prescritta dalla legge per l'emanazione degli atti⁶².

Il criterio che ruotava sulla distinzione atti di impero - atti di gestione, coincidente grosso modo con la distinzione attività di diritto pubblico - attività di diritto privato, risultava apertamente in contrasto con la lettera e con lo spirito della legge del 1865, dal cui art. 2 non risultava assegnata la cognizione del giudice ordinario solo limitatamente alla attività di diritto privato⁶³.

Tuttavia, anche nell'ambito del secondo indirizzo, la discrezionalità amministrativa non entrava nella cognizione e nel sindacato del giudice, anzi per quest'ultimo essa rappresentava un chiaro limite. La sola legalità estrinseca risultava completamente sindacabile dal giudice ordinario con riguardo agli atti autoritativi, poiché il giudice trovava nella legge aggranci di raffronto determinati rispetto ai quali compiere la verifica della legittimità. Il diritto del privato era configurabile a fronte dell'esercizio di una potestà non attribuita dalla legge, o esercitata da un organo che non ne aveva la competenza o espletata senza il rispetto delle forme sostanziali previste dalla legge⁶⁴.

⁶¹ Espressione di tale indirizzo fu la giurisprudenza sui provvedimenti contingibili e urgenti, in materia di polizia, in tema di provvedimenti disciplinari a carico degli impiegati dello Stato; diffusamente si v. P. GOTTI, *op. cit.*, 46 ss., anche per la identificazione dei casi in cui per dar luogo alla tutela del cittadino si ammise la nozione del c.d. «atto misto» di gestione e di impero, in parte contrattuale e creatore di diritti, in parte autoritario.

⁶² P. GOTTI, *op. cit.*, 48, individua come espressione di questo indirizzo la giurisprudenza in ordine alle controversie sollevate contro provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità, nel caso di inosservanza delle norme sulla competenza o sulla forma, relative, ad esempio, alla esistenza o meno della dichiarazione di pubblica utilità; giurisprudenza ulteriore con riferimento alla forma dei provvedimenti contingibili e urgenti.

⁶³ P. GOTTI, *op. cit.*, 58.

⁶⁴ P. GOTTI, *op. cit.*, 49.

Solo in sporadiche, rare e marginali eccezioni, il giudice ordinario, a fronte della lesione di un diritto civile o politico in capo al privato, ammise, in qualche misura, anche il sindacato sul contenuto dell'atto amministrativo⁶⁵.

Fu però il Consiglio di Stato, cui in virtù di una disposizione transitoria fu assegnata la competenza sui conflitti di attribuzione⁶⁶, a svolgere un ruolo decisivo, normativo nel senso più completo a questo aggettivo riconoscibile, nella interpretazione e applicazione della legge del 1865⁶⁷.

Lo strumento dei conflitti di attribuzione, di per sé di dubbia compatibilità con un sistema a giurisdizione unica, suscitava ampio dibattito in quanto finiva con l'identificare un conflitto tra una parte del giudizio e il giudice competente⁶⁸. Inoltre, il ruolo di arbitro dei conflitti e, dunque, degli equilibri istituzionali tra giudice ordinario e amministrazione, risultava assegnato alla stessa amministrazione⁶⁹.

Peraltro, in esito a tale vistosa 'stortura'⁷⁰, il dibattito della dottrina si incentrò tutto sulla applicazione della legge del 1865 e su un istituto particolare che mostrava la contraddittorietà intrinseca del legislatore nell'affidare al Consiglio di Stato, espressione dell'amministrazione, il compito tanto delicato di segnare il confine tra amministrazione stessa e giudice ordinario⁷¹.

⁶⁵ P. GOTTI, *op. cit.*, 51 ss., significativamente sottolinea il caso della sentenza della Corte d'appello di Venezia del 13 ottobre 1876, in cui il diritto ad esercitare la propria industria con conveniente profitto viene qualificato come diritto soggettivo, a fronte del quale l'autorità amministrativa aveva fondato la propria decisione su fatti non corrispondenti alla realtà. Giova, sottolineare, che la decisione fu cassata senza rinvio in Cassazione a motivo che l'attore fosse titolare non di un diritto soggettivo ma di un interesse.

⁶⁶ Cfr. art. 13 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E che estendeva a tutte le province del Regno la legge sarda sui conflitti di attribuzione, l. 20 novembre 1859, n. 3780 e art. 10, All. D che assegnava tale competenza al Consiglio di Stato con giurisdizione propria.

⁶⁷ M. GIGANTE, *I conflitti di attribuzioni nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., 166 ss., riporta che i conflitti di attribuzione sottoposti all'esame del Consiglio di Stato su iniziativa dell'amministrazione, tramite il Governo e, per esso, i prefetti, furono 61 complessivamente tra il 1866 e il 1870, in materia di tasse, pensioni e pubblico impiego, comuni, opere pie e opere fluviali, 98 nel 1875 e 158 nel 1876 estesi a tutto il campo del diritto pubblico.

⁶⁸ M. GIGANTE, *op. cit.*, 165, rileva l'incongruenza dello strumento sul piano logico.

⁶⁹ Il Consiglio di Stato aveva funzioni di indole prettamente amministrativa, i componenti erano tutti nominati dal Governo e privi delle garanzie proprie degli organi giudiziari, la procedura era rudimentale: M. GIGANTE, *op. cit.*, 166.

⁷⁰ I conflitti minavano il sistema di giurisdizione unica della legge del 1865 e rappresentavano un potente strumento offerto all'amministrazione per sottrarsi al giudice ordinario quanto più possibile: M. GIGANTE, *op. cit.*, 166.

⁷¹ Si v.: G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, Barbera, 1871; ID., *I conflitti di attribuzione in Italia. Parte seconda anni 1871 e 1872*, Firenze, Barbera, 1873; ID., *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878; G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Proposte di riforma intorno al sistema organico de' conflitti di attribuzione*, in *Archivio giuridico*, X, 1872, 535 ss.; ID., *Dei conflitti di attribuzioni. Trattato teorico pratico*, Firenze, ed., 1873.

Il ruolo del Consiglio di Stato si rivelò decisivo nell'attuazione della legge del 1865, laddove sistematicamente la giurisprudenza sui conflitti sembrava impegnata a ridurre drasticamente gli spazi del sindacato del giudice ordinario sull'attività amministrativa⁷². Il Consiglio, chiamato a risolvere una questione di competenza finiva per decidere il merito stesso della questione e dalla decisione di questo faceva dipendere la competenza⁷³.

Il Consiglio di Stato utilizzò il criterio dello scopo della norma, secondo cui occorreva verificare se la norma violata fosse finalizzata a garantire l'interesse pubblico (caso rientrante negli 'affari non compresi'), oppure a garantire l'amministrato in modo diretto (in questo caso la sua violazione da parte dell'amministrazione coinvolgeva un diritto dell'amministrato tutelabile innanzi al giudice ordinario)⁷⁴.

Utilizzò in larga misura anche il criterio fondato sulla distinzione tra atto di impero e atto di gestione, criterio che ebbe un peso preponderante fin quando il giudizio sui conflitti fu affidato al Consiglio di Stato, per poi risultare recessivo invece nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sui conflitti⁷⁵.

Infine, utilizzò una variante temperata di quest'ultimo criterio: per negare l'esistenza di un diritto in capo all'amministrato non bastava la presenza di un atto di impero, ma tale atto doveva essere discrezionale. Se vincolato dalla legge, la configurabilità di un interesse o un diritto sarebbe dipesa dall'applicazione ulteriore del criterio dello scopo della norma. Dunque un atto dovuto violava un diritto solo se violava una norma diretta a tutelare direttamente l'amministrato⁷⁶.

In particolare di competenza del giudice ordinario furono ritenute le questioni di mero diritto privato⁷⁷ e di accertamento della proprietà o di uno *status*⁷⁸, le questioni relative ai diritti politici, sostanzialmente in tema di elettorato ed eleggibilità, e alle obbligazioni na-

⁷² I conflitti decisi dal Consiglio di Stato tra il 1865 e il 1877 furono 500, di cui, per attenerci alla materia oggetto di indagine, 305 a favore della competenza dell'Amministrazione, 111 di quella giudiziaria: M. GIGANTE, *op. cit.*, 166 e 213.

⁷³ M. GIGANTE, *op. cit.*, 167.

⁷⁴ S. COGNETTI, *op. cit.*, 59.

⁷⁵ La valutazione si trova in F. CAMMEO, *op. cit.*, 821.

⁷⁶ S. COGNETTI, *op. cit.*, 59.

⁷⁷ Vi rientrano i casi di esecuzione forzata contro i beni posseduti da enti pubblici *iure privatorum*, di obbligazioni di diritto comune dei privati verso le pubbliche amministrazioni e viceversa, di interpretazione di contratti con la pubblica amministrazione e le questioni relative alla materia pensionistica, oltre che quelle concernenti le indennità di espropriazione: M. GIGANTE, *op. cit.*, 169 ss.

⁷⁸ Si trattava in questo caso di verificare se sussistevano i presupposti stessi per l'esercizio da parte dell'amministrazione dell'azione imperativa: M. GIGANTE, *op. cit.*, 177.

scenti da leggi amministrative⁷⁹. A queste si aggiungano le questioni circa la conformità al contenuto dell'atto amministrativo delle modalità di sua attuazione⁸⁰.

La competenza del giudice civile veniva ammessa, in sostanza, esclusivamente quando gli atti dell'Amministrazione erano adottati non a tutela di un interesse generale, ma a tutela di un interesse proprio dell'Amministrazione, di natura patrimoniale⁸¹.

Più articolato il discorso sugli ambiti che il Consiglio di Stato dichiarò di «competenza dell'Autorità amministrativa», dichiarazione anch'essa sintomatica della interpretazione che della legge del 1865 e del conflitto di attribuzione diede il Consiglio di Stato, convinto della necessità di un giudice speciale per il potere amministrativo⁸².

Innanzitutto il Consiglio di Stato ritenne di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa le questioni vertenti su materie considerate riservate, ragionando, dunque, in termini di divisione dei poteri e di sottrazione all'autorità giurisdizionale in ragione di una 'riserva' per materia in capo all'amministrazione, laddove venisse in rilievo l'esercizio di potere amministrativo: è ciò che avvenne, ad esempio, in materia di pubblico impiego, di acque e di opere pubbliche⁸³.

Altra categoria di competenza dell'autorità amministrativa il Consiglio di Stato ritenne costituita dal gruppo composito delle questioni concernenti l'esercizio di poteri discrezionali, in primo luogo concessioni e autorizzazioni: se la legge conferiva poteri discrezionali all'amministrazione non potevano configurarsi diritti poiché condizione implicita nell'attribuzione di poteri discrezionali era che l'amministrazione li esercitasse se e come riteneva opportuno nell'interesse pubblico⁸⁴.

Ad una concezione non giuridicizzata di discrezionalità, intesa allora ancora come *libera*, corrispondevano questioni 'non giuridiche' e come tale non sindacabili dal giudice ordinario. Emerge qui chiaramente quella inconciliabilità tra potere discrezionale e diritti, 'per non turbare e confondere la divisione dei poteri'⁸⁵, che trova origine in una non matura concezione della discrezionalità amministrativa, lontana ancora dal formarsi.

⁷⁹ Le questioni relative alle obbligazioni tributarie, ad esempio: per il Consiglio di Stato, dunque, i diritti potevano nascere anche da leggi amministrative purché la loro attuazione non dipendesse dalla discrezionalità pura o tecnica, ma fosse interamente vincolata: M. GIGANTE, *op. cit.*, 182.

⁸⁰ M. GIGANTE, *op. cit.*, 184 ss.

⁸¹ A. TRAVI, *op. cit.*, 26.

⁸² M. GIGANTE, *op. cit.*, 207.

⁸³ M. GIGANTE, *op. cit.*, 186.

⁸⁴ M. GIGANTE, *op. cit.*, 195 ss. e 200.

⁸⁵ Cfr. Cons. St., 25 giugno 1870: l'autorità amministrativa non può essere chiamata avanti all'autorità giudiziaria a rendere conto degli atti emessi nell'esercizio delle proprie attribuzioni senza che venga lesa la propria

Il teorema della incompatibilità tra riconoscimento di un diritto in capo all'amministrato e provvedimento amministrativo rappresentava la soluzione del tentativo di conciliare la convivenza tra sindacato giurisdizionale e potere amministrativo⁸⁶ e la restrizione della tutela del cittadino operata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti apriva la via alla questione della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi che occuperà le riflessioni della dottrina fino alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato⁸⁷.

Il ruolo normativo della giurisprudenza sui conflitti di attribuzione nell'assetto del sistema di giustizia amministrativa emerge in tutta la sua forza ponendo mente alla interpretazione del rapporto tra provvedimento amministrativo illegittimo e diritto soggettivo che determinò il sostanziale insuccesso della riforma.

Si affermò in senso deciso una equiparazione tra provvedimento non conforme alla legge e provvedimento valido, in virtù della quale il primo è in grado di produrre tutti i suoi effetti finché non venga annullato⁸⁸.

Sebbene, anche la Commissione parlamentare in merito al progetto di legge del 1865 avesse dichiarato che è escluso che «dalle leggi amministrative possano derivarsi diritti nel senso proprio e strettamente giuridico di questa parola»⁸⁹, negli intenti di quel legislatore, la finalità della tutela era costituita dalla difesa contro atti e provvedimenti dell'amministrazione che avessero leso un diritto del cittadino, chiaramente espressa nella formulazione dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo «comunque vi

indipendenza, e senza che venga turbata e confusa la divisione dei poteri che costituisce uno dei fondamenti di ogni bene ordinata società: B. SORDI, *op. cit.*, 49, nota 44.

⁸⁶ S. COGNETTI, *op. cit.*, 52 ss., si affermava, in tal modo, tassativamente l'incapacità dei giudici di sindacare la discrezionalità amministrativa.

⁸⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 245: «Se il soggetto colpito dal provvedimento si rivolge al giudice, questi deve dichiarare infondata l'azione, perché l'amministrazione ha agito esercitando un proprio diritto o potere, e il privato non ha più situazioni soggettive di cui possa chiedere la tutela. Egli è titolare solo di interessi legittimi, stante che, in questa concezione, la fattispecie del provvedimento invalido è come se fosse quella del provvedimento valido». In questa logica, la giurisdizione del giudice ordinario è limitatissima: in sostanza controversie relative a provvedimenti amministrativi produttivi di obblighi patrimoniali e controversie rientranti nella carenza di potere.

⁸⁸ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 241, afferma che il modo dell'equiparazione si fonda «sull'interpretazione letterale del principio di separazione dei poteri: il provvedimento amministrativo invalido è pur sempre atto del potere amministrativo, ed è efficace, anche se invalido, fino a che l'amministrazione (in esercizio dei poteri di autotutela) o uno speciale giudice (investito di appositi poteri) non lo annulli. Esso quindi, anche se invalido, produce sempre i suoi effetti, compresi quelli che attengono a diritti soggettivi. Il giudice ordinario (competente "su questioni di diritti") se il provvedimento produce estinzione o perdita di diritti o modificazione di diritti, non ha competenza, perché l'attore non è più titolare di un diritto o di quel diritto che aveva quel contenuto della diminuzione del quale si duole (c.d. degradazione)».

⁸⁹ A. SALANDRA, *op. cit.*, 325.

possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»⁹⁰.

L'indirizzo accolto dal Consiglio di Stato appariva invece in contrasto con l'art. 2 della legge del 1865, secondo cui la competenza del giudice ordinario non doveva essere limitata per il fatto che parte in causa fosse la pubblica amministrazione, né dal fatto che oggetto di contestazione fosse un provvedimento amministrativo.

Il Consiglio di Stato, viceversa, prendeva in considerazione tutta la natura dell'azione posta in essere dall'amministrazione, finendo per rovesciare lo schema di ragionamento su cui si fondava l'instaurazione del sistema di giurisdizione unica: per il Consiglio di Stato non si trattava tanto di considerare se la legge tutelasse una situazione soggettiva conferendo un diritto, occorreva anche e soprattutto vedere se l'amministrazione agiva come autorità, o come persona privata⁹¹.

In tal modo, la legge del 1865 finì per deludere in gran parte le aspettative anche dei suoi stessi fautori⁹².

Le oscillazioni interpretative resero insostenibile il dogma del giudice unico. In Italia la scelta si era rivelata pessima: la giurisdizione ordinaria oscillava tra «l'inclinazione a sacrificare senza limite l'interesse pubblico al privato, e quella opposta ad immolare senza freno e compenso l'interesse privato al pubblico»⁹³.

La soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo non aveva comportato l'estensione della giurisdizione civile a tutti gli ambiti precedentemente occupati dai giudici del contenzioso amministrativo.

Il sistema appariva depotenziato dallo sbilanciamento della interpretazione sui conflitti a favore di un progressivo ampliamento della amministrazione pura insindacabile e appariva, piuttosto, come diminuzione della tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione.

⁹⁰ G. MIELE, *op. cit.*, 24.

⁹¹ M. GIGANTE, *op. cit.*, 206.

⁹² F. ASTONE, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 6 giugno 2011, individua una molteplicità di fattori: l'incerta determinazione dell'ambito di cognizione del giudice ordinario; la mancanza di strumenti efficaci per indurre l'amministrazione a conformarsi al giudicato del g.o.; l'assenza di strumenti di tutela giurisdizionale per interessi individuali diversi dai diritti soggettivi che in precedenza potevano esser fatti valere, almeno in parte, all'interno del sistema del contenzioso amministrativo.

⁹³ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1901, 325; cfr. S. COGNETTI, *op. cit.*, 62.

L'insuccesso della riforma veniva addebitato al Consiglio di Stato quale giudice dei conflitti⁹⁴, mentre Pasquale Stanislao Mancini ancora appassionatamente difendeva le possibilità garantiste della legge abolitiva, durante il Primo congresso giuridico italiano, che si tenne a Roma nel 1872, i cui esiti scientifici porteranno nel 1877 alla sostituzione della Corte di Cassazione di Roma al Consiglio di Stato nella decisione dei conflitti⁹⁵.

4. *L'interpretazione dei motivi inerenti la giurisdizione oggi: la forza normativa dell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*

Lo scritto ha esaminato gli effetti normativi dell'interpretazione da parte del Consiglio di Stato, in qualità di giudice dei conflitti di attribuzione, dei limiti esterni della giurisdizione, che allora era solo civile, nei confronti dell'amministrazione. In particolare, si è dimostrata la portata normativa delle pronunce del giudice dei conflitti che è stata in grado di determinare i confini del rapporto tra potere giurisdizionale e potere amministrativo.

Quanto detto implica due ordini di deduzioni.

In primo luogo, una notazione descrittiva relativa al rilievo che la forza normativa dell'interpretazione 'giudiziale' non rappresenta, specialmente per il diritto amministrativo, un prodotto contingente nel nostro ordinamento, collegato alla perdita di centralità del potere legislativo, ma le sue ragioni devono essere cercate altrove⁹⁶.

Secondariamente, e attualizzando gli esiti della riflessione, può notarsi che la forza normativa dell'interpretazione da parte del giudice dei conflitti ebbe la capacità di determinare il peso della ragioni della specialità amministrativa. Questa acquisizione origina una riflessione in merito all'influenza normativa esercitata oggi dalla Corte di Cassazione sugli equilibri istituzionali tra giurisdizione e potere amministrativo, attraverso la propria giurisprudenza sui conflitti di giurisdizione.

La verifica dei limiti esterni della giurisdizione in rapporto alla specialità del potere amministrativo è effettuata oggi dalle Sezioni Unite della Cassazione. Come noto, infatti, l'art. 111, comma 8, Cost. delimita l'ambito del sindacato che la Cassazione può compiere

⁹⁴ G. MANTELLINI, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁵ Secondo F. BENVENUTI, *op. cit.*, 599, quando la risoluzione dei conflitti venne attribuita alla Corte di Cassazione il sistema «era già compromesso in un senso preciso» e l'amministrazione aveva affermato il suo dominio su gran parte delle materie controverse; si v. approfonditamente B. SORDI, *op. cit.*, 57 ss., in ordine alla sostanziale conferma del riparto che il Consiglio di Stato aveva fortemente sbilanciato a favore dell'amministrazione, ad eccezione del mutamento di rotta rintracciabile in alcuni settori.

⁹⁶ Cfr. da ultimo P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma, Laterza, 2015, 87 ss.

sulle sentenze del Consiglio di Stato, censurabili, come ribadito dagli artt. 110 c.p.a. e 362 c.p.c., «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

In termini generali, la formula comprende le impugnazioni delle sentenze del Consiglio di Stato quando superano il c.d. limite esterno della giurisdizione che si realizza in presenza della violazione dei criteri di riparto della giurisdizione, ovvero del rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale sul presupposto erroneo che la materia non possa costituire oggetto di funzione giurisdizionale e, infine di un eccesso di potere giurisdizionale, per il travalicamento degli spazi riservati al potere legislativo o al potere amministrativo. Non è possibile, invece, ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi che attengono al superamento dei cc.dd. limiti interni alla giurisdizione.

La riflessione sulla forza normativa della giurisprudenza della Cassazione è motivata dalla circostanza che oggi si assiste ad una progressiva lettura estensiva dei «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8, Cost.

Come è stato rilevato, infatti, la Corte di Cassazione interpreta con molta libertà il proprio ruolo di giudice della giurisdizione ad essa assegnato dalla Costituzione⁹⁷.

Emblematico, in tal senso, è in primo luogo, l'esito della vicenda in ordine alla pregiudiziale amministrativa di annullamento, ove la Corte di Cassazione ha fornito un'interpretazione estensiva della formula «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'affermare che «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca»; conseguentemente, «rientra nello schema logico del sindacato per violazione di legge per motivi inerenti alla giurisdizione, spettante alla Corte di Cassazione, l'operazione consistente nell'interpretare la norma attributiva di tutela e nel verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 111 della Costituzione, la abbia correttamente applicata»⁹⁸.

In questo caso, attraverso l'interpretazione della 'questione di giurisdizione', la Cassazione interviene pesantemente su indirizzi di fondo del giudice amministrativo, per il quale il tema di discussione diventa indisponibile⁹⁹.

⁹⁷ A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.; cfr. in argomento V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 63 ss.

⁹⁸ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, con nota di R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 897; in precedenza, Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, sulla quale R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, n. 865 ss.

⁹⁹ A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, cit., 704.

In secondo luogo, si avverte un deciso incremento delle pronunce della Corte di Cassazione su ricorsi con i quali viene dedotto l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato¹⁰⁰.

La Corte ritiene di poter sindacare l'arbitraria invasione da parte del giudice amministrativo di settori di attività riservati all'Amministrazione. L'eccesso di potere giurisdizionale è configurato quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al sindacato di legittimità degli atti amministrativi, il giudice amministrativo effettui un sindacato di merito, sconfinando nella sfera riservata all'Amministrazione. In particolare, ciò accade quando il g.a. «compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione»¹⁰¹.

In terzo luogo, la Cassazione, attraverso l'eccesso di potere giurisdizionale, ha ammesso il controllo sul modo con il quale il giudice speciale esercita la sua funzione e, dunque, sul corretto esercizio del potere cognitivo del giudice amministrativo, tutte le volte in cui quest'ultimo si sia espresso con valutazioni che la Corte di Cassazione ha ritenuto riservate per legge alla pubblica amministrazione. In tema di legittimità di valutazioni complesse, la Corte di Cassazione ha affermato che «il sindacato del giudice amministrativo deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può invece pervenire ad evidenziare (anche sulla scorta degli esiti di una ctu disposta in corso di giudizio) la mera “non condivisibilità” della valutazione stessa, pena lo sconfinamento nell'ambito della discrezionalità amministrativa e il conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa»¹⁰².

¹⁰⁰ Sul superamento dei limiti della giurisdizione di legittimità da parte del giudice amministrativo come motivo di ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione: Cass., sez. un., 7 novembre 2013, n. 25037; Id., 30 ottobre 2013, n. 24468; Id., 5 settembre 2013, n. 20360; Id., 13 maggio 2013, n. 11347; Id., 22 aprile 2013, n. 9687; Id., 29 marzo 2013, n. 7929; Id., 12 dicembre 2012, n. 22784; Id., 19 ottobre 2012, n. 17936; Id., 18 ottobre 2012, n. 17842; Id., 14 settembre 2012, n. 15428.

¹⁰¹ Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 127, con nota di G. Mari; in tal modo, in merito all'assetto dell'ottemperanza, le sezioni unite della Cassazione hanno affermato che la sentenza con cui il Consiglio di Stato, «pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile (nella specie, per l'avvenuto pensionamento dei candidati concorrenti), ordina alla competente amministrazione (nella specie, al Csm) di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento “ora per allora”, al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetta, pertanto, al sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione».

¹⁰² Cass. sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 con note di B. Sassani e M. Allena; cfr. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 705 ss.;

Come si vede, la Corte tende a dilatare il concetto di ‘questione di giurisdizione’, tradizionalmente intesa come soluzione dei conflitti tra giudici di diverso ordine, il cui presupposto è quello della autonomia e impermeabilità delle diverse giurisdizioni.

Viceversa, la Cassazione appare voler penetrare nel cuore delle valutazioni che ciascun giudice compie nell’ambito delle proprie attribuzioni¹⁰³.

Simile complessa evoluzione interpretativa da un lato, esprime la convinzione da parte della Corte di Cassazione che il diritto amministrativo non debba essere lasciato a un giudice speciale¹⁰⁴, dall’altro, testimonia l’evoluzione della Corte di Cassazione da giudice regolatore di conflitti verso il ruolo di organo di vertice di magistrature equiordinate, in cui le differenze ‘ontologiche’ tra di esse esistenti sfumano sotto l’influsso delle garanzie strutturali del giusto processo¹⁰⁵.

Non è questa la sede nemmeno per accennare alla questione degli odierni fautori della giurisdizione unica.

Giova invece sottolineare che, attesa la pluralità delle giurisdizioni, pur nell’unità della funzione giurisdizionale, poco si giustifica che il giudice regolatore della giurisdizione così latamente oggi intesa sia composto da giudici appartenenti esclusivamente alla categoria dei giudici ordinari¹⁰⁶.

F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 694.

¹⁰³ G. VERDE, *op. cit.*, 375, la Suprema Corte ritiene, di poter sindacare nel caso di ricorsi ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost.: a) se il giudice amministrativo avesse il potere di decidere; b) se avesse il potere di decidere nel merito; c) se sia incorso in valutazioni che spettano in esclusiva all’amministrazione (eccesso di potere giurisdizionale); in questo modo giunge a controllare il *quomodo* del concreto esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo.

¹⁰⁴ A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, cit., 706.

¹⁰⁵ A questo proposito G. VERDE, *op. cit.*, 377, rileva che la Corte di Cassazione interpreta la funzione affidatale dall’ultimo comma dell’art. 111 della Costituzione non più come arbitro delle questioni di ‘spettanza’ del potere giurisdizionale, ma come funzione di controllore ultimo della effettività delle tutele erogate dalle singole magistrature; in questo contesto le questioni di giurisdizione sembrerebbero destinate a diminuire ed aumentare, invece, i casi in cui la Corte ritiene di poter intervenire controllando se ci sia effettiva tutela giurisdizionale o tutela giurisdizionale esorbitante.

¹⁰⁶ G. VERDE, *op. cit.*, 383.

MARIA LUCIA DI BITONTO

Il codice di procedura penale del 1865: il modello e le ideologie

Sommario: 1. Premessa; 2. Ruolo del giudice e funzione del processo nel c.p.p. del 1865; 3. La deposizione dell'imputato; 4. La valutazione delle prove; 5. Libertà personale dell'imputato, *ne bis in idem*.

1. *Premessa*

Un marcato pregiudizio negativo avvolge il codice di procedura penale del Regno d'Italia, di cui ricorre nel 2015 il centocinquantenario anniversario della sua promulgazione¹. È questo il codice che la Relazione al codice di procedura penale del 1913 definisce “un avanzo dei tempi medievali”²; lo stesso che Francesco Carrara qualifica come iniquo³ e che, in una nota prolusione pisana svolta a meno di otto anni dalla sua entrata in vigore, sempre Carrara descrive come una vecchio arnese da bruciare: “C'è un bisogno urgentissimo – di-

¹ Tale codice costituisce una derivazione dei codici sabaudi del 1847 e del 1859: al riguardo si rinvia a M. CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Dig. pen.*, vol. II, Utet, 1988, 255 s.; M. N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, vol. I, *L'attesa*, Giuffrè, 2003, 67 ss. V. anche G. DELITALA, *Codice di procedura penale*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 284; F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Utet, 1986, 91. Esclude che i codici del 1865 siano il frutto di un significativo processo culturale e scientifico di esperienze postunitarie, risultando ancora espressione del modello subalpino L. LACCHÈ, *I diritti della storia e la storia dei diritti: riflettendo sul processo penale nell'Italia repubblicana*, in AA.VV., *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Giuffrè, 2010, 93. Nel senso che il codice del 1865 fosse nulla più che un “rimaneggiamento” delle previgenti norme piemontesi v. P. TUOZZI, *Principi del procedimento penale italiano*, Stabilimento tipografico D'Auria di Napoli, 1909, 32. Deve aggiungersi che tale codice è stato oggetto di successive novellazioni di un certo rilievo, la prima delle quali sopraggiunta appena un mese dopo la sua entrata in vigore, quando il regio decreto 28 gennaio 1866 ampliò le prerogative del procuratore del re riguardo all'appello avverso le sentenze del pretore e rafforzò le garanzie dell'accusato nel giudizio di rinvio. Successivamente, gli interventi correttivi si concentrarono in due blocchi, nel biennio 1874-76 e poi nel 1889. Quanto ai primi, essi riguardarono la giuria in corte d'assise, la disciplina della detenzione preventiva e della libertà provvisoria, l'istituzione della Corte di Cassazione di Roma, la prestazione del giuramento; nel 1889, invece, si trattò di adeguare il codice di procedura al nuovo codice penale. In argomento si rinvia ancora a M. N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia*, cit., 92 ss.

² Per una rassegna delle critiche negative a questo codice v. M. CHIAVARIO, *Codice di procedura*, cit., 256 s.; M. N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia*, cit., 80 ss., 88 ss.

³ F. CARRARA, *Del giudice*, in *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale*, ora pubblicato per il Mulino, 2004, a cura di M. Nobili, p. 145

ceva il maestro – per il decoro d'Italia, di gettare alle fiamme il nostro c.p.p. del 1865, indegno da capo a fondo, dei tempi nostri e di un popolo che dicesi libero”⁴.

Eppure, questo testo normativo non presenta solo ombre, ma anche qualche luce, poiché furono gli stessi giuristi dell'epoca ad apprezzare apertamente talune soluzioni tecniche da esso introdotte, come il ripristino della camera di consiglio, l'incremento dei casi di libertà provvisoria, l'obbligo di pronunciare sentenza nell'udienza di chiusura del dibattimento e non più in quella successiva⁵.

Per meglio esaminare gli aspetti del codice del Regno d'Italia del 1865 più significativi e meritevoli di maggiore approfondimento, torna utile soffermarsi brevemente a considerare il panorama europeo del XIX secolo relativo alla procedura penale, quando si consolidano assetti istituzionali e concezioni del processo e della magistratura che affondano le loro radici negli sconvolgimenti rivoluzionari della fine del secolo precedente. Tale digressione pare necessaria poiché il modello e le ideologie di cui è espressione il primo codice di procedura penale unitario si innestano proprio in quel contesto storico-politico, oltre che geografico.

Oggi si fa un gran parlare di procedura penale europea, ma la procedura penale europea non è qualcosa che nasce con la Corte europea dei diritti dell'uomo o con la Corte di Lussemburgo. La procedura penale nasce europea⁶ perché la rivoluzione francese è stata soprattutto rivoluzione della procedura penale⁷ e gli esiti normativi di quell'evento storico hanno condizionato fortemente la fisionomia delle istituzioni e degli istituti della procedura penale nell'Europa continentale⁸.

⁴ F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli*, V, Prato, 1879, 36 s.

⁵ M. N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia*, cit., 77. Parla di “significativo progresso” del codice di procedura penale del 1865 in relazione a quello cisalpino del 1859 con riguardo alla libertà personale dell'imputato V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, 1976, 7. Nel senso che le norme sulla custodia preventiva ... congegnino “un sistema con aperture garantistiche” v. F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Utet, 1986, 91.

⁶ Nel senso che un atteggiamento di fondo del pensiero occidentale sin dal medio evo è rappresentato dall'esistenza, pure con riguardo alla giustizia penale, di una circolazione europea di norme giuridiche, di dottrine, di soluzioni giurisprudenziali, che poi costituisce il sostrato teorico del fenomeno indicato come diritto comune v. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, 1979, 15.

⁷ Secondo V. MULLER, *Lessons of Comparative Criminal Procedure*, 15 *The American University Law Rev.*, 1966, p. 344, la caduta dell'*Ancien Régime* è stata, essenzialmente, una rivoluzione della procedura penale. Cita e aderisce a questa prospettiva E. AMODIO, *Il diritto delle prove penali nel pensiero* di Mirjan Damaška, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 11.

⁸ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972 - 2007)*, Giuffrè, 2009, tm. I, 30. Nel senso che il diritto pubblico ed il diritto processuale penale furono lo specchio fedele delle profonde trasformazioni che il movimento rivoluzionario del 1789 impresso alla storia “con la posizione di alcuni principi basilari, che nessuna restaurazione successiva ha potuto cancellare v. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, 84 ss. Nel senso che l'atto di nascita del processo penale moderno va individuato nel traumatico rigetto della procedura inquisitoria dell'*Ancien régime* in omaggio agli ideali

La rivoluzione francese trae origine e si sviluppa sul piano normativo in antitesi e polemica con alcuni dei più importanti istituti processuali del precedente regime. Non a caso alcuni dei simboli dell'*ancien régime* spazzati via dalla Rivoluzione erano proprio il processo inquisitorio, la tortura, l'instabilità delle competenze giurisdizionali⁹. Al contempo, gli aspetti più importanti della nuova legislazione dello Stato rivoluzionario sono proprio i decreti 8-9 ottobre 1789, 16-29 settembre 1791 e 21 ottobre 1791 che riformarono la procedura penale in senso marcatamente accusatorio¹⁰.

Pertanto, con la rivoluzione francese la giustizia penale europea si distacca definitivamente dal sistema delle prove legali¹¹ per aderire a quello basato sul libero convincimento del giudice, che esprime la preminenza dell'individualità del giudizio probatorio, sul presupposto che la ragione appartenente all'intelletto dell'individuo costituisca di per sé un adeguato strumento di verità, perché consente la diretta osservazione critica dei fatti¹².

Senonché, così come sul piano politico alla rivoluzione francese è seguito l'Impero napoleonico e la restaurazione post-napoleonica - vale a dire assetti istituzionali di forte impronta autoritaria e centralista; corrispondentemente, sul piano della giustizia penale, il lascito normativo definitivo della rivoluzione francese non è stato il processo penale dei rivoluzionari, quel processo che cercava di radicare nel Continente i modelli di *common law* tipici dei sistemi processuali d'oltre Manica e d'oltre Oceano. Nella giustizia penale l'esito normativo della rivoluzione francese è stato il *Code d'instruction criminelle* del 1808, che rappresenta senz'altro il prototipo della maggior parte dei codici continentali del XIX e del XX secolo¹³.

di libertà ed eguaglianza imposti dalla rivoluzione francese v. E. AMODIO, *La procedura penale riformata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, del medesimo Autore, Giuffrè, 2003, 4.

⁹ Una significativa espressione del costume politico giudiziario dell'*Ancien Régime* era senz'altro l'avocazione che consentiva di sottrarre una causa non ancora definita e di competenza del giudice inferiore a favore del giudice superiore, sulla base di un ordine del sovrano, del *Parliament* o dello stesso giudice: si rinvia, volendo, a M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, 2006, 7 ss.

¹⁰ F. CORDERO, *Guida*, cit., 91; ID., *Procedura penale*, IX ed., 2012, 51 ss.; V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Leo S. Olschki Editore, MCMLXXVII, 671; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 153.

¹¹ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, 2002, 189 ss.

¹² M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 92. Occorre rilevare, infatti, che nonostante l'espressa adesione agli ideali accusatori del processo di *common law* nelle riforme processuali della Francia rivoluzionaria mancò la piena percezione che in quel modello la libertà di valutazione delle prove si accompagnava indissolubilmente ad una estesa e dettagliata regolamentazione del fenomeno probatorio imperniata sulle *exclusionary rules* la cui precipua funzione è proprio quella di minimizzare le possibilità che i giurati emettano una decisione errata o arbitraria: così A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2000, 41 ss.

¹³ G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., 151, 159; P. Cipolla, *Dal Code Louis al Code Napoleon: un caso di ricorso storico?*, in *I codici napoleonici*, vol. V, Giuffrè, 2002, p. XLIII; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio intro-*

Alla luce di questo scenario complessivo, non si può fare a meno di rilevare che proprio perché il *Code d'instruction criminelle* ha fortemente condizionato tutti gli altri codici continentali, e non solo quello del Regno d'Italia del 1865¹⁴, i difetti di quest'ultimo sono prima di tutto i difetti del modello processuale penale cosiddetto misto. Tale considerazione certamente ridimensiona il giudizio negativo che pure va indirizzato ai tanti difetti di quel codice di procedura penale che, a ragione, piaceva così poco a Francesco Carrara. Com'è stato acutamente rilevato¹⁵, infatti, "l'architettura invisibile della giustizia penale" che ancora oggi condiziona in senso inquisitorio "l'effettiva operatività degli istituti processuali" deve farsi risalire alle regole processuali con cui la giustizia viene amministrata nel nostro Paese dall'Ottocento in poi; e dunque anche nel Novecento dell'età liberale, del ventennio fascista poi e del primo quarantennio repubblicano.

Merita di essere svolta, infine, un'ultima notazione preliminare. Il codice di procedura penale del 1865 costituisce uno dei tasselli di una macchina giudiziaria e istituzionale che fu dichiarata inservibile per fronteggiare il principale problema "penale" con cui dovette misurarsi il governo dell'Italia appena unita¹⁶, vale a dire l'insurrezione di uomini armati in alcune regioni meridionali, passata alla storia con il nome di brigantaggio. Quest'ultimo parve "mettere in drammatico pericolo l'unità dello Stato appena realizzata" e la reazione del governo fu all'insegna della legislazione eccezionale¹⁷, vale a dire con la sospensione della garanzie del giudice naturale per i territori dichiarati in stato di brigantaggio, oltre che con l'esautoramento delle magistrature meridionali in favore dei tribunali militari e la conseguente adozione di procedure militari¹⁸. Ne discende che il codice di procedura penale del 1865 si inserisce in un complessivo sistema caratterizzato da quello che è stato definito "un duplice livello di legalità", nel quale le regole e pratiche repressive si sviluppano in parallelo

duttivo, Giappichelli, 2000, 62. Giova ricordare quanto riferiva un professore viennese con riguardo all'influenza del *code*: "L'importazione del codice penale di Francia e di quell'ordinamento processuale in molti e vari Paesi fu cosa del tutto meccanica: fu arrendevolezza usata alla forma e alla perfezione tecnica; parve essere mezzo comodo" per rispondere al bisogno di codificazione "senza fatica di lotte legislative": così S. MAYER, *Della legislazione penale comparata*, in *Riv. pen.*, 1879, vol. XI, fss. II-III (nov. e dic.), 113.

¹⁴ Nel senso che l'ascendenza francese fosse il difetto "imperdonabile" del c.p.p. 1865 v. P. TUOZZI, *Principi*, cit., 32. Analogamente v. E. FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da R. Garofalo - A. Berenini - E. Florian - A. Zerboglio, Ed. Vallardi, 1914, 6, ove si qualifica il c.p.p. 1865 come "vecchio, unilaterale e straniero", con ciò stigmatizzando il suo appiattimento sul paradigma del codice napoleonico.

¹⁵ E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in AA.VV., *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Giuffrè, 2010, 333 ss.

¹⁶ G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2001, 172.

¹⁷ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, 2003, 195.

¹⁸ G. ALESSI, *op. ult. cit.*, 172 ss.

su due fronti, giudiziario e poliziesco¹⁹, dando forma ad una giustizia penale per “galantuomini”, da un lato, e per “birbanti”, dall’altro²⁰.

2. Ruolo del giudice e funzione del processo nel c.p.p. del 1865

Per delineare la fisionomia del processo penale disciplinato dal codice di procedura penale del Regno d’Italia - e leggerne, in controluce, le ideologie ad esso implicite - pare utile schematizzare l’indagine e focalizzare l’attenzione su alcuni degli aspetti più qualificanti di un sistema processuale, vale a dire: 1) il ruolo del giudice e la funzione del processo; 2) la disciplina della deposizione dell’imputato; 3) la valutazione delle prove; 4) la disciplina della libertà personale dell’imputato; 5) il *ne bis in idem*. Questi temi saranno affrontati uno alla volta nel presente paragrafo ed in quelli successivi.

I limiti più grossi del sistema processuale introdotto nel 1865 sono senz’altro quelli riconducibili all’idea di giudice e del suo ruolo ed alla concezione della funzione del processo, che sono implicite ad esso. Si tratta, però, di deficienze proprie del modello di riferimento, vale a dire del *Code d’instruction criminelle* che, pur costruito dal punto di vista strutturale sulla combinazione di due modelli opposti, l’inquisitorio e l’accusatorio, nella sostanza assicura solo al primo effettiva preminenza ed attuazione.

Come noto, l’addizione tra una prima fase inquisitoria – l’istruzione segreta e senza partecipazione della difesa, contraddittorio e oralità – ed una seconda parte, il dibattimento, dove invece c’è partecipazione della difesa, oralità, contraddittorio, pubblicità e concentrazione, è una somma solo apparente, poiché il risultato è la fisionomia inquisitoria di un accertamento che trova il suo baricentro nell’istruttoria, le cui risultanze conoscitive condizionano e determinano i contenuti della sentenza, rappresentandone il prevalente fondamento probatorio²¹.

La riforma processuale napoleonica ha rappresentato, più che altro, un’operazione di stampo gattopardesco, funzionale ad un regime burocratizzato, centralizzato e verticistico²². In effetti, “il mantenimento di taluni principi di garanzia introdotti dalla legislazione rivoluzionaria appare soprattutto finalizzato a rendere tollerabile agli occhi dell’opinione pubblica

¹⁹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972 - 2007)*, Giuffrè, 2009, tm. I, 594 ss.

²⁰ L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell’Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Giuffrè, 1990, 140 ss.

²¹ G. ILLUMINATI, *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988, 3. Nel senso che il *code d’instruction criminelle* crea un processo dominato dal carattere inquisitorio dell’istruttoria, strutturata coi metodi dell’antico regime v. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., 191;

²² P. CIPOLLA, *Dal Code Louis*, cit., LXXVI.

la decisa virata verso una procedura concepita principalmente nell'ottica di una massimizzazione dell'influenza della macchina repressiva attraverso un recupero del sistema inquisitorio²³. Di conseguenza, la concezione del vero ed il principio di autorità che governa l'accertamento nel processo penale dell'*ancien régime*, attraverso il *Code d'instruction criminelle* arriva nei codici ottocenteschi italiani preunitari e postunitari, poiché sia l'istruzione sia il giudice istruttore sono il prodotto di una visione autoritaria della giustizia penale.

Quando il processo è concepito come strumento di repressione, l'illusione che esso riesca ad assoggettare a pena tutti i colpevoli si accompagna al pregiudizio che la scoperta dei fatti di rilevanza penale possa essere meglio servita dalla concentrazione in capo al giudice di poteri di investigazione, coercizione e decisione²⁴. Congeniale a questo modo di intendere la funzione del processo è il giudice istruttore, vale a dire un giudice percepito come baluardo della società nei confronti della delinquenza²⁵ e che, in ragione della sua appartenenza all'ordine giudiziario, porta in sé il crisma dell'imparzialità e garantisce, per ciò solo, l'affidabilità dell'accertamento compiuto unilateralmente, segretamente e senza la partecipazione della difesa.

È il suo essere organo di apparato a garantire la bontà dell'esito dell'accertamento: non c'è bisogno di contraddittorio e nemmeno di partecipazione della difesa perché il giudice istruttore – o comunque il giudice *tout court* – fa e farà tutto quello che è necessario per l'accertamento della verità. L'ideologia sottesa è che dell'esercizio del potere non si diffida e c'è da fidarsi del giudice, il cui ruolo centrale nella ricostruzione dei fatti è ulteriormente consolidato dal prevalere di concezioni monistiche della verità, di derivazione trascendente o razionalistica²⁶. Questo vuol dire che la concezione della ricerca della verità materiale che era propria del processo d'*Ancien régime* e che contaminava e irradiava di sé tutta l'*Ordonnance criminelle* del 1670 viene trasfusa senza mutamento alcuno nel *Code d'instruction criminelle*²⁷ e, attraverso quest'ultimo, si diffonde nei codici continentali e quindi anche nel codice di procedura penale del 1865.

²³ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Giuffrè, 2005, 605.

²⁴ M. CHIAVARIO, *Il nuovo codice di procedura penale al varco tra l'approvazione e l'entrata in vigore*, in *Legisl. pen.*, 1989, 248.

²⁵ Nel senso che il giudice istruttore si muove nella ricerca di una verità che istituzionalmente si identifica con la difesa degli interessi della società v. E. Amodio, *Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese*, in *Processo penale, diritto europeo*, cit., 109.

²⁶ Sui nessi tra il pensiero di Cartesio e di Bacone e la prassi giudiziaria in materia probatoria v. A. GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1988, 55 ss. Sulle diverse concezioni della conoscenza e i corrispondenti riverberi sulla disciplina della prova penale v. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Giappichelli, 2010, 5 ss.

²⁷ F. CORDERO, *Guida*, cit., 71.

Esso replica gli aspetti tipici di un sistema processuale imperniato sulla figura del giudice istruttore, in un contesto storico in cui tale figura si contrassegnava per un più marcato autoritarismo, in ragione dell'assetto istituzionale della magistratura, non ancora corredato di una piena ed effettiva indipendenza²⁸.

Compito del giudice istruttore è quello “di fare tutte quelle indagini che possano condurre alla manifestazione della verità” (art. 84 comma 2 c.p.p. del 1865) - formula questa non dissimile da quella successivamente codificata nell'art. 299 c.p.p. del 1930. Tale giudice è poi un ufficiale di polizia giudiziaria, che esercita le relative funzioni “sotto la direzione e dipendenza del procuratore generale presso la Corte d'appello e del procuratore del Re presso il tribunale correzionale”. Questa sottoposizione del giudice istruttore al pubblico ministero, costituisce una sorta di raccordo fra processo penale e potere esecutivo, in quanto il pubblico ministero è il “rappresentante dell'esecutivo presso le istituzioni giudiziarie” ai sensi dell'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1865 e, in quanto tale, risulta affidatario di una sorta di controllo generale sull'operato della magistratura giudicante²⁹: è titolare *jure proprio* dell'azione disciplinare fino al 1908 - prerogativa che tale organo conserverà fino al 1908 - e in ragione di ciò riveste una obiettiva posizione di superiorità rispetto alla magistratura giudicante³⁰.

In ultima analisi, l'architettura del sistema delineato nel codice del 1865, imperniato sull'istruttoria e sul giudice istruttore, complessivamente “governato” dal pubblico ministero *longa manus* dell'esecutivo, è coerente con una concezione autoritaria della giustizia penale e delle sue regole. Il quadro che ne emerge è quello di una sorta di “continuità solidale” tra magistratura penale, polizia giudiziaria e organi dell'esecuzione nell'espletamento della funzione di difesa sociale³¹, espressione di un'ideologia che concepisce il processo esclusivamente in funzione della repressione penale e quale strumento di realizzazione della politica criminale.

²⁸ L'autoritarismo insito nella tradizione napoleonica è stato recepito dall'ordinamento italiano per il tramite di quello piemontese, ove il massimo della dipendenza istituzionale dei giudici dal potere esecutivo si accompagnava ad un certo grado di garanzie individuali dei magistrati, volte a tutelare la volontà legislativa del Parlamento da eccessive ingerenze del sovrano: in questo senso v. G. Silvestri, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 328. Nondimeno, il riconoscimento di tali garanzie era per lo più formale: assai numerosi erano i casi in cui il potere politico epurava i magistrati sgraditi, oppure procedeva a promozioni speciose, o ancora escludeva o violava la garanzia dell'immovibilità, o infine faceva circolare “avvertenze significative”: così V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure*, cit., 695.

²⁹ G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., 169.

³⁰ L. BRESCIANI, *Organi giudiziari penali*, in *Dig. pen.*, IX, Utet, 1995, 168.

³¹ E. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 19.

3. La deposizione dell'imputato

Si prenda ora in esame un altro aspetto, ad alta valenza ideologica, del codice di procedura penale del 1865, vale a dire la disciplina che sovrintende all'assunzione delle dichiarazioni dell'imputato. È questo un aspetto qualificante dei sistemi processuali, in quanto la tentazione di estrarre la verità dalla persona sottoposta a procedimento è un fenomeno con cui la procedura penale ha sempre dovuto confrontarsi³². Colpevole o innocente che sia, l'imputato è sempre depositario di conoscenze la cui emersione nel processo basterebbe a garantire il risultato giusto³³; l'apprensione del suo sapere, quindi, è stata un'aspirazione costante sin dall'antichità³⁴. Ciò spiega perché nel processo inquisitorio abbia trovato piena giustificazione l'uso sistematico della forza per estorcere dichiarazioni dall'inquisito³⁵. All'opposto, il modello garantista di processo accusatorio è imperniato sul *nemo tenetur se detegere*, che è massima enunciata da Thomas Hobbes e recepita nel diritto inglese sin dal XVI secolo³⁶, i cui fondamenti politici e giuridici si consolidano e si diffondono in Europa con l'illuminismo³⁷.

Su tali premesse, muovere l'indagine su quale sia il regime della deposizione dell'imputato nel codice di procedura penale del 1865 rappresenta un'utile prospettiva per mettere a fuoco quale sia stata, delle due opzioni appena ricordate, quella maggiormente attuata nel primo codice unitario.

Al riguardo va subito evidenziato che esso, in questa materia, risulta decisamente più all'avanguardia del *Code d'instruction criminelle*. Quest'ultimo si caratterizza per l'estrema laccità della disciplina dell'interrogatorio dell'indagato, cui è dedicato un solo articolo, il 93,

³² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, III ed., 1996, 625; G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Indice pen.*, 2002, 388.

³³ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 1987, 472; G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1263.

³⁴ Sul contributo probatorio degli "informatori coinvolti" o "correi dissociati" nel diritto romano v. P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in P. Cerami - G. Di Chiara - M. Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli, 2003, 253 s., nonché 266 ss. Sull'uso di mezzi coercitivi per ottenere la deposizione dell'accusato nel diritto comune V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, 7.

³⁵ In argomento P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, 1994, 63 ss.; M. SBRICCOLI, «Tormentum idest torquere mentem». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in AA.VV., *La parola all'accusato*, a cura di J. C. Maire Vigueur - A. Paravicini Bagliani, 25 ss.; A. A. SAMMARCO, *La chiamata di correo. Profili storici e spunti comparativi*, Cedam, 1990, 6 ss.

³⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 623. Sul diritto al silenzio nell'ordinamento inglese v. E. M. CATALANO, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, 276 ss. Per riferimenti più generali alla *common law* v. E. M. CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dall'autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4018 ss.

³⁷ Nel senso che il divieto di tortura ed il riconoscimento del carattere contro natura delle dichiarazioni confessionarie divengono patrimonio comune del pensiero illuminista v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, 7.

relativo ai limiti temporali della sua esperibilità; per di più, tale previsione ricalca la corrispondente regolamentazione dell'*Ordonnance criminelle* del 1670.

Solo all'apparenza il disinteresse del *Code* per l'interrogatorio esprime l'avvenuta introiezione della lezione degli illuministi in tema di tortura, diritti della persona e accettazione del principio del *nemo tenetur se detinere*³⁸. Più plausibilmente, esso sottintende la consapevolezza che in un sistema nel quale la custodia preventiva rappresentava lo *status* ordinario della persona imputata, tale condizione svela l'inconscia opzione verso uno strumento di induzione alla confessione meno eclatante della tortura, ma ugualmente efficace³⁹.

Diversamente, il codice di procedura penale del Regno d'Italia riconosce il diritto al silenzio della persona accusata, sia pure in una forma ancora embrionale, ricalcando in larga parte la corrispondente disciplina contenuta nel codice di procedura penale per il Regno italico del 1807 - promulgato quindi un anno prima del *Code* napoleonico - alla cui redazione è legato il nome di Romagnosi, che ne stese il progetto definitivo⁴⁰.

“É vietato deferire il giuramento all'imputato anche in ciò che concerne il fatto altrui”, afferma l'art. 232; e l'art. 236 ribadisce: “quando l'imputato ricuserà di rispondere o darà segni ... il giudice lo avvertirà che, nonostante il suo silenzio o le sue infermità simulate, si passerà oltre all'istruttoria del processo”. Simili disposizioni - che replicano quanto stabilito negli artt. 204 e 208 del codice Romagnosi - sono importanti non solo per quanto recitano letteralmente, ma anche per quanto in esse risulta implicato⁴¹. Sulla base dei richiamati articoli, infatti, non solo nessun imputato poteva essere obbligato a divenire *testis contra se*⁴² ma, ancora più importante, risultava affermata la funzione eminentemente difensiva dell'interrogatorio: ne conseguiva per il giudice istruttore il dovere di considerare l'imputato non già come un cittadino obbligato ad offrire lumi alla giustizia, ma come una parte in causa che usa del suo diritto di natura a tutela della sua incolumità⁴³.

Si tratta, quindi, di una regolamentazione molto all'avanguardia non solo in confronto al codice napoleonico, ma anche ove si consideri che nel codice dei delitti austriaco del

³⁸ Per questa considerazione v. P. CIPOLLA, *Dal Code Louis*, cit., LVIII.

³⁹ P. CIPOLLA, *loc. ult. cit.*

⁴⁰ Si tratta del cosiddetto codice Romagnosi, così chiamato perché Giandomenico Romagnosi, professore nella cattedra di diritto pubblico dell'Imperiale Università di Parma ne fu il principale artefice: in argomento, per tutti, E. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Cedam, 1983, in particolare 247 ss. V. anche F. CORDERO, *Guida*, cit., 74 ss.

⁴¹ V. GREVI, *Nemo tenetur*, cit., 28 ss.

⁴² Nel senso che “il giuramento dato ai rei e l'ammonimento a confessare il vero” costituisca una “spirituale tortura” v. F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale [1801]*, in *Id.*, *Considerazioni sul processo criminale. Principi del codice penale. Teoria delle prove [logica de' probabili]*, Giuffrè, 1998, 147.

⁴³ G. BORSANI - L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano*, vol. II, Ed. Giacomo Pirola, 1876, 424.

1803, esteso nel 1815 a tutto il Regno Lombardo-Veneto, si disponeva che qualora l'imputato non rispondesse alle domande "si dovrà seriamente ammonirlo dell'obbligo che gli corre di rispondere e che colla sua ostinazione va ad esporsi ad una certa punizione; dopo l'ammonimento, se l'imputato continui nel suo ostinato silenzio dovrà tenersi per tre giorni a pane ed acqua, dopo dovrà essere castigato col bastone di tre in tre giorni, in modo che cominciando 10 colpi se ne aumenti il numero progressivamente di cinque, finché si arrivi al numero di trenta"⁴⁴.

In definitiva, la regolamentazione della deposizione dell'imputato, tanto più se raffrontata con quella di altri testi normativi coevi o immediatamente anteriori, appariva in controtendenza con il ritorno dell'inquisitorio suggellato dalle riforme bonapartiste; anzi, si presentava quale concreta attuazione dei postulati teorici che avevano condotto, quasi ovunque, all'abolizione della tortura: in linea di principio, infatti, gli artt. 232 e 236 c.p.p. 1865 garantivano all'imputato l'immunità da ogni forma di costringimento diretta a forzarne il *secretum* della coscienza⁴⁵.

4. La valutazione delle prove

Il codice di procedura penale del 1865 ribadisce la rottura con il sistema delle prove legali che aveva già fatto la rivoluzione francese ed accoglie il principio del libero convincimento, che è l'espressione con cui è stata tradotta nel nostro Paese il concetto di "*intime conviction*" elaborato nell'illuminismo e disciplinato nella procedura penale francese della fine del secolo XVIII.

L'istruzione ai giurati contenuta negli artt. 487 comma 1 e 498 comma 3 c.p.p. 1865 ripete le celebri parole del *Décret* sulla procedura penale del 16-29 settembre 1791⁴⁶. Recita il primo: "Aperta l'udienza, il presidente ... legge ai giurati la seguente formula di giuramento: Voi giurate in faccia a Dio e in faccia agli uomini di esaminare colla più scrupolosa attenzione le accuse fatte a N. N.; di non tradire i diritti dell'accusato, né quelli della società che lo accusa; di non comunicare con chicchessia relativamente alle dette accuse sino dopo la

⁴⁴ Che il silenzio dell'imputato dovesse essere punito era convinzione così radicata e diffusa da essere condivisa perfino da Cesare Beccaria, che affermava: "colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intime, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico", in *Dei delitti e delle pene*, § XXXVIII, nell'edizione a cura di A. Burgio, Feltrinelli, 1991, 105.

⁴⁵ Sono riferite nel testo le considerazioni dedicate alle identiche previsioni contenute nel codice Romagnoli da V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 24.

⁴⁶ Si tratta del *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés*, che esprime l'ambizione dell'Assemblea costituente di realizzare una vera e propria palingenesi delle strutture processuali: così A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabili*, cit., 32.

vostra dichiarazione; di non dare ascolto né all'odio né ad altro malvagio sentimento, né al timore, né all'affetto; di decidere solamente allo stato dell'accusa e delle difese, secondo la vostra coscienza ed il vostro intimo convincimento, coll'imparzialità e la fermezza che si convengono ad un uomo probo e libero". Mentre nell'altro si legge: "La legge non chiede conto ai giurati dei mezzi dei quali veglino si sono convinti. Essa non prescrive loro nessuna regola, dalla quale debbano far dipendere la piena e sufficiente prova. Essa prescrive loro d'interrogare se stessi nel silenzio e nel raccoglimento, e di esaminare, nella sincerità della loro coscienza, quale impressione abbiano fatto sulla loro ragione le prove riportate contro l'accusato, ed i mezzi della sua difesa. Essa propone loro questa domanda, che rinchiude tutta la misura dei loro doveri: avete voi l'intima convinzione della reità od innocenza dell'accusato?"

Nelle formule appena trascritte riecheggia lo spirito e l'enfasi delle trasformazioni della procedura penale conseguenti ai moti rivoluzionari. In effetti, con riguardo alla giustizia penale, il primato dei diritti di libertà del cittadino codificato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 implica a mo' di corollario che il metodo e le forme giudiziali debbano rappresentare un limite contro il possibile arbitrio dell'inquirente⁴⁷. Alla stregua di questa nuova visione del processo penale, si afferma l'idea che la giuria popolare assicuri il massimo delle garanzie contro la fallacia e l'arbitrio della decisione⁴⁸.

L'adozione dei giudici popolari porta con sé la necessità di abbandonare il sistema delle prove legali a favore della libertà di valutazione delle prove affidata agli organi giudicanti⁴⁹. Ulteriore fattore a favore del superamento del sistema delle prove legali e dell'adesione all' "*intime conviction*" è poi costituito dall'influenza della dottrina filosofica del senso comune, le cui nozioni di verità e teoria del conoscere consistevano nella più assoluta fiducia nella ragione individuale e nel senso comune del semplice cittadino, che avrebbero scongiurato di per sé la fallacia e l'arbitrarietà dell'accertamento giudiziale⁵⁰. Nel Decreto sulla procedura penale del 16-29 settembre 1791, oltre alla netta cesura fra informativa anteriore al dibattimento e dibattimento; all'istruzione di stampo dichiaratamente accusatorio; alla procedura rigorosamente orale davanti al giurì del dibattimento, fu l'intimo convincimento basato sull'oralità e l'immediatezza a rappresentare l'importante e decisivo caposaldo

⁴⁷ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 89 ss. Più in particolare, sull'incompatibilità fra il nuovo sistema rivoluzionario fondato sulla giuria e la complessa teoria delle prove legali v. *ibidem*, 157 ss.

⁴⁸ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 92 ss. Sull'istituzione della giuria nella Francia rivoluzionaria si rinvia ad A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., 422 ss.

⁴⁹ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 157.

⁵⁰ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 131; A. SCELLA, *Prove penali*, cit., 51 s.

del nuovo sistema⁵¹. Superfluo specificare che il coinvolgimento della giuria nella decisione della questione di fatto (il verdetto di condanna può essere emesso solo quando almeno dieci giurati abbiano ritenuto che il fatto criminoso sia avvenuto; che l'imputato ne sia stato l'autore e che vi fosse "*l'intentino de nuire*") implica la sostanziale in conoscibilità dei motivi su cui si fonda la pronuncia adottata, in quanto giurati rispondono con un sì o con un no ai quesiti posti dal presidente⁵². Giova ricordare, però, che la volontà di abbattere il regime di prove legali indusse a trascurare che il principio di legalità processuale non fosse sovrapponibile ad esso; e che anzi la libertà di valutazione delle prove caratteristica del processo accusatorio avrebbe dovuto accompagnarsi all'introduzione di regole particolarmente stringenti e vincolanti con riguardo al metodo di acquisizione probatoria⁵³.

Il libero convincimento sopravvisse al tramonto degli ideali rivoluzionari, ma non fu più il libero convincimento di semplici cittadini chiamati a comporre le giurie popolari, bensì la libertà di valutazione delle prove affidata ai magistrati che detengono il monopolio dell'attività di accertamento nei sistemi cosiddetti misti ispirati al modello del *Code d'instruction criminelle*.

Proprio l'Italia divenne la culla di questa alchimia: fu lo stesso Napoleone - subito dopo la sua incoronazione come re d'Italia, nell'allocuzione pronunciata il 5 giugno del 1807 - ad optare per l'*intime conviction* del magistrato, la cui ideologia ispirò il codice di procedura penale per il Regno italico del 1807⁵⁴, che influenzò fortemente tutta la legislazione italiana successiva⁵⁵. Se, dunque, in Francia ed in Germania il nuovo sistema di valutazione delle prove era stato introdotto insieme alla giurie popolari⁵⁶, in Italia il sistema di "intima convinzione" fu inizialmente correlato alla valutazione immotivata di giudici professionali⁵⁷ - com'è stato detto, il più dispotico dei sistemi fra quelli allora conosciuti⁵⁸.

Nonostante questi antecedenti, il codice di procedura penale del 1865 ripudia il sistema della sentenza immotivata dei giudici professionali. Da un lato, sancisce che la sen-

⁵¹ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 151; E. AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria*, in *Processo penale, diritto europeo*, cit., 121 s.

⁵² A. SCILLA, *Prove penali*, cit., 39.

⁵³ A. SCILLA, *Prove penali*, cit., 46.

⁵⁴ V. *retro*, nota n. 39.

⁵⁵ Nel senso che le specificità del codice Romagnosi abbiano segnato l'intera vicenda storica della codificazione della procedura penale in Italia v. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in A-A.VV., *I diritti individuali e processo*, cit., 112 ss.

⁵⁶ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 160 ss.; 196 ss.

⁵⁷ Nel senso che "la più sensibile differenza fra il processo francese e quello italiano della prima metà del XIX secolo va vista nella mancata adozione della giuria dibattimentale" si rinvia a V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure*, cit., 693.

⁵⁸ M. NOBILI, *Il principio*, cit., 205; E. DEZZA, *Il codice di procedura*, cit., 336 s.

tenza pronunciata dai giudici professionali debba essere motivata a pena di nullità (art. 323 n. 3° c.p.p. 1865); dall'altro prevede solo in relazione ai procedimenti davanti alla corte d'assise che la deliberazione, adottata dai giurati, sia immotivata in relazione alla sussistenza del fatto, delle aggravanti, di eventuali cause di giustificazione e del discernimento in capo all'imputato di età inferiore agli anni 14 (art. 502 comma 1 c.p.p.).

In definitiva, pur con tutti i limiti di un sistema che nel suo complesso esprime una concezione autoritaria della giustizia penale, il codice di procedura penale del 1865 in tema di valutazione delle prove aderisce comunque alla più aggiornata visione della materia, quale si era consolidata nel resto dell'Europa continentale, dopo le prime sperimentazioni nel Regno di Napoli risalenti al XVIII secolo⁵⁹.

5. Libertà personale dell'imputato e *ne bis in idem*

Per concludere la panoramica sugli aspetti della procedura penale del primo codice unitario più adatti ad illustrare la fisionomia di quel sistema processuale vanno ancora presi in esame due temi: quello della libertà personale dell'imputato ed il giudicato.

In materia di restrizioni della libertà personale dell'imputato il codice di procedura penale del 1865, pur essendo per lo più una replica del codice di procedura penale cisalpino del 1859⁶⁰, si distingueva da quest'ultimo per la restrizione dell'area della cattura obbligatoria, cui corrispondeva l'ampliamento degli spazi di esperibilità del mandato di comparizione (art. 180 c.p.p. 1865) a discapito del mandato di cattura (art. 181 c.p.p. 1865). Un trattamento particolarmente sfavorevole, però, continuava ad essere riservato agli imputati appartenenti a categorie invise, come gli oziosi, i mendicanti, i vagabondi, nel solco di una tradizione secolare e lungi dall'essere superata⁶¹.

Era poi disciplinato un complicato procedimento di convalida dei provvedimenti di arresto o cattura dinanzi alla camera di consiglio e ciò realizzava una prima forma embrionale di tutela giurisdizionale della libertà personale dell'imputato.

L'assenza di esplicite previsioni dello Statuto albertino, da un lato, e la mancanza di una tradizione di *Habeas corpus* e di cauzioni analoga a quella inglese, dall'altro, resero poco effettivi i congegni che avrebbero dovuto assicurare maggiori spazi di tutela alla libertà per-

⁵⁹ Nel senso che il codice del Regno delle due Sicilie del 1819 sia tra i più progressisti degli Stati preunitari e preveda l'obbligo di motivazione sul fatto replicandolo dalla corrispondente disciplina vigente nel Regno di Napoli v. M. NOBILI, *Il principio*, cit., 208 s. Per una disamina dei pregi delle regole processuali stabilite in quel codice v. F. CORDERO, *Guida*, cit., 86 ss.

⁶⁰ V. *retro*, nt. 1.

⁶¹ V. GREVI, *La libertà personale*, cit., 7.

sonale⁶²: nella prassi il contemperamento fra sacrificio del diritto individuale ed esigenze generali si risolveva nettamente a favore di queste ultime⁶³, com'è testimoniato da statistiche che vedevano quali destinatari di sentenze di non luogo a procedere o di assoluzione più della metà dei detenuti in carcerazione preventiva⁶⁴. Del resto, neanche in questo ambito mancarono le durissime critiche di Francesco Carrara che nel 1872, nella relazione presentata al congresso internazionale di Londra per la prevenzione e repressione del delitto, affermò che “il nuovo codice di procedura penale del 1865 ha fatto della custodia preventiva il più intollerabile abuso, estendendola ai più lievi e insignificanti reati con universale lamentamento”⁶⁵.

Solo con la novella del 1876 (l. 30 giugno 1876, n. 3183), quando venne recepito nel sistema il criterio liberale della “stretta necessità” della misura restrittiva quale parametro per la limitazione della libertà personale dell'imputato, si affermò esplicitamente il principio guida del minor sacrificio per la libertà personale dell'imputato durante il processo penale⁶⁶.

Non si può fare a meno di rilevare, però, che la materia delle restrizioni della libertà personale - vero punto dolente del sistema penale del neonato Regno d'Italia - ha rappresentato sempre un tema nevralgico e scottante della procedura penale del nostro Paese, visto che nemmeno nell'Italia contemporanea, dopo un secolo e mezzo di evoluzione giuridica, e nonostante il rafforzamento delle istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, si è riusciti a superare e risolvere il problema dell'abuso del carcere nel corso del procedimento penale⁶⁷. Sarebbe ingeneroso, quindi, limitarsi a sottolineare le indubbie criticità di un sistema processuale come quello del 1865, che tendeva a trattare come meritevole di carcerazione gran parte degli imputati, senza porre nel dovuto risalto che in questo settore il primo legislatore unitario italiano fu tutt'altro che retrivo, ma anzi propenso a farsi influenzare dalle concezioni liberali più garantiste.

Giunti ai passaggi conclusivi della nostra rassegna, non resta che affrontare il *ne bis in idem*, vale a dire la regola in cui si esprime l'autorità di cosa giudicata della pronuncia del giudice penale divenuta irrevocabile. È questo un pilastro della procedura penale, una ga-

⁶² G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., 177.

⁶³ V. GREVI, *La libertà personale*, cit., 7 s.

⁶⁴ G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., 176.

⁶⁵ F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 402.

⁶⁶ V. GREVI, *La libertà personale*, cit., 8.

⁶⁷ In argomento si rinvia a G. SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, a cura di P. Corso e F. Peroni, La Tribuna, 2010, 808; G. LATTANZI, *Una situazione carceraria intollerabile*, in *Cass. pen.*, 2011, 3292; E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, in *Legisl. pen.*, 2006, 372 ss.; E. MARZADURI, *Note di sintesi (...con alcune considerazioni a margine) del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, *ibidem*, 393 ss.

ranza esistente in quasi tutti i Paesi con tradizione liberale⁶⁸, funzionale ad evitare che una persona possa essere sottoposta ad un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto in relazione al quale è già intervenuta una sentenza irrevocabile, anche se tale fatto viene diversamente considerato per il titolo, il grado o le circostanze⁶⁹. L'effetto preclusivo del giudicato penale sintetizzato nel brocardo *ne bis in idem* rappresenta «un diritto civile e politico dell'individuo»⁷⁰, in quanto tale esplicitamente salvaguardato a livello internazionale dall'art. 14 § 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 4 § 1 del Protocollo n. 7 C.e.d.u. e dall'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione europea⁷¹. Il divieto di un secondo giudizio - ora sancito nell'art. 649 c.p.p. - altro non è se non «una garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo»⁷². È proprio l'esclusiva esigenza di salvaguardare la persona giudicata irrevocabilmente a connotare in maniera tutta peculiare il giudicato penale, rendendo impraticabile in questo ambito qualsivoglia forma di perpetua irretrattabilità quando l'esito del processo sia stato una sentenza di condanna. Il *ne bis in idem*, impedendo che l'imputato venga tratto in giudizio reiteratamente per il medesimo fatto, privilegia la tutela della libertà individuale di chi è stato giudicato irrevocabilmente rispetto all'interesse della repressione penale⁷³. Quale garanzia di libertà, il giudicato penale

⁶⁸ N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Giuffrè, 1984, 3, nt. 6.

⁶⁹ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, 38 ss.

⁷⁰ In questi termini v. Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altro, in *Cass. pen.*, 2006, 68. Analogamente, per tutti, v. M. PISANI, *Abolitio criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, 2186; N. GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 97. Più di recente si veda Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, ss., ove si afferma, tra l'altro, che il *ne bis in idem*, quale garanzia individuale della persona destinataria di una sentenza di condanna non escluda rivalutazioni *in bonam partem* della sentenza divenuta irrevocabile, ove necessarie a salvaguardare i diritti fondamentali del condannato.

⁷¹ Mentre nella norma convenzionale e nel Protocollo internazionale dei diritti civili e politici il *ne bis in idem* appare espressamente riferito soltanto alla dimensione interna dei singoli sistemi penali nazionali, l'art. 50 della Carta di Nizza, prevedendo che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge», sancisce l'inderogabilità del principio anche nei rapporti fra i diversi sistemi penali di tutti gli Stati membri dell'Unione: per tutti v. A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2014, 92. La dimensione «internazionale» della garanzia del menzionato art. 50, nel contesto di uno spazio giuridico europeo non armonizzato, nel quale il medesimo fatto storico potrebbe essere sanzionato in sede amministrativa in un Paese ed in sede penale in un altro, consente di non escludere l'operatività del *ne bis in idem* in ambito comunitario anche in relazione a decisioni di condanna pronunciate in sede amministrativa in un Paese diverso da quello in cui si intende far valere l'effetto preclusivo. In argomento si rinvia a J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in U.E?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 32 ss.; P. P. PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale*, cit., 348 ss.

⁷² M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in CONSO – GREVI – BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VII ed., 2014, 1107.

⁷³ *Ex pluribus*, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, VIII ed., 2007, 1220 s.; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., 92 s. Nel senso che la preclusione derivante dal giudicato sia deducibile senza limiti nel giudizio di cassazione v. Sez. VI, 30 settembre 2009, n. 44484, in *Cass. pen.*, 2010, 4251 ss., con nota di R. BELFIORE, *Ne bis in idem e cognizione della Corte di cassazione: un segnale di apertura all'ammissibilità del ricorso*.

implica l'irretrattabilità perpetua e insuperabile delle sole sentenze liberatorie per l'imputato, lasciando sempre aperta l'eventualità di rimedi straordinari *in bonam partem*⁷⁴. Per questo, può essere considerata ancora attuale l'affermazione che «le sentenze criminali condannatorie non hanno sempre in modo assoluto il valore di rejudicata»⁷⁵ in quanto «per violenza di umanità e di giustizia sia necessario ammettere la possibile retrattabilità delle sentenze criminali condannatorie, quante volte la scoperta di un errore giudiziario mette in luce la innocenza di un infelice vittima di ingiusta accusa»⁷⁶.

Ebbene, la migliore maniera per rendere omaggio e celebrare il primo codice di procedura penale dell'Italia unita pare essere proprio quella di ricordare che questo modo di intendere il *ne bis in idem*, che si è appena provato a riassumere, è già disciplinato nel codice di procedura penale del 1865.

Recita l'art. 518 c.p.p. 1865: "L'accusato assolto, o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato, pel medesimo fatto". Questa medesima regola è stabilita anche per il giudizio contumacia dall'art. 540 c.p.p. 1865: "L'accusato che sarà stato assolto colla sentenza in contumacia, od a riguardo del quale si sarà dichiarato non essere stato luogo a procedere, non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato pel medesimo fatto". Ed anche se il menzionato art. 518 c.p.p. 1865 risulta dettato per i procedimenti di Corte d'assise, dal sistema si deduce implicitamente che esso valga per tutte le sentenze di assoluzione⁷⁷; così come si ritiene pacificamente che il *ne bis in idem* operi anche in caso di sentenza irrevocabile di condanna⁷⁸. Per queste ultime, però, resta salva l'esperibilità di rimedi straordinari *pro reo*, poiché le sentenze di condanna possono essere impugnate anche dopo essere passate in giudicato attraverso la revisione quando emergano gli estremi dell'errore giudiziario. Il titolo X del c.p.p. del 1865 ("Della Cassazione e della revisione") dedica sei articoli alla revisione (artt. dal 688 al 693) individuando casi di revisione che anche le codificazioni successive continueranno a considerare quali presupposti per questa impugnazione *post iudicatum*: il cosiddetto conflitto teorico di giudicati, la sopravvenienza di nuove prove, la falsità in atti po-

⁷⁴ Nel senso che «lo stile accusatorio esige i ritmi di un tempo esatto ...: comunque risolto, il caso è chiuso (salvi rimedi straordinari *in bonam partem*)» v. F. CORDERO, *Procedura*, cit, 1203. In senso contrario, però, discutibilmente, CAVALLARO, *La revisione contra reum del giudicato penale tra realtà e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 1107 ss.

⁷⁵ F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, tratto da *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII, 2° ed. corretta ampliata e riordinata, Lucca, Tipografia B. Canovetti, 1877, 275, ora in *Programma del corso di diritto criminale*, cit, 502.

⁷⁶ F. CARRARA, *op. ult. cit.*, 509.

⁷⁷ P. TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1900, 103.

⁷⁸ P. TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata*, *loc. ult. cit.*

sta in essere nel procedimento in esito al quale è stata pronunciata la condanna sulla base di risultanza probatorie poi risultate non veritiere.

Ovvio rilevare che numerose differenze emergano dalla comparazione fra la revisione vigente e quella disciplinata nel codice del 1865; nondimeno va rimarcato che già in quel sistema trova realizzazione una concezione dell'intangibilità del giudicato assai simile a quella del diritto vigente, imperniata sull'idea che il giudicato debba essere recessivo a fronte dell'esigenza di salvaguardare la persona condannata vittima di un errore giudiziario attraverso la possibilità di instaurare la revisione.

Insomma, il *ne bis in idem* disciplinato nel primo codice unitario è concettualmente molto simile a quello accolto successivamente nell'ordinamento italiano. Da un lato, esso esprime un'idea molto precisa del giudicato penale, quale argine per sottrarre l'individuo alla illimitata e irragionevole reiterazione di giudizi nei suoi confronti⁷⁹. Allo stesso tempo, anche in quel sistema come nel nostro, l'inderogabilità del *ne bis in idem* trova il suo limite insuperabile nella necessità di liberare l'innocente dal peso di un giudicato sfavorevole e, proprio, per questo, il codice del 1865 presenta una molteplicità di casi di revisione della sentenza di condanna.

In conclusione, come si era anticipato all'inizio, luci ed ombre caratterizzano il sistema processuale penale del Regno, nell'Italia da poco riunificata. Tuttavia, i tanti mali che ancora oggi affliggono la giustizia penale del nostro Paese inducono lo studioso contemporaneo a mostrarsi più indulgente del Carrara nel valutare un codice di procedura penale che, pur con tutti i limiti del contesto storico-politico in cui fu varato, si sforzava di garantire la regolarità e la correttezza del rito con cui giudicare se l'imputato è o non è colpevole, salvo poi colpirlo con rigorosa fermezza attraverso la sentenza di condanna⁸⁰.

⁷⁹ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., 38 ss.

⁸⁰ Nel senso che «L'interrogativo di fondo è se il codice di procedura penale debba fornire ... gli strumenti per lottare contro la criminalità, o invece debba essere – secondo l'unica interpretazione plausibile e corretta – il codice volto a garantire la regolarità e la correttezza del rito mediante il quale si giudica se l'imputato è o non è colpevole, salvo poi colpirlo con la dovuta fermezza attraverso la sentenza di condanna» v., per tutti, V. GREVI, *Ambiguità e limiti dell'uso del processo per fini di difesa sociale*, ora in *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. I, *Il codice di procedura penale del 1930*, tm. II, Cedam, 2011, 994.

FRANCESCO CASALE

Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'inizio dell'impresa e l'acquisto della qualità di imprenditore per le società commerciali; 3. La fine dell'impresa. Liquidazione ed estinzione delle società commerciali: il codice del 1942 e l'evoluzione del sistema; 4. Le riforme societaria e fallimentare...; 5. ...e il «colpo di coda» del legislatore della crisi: l'art. 28 del d.lgs. 175/14, ovvero «la notte delle società morte viventi»; 6. Considerazioni conclusive

1. Introduzione.

Il seminario odierno offre lo spunto per riflettere su aspetti del diritto societario attuale nei quali ancora risuona l'eco del codice di commercio e della legislazione commerciale collegata. Tra le tante prospettive che si aprono all'interprete nel declinare questo tema, l'angolo visuale prescelto è volutamente parziale, quasi minimalista, concentrandosi su alcuni aspetti di dettaglio, il che sembra denotare una scelta apparentemente arbitraria. A ben vedere, tuttavia, le riflessioni proposte coinvolgono il tema, decisamente più ampio e delicato, del ruolo attuale del giurista positivo di fronte al c.d. «diritto commerciale della crisi», ossia alla miriade di interventi legislativi susseguitisi a partire dal 2008 nel tentativo, da un lato, di arginare le conseguenze della crisi economica e finanziaria globale manifestatasi a partire da quell'anno e, dall'altro, di rilanciare lo sviluppo dell'economia e delle attività imprenditoriali, con una produzione normativa, che in altri tempi e in altro contesto (il mercato finanziario) Gustavo Minervini aveva definito «alluvionale»¹, spesso sciatta e disorganica.

Il discorso si può sviluppare lungo almeno due linee direttrici. *a)* La prima è rappresentata da tematiche che, tanto sul versante giurisprudenziale quanto sul versante normativo, hanno a lungo subito, e per certi aspetti ancora subiscono, l'influenza del codice di commercio nonostante l'avvento del codice unificato del 1942. *b)* La seconda è rappresentata da istituti che, a seguito degli interventi recenti del legislatore, sono stati ridisegnati in modo non più coerente con l'impostazione alla base del codice civile ma costituiscono un «ritorno» alle soluzioni del codice di commercio, seppure con un basso o nullo grado di

¹ MINERVINI, *Il Controllo del mercato finanziario: l'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 5.

consapevolezza. Alcune delle tematiche che saranno passate in rassegna possono ascriversi, sotto determinati profili, ad entrambe le linee direttrici.

2. *L'inizio dell'impresa e l'acquisto della qualità di imprenditore per le società commerciali.*

Uno degli esempi più evidenti di come il codice di commercio abbia continuato ad influenzare il diritto vivente anche dopo il 1942 è costituito dalla tematica dell'inizio dell'attività d'impresa, che per lungo tempo in dottrina e in giurisprudenza è stata declinata in modo diverso per gli imprenditori individuali e per le società. Secondo questo orientamento, l'inizio dell'attività di impresa per gli imprenditori individuali si avrebbe nel momento in cui viene posto in essere il primo atto di esercizio effettivo dell'impresa (principio di effettività), mentre per le società commerciali questo primo atto coinciderebbe con la costituzione della società, in piena continuità con quanto disposto dagli artt. 8 e 76 c. comm.

L'art. 8 c. comm., infatti, disponeva che la qualifica di commerciante spettava a «*coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, e [al]le società commerciali*», mentre l'art. 76 c. comm. stabiliva che «*le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio*». Secondo la dottrina dell'epoca, il commerciante persona fisica acquistava tale qualifica in base all'esercizio effettivo ed abituale di atti di commercio in proprio nome²; le società commerciali, invece, lo divenivano *ipso iure* alla loro costituzione, dato che, sempre secondo la dottrina, l'enunciazione dell'oggetto sociale comportava automaticamente commercialità dell'attività. Così, ad esempio, chiosava Vivante:

«La società acquista carattere commerciale tosto che è costituita, e quindi prima ancora che eserciti professionalmente il commercio (art. 8, 76); anzi l'intenzione dei contraenti di costituirla imprime il carattere commerciale agli atti che preparano la sua costituzione, come alla sottoscrizione delle quote e delle azioni (art. 3, n. 5)»³.

Per le società commerciali, dunque, l'acquisto automatico della qualità di commerciante derivava da una lettura combinata delle due norme, come rilevava Marghieri:

«Mentre s'intende che una persona acquisti la qualità di commerciante esercitando per professione abituale atti di commercio, questa nozione non ha alcun valore rispetto alle società; le quali non sono sottoposte alla legge commerciale perché commercianti, sibbene perché, costituite con forme prevedute e stabilite

² VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1927, 29.

³ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, V edizione, Milano, 1935, II, 83. Nello stesso senso anche BOLAFFIO, *Codice di commercio commentato*, a cura di Bolaffio, Rocco e Vivante, Torino, 1935, I, 613.

dalla legge, compiono atti di commercio. In vero l'articolo 76 enuncia che le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio. Laonde i due articoli, l'8 cioè e il 76 si completano a vicenda»⁴

Questo iato tra commerciante persona fisica, soggetto al c.d. principio di effettività, e società commerciale, automaticamente qualificata commerciante fin dalla nascita, si è trascinato anche successivamente all'abrogazione del codice di commercio ed all'entrata in vigore del codice del 1942, pur in assenza, all'interno di quest'ultimo, di una norma che legittimasse un diverso operare del principio di effettività. Questa *path dependance* si è manifestata soprattutto in giurisprudenza, ad avviso della quale «per le società lo svolgimento dell'attività d'impresa rappresenta la ragione stessa della loro costituzione e tanto rende superfluo l'accertamento in concreto dell'inizio della programmata attività, necessario, invece, per l'imprenditore individuale»⁵; ciò che rileva è la mera enunciazione dell'oggetto sociale nell'atto costitutivo⁶. L'assunto, secondo questa giurisprudenza, vale indistintamente per società di persone e società di capitali, nonostante soltanto per queste ultime l'evento costitutivo sia normativamente ricondotto ad un adempimento formale quale l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese, con conseguente acquisto della personalità giuridica: per le prime, nella irrilevanza dell'adempimento ai fini del perfezionamento della fattispecie costitutiva ed in assenza di personalità giuridica, la sua costituzione rileva come fatto sostanziale (ad es. compimento di attività, stipula di atti in nome della società), che determina nelle relazioni con i terzi «un gruppo solidale ed inscindibile, ed assume la struttura di soggetto di diritti»⁷.

La tesi è accreditata da una certa parte, pur autorevole, della dottrina più risalente, secondo la quale, sulla scorta dell'insegnamento di Bigiavi, la professionalità fondante la qualità di imprenditore sarebbe insita nel fatto stesso della costituzione di un sodalizio per e-

⁴ MARGHERI, *Manuale del Diritto commerciale italiano*, Napoli, 1894, 38.

⁵ Cass., 10 agosto 1965, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1959; negli stessi termini v. anche Cass., 22 giugno 1972, n. 2067, in *Dir. fall.*, 1972, II, 981; Cass., 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, 369; Cass., 4 novembre 1994, n. 9084, in *Fallimento*, 1995, 6, 622; Cass., 26 giugno 2001, n. 8694, in *Fallimento*, 2002, 6, 602; Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in CED Cassazione, 2012.

⁶ Cass., 10 agosto 1979, n. 4644, in *Giur. comm.*, 1981, II, 71.

⁷ Cass., 28 aprile 2005, n. 8849, in *Fallimento*, 2005, 12, 1373.

sercitare in comune un'attività economica⁸. In altra prospettiva, ma con identico approdo, è la stessa costituzione della società a rappresentare un atto di organizzazione dell'impresa⁹.

La dottrina maggioritaria e più recente, al contrario, mette in evidenza l'assenza di fondamento normativo della tesi poc'anzi passata in rassegna, negando l'equazione *società* = *impresa*, contestando che la professionalità sia ricompresa nella definizione stessa di società ed osservando che la costituzione di una società non è che una dichiarazione programmatica fino a quando non si dia inizio alla fase attuativa¹⁰. Si realizza, in tal modo una disparità di trattamento non giustificata da alcuna norma di rango primario né, tanto meno, costituzionale. Anzi, il dato normativo è univoco nel senso che la qualità di imprenditore si acquista con l'esercizio effettivo dell'impresa, come dispongono sia, in termini generali, l'art. 2082 c.c.¹¹ sia, quanto alla soggezione al fallimento, gli artt. 2221 c.c. e 1 l. fall.

Questa prima vicenda presa in esame rivela che l'interpretazione giuridica, specialmente in sede giurisprudenziale, procede spesso per stratagemmi e si risolve in un paradosso. Dal primo punto di vista, la maggior parte della casistica riguarda fattispecie nelle quali era in contestazione la sottoposizione al fallimento di una società sulla base del sottile discrimine tra la rilevanza dell'organizzazione in sé ed i primi vagiti dell'operatività sociale. In casi del genere, la *path dependance* con il codice di commercio è servita alla giurisprudenza, non a caso ancora oggi largamente dominante, come espediente retorico per decidere, a volte in modo drastico, sull'assoggettamento al fallimento – e, quindi, in sede di legittimità,

⁸ BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 30 s.; ma v. anche CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 151 s.; ID., *Impresa e azienda*, in *Trattato Vassalli*, X, 1, Torino, 1974, 33; ZANELLI, *Società occasionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 510 ss.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 152; FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1964, 159 ss., 166; FERRI, *Delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca* (Artt. 2247-2324), Bologna-Roma, 1968, 15; ID., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1996, 108; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 61.

⁹ NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale*, 9*, Torino, 1993, 230 ss.; FORTUNATO, *Art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, 51; AA.VV., *Diritto delle imprese. Manuale breve*, Milano, 2012, 47.

Più articolata la posizione di LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 19 s., secondo il quale non è dato ravvisare nel sistema vigente uno *status* di imprenditore, come tale avente un inizio ed una fine sufficientemente certi in relazione ad ogni aspetto del suo statuto, quanto piuttosto definizioni di comodo per discipline separatamente espresse, la cui efficacia può dipendere ora da un fatto formale, ora da valutazioni di fatto.

¹⁰ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, Torino, 2008, 100 s.; RAGUSA MAGGIORE, *Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, I, Torino, 1997, 187 ss.; BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato Buonocore*, I, 2.1, Torino, 2002, 98; OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 313; BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato Cottino*, 2001, 553 ss.; AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2006, 88 s.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2011, 22; JAEGER-DENOZZA-TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010, 31 s., i quali evidenziano certi esiti pratici insoddisfacenti della tesi avversata; JORIO, *Osservazioni in tema di società, inizio dell'impresa commerciale e fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 5 ss.

¹¹ *Contra* v. AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, loc. cit., secondo cui il riferimento all'esercizio di attività economica di cui all'art. 2082 c.c. non è decisiva ma ha una portata meramente descrittiva di quanto avviene nella fattispecie più semplice dell'impresa individuale.

giustificare l'assoggettamento al fallimento di – imprese in forma societaria in casi *borderline*. Dal secondo punto di vista, il paradosso è rappresentato dal fatto che, ad avviso della dottrina fallimentarista, la disputa sul momento iniziale dell'impresa societaria avrebbe un interesse puramente teorico ma scarsa rilevanza pratica, poiché se la società non ha mai operato all'esterno e non ha mai posto in essere atti di organizzazione materiale dell'azienda, è improbabile che si determini uno stato di insolvenza¹²; paradosso che, tuttavia, sembra smentito dalla non sparuta casistica giurisprudenziale e che si spiega con la necessità di disinnescare, con lo stratagemma dell'irrilevanza dell'inizio effettivo, un altro stratagemma, ossia quello dell'imprenditore poi dichiarato fallito il quale, il più delle volte, tenta di ammantare dietro argomenti giuridici una realtà dei fatti caratterizzata dall'esercizio effettivo, seppur embrionale, dell'attività d'impresa.

3. *La fine dell'impresa. Liquidazione ed estinzione delle società commerciali: il codice del 1942 e l'evoluzione del sistema*

In materia di cessazione dell'attività di impresa, nella vigenza del codice di commercio la dottrina e la giurisprudenza, pur utilizzando argomenti analoghi a quelli spesi con riguardo al tema dell'inizio dell'impresa, giungevano ad un risultato sostanzialmente opposto, disancorando la cessazione da elementi formali per riconnetterla al fatto della completa estinzione delle passività gravanti sul commerciante, senza distinguere se si trattasse di una persona fisica o di una società commerciale. Il fondamento normativo di tale tesi era rappresentato dall'art. 206, dettato in tema di scioglimento della società, a mente del quale «*i creditori della società hanno diritto di esercitare contro i liquidatori le azioni derivanti dai loro crediti scaduti, sino alla concorrenza dei beni sociali indivisi che ancora esistessero, e contro i soci l'azione personale per le quote non pagate o per la responsabilità solidaria ed illimitata, secondo la specie della società*», e dall'art. 690, 1° comma, in tema di dichiarazione di fallimento, per cui «*Può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento, e purché la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo*».

La prima norma veniva interpretata nel senso di consentire tale azione dei creditori sociali sia durante la fase di liquidazione, sia dopo che questa fosse cessata, in pratica esponendo *sine die* i liquidatori ed i soci al pagamento dei debiti sociali¹³; il titolo esecutivo otte-

¹² AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2006, 88 s.;

¹³ VIVANTE, *Trattato*, cit., 518; GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, 17 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 15 giugno 1939, n. 2034, in *Foro it.*, 1939, I, 1320.

nuto contro la società poteva essere utilizzato anche nei riguardi del socio, non dovendo perciò i creditori rinnovare la prova del loro diritto dopo lo scioglimento della società¹⁴. La seconda norma, oltre ad essere interpretata nel senso che «non equivale a ritiro dal commercio l'inizio della liquidazione, poiché questa, specialmente nelle aziende vaste e complicate, non porta, per sé stessa la cessazione dell'esercizio»¹⁵, si considerava riferita soltanto al commerciante persona fisica e non alle società.

L'orientamento in parola si è tramandato anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, soprattutto ad opera della giurisprudenza, la quale con assoluta costanza affermava che, nonostante l'intervenuta cancellazione, la società non può dirsi estinta in presenza di rapporti non ancora definiti, indipendentemente se passivi¹⁶ o attivi¹⁷.

Sul versante fallimentare, l'art. 10 l. fall., vecchio testo, prevedeva che si potesse dichiarare fallito l'imprenditore che ha cessato l'attività nel termine di un anno, decorrente dalla «cessazione dell'impresa». Questa, però, secondo l'interpretazione sopra accennata, non coincideva con la liquidazione formale e la cancellazione dal registro delle imprese, bensì con la completa definizione dei rapporti attivi e passivi, con la conseguenza che la cessazione non poteva dirsi avvenuta fino a quando non fossero stati estinti tutti i rapporti obbligatori facenti capo alla società¹⁸. La tesi era oggetto di forti critiche da parte della dottrina maggioritaria, ad avviso della quale in tal modo si rendeva praticamente inapplicabile la

¹⁴ Anche questo assunto è ormai pacifico nella giurisprudenza più recente: v. Cass., 23 maggio 2011, n. 11311, in DVD Platinum, 2013; Cass., 24 marzo 2011, n. 6734, in *Giur. it.*, 2012, 2, 327; Cass., 18 giugno 2009, n. 14165, in *Società*, 2009, 10, 1249; Cass., 16 gennaio 2009, n. 1040, in *Foro it.*, 2010, I, 214; Cass., 6 ottobre 2004, n. 19946, in *Impresa*, 2005, 879; Cass., 17 gennaio 2003, n. 613, in *Foro it.*, 2004, I, 846; Cass., 8 agosto 1997, n. 7353, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass., 14 giugno 1999, n. 5884, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

¹⁵ VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 370.

¹⁶ Cass., 2 maggio 1994, n. 4214, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass., 11 febbraio 1988, n. 1473, in *Giust. civ.*, 1989, I, 196; Cass., 29 agosto 1987, n. 7139, in *Dir. fall.*, 1988, II, 34; Cass., 19 giugno 1975, n. 2464, in *Foro it.*, 1975, I, 2737; Cass., 28 settembre 1973, n. 2429, in *Giur. comm.*, 1974, II, 401; per la giurisprudenza di merito v. Comm. trib. centr., 3 giugno 1991, n. 4287, in *Corriere trib.*, 1991, 3510; Trib. Monza, 24 dicembre 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 116; Trib. Milano, 22 aprile 1985, in *Società*, 1985, 1296.

In una prospettiva più sfumata si pongono alcune pronunce secondo le quali la cancellazione non implica estinzione solo qualora le passività siano emerse prima della cancellazione e non siano ignote ai liquidatori: Cass., 26 giugno 1956, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 25; App. Bari, 18 settembre 1953, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1954, 22; Trib. Roma, 26 aprile 1953, in *Temi Romana*, 1953, 129.

¹⁷ Cass., 21 novembre 1983, n. 6929, in *Dir. Fall.*, 1984, II, 65; Cass., 3 aprile 1979, n. 1880, in *Foro it.*, 1979, I, 1786; Cass., 12 luglio 1976, n. 2680, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Società», 350; Cass., 11 febbraio 1972, n. 388, in *Dir. fall.*, 1972, II, 630; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 31 marzo 1977, in *Dir. fall.*, 1977, II, 154; Trib. Roma, 9 marzo 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, 383; App. Milano, 20 febbraio 1965, in *Riv. dir. ind.*, 1965, II, 81; App. Firenze, 13 gennaio 1962, in *Giur. tosc.*, 1962, 172; App. Bologna, 10 gennaio 1952, in *Temi*, 1952, 113.

¹⁸ V. *ex multis* Cass., 24 novembre 2000, n. 15187, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 7, 81; Cass., 8 gennaio 1997, n. 73, in *Fallimento*, 1997, 4, 406; Cass., 15 giugno 1999, n. 5941, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, in *Società*, 1999, 11, 1326; Cass., 20 ottobre 1998, n. 10380, in *Giur. comm.*, 2000, II, 281; Cass., 16 novembre 1996, n. 10065, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass., 19 giugno 1996, n. 5679, in *Giur. comm.*, 1997, II, 351; Cass., 9 marzo 1996, n. 1876, in *Dir. fall.*, 1996, II, 829; Cass., 20 dicembre 1988, n. 6953, in *Fallimento*, 1989, 510; Cass., 24 novembre 1981, n. 6236, in *Mass. Giur. It.*, 1981.

norma alle società commerciali, dato che l'estinzione di tutti i debiti della società escluderebbe in radice lo stato di insolvenza e la fallibilità dell'impresa sociale¹⁹. Non solo. L'art. 2312 c.c. e l'allora vigente art. 2456 c.c., rispettivamente in tema di società di persone e di società di capitali, prevedono che, una volta compiuto il procedimento di liquidazione ed ottenuta la cancellazione della società dal registro delle imprese, si può far valere la responsabilità dei soci verso i creditori sociali insoddisfatti, nei limiti di quanto hanno ricevuto dalla liquidazione per quanto riguarda le società di capitali e con l'intero patrimonio quanto alle società di persone, nonché dei liquidatori se la mancata soddisfazione è dipesa da loro colpa; questa vicenda *lato sensu* successoria faceva propendere per la non reviviscenza della società e l'impossibilità di riaprire il procedimento di liquidazione²⁰.

Proprio grazie all'opera di sensibilizzazione condotta dalla dottrina, la Corte costituzionale, dopo un primo avallo dell'orientamento prevalente²¹, ha mutato il proprio indirizzo, dapprima indirettamente, valorizzando la portata sistematica generale dell'art. 10 l. fall. e così rendendo applicabile il termine annuale anche al socio illimitatamente responsabile di società di persone receduto, escluso o defunto²², e poi con un intervento diretto e più radicale, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 l. fall. *«nella parte in cui prevede che il termine di un anno dalla cessazione dell'impresa, entro il quale può intervenire la dichiarazione di fallimento, decorra, per l'impresa collettiva, dalla liquidazione effettiva dei rapporti facenti capo alla società, invece*

¹⁹ PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 427; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, 182 ss.; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 240 ss., il quale puntualmente osserva che la tesi sopra citata si adagia su dottrina e giurisprudenza formatesi nel vigore del codice di commercio.

²⁰ FERRI, *Le società*, cit., 412 s.; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 241. Questa interpretazione sarebbe avallata anche dal legislatore storico, come si evince dal n. 997 della Relazione al Re: «Si è ritenuto indispensabile regolare la cancellazione della società dal registro delle imprese, traendo dalla pubblicità, che in tal modo viene data alla chiusura della liquidazione, la conseguenza che, dopo di essa, i creditori insoddisfatti possono far valere i loro crediti soltanto nei confronti dei soci, fino a concorrenza delle somme da questi riscosse, e nei confronti dei liquidatori se il mancato pagamento è dipeso da colpa di essi»; in questi termini l'isolata Pret. Roma, 8 giugno 1976, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1718. *Contra*, per una difesa della tesi giurisprudenziale prevalente, v. OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 134, ora in *Diritto delle società*, II, *Scritti giuridici*, Padova, 1992, 271 ss., seguito da NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7***, Torino, 1997, 708 ss., secondo cui questa ha il pregio di mantenere su beni e crediti sociali non liquidati la destinazione al soddisfacimento del passivo e, simmetricamente, il regime di responsabilità dei soci *durante* *societate*.

²¹ Corte cost., ord. 20 maggio 1998, n. 180, in *Giur. comm.*, 2000, II, 281; tale ordinanza considera la giurisprudenza prevalente alla stregua di «diritto vivente», osservando che «la lamentata disparità di trattamento del ceto creditore non è, di per sé, in contrasto con il principio di uguaglianza, quando produce, come nella specie, maggior tutela di alcuni senza pregiudizio per altri».

²² Corte cost., 12 marzo 1999, n. 66, in *Giur. comm.*, 1999, II, 494; si tratta di un intervento *soft*, che pronuncia sentenza di rigetto privilegiando un'interpretazione sistematica e conforme a Costituzione dell'art. 147 l. fall., da leggere in combinato disposto con l'art. 10 l. fall. applicando quindi il termine annuale anche all'ex socio di società con soci illimitatamente responsabili e discostandosi dall'interpretazione allora prevalente in giurisprudenza che, non collegando le due norme, riteneva l'ex socio soggetto *sine die* al fallimento in estensione.

che dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese»²³. A tale pronuncia sono seguite due ordinanze con le quali la Consulta ha ridisegnato il sistema della cessazione dell'impresa ai fini fallimentari, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. fall. relativamente alla rilevanza della cancellazione dal registro delle imprese anche per gli imprenditori individuali, sganciando anche tale fattispecie dal «diritto vivente» dell'effettiva cessazione dell'attività²⁴.

Dopo questa pronuncia la giurisprudenza si è finalmente adeguata al nuovo quadro normativo²⁵, non senza qualche voce di segno contrario, rimasta ancorata all'orientamento tralatizio²⁶.

4. Le riforme societaria e fallimentare...

²³ Corte cost., 21 luglio 2000, n. 319, in *Dir. fall.*, 2000, II, 665; va peraltro sottolineato che, nella motivazione della sentenza, la Consulta spiega le ragioni della decisione con la volontà di mettere fine ad un'interpretazione tralatizia (che, come si è visto, deriva proprio dal vigore del codice di commercio) non conforme a Costituzione: «La giurisprudenza dei giudici ordinari, successiva alla citata sentenza di questa Corte, ha tuttavia mostrato un'evidente contrarietà ad abbandonare l'interpretazione restrittiva da lungo tempo consolidata in sede di legittimità. Gli stessi rimettenti - come si è detto - muovono dal presupposto che l'art. 10 del R.D. n. 267 del 1942 non sia suscettibile di diretta applicazione al di fuori della fattispecie espressamente esaminata nella sent. n. 66 del 1999, con ciò stesso implicitamente negando il carattere generale della norma, affermato invece nella predetta sentenza. Da qui l'opportunità - onde evitare il perpetuarsi di una grave incertezza interpretativa - che l'esame delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, per molti versi connesse a quelle affrontate nella richiamata sent. n. 66 del 1999, venga questa volta condotto sulla base della diversa interpretazione della denunciata normativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità ed assunta dai rimettenti quale diritto vivente».

²⁴ Corte cost., ord. 7 novembre 2001, n. 361, in *Giur. comm.*, 2002, II, 563: «E' manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 24 e 97 cost., la q.l.c. dell'art. 10 r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nella interpretazione secondo la quale il termine di un anno ivi previsto per l'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore che abbia cessato l'attività imprenditoriale decorrerebbe in ogni caso dalla cessazione di fatto dell'impresa anziché dalla pubblicazione di tale evento nel registro delle imprese, a prescindere dall'opponibilità del fatto ai terzi secondo il meccanismo degli art. 2193 - 2196 c.c.»; in termini praticamente identici Corte cost., ord. 22 aprile 2002, n. 131, *ibidem*.

Nella motivazione di entrambe le ordinanze si legge che «l'affermazione - costante nella giurisprudenza, anche recente, della Cassazione - secondo cui "la cessazione dell'attività di impresa, ai fini della decorrenza del termine annuale entro il quale può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore (art. 10 l. fall.), presuppone che nel detto periodo non vengano compiute operazioni intrinsecamente identiche a quelle poste in essere nell'esercizio dell'impresa" (Cass. 4 settembre 1998, n. 8781), non è affatto incompatibile con il riconoscimento di una piena efficacia dichiarativa alla iscrizione della cessazione dell'impresa nell'apposito registro; (...) è infatti del tutto coerente con i principi della pubblicità dichiarativa la possibilità per i terzi di provare la non veridicità del fatto iscritto e, dunque, in ipotesi, di dimostrare il compimento di atti di esercizio dell'impresa successivamente alla iscrizione della sua cessazione». Infine, ritorna la critica alla perpetuazione dell'equivoco della cessazione effettiva, erroneamente qualificata come «diritto vivente».

²⁵ Cass., 25 gennaio 2013, n. 1788 in *Dvd Platinum*, 2013; Cass., 6 luglio 2012, n. 11410, in *Società*, 2012, 10, 1097; Cass., 21 maggio 2012, n. 8033, in *CED Cassazione*, 2012; Cass., 10 aprile 2012, n. 5655, in *CED Cassazione*, 2012; Cass., 13 luglio 2011, n. 15428, in *Fallimento*, 2011, 12, 1407; Cass., 5 novembre 2010, n. 22547, *ivi*, 2011, 6, 749; Cass., 7 maggio 2010, n. 11111, *ivi*, 2010, 8, 927; Cass., sez. unite, 9 aprile 2010, n. 8426, *ivi*, 2010, 10, 1210; Cass., 13 marzo 2009, n. 6199, *ivi*, 2009, 11, 1350; Cass., 15 ottobre 2008, n. 25192, in *Società*, 2009, 7, 877; Cass., 17 luglio 2008, n. 19736, in *Fallimento*, 2009, 2, 150; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4105, in *Impresa*, 2007, 6, 941; Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Dir. fall.*, 2007, 5, 355; Cass., 13 luglio 2006, n. 15924, in *Fallimento*, 2007, 2, 165; Cass., 28 aprile 2006, n. 9856, *ivi*, 2007, 8, 967; Cass., 18 maggio 2004, n. 9414, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass., 19 novembre 2003, n. 17544, in *Fallimento*, 2004, 12, 1330; Cass., 8 settembre 2003, n. 13070, in *Società*, 2004, 45; Cass., 8 novembre 2002, n. 15677, in *Fallimento*, 2003, 12, 1258.

²⁶ Cass., 28 marzo 2001, n. 4455, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass., 13 dicembre 2000, n. 15716, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 14-15, 86; App. Milano, 26 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 334.

Naturale approdo di questo percorso sono state le innovazioni legislative introdotte rispettivamente dalla riforma societaria nel 2003 e da quella fallimentare nel 2006. La prima è intervenuta sugli effetti della cancellazione dal registro delle imprese delle società di capitali, sancendo all'art. 2495 c.c. la natura costitutiva dell'estinzione per intervenuta cancellazione, come richiesto dalla legge delega 366/01 (artt. 8, comma 1, lett. a, e 9)²⁷ e come enunciato in maniera inequivoca dall'inciso «*ferma restando l'estinzione della società*» in apertura del 2° comma, per poi riservare ai creditori sociali insoddisfatti dopo la cancellazione la possibilità di agire contro i soci, nella misura di quanto da loro percepito in sede di liquidazione, nonché contro i liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da loro colpa. La seconda ha ridisegnato l'art. 10 l. fall., facendo decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore cessato dalla cancellazione dal registro delle imprese, equiparando espressamente a tal fine imprenditori individuali e collettivi²⁸.

Infine, il quadro è stato completato da un duplice intervento delle Sezioni Unite. Con il primo è stato esteso anche alle società di persone il principio della contestualità tra pubblicità ed estinzione, operando per *analogia juris* un'interpretazione nuova della disciplina pregressa, a garanzia della parità di trattamento dei terzi e pur nella diversità di effetti che si realizzano con la cancellazione, costitutivi nel caso delle società di capitali, dichiarativi nel caso delle società di persone²⁹. Con il secondo sono stati precisati gli effetti, sostanziali e processuali, dell'estinzione, qualificando il trasferimento delle posizioni attive e passive dal-

²⁷ Art. 8 (Scioglimento e liquidazione): «1. La riforma della disciplina dello scioglimento e della liquidazione delle società di capitali e cooperative è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) accelerare e semplificare le procedure, con particolare riguardo a quelle relative all'accertamento delle cause di scioglimento e al procedimento di nomina giudiziale dei liquidatori; disciplinare gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, il regime della responsabilità per debiti non soddisfatti, e delle sopravvenienze attive e passive».

Art. 9 (Cancellazione): «1. La riforma in materia di cancellazione è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) semplificare e precisare il procedimento attraverso il quale è possibile, in presenza di determinate e concorrenti circostanze, cancellare le società di capitali dal registro delle imprese;

b) prevedere forme di pubblicità della cancellazione dal registro delle imprese».

²⁸ Per ulteriori approfondimenti e riferimenti su questi temi v. SANNA, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, Torino, 2013; ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali*, Milano, 2014; ALLECA, *Iscrizione della cancellazione, estinzione e fallimento*, in *Riv. soc.*, 2010, 726; CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, I, Torino, 2009, 52; IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. Soc.*, 2008, 944; ID., *Sul presupposto soggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 803; SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, 845; NIGRO, *Art. 10*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, 55 ss.

²⁹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060, 4061 e 4062, in *Foro it.*, 2011, I, 1498. In particolare, secondo la Suprema corte, l'art. 2495 c.c. è norma innovativa del sistema e non interpretativa del diritto previgente, sicché l'effetto estintivo si produce, per le cancellazioni operate anteriormente all'entrata in vigore della riforma (1° gennaio 2004) da tale momento e con salvezza degli atti compiuti *medio tempore*, mentre per quelle poste in essere successivamente, a partire dalla data effettiva.

la società estinta ai soci come una vicenda successoria *sui generis*³⁰; soluzione che, pur non risolvendo alcuni dubbi sugli effetti processuali dell'estinzione, ha ottenuto l'avallo della Consulta³¹.

All'esito di questo lungo percorso, la tematica della cancellazione ed estinzione della società sembrava avere trovato una sua coerenza ed organicità, emancipandosi definitivamente dalla sudditanza culturale con il codice di commercio. Se non che, le nuove regole sono state abusate dagli operatori, che le hanno spesso utilizzate per liberarsi in maniera sbrigativa e surrettizia dei debiti gravanti sulle società commerciali, specialmente quelli degli enti tributari e previdenziali³², notoriamente poco solerti nell'attivarsi per il recupero dei loro crediti e che anzi si muovono spesso dopo molto tempo, quando la società è ormai cancellata né si può rintracciare facilmente un soggetto responsabile in luogo di essa, sia perché la chiusura senza soddisfazione integrale dei creditori non può essere riversata quasi a titolo di responsabilità oggettiva sui liquidatori, dovendo nei loro confronti piuttosto esperire un'azione di responsabilità che stigmatizzi la loro negligenza come causa del mancato pagamento di un creditore tardivo³³, sia perché il più delle volte in questi casi i soci non ricevono nulla dalla liquidazione e non possono perciò essere aggrediti.

5. ...e il «colpo di coda» del legislatore della crisi: l'art. 28 del d.lgs. 175/14, ovvero «la notte delle società morte viventi»

Per evitare l'utilizzo abusivo delle regole sopra descritte il legislatore della crisi è nuovamente intervenuto in materia con il d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, c.d. «decreto semplificazioni», emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 11 marzo 2014, n. 23

³⁰ Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070, 6071 e 6072, in *Foro it.*, 2013, I, 2189.

³¹ Corte cost., ord. 17 luglio 2013, n. 198, in *Foro it.*, 2013, I, 2341: si tratta di un'ordinanza di manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.c., nella parte in cui, ad avviso del rimettente, non prevedono, in caso di estinzione della società per effetto di cancellazione volontaria dal registro delle imprese, che il processo prosegua o sia proseguito, in sede di impugnazione, nei confronti della società cancellata e fino alla formazione del giudicato. La Corte ha osservato che nella fattispecie il rimettente non ha fatto adeguato uso dei poteri interpretativi concessigli dall'ordinamento per ricercare una soluzione conforme a costituzione prima di valutare la rilevanza della questione e, di conseguenza, la sua rimettabilità alla Corte.

La giurisprudenza di legittimità ancora più recente sembra avere fatto tesoro di questo monito del giudice delle leggi, incanalando la problematica nell'alveo delle norme processuali generali: v. Cass., ord. 9 ottobre 2015, n. 20358, secondo cui, qualora l'estinzione della società intervenga nel corso di un giudizio, va disposta l'interruzione del processo a norma dell'art. 299 ss. c.p.c. al fine di consentire alla parte pubblica interessata di riassumerlo nei confronti dei soci subentrati alla società estinta a norma dell'art. 2495 c.c. e 110 c.p.c.

³² Niccolini, Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali, cit., 707, il quale evidenzia come le pronunce che accolgono la tesi ereditata dal codice di commercio hanno spesso come parte del giudizio l'amministrazione finanziaria o gli enti previdenziali (e v. ivi per riferimenti).

³³ V. sul punto SANGIOVANNI, *Cancellazione delle società di capitali e responsabilità di soci e liquidatori*, in *Danno e resp.*, 2011, 1133.

(delega al Governo per un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita). L'art. 28, comma 4, del d.lgs. 175/14 stabilisce infatti che «*ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del [scil.: dal] Registro delle imprese*». In altre parole, tutti i crediti tributari e previdenziali godono di un regime di favore rispetto a quelli di ogni altra natura, essendo il loro regime, nei limiti del quinquennio successivo, del tutto autonomo dalla cancellazione ed estinzione della società la quale, nei confronti degli enti impositori di tali tributi e contributi, può considerarsi ancora in vita. Il Governo, dunque, seppure a beneficio soltanto del Fisco e degli enti previdenziali, ha sotto questo aspetto riportato la società alle tesi prospettate nel vigore del codice di commercio³⁴, suscitando però diversi problemi applicativi ed anche dubbi di costituzionalità³⁵.

La norma dispone che l'effetto che normalmente scaturisce dalla cancellazione dal registro delle imprese, ossia l'estinzione della società, è temporaneamente sospeso nei limiti in cui l'estinzione possa incidere sulla validità e/o sull'efficacia di determinati atti degli enti impositori, ossia quelli di «*liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi, contributi, sanzioni e interessi*»³⁶. Il riferimento al solo art. 2495 c.c. sembrerebbe di primo acchito escludere l'applicazione della norma alle società di persone, nonostante gli interventi sopra ricordati delle Sezioni Unite abbiano innovato il diritto vivente, equiparando l'efficacia estintiva della cancellazione anche per esse³⁷.

³⁴ Anche se molto probabilmente si tratta di una casualità, è interessante notare come il termine del quinquennio fosse già previsto dall'art. 690 c. comm. per assoggettare al fallimento il commerciante che aveva cessato l'attività.

³⁵ RAGUCCI, *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro delle imprese valgono solo "pro futuro"*, in *Corriere trib.*, 2015, 21, 1626, ipotizza una violazione dell'art. 24 Cost. qualora si ritenga che l'impugnazione dell'atto diretto alla società ormai estinta non possa essere intentata dal liquidatore o dal socio; DEOTTO, *Decreto semplificazioni fiscali: l'"inferno fiscale quinquennale" delle società estinte*, in *Il Fisco*, 2015, 1, 1; ID., *Non si può essere "un po' morti": quindi una società estinta non può mai stare in giudizio*, ivi, 2015, 18, 1751, il quale ravvisa un eccesso di delega, non rinvenendosi alcuna delega ad intervenire in tal senso nella legge 23/14 ed avendo la modifica poca attinenza con gli interventi di semplificazione degli adempimenti di cui sono destinatari i contribuenti; anche il riferimento al «contenzioso» ha come conseguenza paradossale che, se anche si ammettesse la legittimazione del liquidatore ad impugnare gli atti diretti alla società estinta, tale legittimazione non gli spetterebbe nella fase precontenziosa (ad es. dell'accertamento con adesione), con ciò ingenerando un ulteriore dubbio di costituzionalità.

³⁶ FRANSONI, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, in *Rassegna trib.*, 2015, I, 47, il quale evidenzia la formulazione a dir poco sciatta della norma.

³⁷ A favore dell'estensione alle società di persone della regola della sopravvivenza quinquennale della società estinta ai fini fiscali v. Cass., 2 aprile 2015, n. 6743, in *Corr. trib.*, 2015, 21, 1626, che si ricollega agli interventi delle Sezioni Unite richiamati nel testo; più cauto FRANSONI, *op. cit.*, 49, il quale, tuttavia, poco dopo rileva essere alquanto incongruo limitare la portata della norma alle sole società di capitali sulla base di un'altra considerazione (ibidem, 55): il comma 7 del medesimo art. 28 del d.lgs. 175/14 è intervenuto sull'art. 19, comma 1, del d.lgs. 46/99 (riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo), ossia la norma che stabilisce

Il primo quesito che gli operatori pratici e gli studiosi hanno dovuto porsi con riguardo alla norma in esame è se questa sia retroattiva o non. Nel primo senso si era espressa l'Agenzia delle Entrate, ad avviso della quale si tratterebbe di norma procedurale, applicabile quindi alle attività di controllo fiscale riferite a società che hanno già chiesto la cancellazione dal registro delle imprese o già cancellate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 175/14³⁸. La Cassazione ha subito dissipato il dubbio nella prima pronuncia resa in materia, affermando che la norma opera su un piano sostanziale, non risolvendosi in una diversa regolamentazione di termini processuali o di tempi e procedure di accertamento e riscossione, bensì in una statuizione sulla capacità della società, argomentando in generale dall'art. 11 delle preleggi, secondo cui come noto «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo», nonché, in particolare, dall'art. 3, comma 1, della legge 212/00 (c.d. statuto del contribuente), a norma del quale «le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo»³⁹.

Il fatto che l'effetto estintivo della cancellazione non sia eliminato ma continui a prodursi come illustrato in precedenza per tutto ciò che non attiene alla validità ed efficacia di determinati atti tributari, per i quali l'effetto è differito al decorso del quinquennio successivo alla cancellazione medesima, determina una serie di problemi derivanti dal venir meno di una sede sociale e degli organi sociali.

Infatti, risulta in linea di principio impossibile garantire la validità e l'efficacia degli atti degli enti impositori quando questi siano recettizi, data la sostanziale impossibilità di notificare l'atto ad un soggetto non più esistente, dato che i luoghi in precedenza rilevanti non hanno più alcun collegamento con esso e dato che i soggetti di riferimento non hanno più alcun potere passivo di ricezione degli atti, salvo ipotizzare o una sopravvenuta non recettività degli atti ovvero una sopravvivenza all'estinzione della sede e dei liquidatori. Tuttavia, la seconda ipotesi implica, di riflesso, anche la sopravvivenza dell'assemblea, almeno limitatamente alla sostituzione dei liquidatori od alla modifica dei loro poteri. Se non che, ciò ri-

quali delle norme del d.p.r. 602 del 1973 (riforma della riscossione) si applicano solo alla riscossione delle imposte sui redditi, eliminando da tale norma il riferimento all'art. 36 del d.p.r. 602/73, che sancisce la responsabilità (da accertare con autonomo atto motivato) di amministratori, liquidatori e soci per il pagamento delle imposte dovute da quest'ultima e rimaste non pagate; l'eliminazione del riferimento all'art. 36 cit. fa sì che tale norma acquisti carattere generale, riferendosi ora a tutti i tributi e non più soltanto alle imposte sui redditi (così anche RAGUCCI, *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro delle imprese valgono solo "pro futuro"*, cit., 1627). Da ciò si ricava un ulteriore argomento a favore della portata generale dell'art. 28, che può dunque ritenersi applicabile alle società di persone anche sulla base di tali considerazioni.

³⁸ Circolare n. 31/E del 30 dicembre 2014, 52.

³⁹ Cass., 2 aprile 2015, n. 6743, cit., la quale ricorda che l'art. 3 costituisce una «metanorma» che, pur potendo essere disattesa da successive norme di pari grado gerarchico, costituisce comunque un criterio interpretativo di fondo operante per i casi dubbi; peraltro, nella fattispecie la legge di delega ha imposto al legislatore delegato il rispetto dello statuto del contribuente, incluso ovviamente anche l'art. 3; in dottrina per la tesi della non retroattività v. FRANSONI, *op. cit.*, 49.

chiede forme di pubblicità difficilmente realizzabili dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese⁴⁰.

Quanto alla capacità di ricevere gli atti, questa deve comprendere anche quella di impugnarli, ossia di assumere tutte le iniziative del caso per ottenerne l'annullamento, e di assumere le obbligazioni funzionali all'attuazione della tutela giurisdizionale (ad esempio, spese del giudizio e compenso del professionista incaricato). Per non parlare degli atti di natura contenziosa compiuti a ridosso della scadenza del quinquennio, destinati ad esaurirsi con conseguente consolidamento della pretesa creditoria dell'ente impositore – l'estinzione della società comporta estinzione del contenzioso in atto e definitività dell'atto impugnato – e che risultano, perciò, impossibili da contrastare una volta acquisita la definitività fiscale dell'estinzione, con ulteriori seri dubbi di costituzionalità sotto il profilo della lesione del diritto di difesa. Tanto più che la sopravvivenza è stabilita ai soli fini della validità ed efficacia degli atti e non anche degli effetti patrimoniali che ne derivano, visto che l'ente è cessato, e con esso il patrimonio. Ma tutto questo si risolve in una situazione a dir poco nebulosa e contraddittoria, nella quale la società appare come «un po' morta»⁴¹ o, per utilizzare una suggestione cinematografica, la società ci appare una sorta di «morto vivente» che ricorda alcune pellicole di culto di fine Novecento.

L'alternativa, allora, si pone tra l'affermare una persistenza della soggettività e capacità della società cancellata anche nel poter ricorrere contro gli atti ultrattivi degli enti impositori, seppur in assenza di un interesse ad agire concreto ed attuale, essendo in definitiva l'attività prodromica ad una rivalsa delle ragioni creditorie nei confronti di liquidatori, amministratori e soci, soluzione in effetti non lontana dal regime anteriore al 1942; ovvero, di configurare in capo a tali soggetti una legittimazione straordinaria che, forzando un poco il dato normativo, porti ad un'interpretazione costituzionalmente orientata in linea con l'art. 24 Cost.⁴². Quest'ultima appare la soluzione da preferire, sia perché più coerente con il nuovo assetto normativo e con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha contribuito a consolidarlo, sia perché radica la legittimazione in capo ai soggetti portatori dell'interesse maggiormente rilevante, concreto ed attuale, dando vita ad un assetto di interessi meritevole di tutela perché efficiente in un'ottica di economia degli atti processuali.

⁴⁰ FRANSONI, *op. cit.*, 50 s.

⁴¹ FRANSONI, *op. cit.*, 51 ss.; DEOTTO, *Decreto semplificazioni fiscali: l'“inferno fiscale quinquennale” delle società estinte*, *cit.*, 3, osserva che questa dicotomia civilistico-fiscale dà luogo ad un mostro giuridico, una sorta di Giano bifronte frutto dell'improvvisazione e dell'avidità degli estensori della norma.

⁴² RAGUCCI, *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro delle imprese valgono solo “pro futuro”*, *cit.*, 1628.

6. Considerazioni conclusive

L'intervento del legislatore del d.lgs. 175/14 appare poco ragionato e foriero di notevoli problemi applicativi, essendo animato soltanto dalla volontà di «fare cassa» dello Stato⁴³. Ciò suggerisce qualche considerazione più ampia su quale debba essere il ruolo del giurista oggi, in particolare nel campo del diritto commerciale, dove la pressione dell'economia e dei suoi umori ultimamente sempre cangianti lo espone a rischi di sdoppiamento della personalità: da un lato, egli deve affannarsi a rincorrere di continuo le innovazioni sempre più sciatte e disorganiche di riforme a freddo ed alluvionali, in coerenza con il ruolo magistralmente descritto da Vittorio Polacco di «bersagliere del diritto privato» che grazie alla «snellezza dei suoi saldi garretti» anticipa la sistematica privatistica costituendone l'avanguardia⁴⁴; purtroppo, in un quadro d'insieme molto più farraginoso, privo di appigli e meno stabile nel tempo.

Dall'altro, la crisi delle istituzioni dello stato di diritto e la pervasività del potere politico in tutti i gangli della vita sociale ed economica fa sì che egli subisca il fascino del divenire una sorta di intellettuale organico a tale potere, vedendo dischiudersi davanti a sé le porte degli uffici legislativi dei ministeri, dove passa parte considerevole della produzione normativa attuale, per mettersi al servizio degli interessi espressi dalla classe in quel momento dominante, in una temperie culturale in cui la tripartizione dei poteri e l'equilibrio tra gli stessi sembrano ormai appartenere sempre più alla storia. Nella migliore delle ipotesi, con l'illusione di poter governare questo processo dall'interno per assecondarne uno sviluppo ragionevole e sostenibile.

Eppure, il ruolo del giurista positivo dovrebbe svolgersi fuori dalla stanza dei bottoni, dialogando nelle aule di università o di tribunale con chi si trova dentro quella in un dato momento storico. Questo scambio e questo confronto sono fondamentali, sia nella fase di elaborazione e condivisione della norma, similmente a quanto accade in ambito europeo oppure nella regolazione secondaria o di *soft law* di settori vigilati, sia all'indomani dell'entrata in vigore delle norme stesse, ancorando quanto più possibile l'interpretazione al contesto europeo, ai principi costituzionali ed ai principi generali in essi condensati.

⁴³ DEOTTO, *Decreto semplificazioni fiscali: l'«inferno fiscale quinquennale» delle società estinte*, cit., 3, testo e nota 6, rivela che la norma sarebbe frutto di uno scambio con l'abrogazione, sancita dal comma 1 del medesimo art. 28, della responsabilità fiscale negli appalti a carico del committente e dell'appaltatore per il mancato versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente corrisposti dal subappaltatore. Scambio la cui ispiratrice sarebbe, secondo questo Autore, l'Agenzia delle Entrate.

⁴⁴ POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, Prolusione al corso di Diritto civile, letta il 17 dicembre 1918, Milano, 1919, 17, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, II, 1673, introduzione di P. GROSSI; e v. anche ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 131 ss.

UGO PIOLETTI

La dimensione penalistica dello ius mercatorum

Sommario: 1. - Considerazioni introduttive. Storia e diritto. 2. - Le distinzioni fra le diverse “materie” e “discipline” giuridiche. 3. - Diritto penale commerciale e diritto commerciale. Il “nuovo” *ius mercatorum*. 4. - L’impresa. L’impresa come istituzione. Le “clausole generali” in tema di impresa previste dalla “legislazione civile”. 5. - Le norme “sanzionatorie”. L’impresa come “istituzione economica”. 6. - Le tendenze del nuovo diritto commerciale. Il ruolo delle fattispecie di bancarotta e del fallimento. La crisi in corso e le prospettive. La fattispecie di infedeltà. 7. - Il diritto penale dell’economia. Una “materia” dai contorni incerti. Diritto ed economia. 8. - Bancarotta patrimoniale ed interesse dell’impresa “in sé”. La “tracciabilità” dell’attività economica dell’impresa. I reati di falso in materia di impresa. Le alternative in tema di tutela dell’interesse economico dell’impresa. L’infedeltà patrimoniale.

1. Considerazioni introduttive. Storia e diritto

La dimensione storica del diritto non rappresenta solo e tanto un elemento, per così dire, accessorio, fornito di funzione puramente esplicativa o, addirittura, una mera dimostrazione di erudizione, nell’interpretazione dello *ius positum*, essa rappresenta, invece, un dato *interno* all’esperienza giuridica in quanto il diritto si legittima ancora ed in grande parte - anche negli ordinamenti c.d. con diritto “scritto” - attraverso la tradizione, ossia attraverso la storia.

Un istituto giuridico, una norma, devono essere presi in considerazione anche attraverso la loro storia perchè essa rappresenta la loro ragion d’essere spesso prevalente ed essa è comunque sempre presente, almeno quale una delle ragioni del “dato positivo”. In altri termini, la dimensione storica non è solo esplicativa ma è anche *costitutiva*¹.

¹ Il giudizio di conformità o di difformità al sistema, i confini della norma stessa e di un istituto giuridico, raramente seguono una pianificazione razionale quanto piuttosto una “legittimazione storica”.

Cfr., nell’ambito dell’imputazione obbiettiva e del rischio consentito, G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin - New York, 1992, p. 201, dove la legittimazione storica viene considerata come un’alternativa al razionale e consapevole bilanciamento dei rischi o dei “beni”. In questa prospettiva il bilanciamento dei beni rimane l’istanza legittimante di fondo: “Non è la storicità a legittimare

Dalla legittimazione storica, dalla contingenza dell'esistente, nessun settore della realtà giuridica, neanche il diritto penale, si può liberare in nome di una razionalità asseritamente "superiore".

La logica razionalista che ha caratterizzato e tuttora caratterizza la cultura dominante, giuridica e non giuridica, dell'Europa continentale e, in genere, dell'"occidente" negli ultimi secoli rischia di fare perdere proprio questo aspetto fondamentale del diritto nello sforzo di "scoprire" un'astratta ed apollinea "razionalità" che si tende sovente ancor oggi a considerare oggettiva e, in un certo senso, almeno tendenzialmente, imperitura.

Una tale posizione, che potremmo chiamare astratta ed antistorica, è particolarmente evidente nel settore del diritto penale, un comparto dell'ordinamento che, forse più degli altri, è stato sottoposto al "lavacro" razionalistico della permanente "rivoluzione" illuministica.

Uno dei vizi concettuali e metodologici di tale razionalismo storico nel settore giuridico penale consiste nella "creazione" di un concetto postulato "razionalmente" come esistente e nella giustificazione ex post del concetto stesso².

ma il fatto stesso della *traditio* suggerisce che il problema della legittimazione sia stato risolto nel passato - una legittimazione *risparmiata* dalla storia".

Le norme presuppongono aspettative e ciò significa *strutture*. Le norme (o, meglio, le sanzioni) servono al mantenimento delle aspettative, ossia al mantenimento di strutture. Queste strutture sono al contempo sociali e (nella maggior parte dei casi) anche strutture individuali (ossia psicologiche) in quanto l'essere umano è un essere sociale. Ciò significa che la società vive in strutture "date" le quali, come tali, caratterizzano la "natura" della società. Tali strutture sono altresì radicate nei sistemi psichici e, quindi, rappresentano un "dato di fatto" sia dei sistemi sociali che di quelli psichici. Anche per tale motivo, esse non sono state - nel loro complesso - "pianificate" dall'esterno e non sono neanche facilmente modificabili mediante un'"azione" consapevole, "razionale" e pianificata.

La forza della "legittimazione storica" è molto presente nel pensiero giuridico inglese ed in quello a quest'ultimo collegato nella forma della enfaticizzazione della "tradition" che viene considerata in quell'ambiente culturale addirittura come una fonte "formale" del diritto. Cfr. sul punto H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2014, passim.

Un'istituzione - e, come detto, una norma o un'aspettativa, che vanno considerate non solo come fondamenti di istituzioni o strutture sociali ma come, esse stesse, un'istituzione - molto spesso "vige", ossia viene accettata e mantenuta in vita tramite sanzioni, poiché è *presente* quale istituzione e poiché la società e gli individui trovano in questa istituzione la loro "forma" od una delle loro "forme", e ciò al di là di ogni consapevole o inconsapevole bilanciamento di beni o di interessi.

² Non ci si riferisce qui alla critica al c.d. "concettualismo" nella scienza giuridica rivolta, in Italia, specie nell'immediato secondo dopoguerra (cfr., per tutti, A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, passim) alla "ipostatizzazione" dei concetti giuridici (cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, passim). La posizione critica nei confronti del "concettualismo" - anche sulla scia della contrapposizione che aveva avuto luogo antecedentemente nella scienza giuridica in Germania fra la c.d. "Begriffsjurisprudenz" e c.d. "Interessenjurisprudenz", una contrapposizione inaugurata da Rudolf von Jhering e che ha caratterizzato un dibattito che si è svolto soprattutto a partire dagli anni 20 del secolo scorso (cfr. P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 112 (1914), p. 1 ss. e R. WIETHÖLTER, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz*, in *FS G. Kegel*, 1977, p. 213-263) - ha a che fare con una generica diffidenza nei confronti della dogmatica nel diritto (cfr. sul punto il nostro *Contributo allo studio del delitto colposo*, 1990, p. 15 e ss. e passim). Tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della "dogmatica" è, per molti versi, confluito nel movimento di pensiero che ha proposto l'inserimento di finalità di politica del diritto

Tipica, in tale senso, nel diritto penale, è la semantica, la "narrazione" - si potrebbe anche dire la "teologia"³ - del bene giuridico⁴.

Non solo concetti asseritamente dogmatici vengono creati e tenuti in vita al di fuori del contesto storico, anche categorie e partizioni utilizzate nella scienza giuridica soffrono talvolta di tale inversione metodologica e concettuale.

È il caso, sia pure in parte, del “nuovo” diritto penale dell’economia.

2. Le distinzioni fra le diverse “materie” e “discipline” giuridiche

Le distinzioni fra settori dell’esperienza giuridica sono solitamente tracciate da ripartizioni di competenze giudiziarie. Nell’esperienza giuridica delle società arcaiche non esisteva una partizione fra diritto civile e diritto pubblico e, specularmente, non esistevano, come attualmente in tutti gli ordinamenti che abbiano raggiunto un grado minimo di evoluzione, due “diverse giurisdizioni”, un civile ed una penale. Ancora attualmente esistono ordinamenti giuridici di importanza certamente non secondaria, come quello della Gran Bretagna, dove non esiste, come nell’Europa continentale, un riparto di competenze fra giustizia civile ed amministrativa⁵. In un tale ordinamento, infatti, è lecito dubitare che il diritto amministrativo sia fornito di una vera e propria “autonomia” rispetto a quello civile.

Si potrebbe continuare ad esemplificare a lungo, per esempio con riferimento al diritto del lavoro. Vi sono anche ipotesi di autonomia solo parziale fra diversi settori dell’ordinamento; in materia tributaria, per es., il giudizio di merito, in Italia, è affidato ad

- o di politica criminale - all’interno della predisposizione e dell’utilizzo di concetti dogmatici (in tal senso, sempre sulla scia di R. von Jhering, F. von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlin 1882/83, passim, successivamente, C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, I ed., Berlin, 1973, passim, in Italia, per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, passim).

La stessa giurisprudenza degli interessi, però, rimane ancora, per molti versi, legata al mito razionalistico della “soluzione razionale” (cfr., per es. R. v. JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, 1872, passim, il quale fa riferimento alla necessità che il diritto proponga una soluzione “razionale” e, come tale, definitiva dei “conflitti”) ed inoltre la stessa, così come le analoghe impostazioni del secondo dopoguerra, corrono costantemente il rischio di determinare una confusione fra la funzione “regolativa” del diritto, affidata, appunto, alla “giurisprudenza” (intesa, ovviamente, in senso lato, ossia con inclusione della scienza giuridica) e l’utilizzo “amministrativo” o “politico” del diritto affidato, appunto, agli organi politici o amministrativi. Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015, passim.

³ L’espressione è utilizzata, sia pure in un contesto in parte diverso, da G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un’ordinanza della Corte Costituzionale sull’art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 740 ss.

⁴ La “positività” del dato storico nell’esperienza giuridica non viene solo offuscata dalla sopra menzionata impostazione razionalistico “programmatica” o “progettuale”, la quale considera nella sostanza il diritto quale uno strumento di governo della realtà individuale e sociale e, quale strumento, pianificabile e modificabile tendenzialmente ad libitum, ma anche da un atteggiamento naturalistico positivista che tende a concepire il diritto (e, nella specie, il diritto penale) come uno strumento di applicazione dei risultati (e delle “ricette”) provenienti dalle c.d. “scienze empiriche” o “esatte”.

⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica. Premessa storica*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 231 e ss.

un organo giurisdizionale ad hoc, mentre per quello di legittimità è invece competente una sezione “civile” “specializzata” della Corte di cassazione. Nell’ordinamento tedesco, invece, per es., l’“autonomia” del diritto tributario è completa in quanto include anche il giudizio di legittimità⁶.

Per quanto riguarda il diritto commerciale, com’è noto, la sua autonomia, intesa come autonomia di giurisdizione, è durata molti secoli e si è conclusa, nell’ordinamento italiano, ma non in altri ordinamenti dell’Europa continentale, con la codificazione civile del 1942.

Il diritto commerciale, peraltro, pur privato di un’autonomia “formale”, mantiene una sua forma di autonomia, che è di tipo concettuale.

Esiste, infatti, accanto ad un’autonomia che potremmo chiamare formale o istituzionale, ossia quella tracciata dalla competenza di diversi organi giurisdizionali forniti di diversi “poteri” in ragione di diversi settori dell’ordinamento, anche un’autonomia, se si vuole più “debole” rispetto a quella tracciata dal riparto di competenze giurisdizionali, ma tuttavia reale e presente nella cultura giuridica, e che potremmo chiamare, appunto, autonomia concettuale.

Solo una considerazione anche di tipo storico, ossia diacronico, è in grado di mettere in luce le ragioni (se ve ne sono) che giustificano l’esistenza di una tale autonomia, e, con essa, l’esistenza di un’autonomia “categoria” o “comparto” dell’esperienza giuridica e di tracciarne i confini.

3. Diritto penale commerciale e diritto commerciale. Il “nuovo” ius mercatorum

Il diritto penale dell’economia deriva direttamente, com’è noto, dal diritto penale commerciale.

Ma da che cosa deriva il diritto penale commerciale? Perché si è sentito il bisogno di una caratterizzazione autonoma di tale settore rispetto al diritto penale comune?

Si soleva ripetere, prima dell’affermarsi della nuova categorizzazione rappresentata dal diritto penale dell’economia, che il diritto penale commerciale aveva ad oggetto quelle disposizioni penali contenute nelle leggi “civili”. L’affermazione - per quanto all’apparenza meramente “topografica” - è, in via di principio, esatta. A tale affermazione va aggiunta, però, la precisazione che non si tratta tanto di leggi civili quanto piuttosto, appunto, di leggi commerciali.

⁶ Cfr. F. GRÄBER, *Finanzgerichtsordnung*, 8 ed, München, 2015.

Siamo così giunti al punto nodale di una riflessione sulla "nascita" del diritto penale commerciale. Esso non solo segue ma accompagna, sin dall'inizio, la nascita del diritto commerciale tout court; esistono, infatti, istituti penalistici - e segnatamente, come si vedrà anche in seguito, le bancarotte - i quali, con il loro stesso apparire nell'ordinamento, nella c.d. "età comunale", all'inizio dell'età moderna europea, segnano la vera e propria separazione del diritto commerciale dal diritto civile "comune".

Ciò che è ancora rimasto poco chiaro nella riflessione corrente sul diritto penale dell'economia ed anche sul diritto commerciale è la ragione sostanziale di questa separazione ed anche il motivo per il quale l'"esperienza" penalistica sia coinvolta in tale "separazione"⁷.

⁷ La nozione corrente di diritto penale dell'economia soffre di un'estensione eccessiva in quanto risente della tendenza a considerare "economico" ogni settore del diritto (nella specie del diritto penale) che in qualsiasi modo entri in contatto con utilità di natura economica. Poiché le utilità - i beni della vita - i quali sono valutati o valutabili in termini economici (ossia mediante un prezzo "di mercato") sono certamente molti, così come sono molti gli illeciti penali che sono in qualche modo, o sul piano della "tutela" della vittima o su quello della finalità della condotta dell'autore, collegati ad utilità economiche, tale criterio finisce per avere scarso significato e, soprattutto, allontanarsi del tutto dall'originario concetto di diritto penale commerciale il quale, invece, era strettamente connesso all'esperienza del diritto (civile) commerciale. Se, infatti, si volesse seguire il generico criterio sopra enunciato che si incentra sul collegamento del reato con utilità di tipo economico, anche reati quali la rapina e l'estorsione (ed anche il sequestro di persona a scopo di estorsione) dovrebbero essere considerati appartenenti al diritto penale dell'economia.

Ed in effetti in tale pericolo di dilatazione della "categoria" del diritto penale dell'economia incorrono proprio tutti quei tentativi di fornire una definizione di tale "settore" che fanno riferimento ad una generica realtà economica intesa appunto come mero collegamento con utilità valutabili alla stregua di valori economici, ossia oggetto di valutazione in termini di prezzo.

In questo senso, di recente M. MANDELSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, Heidelberg, 2011, passim, ritiene che rientrino nel diritto penale dell'economia anche i reati contro il patrimonio. Alla base di tale affermazione sussiste appunto da un lato la considerazione del mero collegamento di tale settore del diritto penale con l'esperienza economica e da un altro la considerazione dell'"economia" come un complesso di condotte individuali mosse da interessi altrettanto individuali. La citata dottrina spinge al punto la propria considerazione di tipo "intersoggettivo" dell'economia da operare uno stretto parallelismo fra la teoria utilitaristica della prevenzione generale e la visione meramente interindividuale della realtà economica. In tale prospettiva, pertanto, come l'attore economico valuta razionalmente i costi economici, così lo stesso attore, quale homo oeconomicus, dovrebbe valutare razionalmente i costi della pena.

In realtà il diritto e, nella specie, il diritto penale, non ha una funzione diversa nel diritto penale dell'economia rispetto a settori diversi e "non economici". Anche nel diritto penale dell'economia la pena (come ogni sanzione giuridica) ha la funzione di garantire la costanza delle aspettative e non di "governare", attraverso un bilanciamento di utilità e la minaccia di un "male" o di una "perdita", le condotte dei singoli. L'economia, inoltre, non esprime tanto un rapporto interindividuale di scambio o di possesso di utilità, quanto piuttosto un sistema sociale dotato di una propria logica e di una propria semantica. L'autonomia del sistema economico si è realizzata all'inizio dell'età moderna quando lo stesso si è separato dalla politica e dagli altri sub sistemi sociali in concomitanza con la nascita dell'istituzione economica impresa. In tal modo l'economia ha acquisito non solo un'autonomia semantica ma anche istituzionale. L'economia si caratterizza come sistema dedito alla produzione professionale di ricchezza ed le istituzioni a ciò dedicate sono le imprese. E' proprio la professionalizzazione e la istituzionalizzazione della produzione di ricchezza che fa del sistema economico un sistema autonomo (anche sul piano semantico) rispetto agli altri sistemi sociali, un'autonomia che, in tale forma, non sussisteva prima dell'età moderna.

Il sistema economico come "modernamente" inteso è un sistema nel qual appare, come "attore" fondamentale, l'impresa. In questo senso il diritto penale dell'economia è il diretto discendente del diritto penale commerciale in quanto rappresenta quel settore del diritto penale che riguarda direttamente l'impresa. Al più, si

Qual'è il tratto saliente del diritto commerciale? Tale tratto saliente è comune al diritto penale commerciale ed anche al diritto penale dell'economia?

L'opinione dominante intorno alla nascita del diritto commerciale fa riferimento, a questo proposito, al sorgere, più o meno "spontaneo", di uno *ius mercatorum* dettato dalle esigenze dei commerci - e del ceto dei mercanti - sviluppatosi nelle città mercantili all'alba dell'età moderna⁸. Si tratta di un'osservazione, però, che non va molto oltre una constatazione di tipo da un lato cronologico e, da un altro, sociologico ricognitivo.

può includere in una sorta di diritto penale dell'economia, se si vuole, "improprio", il diritto penale che non riguarda ab origine direttamente l'impresa ma che con l'attività di tale istituzione ha contatti frequenti. In questo senso, infatti, molte pubblicazioni dedicate al diritto penale dell'economia contengono approfondimenti in tema di delitti contro la pubblica amministrazione, oppure in materia di diritto penale tributario, urbanistico e dell'ambiente. Si tratta appunto di settori del diritto penale che non sono dedicati esclusivamente all'attività di impresa ma che di frequente hanno contatti con tale attività. Sul punto sia consentito rinviare al nostro, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015, p. 355 e ss. e passim.

⁸ Cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, passim. Altrettanto comune è l'affermazione relativa alla natura "spontaneistica" del "nuovo" *ius mercatorum* (cfr., per tutti, A. FRIGNANI, M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010, p. 25 e ss., secondo i quali la Lex meritoria rappresenterebbe "un diritto di formazione spontanea, creato dal ceto imprenditoriale senza l'intermediazione del ceto politico"); un diritto, quindi, che avrebbe una natura esclusivamente "privatistica" e "volontaristica". Tale visione dello *ius mercatorum* ha portato alcuni Autori ad affermare che esso, almeno alle sue origini, rappresenterebbe un'ipotesi paradigmatica di diritto "senza Stato", che si sarebbe realizzato attraverso una sorta di "contrat sans loi". In questa prospettiva il "law merchant" creerebbe e perpetuerebbe sé stesso come un sistema giuridico autonomo senza uno Stato. Ed anche la lex mercatoria diventerebbe una disciplina giuridica indipendente ma parallela alle regolamentazioni tradizionali degli ordinamenti giuridici nazionali" (in tal senso R. MICHAELS, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2007, p. 450 in relazione al pensiero di A. FISCHER-LESCANO e G. TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in 25 *Mich. J. Int'l L.*, 1999, p. 1009-12; v. anche G. TEUBNER, *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, in 5 *Eur. J. Soc. Theory* 199, 2002, p. 211-13).

La visione dello *ius mercatorum* come diritto "spontaneo" avente natura esclusivamente privatistica e volontaristica, un diritto che realizzerebbe, appunto, un "diritto senza Stato", dipendono però dal contenuto assegnato al concetto di "Stato".

Se per Stato si intende solo lo Stato nazionale, autonomo, sovrano e strettamente territoriale, così come è emerso dopo la guerra dei trent'anni e la pace di Vestfalia, allora tutto il diritto precedente rappresenta un "diritto senza Stato" in quanto l'entità pubblicistica "statuale" aveva forme in parte diverse rispetto a quella post vestfaliana. Le entità pubblicistiche esistevano però ben precedentemente al "nuovo" diritto internazionale nato dalla pace di Vestfalia (la più importante novità introdotta del "sistema vestfaliano" è la nascita del diritto internazionale modernamente inteso, ossia del diritto che regola i rapporti fra "soggetti - Stati"). L'autorità pubblica in grado di monopolizzare la forza (o la coercizione) e di affermare la regola iuris (ossia di eseguire le sanzioni giuridiche) era ben precedente non solo la pace di Vestfalia ma anche la fine del medio evo ed addirittura l'età romana. Essa nasce con la "chiusura della forza nelle caserme" (M. WEBER, *Rechtssoziologie*, rist., Neuwied, 1960) ossia con il passaggio da una società tribale o differenziata in maniera solo orizzontale ad una più evoluta società differenziata in maniera "verticale", ossia caratterizzata dalla presenza di poteri pubblici i quali sono, come, tali, in una qualche misura accentrati ed ordinati in maniera gerarchica. In questo senso lo "Stato", inteso in senso "sostanziale" come potere pubblico monopolista della coercizione, nasce con una concezione del diritto che si è allontanata da quello che caratterizza una società tribale e, quindi, in questo senso si può dire non può esistere un diritto senza Stato in quanto non esiste un diritto senza un pubblico potere monopolista della forza. A questa regola non fa eccezione la circostanza che il diritto sia più o meno *oc-troyée* oppure, invece, provenga in tutto o in parte da istanze che scaturiscono "dal basso", esso, per essere diritto, deve essere "assistito" dal potere pubblico. In questo senso non esiste un diritto solo "volontaristico" o "spontaneistico". In altri termini, un diritto che si fondi in maniera esclusiva sul "consenso" e che faccia a meno della coercizione pubblica. Tali attributi possono solo indicare la *contingenza storica che ha dato avvio alla sua affermazione*, ma non ne modificano la natura.

Qual'è, però, l'esigenza sistemica e funzionale, il novum istituzionale, che esprime il "nuovo" ius mercatorum?

Le esigenze del nuovo "ceto dei mercanti", tradizionalmente richiamate nelle trattazioni sul diritto commerciale e sulla sua origine, esprimono una considerazione di tipo sociologico ricognitivo per altro piuttosto diffusa; si tratta di considerazioni legate alla "dinamica" delle "classi sociali" le quali fanno riferimento a reali o pretesi interessi "di classe" ma che, da sole, non sono sufficienti a spiegare la ragione funzionale e sistemica non solo dell'insorgere ma anche della durata di molti istituti che caratterizzano il mutamento di un ordinamento giuridico.

I conflitti ed i rapporti di classe, in definitiva, pur certamente presenti nelle dinamiche sociali sia nel passato che nel presente, non spiegano da soli la ragion d'essere delle strutture sociali e della loro correlata "forma" giuridica.

Per quanto attiene la nascita del diritto commerciale e, con essa, la contemporanea comparsa del diritto penale commerciale, sotto la superficie di "interessi di classe" o "di ceto", la ragione dell'emergere di questo nuovo comparto dell'ordinamento giuridico può

A tale regola non fa eccezione lo ius mercatorum, neanche quando esso muoveva i primi passi, ed anche se si vuole ipotizzare e si sia storicamente realizzata o sia tuttora in parte sussistente in relazione allo stesso una giurisdizione "autonoma" dotata di caratteristiche in qualche modo "arbitrali" essa, per avere effettività, ossia per essere monopolista in relazione all'uso della coercizione giuridica, deve necessariamente considerarsi come un'autorità pubblicistica che agisce sostanzialmente "su delega" dell'autorità pubblica "formale" la quale rimane l'unica sostanziale "titolare" del potere pubblico. Collegandosi al titolo dell'opera di W. A. BEWES, *The Romance of the Law Merchant: Being an Introduction to the Study of International and Commercial Law with Some Account of the Commerce and Fairs of the Middle Ages*, London, 1923, R. MICHAELS, *The True Lex Mercatoria*, cit., p. 447 e ss., ritiene che la rappresentazione di una lex mercatoria considerata attraverso "l'ideale romantico di un diritto spontaneo creato nel, attraverso e per il commercio, in maniera indipendente dallo Stato" rappresenti una visione "ambivalente" che si muove "tra fatti e finzione", in quanto "una lex mercatoria considerata come un sistema giuridico genuinamente anazionale, anche se teoricamente possibile, non è mai esistita - né nel medio evo, né nel XX secolo come 'nuova lex mercatoria' né attualmente come 'nuova nuova lex mercatoria'".

In realtà un sistema giuridico non può essere mai genuinamente "anazionale" (kantianamente: né in teoria né in pratica) in quanto non può essere mai totalmente indipendente dal sistema "statuale" generale, ed anche se esso, come avviene per il diritto del commercio internazionale, sembra a prima vista fondarsi solo su basi "pattizie", le sue norme possono essere considerate propriamente giuridiche solo in quanto coercibili. Tale coercizione può solamente essere quella che proviene dall'autorità pubblica generale, ossia quella dotata del monopolio della forza, ossia, per usare una "moderna" terminologia, quella "statuale". Tale autorità veniva denominata, precedentemente all'insorgere del "sistema" degli "Stati nazionali", non come "Stato" ma in modo diverso, essa veniva talvolta identificata con la stessa persona del sovrano o con un "corpo mistico" che si legittimava in maniera religiosa, essa doveva, però, necessariamente consistere in un'istanza capace di accentrare nelle proprie mani il potere coercitivo su un determinato territorio. Pertanto, si può anche, volendo, parlare di un sistema giuridico "anazionale", con la precisazione, però, che esso non può mai consistere in un regime giuridico solamente "privatistico" o "pattizio", perché ciò, come detto, costituirebbe una vera e propria contraddictio in adiecto. Un sistema giuridico "anazionale" è, in altri termini, concepibile solo nella misura in cui si dia luogo ad un'autorità pubblica diversa da quella nazionale (lo "Stato - nazione") ma pur tuttavia genuinamente "pubblica" ed il suo essere tale si realizza nella circostanza consistente nel disporre del monopolio della coercizione all'interno di un determinato territorio. Il sistema degli Stati sovrani nasce proprio perché il sistema precedente presentava troppe incertezze e soprattutto sovrapposizioni ed intersezioni proprio sulle competenze territoriali di diverse autorità pubbliche, incertezze e sovrapposizioni che proprio la "moderna" idea di sovranità dello Stato su un territorio ha cercato di superare.

essere compresa solo considerando che, con esso, l'ordinamento giuridico ha registrato e, al contempo, costituito e sancito l'insorgere e l'affermarsi di una nuova realtà di natura istituzionale, una realtà, come tale, funzionale non solo a specifiche classi o ceti ed ai loro interessi o conflitti, ma all'intero sistema sociale.

Si è trattato e si tratta tuttora di una nuova realtà dotata di una tale "forza" e significato che essa è diventata, nel giro di pochi secoli, dominante a livello globale e tutt'oggi si può considerare una delle principali istituzioni che caratterizzano le società contemporanee.

Tale nuova istituzione è quella rappresentata dall'impresa.

4. L'impresa. L'impresa come istituzione. Le "clausole generali" in tema di impresa previste dalla "legislazione civile"

Il diritto commerciale "civile"⁹ è quello che dà conto ed al contempo rappresenta ragione d'essere e condizione di esistenza dell'impresa sul "versante" civilistico, così come lo è, sul versante penalistico, il diritto penale commerciale.

Il vigente codice civile, nel Libro V, ed alcune leggi complementari, tra la quali la più importante è la legge fallimentare, contengono una serie di norme dedicate all'imprenditore ed all'impresa e, via via nel dettaglio, anche una serie di norme dedicate alla forma giuridica più complessa della gestione dell'impresa costituita da quella societaria, in particolare le società di capitali.

Molte di tali norme "civili" costituiscono delle vere e proprie "clausole generali", norme di principio e senza sanzione diretta che si applicano "in combinazione" con norme fornite di sanzione. Ci si riferisce in particolare all'art. 2088 c.c. il quale contiene una "definizione" dell'imprenditore e, con esso, dell'impresa con riferimento, in particolare, alla nozione essenziale di "attività economica" ed a quella correlata della organizzazione e della produzione, oppure, ancora, l'art. 2247 c.c. che, nel definire l'oggetto del contratto di società, fa riferimento anch'esso alla nozione di "attività economica" e di "utili" da essa derivanti.

⁹ Si potrebbe anche parlare di diritto commerciale diverso da quello penale in quanto la disposizione normativa fondamentale del diritto fallimentare, che costituisce un settore di importanza centrale del diritto commerciale, è costituita dall'art. 5 l. fall. che detta le condizioni di accettabilità dell'esistenza in vita dell'istituzione impresa. Tale disposizione normativa non prevede, però, una sanzione civile e neanche una sanzione tout court nel senso proprio del termine, ma una "misura", una conseguenza giuridica la quale può essere considerata "civile" solo sotto il profilo meramente formale o procedurale relativo alla circostanza che tale "misura", la dichiarazione di fallimento, viene disposta da un'autorità giudiziaria e non amministrativa. Sulla problematica si rinvia al nostro *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 121 e ss.

Altrettanto fondamentale, per quanto attiene i profili fondanti dell'istituzione impresa, è l'art. 5 della legge fallimentare che indica i presupposti dell'accettabilità sociale dell'impresa come istituzione produttrice di ricchezza indicando il limite superato il quale tale attività deve essere fatta cessare d'autorità. L'impresa supera tale limite allorché da istituzione produttrice di ricchezza diventa una istituzione, come tale "patologica", dissipatrice di ricchezza.

Si devono poi ricordare, sempre fra le norme "civili" fondamentali per l'istituzione impresa, quelle riguardanti l'obbligo di documentazione, si potrebbe dire di "tracciabilità", dell'attività dell'impresa stessa e, fra esse, naturalmente, quale norma generale, l'art. 2214 c.c. che detta il nucleo essenziale di tali obblighi.

La singolarità di quasi tutte le previsioni normative testé richiamate - con l'esclusione dell'art. 5 l. fall. che comunque non è il presupposto di una vera e propria sanzione ma "solo" di una conseguenza giuridica¹⁰ - è costituita dalla circostanza che si tratta di norme formalmente prive di sanzione, almeno di una sanzione civile. Le disposizioni richiamate rappresentano, come detto, una sorta, di clausole generali le quali, come tali, partecipano dell'interpretazione di altre norme fornite, queste ultime, di sanzione (quali quelle, per es. che dettano la responsabilità civile degli amministratori di società), ma che risultano essere norme che non hanno un valore centrale e fondante o, se si vuole, di principio, ossia che non costituiscono una sorta di ragion d'essere dell'istituzione impresa. Anche la disposizione sopra richiamata di cui all'art. 2214 c.c. in tema di obbligo di tenuta delle scritture è, infatti, com'è noto, priva di sanzione civile.

Esistono altre norme, però, questa volta fornite di sanzioni - e si tratta di sanzioni, et pour cause, di non poco significato - le quali dettano i principi fondanti dell'istituzione impresa, un'istituzione, come detto, che costituisce la ragion d'essere del diritto commerciale.

5. Le norme "sanzionatorie". L'impresa come "istituzione economica"

Le norme fornite di sanzione che dettano le regole di condotta fondamentali che caratterizzano l'attività d'impresa sono le norme - penali - in tema di bancarotta. Tali norme, nel loro versante costituito dalla bancarotta patrimoniale, sanciscono la ragion d'essere

¹⁰ L'art. 5 l. fall. detta, nella parte "precettiva", i presupposti della dichiarazione di fallimento. Tale dichiarazione può, peraltro, come detto, difficilmente essere considerata una sanzione essendo essa da valutare assai più come una "mera" conseguenza giuridica e, più precisamente, come una sorta di misura. Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia ancora al nostro *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 319 e ss.

dell'impresa come istituzione "privatistica", un'istituzione sulla quale incombe l'obbligo di produrre ricchezza o, come minimo, sulla quale incombe *il divieto di distruggere ricchezza*.

Sul versante rappresentato dalla bancarotta documentale tali norme centrali e fondanti il diritto non solo penale commerciale ma il diritto commerciale tout court sanciscono l'obbligo di documentazione e, appunto, di "tracciabilità" dell'attività dell'impresa. Nell'ambito dell'impresa gestita nella forma della società di capitali tale obbligo di documentazione assume una maggiore pervasività attraverso la previsione di reati di falso contenuti, questa volta, nel codice civile (false comunicazioni sociali; artt. 2621 e ss. c.c.).

Siamo così giunti al nucleo del diritto penale commerciale che è rappresentato da un lato, per ciò che attiene la natura intrinseca dell'impresa come istituzione economica, la sua ragion d'essere, dalle norme sulla bancarotta patrimoniale e da un altro, per quanto attiene la sua controllabilità o, se si vuole, "trasparenza", le norme sulla bancarotta documentale e quelle - limitate alle società commerciali - sulla falsificazione dei bilanci¹¹.

Tale situazione ordinamentale è durata a lungo, con modificazioni che si sono susseguite a partire dagli statuti e dagli usi comunali all'inizio dell'età moderna passando per le successive codificazioni pre e post unitarie fino ad arrivare al vigente codice civile (per quanto riguarda la "falsificazione" dei bilanci delle società) ed alla vigente legge fallimentare (per quanto riguarda le bancarotte).

Solo sullo scorcio del secolo appena trascorso, specie nell'ordinamento tedesco, ed all'inizio di quello attuale, la situazione appare, però, modificarsi.

6. *Le tendenze del nuovo diritto commerciale. Il ruolo delle fattispecie di bancarotta e del fallimento. La crisi in corso e le prospettive. La fattispecie di infedeltà*

Nei confronti della "vecchia" fattispecie di bancarotta si è viepiù accresciuto negli ultimi anni un senso di insoddisfazione ed al contempo ha assunto sempre maggiore rilevanza una diversa fattispecie che si sta avviando, in alcuni ordinamenti europei, come quello tedesco, a sovrapporsi a quella di bancarotta. Tale fenomeno potrebbe addirittura condurre alla riduzione della bancarotta ad un ruolo residuale all'interno dello statuto penale

¹¹ Tale situazione appare con evidenza nel codice di commercio del 1882 che racchiudeva - con una "tecnica normativa" abbandonata, com'è noto, dalla successiva legislazione del 1942 - tutta la "materia" commerciale e, pertanto, anche le norme penali in tema di bancarotta, di falso in bilancio e quelle, non penali, sulla "fine" dell'impresa, ossia quelle sul fallimento.

dell'impresa. Ci riferiamo alla fattispecie - in Italia ancora in una forma "embrionale"¹² - di infedeltà.

Uno degli aspetti che ha subito caratterizzato, sin dal suo nascere, all'alba dell'età moderna, il "nuovo" diritto commerciale e che, invece, appariva assente o trascurabile negli istituti che caratterizzavano il "vecchio" diritto civile "comune", è costituito dalla circostanza che la presenza del diritto penale in questo "nuovo" settore del diritto civile, lo *ius mercatorum*, non appare più rappresentare una sorta di garanzia "esterna" ad una disciplina che si presenta in gran parte compiuta e quasi autosufficiente; una situazione che, invece, si verificava in gran parte nei "rapporti" fra la disciplina civilistica della proprietà, del possesso e delle obbligazioni ed i "classici" delitti contro il patrimonio. Nel diritto commerciale, invece, tale presenza "penalistica" appare, dotata di una ragione "interna" alla disciplina dell'impresa in genere ed anche, naturalmente, alla disciplina di quelle particolari imprese costituite dalle società "anonime"¹³.

In altre parole, la disciplina del diritto penale commerciale rappresenta e "sancisce" i fondamenti essenziali del funzionamento dell'"istituzione" impresa e, pertanto, è priva di quella funzione "accessoria" ed "esterna" che in qualche modo si può dire caratterizzi i reati contro il patrimonio rispetto alla normativa civilistica dove, per es., i contenuti del diritto di proprietà o, meglio, le facoltà del proprietario in relazione al "suo" bene, trovano una compiuta disciplina nelle leggi civili o, meglio, nelle sanzioni civili.

Quando dal terreno del diritto "quiritario" ci si sposta su quello dell'impresa, allora sono, invece, soprattutto le norme sulla bancarotta, ed in qualche modo anche quelle sulla veridicità dei bilanci, le disposizioni normative che caratterizzano *in maniera autonoma ed ori-*

¹² Nell'ordinamento italiano una fattispecie di vera e propria infedeltà patrimoniale per alcuni versi paragonabile a quella prevista dall'ordinamento tedesco al § 266 dello StGB è stata introdotta con il d.lg. 11 aprile 2002 n. 61. La fattispecie si differenzia da quella prevista dal § 266 StGB, tra l'altro, per essere riservata ai soli soggetti gestori delle società di capitali, per la molto meno rilevante qualificazione sanzionatoria del fatto e, soprattutto, per la presenza della "condizione di procedibilità" rappresentata dalla querela la quale, unitamente alla relativa causa estintiva rappresentata dalla remissione della stessa, fa della fattispecie di infedeltà attualmente vigente nell'ordinamento italiano un'ipotesi suppletiva rispetto alle disposizioni sulla responsabilità civile degli amministratori. Inoltre, la medesima procedibilità a querela rende più difficile considerare la vigente disposizione di infedeltà prevista del codice civile quale norma a tutela dell'interesse dell'impresa in sé e connota invece la stessa come disposizione a tutela dei detentori del capitale sociale.

¹³ Il peso ordinamentale delle società di capitali e della correlativa limitazione della responsabilità patrimoniale viene talvolta sopravvalutato. Il diritto commerciale - in entrambi i suoi versanti, quello civile e quello penale - non è certamente legato alla nascita delle "anonime". Esse costituiscono solo uno *strumento ulteriore* per *potenziare* l'istituzione impresa la quale, invece, si è originata in maniera indipendente rispetto alla nascita delle società di capitali così come, d'altra parte, in genere, la stessa impresa ha una ragion d'essere autonoma ed indipendente rispetto alle società di capitali medesime. In altri termini, non è la nascita delle "società anonime" che segna la nascita dell'istituzione impresa; l'apparire dell'impresa è strettamente legato agli istituti del fallimento e della bancarotta che ne rappresentano il fondamento giuridico.

ginaria (ossia al di fuori di qualsiasi rapporto di “accessorietà” con le “norme civili”) lo “statuto” dell’impresa stessa, ossia la sua “natura” intesa come ragion d’essere essenziale¹⁴.

Il contenuto e i limiti del diritto dell’imprenditore sui beni dell’impresa, anche nel caso egli abbia il diritto di proprietà sugli stessi, non sono dettati dal diritto civile ma dal diritto penale mediante le norme sulla bancarotta ed adesso, sempre di più, mediante quelle sull’infedeltà.

Come il diritto commerciale civile trova la sua definizione compiuta in relazione all’impresa ed alla sua attività, così anche il diritto penale commerciale si può definire nella sua specificità solo con riferimento all’impresa ed alla sue attività. In questo senso diritto commerciale civile e penale sono complementari fra loro; i due settori convergono, ciascuno con gli specifici “rimedi” che li contraddistinguono, nella funzione di assicurare la sussistenza del nuovo sistema economico fondato sull’istituzione impresa.

¹⁴ Il passaggio da società organizzate apparentemente sulla “forza” del solo individuo, ma che erano (ed ancora sono in alcune realtà) società che più che sull’individuo isolato si organizzano su “nuclei” composti da una pluralità di individui legati da vincoli di consanguineità, comunque denominati (*familiae*, *gentes*, *clans*, *Sippen*, ecc.), una situazione che ha caratterizzato - e che tuttora caratterizza nelle società contemporanee meno evolute - tutte le società arcaiche a livello globale, a società, se si vuole, più “anonime”, ma in realtà più complesse, rappresenta una conquista evolutiva che ha determinato il vantaggio di alcuni sistemi sociali su altri.

Il “fenomeno” dell’impresa ed il suo nascere deve essere visto in questa prospettiva. Il sorgere di istituzioni quali sono le imprese, le quali rappresentano organizzazioni interpersonali, ma anche quali sono altre istituzioni, questa volta a carattere “pubblicistico”, segna le tappe evolutive di una società e ne incrementa complessità ed efficienza. L’interazione di diversi individui rende possibile ciò che l’individuo singolo non è in grado di assolvere e ciò innanzitutto sul piano della “amministrazione” di una realtà complessa. Come è stato di recente sottolineato, “reti più ampie sono necessarie per produrre prodotti di più elevata complessità e, per converso, sono necessarie alle società per raggiungere più elevati livelli di prosperità” (C. HIDALGO, *Why Information Grows. The Evolution of Order, from Atoms to Economies*, New York, 2015, p. 115 e s.).

Le prime organizzazioni interpersonali sono state, com’è noto, quelle dedicate a compiti “pubblicistici” e, come tali, “non economiche” ed esse erano conosciute, a differenza dell’impresa, già nell’esperienza romana (sia consentito rinviare sul punto al nostro, *La bancarotta semplice*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, 2012, p. 147 ss. e ID., *Lineamenti*, cit., p. 335 e ss.).

Anche l’organizzazione o istituzione pubblicistica si avvale dei vantaggi di “anonimità” e di potenziamento delle limitate risorse dell’individuo, così come se ne avvale l’organizzazione e l’istituzione d’impresa.

Perché allora le due istituzioni non finiscono per sovrapporsi?

La necessaria separazione le due realtà istituzionali delle “pubbliche amministrazioni” (o se si vuole, dello “Stato”) da quella, “privatistica” ed “economica”, dell’impresa è resa necessaria dalle due diverse funzioni assolve dal sistema economico e dal sistema politico o amministrativo. Il sistema politico amministrativo ha la funzione di dare forma al futuro mediante l’utilizzo di poteri coercitivi od autoritativi mentre il sistema economico delle imprese ha la “funzione” di “creare” ricchezza o benessere (appunto economico) mediante il meccanismo “privatistico” del perseguimento “spontaneo” del profitto. Il fallimento dei sistemi che hanno tentato di produrre profitto mediante meccanismi pubblicistici e, come tali, autoritativi, dimostra che l’abolizione della separazione funzionale fra sistema delle imprese e sistema politico amministrativo risulta essere regressiva per il sistema sociale in quanto priva lo stesso di complessità e, in particolare, sottrae al sistema sociale la componente costituita dell’autorganizzazione dei sistemi privati al fine del conseguimento del profitto; una componente che, evidentemente, conferisce dinamismo ed efficienza competitiva al sistema sociale nel suo complesso.

Il diritto penale dell'impresa sotto forma del diritto delle bancarotte svolge un ruolo di tale essenzialità nella disciplina della stessa da costituire il fondamento essenziale del suo statuto giuridico.

Non sono norme o, meglio, sanzioni civili quelle che sanciscono lo statuto fondamentale dell'impresa che è costituito dall'obbligo di produrre profitto oggettivo, ossia ricchezza, destinando "alla produzione di beni e servizi" i beni ma sono anzitutto le norme penali sulla bancarotta.

L'altro istituto che, parallelamente a quello della bancarotta¹⁵, costituisce il fondamento dello statuto dell'impresa è costituito dal fallimento.

Oltre alle norme penali sulla bancarotta, infatti, esiste soltanto un'altra norma fornita di una sorta di una "conseguenza" dotata di un significato paragonabile, mutatis mutandis, a quello posseduto dalle disposizioni in tema di bancarotta al fine di delineare lo statuto essenziale dell'impresa. Si tratta della norma fondamentale del fallimento, ossia, attualmente, dell'art. 5 l. fall.

Si tratta di una norma che non può essere qualificata propriamente come civile, né tantomeno tale è la sua "conseguenza"¹⁶.

La disposizione prevista dall'art. 5 l. fall. - e, con essa, tutto l'istituto del fallimento nel suo nucleo fondamentale - è coesistente alle norme sulla bancarotta perché anch'essa sancisce l'obbligo di finalizzazione al profitto del patrimonio dell'impresa sotto forma di una forma di "divieto" di utilizzo "antieconomico" di detto patrimonio, ossia del *divieto di distruzione di ricchezza*. In relazione all'art. 5 tale "divieto" non può essere considerato propriamente come tale in quanto esso si atteggia in una forma puramente "oggettiva" nel senso che esso non costituisce la premessa di un addebito e, pertanto, di una sanzione, ma "so-

¹⁵ Si intende solitamente come istituto giuridico un complesso normativo coordinato e fornito di una certa unitarietà ed autonomia. Il concetto di istituto è poco usato in relazione ad una fattispecie incriminatrice. L'opinione prevalente tende infatti a considerare la previsione incriminatrice come una sorta di previsione isolata e per molti versi "autosufficiente" in quanto il suo contenuto "dispositivo" o "normativo" discenderebbe esclusivamente dal significato delle parole che la "compongono". Anche la fattispecie incriminatrice, invece, dovrebbe essere considerata come un "istituto" in quanto la sua comprensione, la sua vera e propria interpretazione nel senso classico del termine, non può avvenire se non attraverso la interazione ed il "coordinamento" della stessa con altre norme e, tendenzialmente con l'intero ordinamento. Non sono solo i c.d. "elementi normativi" della fattispecie a costituire punti di raccordo normativi fra la stessa ed altre norme dell'ordinamento, sono i suoi stessi confini (inclusi pertanto anche i c.d. elementi descrittivi della stessa) che non possono essere definiti se non si considera l'ordinamento nel suo complesso, ossia se non si considera la fattispecie, appunto, come istituto. In questo senso il nuovo "programma" delle scienze penalistiche deve estendersi dalle scienze penalistiche integrate alla scienze giuridiche integrate. Sul punto di rinvia al nostro *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit. *passim*.

¹⁶ In realtà la dichiarazione di fallimento - che è certamente una "conseguenza giuridica" - non può essere qualificata propriamente come una sanzione ma piuttosto come una misura. Sul punto si rinvia al nostro, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 121 e ss.

lamente” la premessa per l’attuazione di una misura impeditiva di distruzione di ricchezza quale è da considerare la dichiarazione di fallimento.

Tale misura accomuna, sotto il profilo della ratio generale l’art. 5 l. fall. (e, quindi, l’istituto del fallimento) con le disposizioni in tema di bancarotta, e tali norme costituiscono le disposizioni centrali dello “statuto dell’impresa”.

7. Il diritto penale dell’economia. Una “materia” dai contorni incerti. Diritto ed economia

Negli ultimi decenni viene utilizzato con sempre maggiore frequenza il termine di diritto dell’economia in luogo di quello più tradizionale di diritto penale commerciale.

I “confini” di tale “settore” del diritto penale sono oltremodo incerti, come può constatare chiunque affronti un testo “organico” dedicato alla sua trattazione od una rivista giuridica avente ad oggetto tale “settore” del diritto penale. I confini del c.d. diritto penale dell’economia possono essere in qualche modo tracciati solo se si fa riferimento al suo nucleo “originario”, ossia a quella parte del diritto penale che costituisce un elemento strutturale della disciplina dell’impresa.

Tutte le altre norme ed istituti che vengono fatti solitamente rientrare nel diritto penale dell’economia hanno un collegamento più o meno remoto con la vita e con l’attività dell’impresa ma non sono da considerare come fondanti la sua disciplina essenziale così come sono, invece, da considerare le norme sulla bancarotta e, adesso, le norme sull’infedeltà¹⁷.

Correlata alla crescente incidenza che, nella pratica, i reati in materia economica vieppiù rivestono, si sono registrati in tempi recenti diversi tentativi di fornire una definizione il più possibile stringente del diritto penale dell’economia. Molti di essi, però, piuttosto che sulla realtà rappresentata dalla funzione dell’istituzione impresa, finiscono per attestarsi su una nozione di economia che fa riferimento agli interessi dei singoli valutabili economicamente e che, quindi, perde di vista l’economia considerata come un sub sistema sociale.

Anche un recente studio dedicato al tentativo di fornire una teoria generale e, pertanto, anche una definizione del diritto penale dell’economia¹⁸, muove significativamente le mosse da una concezione dell’economia come un complesso di condotte individuali mosse

¹⁷ Come si è detto, anche le norme che sanciscono l’obbligo di tenuta delle scritture costituiscono una parte della disciplina originaria ed essenziale dell’impresa; quali norme in qualche misura “cautelari” esse non hanno, però, la medesima funzione centrale che invece possiedono quelle sulla bancarotta patrimoniale (alle quali fanno riscontro, sul piano della disciplina non penale, le norme sul fallimento) e, anche per questo motivo, le sanzioni per esse previste sono, correlativamente, di solito, di minore gravità.

¹⁸ M. MANEDLSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, Heidelberg, 2011, *passim*

dal perseguimento di interessi individuali. Una tale concezione atomistica dell'“economia” rende però impossibile tracciare in maniera soddisfacente i limiti del diritto penale dell'economia e, così, finisce per fare rientrare in questo settore tutti quei reati che coinvolgano, vuoi per il movente che determina la condotta del soggetto responsabile, vuoi anche per il nocumento arrecato dalle condotte previste come illecite, ed anche, certamente, in alcuni casi, per il collegamento, talvolta però solo eventuale, con l'attività d'impresa, per coinvolgere interessi genericamente economici¹⁹.

Proprio, però, come il sistema sociale non può essere concepito come un mero insieme di individui o di condotte individuali ma è invece costituito da un *sistema* che, come tale, è autonomo dagli individui stessi e, quindi, dotato di una propria logica ossia di proprie istituzioni, anche l'economia, come sub sistema sociale, non può essere concepita come la mera somma di interessi individuali in quanto anch'essa costituisce un sistema autonomo dagli interessi dei singoli individui dotato di proprie caratteristiche istituzioni. Ciò non significa che gli individui, le loro condotte, i loro interessi, vivano isolati dal sistema sociale e dal sistema economico. Gli individui, con la loro autonomia, partecipano ai sistemi sociali ma non sono “parte” degli stessi.

8. Bancarotta patrimoniale ed interesse dell'impresa “in sé”. La “tracciabilità” dell'attività economica dell'impresa. I reati di falso in materia di impresa. Le alternative in tema di tutela dell'interesse economico dell'impresa. L'infedeltà patrimoniale

Si è detto all'inizio che la disposizione centrale del diritto penale commerciale è costituita dalla bancarotta patrimoniale.

Essa detta il “valore” centrale dell'istituzione impresa rappresentato dal suo “interesse” autonomo (l'interesse dell'impresa “in sé”) dall'interesse del soggetto che ha la responsabilità di gestire l'impresa stessa, sia quest'ultimo il proprietario o meno dei beni dell'impresa.

Vi sono, poi, disposizioni più “formali” e, come tali, più “periferiche” rispetto a quelle relative alla bancarotta patrimoniale. Si tratta di disposizione che anch'esse che appartengono al diritto penale originario dell'impresa, esse sono quelle che sanciscono l'obbligo di tenuta e, ovviamente, di veridicità, delle scritture. Vi sono poi, infine, anche altre disposi-

¹⁹ Nel diritto penale dell'economia vengono fatti rientrare di frequente i delitti contro il patrimonio, specie quelli di arricchimento o di profitto, i reati tributari, quelli ambientali, fino a quelli contro la pubblica amministrazione finalizzati al profitto ed addirittura quelli edilizi.

zioni penali tese a garantire il corretto funzionamento di alcuni passaggi nodali della vita delle società di capitali²⁰.

Le disposizioni sulla bancarotta sono strutturate con una “tecnica di tutela” antica quanto oramai sempre più discussa e sempre meno accettata. Esse sono strutturate, com’è noto, secondo la “tecnica” delle condizioni obiettive di punibilità, una modalità di incriminazione dove il caso gioca un ruolo assai elevato in relazione al realizzarsi della punibilità di condotte considerate comunque non desiderabili e, quindi, astrattamente illecite, e dove, inoltre, può darsi luogo all’applicazione di una pena in relazione a condotte verificarsi in epoche molto anteriori rispetto al momento nel quale viene irrogata la sanzione punitiva.

Le alternative a tale situazione non appaiono essere, però, l’utilizzo di sanzioni diverse da quelle penali, l’utilizzo di un diritto più “mite” in quanto meno afflittivo del diritto penale.

Tali alternative, purtroppo, non esistono e, in particolare, non sono praticabili in quanto le alternative risarcitorie, per essere praticabili, presuppongono da un lato la capienza patrimoniale del soggetto che ha commesso l’illecito e, da un altro, presuppongono altresì la possibilità di individuare soggetti danneggiati e danni definibili e quantificabili, tutte circostanze, queste, di non facile realizzazione nelle ipotesi di condotta “antieconomica” - ossia distruttrice o distrattrice di risorse e, quindi, di ricchezza - nella gestione dell’impresa. In altri termini una cosa è il danno arrecato ad un creditore e, in particolare, al suo credito che consiste in una realtà patrimoniale definita e quantificabile di pertinenza di un soggetto individuale, un’altra è, invece, il “danno” arrecato ad un’istituzione “dinamica” ed impersonale qual’è l’impresa da una condotta di mala gestio o addirittura distrattiva.

L’alternativa alle fattispecie di bancarotta finirà pertanto prevedibilmente, anche nell’ordinamento italiano, per essere ancora una volta un’alternativa penalistica e, inoltre, un’alternativa che aumenterà la pervasività e la presenza del diritto penale nella disciplina dell’impresa rispetto alle “vecchie” fattispecie di bancarotta.

L’alternativa potrà essere costituita, come detto, della fattispecie (o dalle fattispecie) di infedeltà, una figura che, in ordinamenti vicini come quello tedesco, costituisce oramai la nuova fattispecie fondante del diritto penale di impresa. Si tratta di una fattispecie che, a differenza della previsione di bancarotta, interviene in maniera diretta o immediata all’atto della commissione della condotta disfunzionale agli interessi dell’impresa, ossia al di fuori

²⁰ Si tratta delle disposizioni incriminatrici previste dagli artt. dal 2624 al 2638 c.c., con esclusione delle previsioni di cui agli artt. 2634 e 2635 c.c. che prevedono due ipotesi di infedeltà che hanno una natura diversa da quelle sopra menzionate, dal carattere prevalentemente ordinatorio.

del “filtro” rappresentato dalla dichiarazione di fallimento il quale, com'è noto, sul piano penalistico, opera come una condizione obiettiva di punibilità.

Gli ordinamenti europei, anche quello tedesco, sono attualmente in una condizione di assestamento o di passaggio. Le due fattispecie, quella di bancarotta e quella di infedeltà, infatti, convivono, e non si tratta ancora di una convivenza armonica.

La prima e più risalente previsione, infatti, quella di bancarotta, è differita ed eventuale, a causa della condizione di punibilità, ed è applicabile a tutti i soggetti gestori di un'impresa, siano essi o meno proprietari dei beni della stessa; la seconda, la fattispecie di infedeltà, di applicazione immediata e “non filtrata” e differita da alcuna condizione di punibilità, si applica solo ai soggetti, quali gli amministratori di società, i quali gestiscono risorse in tutto o in parte altrui.

Nell'ordinamento italiano, poi, la fattispecie di infedeltà muove i primi passi nel mondo del diritto²¹, in quanto essa, sottoposta alla condizione di procedibilità rappresenta dalla querela, tende a funzionare, più che come strumento teso a garantire il rispetto degli interessi dell'impresa in sé, come rimedio sostanzialmente “privatistico” per garantire o rinforzare l'effettività della responsabilità civile degli amministratori nei confronti dei soci.

Se, peraltro, gli inviti rivolti al legislatore da una parte non trascurabile della dottrina nel senso di una mitigazione ed una limitazione dell'area applicativa delle fattispecie di bancarotta si dovessero effettivamente concretizzare²² in una restrizione legislativa del loro campo applicativo ed in una loro finalizzazione alla mera tutela privatistica dei creditori - una sorta di rinforzo penalistico delle revocatorie fallimentari - allora l'ordinamento si troverebbe nella situazione di dovere scegliere tra un affievolimento della tutela dell'interesse dell'impresa considerata come una istituzione economica dotata di autonomia non solo rispetto agli interessi del “proprietario” ma anche di quelli dei “creditori” ed un intervento legislativo finalizzato al “potenziamento” della attualmente “embrionale” e “privatistica” fattispecie di infedeltà.

²¹ Essa è stata introdotta, come ricordato, dal d.lgs. 15 aprile 2002 n. 61.

²² Cfr., per tutti, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie di uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *JUS*, 2011, p. 53 e ss.

CONTRIBUTI DI

Antonio Flamini

Professore Ordinario di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Carlotta Latini

Professoressa Associata di storia del diritto italiano presso l'Università degli studi di Camerino

Rocco Favale

Professore Ordinario di diritto privato comparato presso l'Università degli studi di Camerino

Lucia Ruggeri

Professoressa Ordinaria di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Luca Petrelli

Professore Ordinario di diritto agrario presso l'Università degli studi di Camerino

Felice Mercogliano

Professore Associato di diritto romano presso l'Università degli studi di Camerino

Serafina Larocca

Ricercatrice di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Giovanni Varanese

Professore Associato di diritto privato comparato presso l'Università degli studi del Molise

Andrea Barenghi

Professore Straordinario di diritto privato presso l'Università degli studi del Molise

Maria Pia Gasperini

Professoressa Associata di diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Camerino

Fabrizio Lorenzotti

Professore Associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino

Sara Spuntarelli

Professoressa Associata di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino

Maria Lucia Di Bitonto

Professoressa Associata di diritto processuale penale presso l'Università degli studi di Camerino

Francesco Casale

Professore Associato di diritto commerciale presso l'Università degli studi di Camerino

Ugo Pioletti

Ricercatore di diritto penale presso l'Università degli studi di Camerino

Il volume è stato chiuso nel febbraio 2016.