UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

# ANNALI

DELLA

# FACOLTÀ GIURIDICA

## nuova serie

VOLUME IX – ANNO 2020

CAMERINO

2020

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

# ANNALI

DELLA

# FACOLTÀ GIURIDICA

## nuova serie

VOLUME IX – ANNO 2020

CAMERINO

2020

**COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Ignacio De Cuevillas Matozzi, Rosalía Rodríguez López, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Rolf Knütel (†), Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Ingo Reichard

**DIRETTORE SCIENTIFICO**

Prof. Rocco Favale

**COMITATO DI REDAZIONE**

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Maria Paola Mantovani

**CONTATTI**

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

**SEGRETERIA**

Dott. Gian Marco Quacquarini
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

*Copyright*: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino.

# INDICE SOMMARIO

## STUDI


**1** MARIA ANTONIA CIOCIA, *L'indennizzo di esproprio e la ponderazione degli interessi nel dialogo delle Corti*

**33** GIOVANNA D'ALFONSO, *La procedura di* «notice and take down» *e la responsabilità civile dell'*hosting provider. *Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di* hard law

**79** DANIELA DI SABATO, *Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete*

**121** ANDREA LEPORE, *Principio di solidarietà e autonomia negoziale nel sistema giuridico italiano*

**135** ROBERTA MARINO, *Autonomia privata e nuove forme di realizzazione del credito garantito da pegno non possessorio*

**157** FLAVIA STEFANELLI, *Atti di destinazione: meritevolezza, rimedi e criticità dell'art. 2645 ter c.c.*

* * *

**181** UGO PIOLETTI, *Diritto penale internazionale e diritto interno. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità e responsabilità apicale*

**197** SABINE SWOBODA, *Juristische Aufarbeitung kollektiver Gewalt im Kontext von bewaffneten Konflikten und Unrechtsregimen. Am Beispiel der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien in den Jahren 1991-1995*

* * *


**225** Mª AMALIA BLANDINO GARRIDO, *Incidenza della dottrina nella giurisprudenza sul controllo di trasparenza delle clausole non negoziate individualmente*

**243** LETICIA CABRERA CARO, *La giurisprudenza come scienza*

**265** JOSÉ CARO CATALÁN, *Arbitrabilità, ordine pubblico e controllo giudiziario: l'incidenza della dottrina sulla recente giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid*

**285** MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN, *La costruzione delle obbligazioni di mezzi versus le obbligazioni di risultato nella dottrina tradizionale*

**307** IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI, *Dottrina degli autori e giurisprudenza: una necessaria complementarietà*

**321** ESTHER HAVA, *Costruzione, decostruzione e ricostruzione giudiziale del dolo eventuale partendo dalle teorie della dottrina in Spagna e in Italia*

**347** Mª. LOURDES NOYA FERREIRO, *La doctrina y la jurisprudencia española como antecedente de la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en la ley 13/2015, de 5 de octubre*

**381** MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO, *La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici*

**403** ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO, *Tra dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione dei termini dell'istruzione preliminare e il non luogo a procedere del processo penale*

**427** BERNARDINO J. VARELA GÓMEZ, *El careo en la doctrina y jurisprudencia española*

**457** ISABEL VILLAR FUENTES, *Intelligenza artificiale nesso tra dottrina e giurisprudenza*

## NOTE

**479** TIZIANA CROCE, *Fake news and online misinformation*

**491** FELICE MERCOGLIANO, *Alle radici della corruzione*

**499** GIULIA TORALDO, *La* fiducie québecoise*: storia, evoluzione e criticità del* trust *nel* civil law

## RILEGGENDO

**531** PIER LUIGI FALASCHI, *La Facoltà giuridica camerte: ritorno al passato. (Conversazione con le matricole)*

**549** FELICE MERCOGLIANO, *In ricordo dell'amicizia con Alberto Filippi*

MARIA ANTONIA CIOCIA*

# *L'indennizzo di esproprio e la ponderazione degli interessi nel dialogo delle Corti***

*Sommario*: 1. Indennizzo di esproprio e ponderazione di interessi. - 2. Destinazione del bene e privilegi speculative. - 3. Dal mero «indennizzo» al «giusto indennizzo». - 4. L'avvento dell'«indennità apparente»: scissione tra diritto di proprietà e *ius aedificandi*. - 5. La Corte costituzionale e il richiamo al «serio ristoro». - 6. Il valore venale, l'«inferno bianco» e la riforma mancata. - 7. Espropriazione sostanziale e risarcimento del danno. - 8. Diritto fondamentali dell'Unione Europea e la Corte costituzionale. - 9. Il valore normativo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. - 10. Il dialogo tra le Corti. - 11. Conclusioni.

## 1. *Indennizzo di esproprio e ponderazione di interessi*

Il contenuto del diritto di proprietà nell'ordinamento italiano è condizionato dall'istituto dell'indennizzo di esproprio attraverso la cui regolamentazione è possibile interpretare la ponderazione degli interessi sottesi alla complessa regolamentazione. Il termine espropriazione, nel suo significato etimologico, sta ad indicare la sottrazione del diritto di proprietà; nel diritto amministrativo, sede naturale della procedura di espropiazione, l'ablazione della proprietà da parte della Pubblica Autorità[1]. In questa sede, l'approccio è

* *Professoressa ordinaria di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] *Ex multis*, F.G. SCOCA*, Diritto amministrativo*, Torino, 2019; M D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo,* Torino, 2012; G. DE MARZO, *Acquisizione sanante, parametri costituzionali e CEDU,* in *Corr. giur.*, 2011, p. 2; N. ASSINI e N. TESCAROLI, *Manuale pratico dell'espropriazione,* Padova, 2003; S. BENINI, *I comportamenti delle pubbliche amministrazioni; le occupazioni illegittime della P.A.*, in A. CARIOLA, G. D'ALLURA e F. FLORIO (a cura di), *I comportamenti delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2006; G. BOBBIO, *L'espropriazione per pubblica utilità nel recente testo unico,* Roma, 2004; C. CACCIAVILLANI, *Le espropriazioni,* in F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo,* (a cura di), Torino, 2008; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2009; W. GASPARRI, *Il punto logico di partenza, Modelli contrattuali, modelli autorizzativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità,* Milano, 2004; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.*, 1971, p. 445; G. LANDI.,

privatistico, nel senso che ci si propone di analizzare come i molteplici interventi legislativi e giurisprudenziali aventi ad oggetto l'indennizzo di esproprio incidano sul contenuto del diritto di proprietà[2]. Il diritto del privato di disporre, godere, usare e lasciare in eredità i propri beni è garantito dall'art. 42 cost., comma 3, ed è suscettibile di limitazioni solo in presenza di necessarie finalità di interesse pubblico disciplinate dalla legge. L'analisi dell'evoluzione del contenuto del diritto di proprietà dalla visione illuministica, come limite estremo rispetto alle interferenze del potere pubblico, lascia chiaramente intendere come la stessa abbia esaurito nel tempo la funzione di diritto assoluto, per assumere, caratteristiche di diritto relativizzato. L'intervento sempre più deciso dello Stato nella sfera privatistica, evidenzia come la proprietà sia inscindibilmente connessa alla funzione sociale. Secondo il dettato costituzionale, art. 42: «è compito dello Stato determinare i modi di acquisto, di godimento ed i limiti della proprietà», al legislatore viene assegnato il compito di delineare il regime della proprietà in relazione alle singole categorie di beni, conformando i diversi tipi di proprietà attraverso l'attribuzione di poteri e doveri diversamente modulati. In quest'ottica, vengono a collocarsi tutte le leggi speciali (dalla disciplina urbanistica, alle locazioni, alla disciplina dei beni culturali, alle discipline regionali delle terre incolte) che si sono succedute, con l'effetto di diversificare gli statuti della proprietà, il più delle volte attraverso un evidente ridimensionamento delle attribuzioni proprietarie. La disciplina dell'espropriazione, forma più elementare di regolamentazione del rapporto tra poteri pubblici e privati, viene a rappresentare il punto d'avvio della costruzione di un modello alternativo di proprietà che prende le mosse dall'indirizzo legislativo volto a circoscrivere l'entità dell'indennizzo dovuto al proprietario espropriato, non più coincidente con il «giusto prezzo di mercato del bene», secondo i principi della prima legge unitaria sull'espropriazione del 25 giugno 1865, n. 2359.

---

*L'espropriazione per pubblica utilità,* Milano, 1984; A. PORPORATO, *Il principio del giusto procedimento nell'espropriazione per pubblica utilità,* in *Dir. proc. amm.,* 1, 2009; N. SAITTA., *Osservazioni sulla nuova retrocessione dei beni espropriati,* in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli,* Padova, 2007; F.G; SCOCA, *Espropriazione: l'indennizzo seriamente irrisorio*, in *Dir. amm*., 1994; F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere,* Padova, 1996.

[2] Per una rilettura costituzionale del diritto di proprietà si veda tra i tanti: F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Studi in memoria di D. Petitti,* Milano 1973, p. 1511; M. TAMPONI *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell'art. 42 cost*., in *I rapporti economici nella Costituzione,* III, Milano 1989, p. 165; T. PASQUINO, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in M. TAMPONI e E. GABRIELLI (a cura di)*, I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

2. *Destinazione del bene e privilegi speculative*

La legge generale sull'espropriazione, rimasta, allo stato, unico intervento organico in materia, è emanata in occasione di interventi urbanistici finalizzati sostanzialmente allo «sventramento» delle città per esigenze di risanamento ambientale, da attuarsi attraverso costruzioni di fabbriche, apertura di grandi magazzini, innesto nel tessuto urbano di stazioni ferroviarie, creazione di ampie arterie stradali per facilitare la circolazione di persone e merci. In sostanza, la città diviene centro di emanazione di ricchezza per la conquista capitalistica di mercati mondiali, oltre che teatro di cambiamenti demografici che accompagnano i grandi processi di urbanizzazione (spostamento delle classi meno agiate in periferia e insediamento nelle città delle classi borghesi, così da rispecchiare le stratificazioni sociali). L'accordo di interessi si svolge tra imprenditori edili, lottizzatori e proprietari. L'indennizzo di esproprio corrispondente al giusto prezzo che a giudizio dei periti, l'immobile avrebbe avuto in una libera contrattazione di compravendita, consente di ribadire il carattere pieno assoluto e illimitato del diritto di proprietà. In sintesi, il bene viene valutato nella sua realtà ontologica per le caratteristiche che gli sono proprie. Da questo punto di partenza, che rappresenta la pienezza del diritto di proprietà, si svolge un processo lento e complesso che porterà ad un graduale svuotamento del contenuto del diritto, sino a scinderlo da ogni peculiarità ontologico-valutativa. Un processo che vede interpreti da un lato il legislatore ed il magistrato e dall'altro il giurista, nel tentativo di seguire e dare un senso alle complesse dinamiche evolutive. Varie le leggi che seguono la fondamentale l. n. 2359 del 1865, che tutt'oggi salvaguarda i pilastri fondamentali del diritto di proprietà. Complessa la dinamica legislativa dei vari atti che si avvicendano. La prima normativa speciale, che per certi versi si discosta dalla l. n. 2359 del 1865 è la l. 15 gennaio 1885, n. 2892, per il risanamento della città di Napoli, emanata in seguito alla drammatica epidemia colerica del 1884, che sostanzialmente prosegue la strategia dello sventramento e della deproletarizzazione cittadina, affinando le tecniche della legge del 1865. Ne risulta modificato il criterio di stima dell'indennità di espropriazione rispetto alla legge generale del 1865, ma non mutano le tecniche di intervento allo scopo di contemperare, come si evince dalla Rel. Comm. Parl., «il diritto alla salute pubblica col diritto di proprietà privata». In particolare, l'art. 13, comma 3 e 4 stabilisce che l'indennità dovuta ai proprietari degli immobili espropriati sarà determi-

nata sulla media del valore venale dei fitti coacervati dell'ultimo decennio, purché essi abbiano data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione. In mancanza della possibilità di determinare il coacervo dei fitti, l'indennità sarà fissata «sull'imponibile netto agli effetti dell'imposta su terreni e fabbricati». La previsione nella legge per Napoli di un criterio di indennizzo di esproprio diverso da quello previsto dalla legge generale del 1865, è motivata dall'esigenza di valorizzare i diritti del proprietario, lungi dal penalizzarli. Il diverso indennizzo, calandosi nella realtà urbanistica in cui l'intervento doveva essere realizzato, andava ad applicarsi su immobili dall'alta redditività, ma dal minor valore commerciale in quanto incidenti su area vetusta e decadente (la Marina), con la conseguenza che la commisurazione dell'indennizzo ai fitti coacervati e non al valore venale dei beni era addendo che faceva aumentare il risultato dell'operazione di calcolo e non viceversa. In base a tale considerazione è evidente come il *favor proprietaris* non fosse minimamente scalfito a venti anni dalla legge generale sull'esproprio, pur trattandosi di valutazione comparativa tra una legge generale e una legge speciale (per Napoli), quindi non estensibile a tutto il territorio nazionale. Obiettivo della legge speciale per Napoli, peraltro negli anni successivi richiamata, è stato quello di circoscrivere la conflittualità tra proprietario ed ente espropriante attraverso criteri automatici di determinazione dell'indennizzo, addirittura migliorativi rispetto al valore venale del bene previsto dalla legge generale sull'esproprio. Stesso risultato viene a conseguirsi con il criterio alternativo ai fitti coacervati, ossia applicazione dell'imponibile fiscale per la contestuale riqualificazione catastale degli immobili. Segue il t. u. sull'esproprio, R.D. 28 aprile 1938, n. 1165 che non altera la sostanza, fondandosi sulle medesime linee ossia «per le espropriazioni ed occupazioni temporanee si applicano le disposizioni della l. 25 giugno 1865, n. 2359, nel primo caso l'indennità di espropriazione è fissata nella misura di cui agli artt. 12-13 della legge 15 gennaio 1885, n. 2892, per il risanamento della città di Napoli (art. 46)». Finalmente, il legislatore, dovendo far fronte a massicci interventi sulle città, decide di emanare la legge 17 agosto 1942, n. 1150, prima legge urbanistica, in quanto ordinamento sistematico di organi e mezzi che risultano preordinati alla realizzazione di un'armonica disciplina del territorio al fine dello sviluppo quantitativo e del miglioramento qualitativo degli aggregati urbani, secondo organici rapporti tra opere pubbliche (attrezzature) ed edilizia privata. In questa ipotesi legislativa, l'obiettivo non è il risanamento, ma la ristrutturazione,

gestita da privati allorquando si riveli remunerativa, delegata al pubblico in ipotesi di onerosità. La legge per la prima volta dal 1865, intende colpire privilegi speculativi attraverso la revisione dei criteri di esproprio che possa incidere nel senso della pianificazione territoriale e della redistribuzione sociale dell'urbano[3]. Lo *ius aedificandi* e il giusto prezzo di mercato dell'esproprio rimangono inalterati, ma viene limitato l'onere dell'intervento espropriativo per pubblica utilità affermando, unicamente la destinazione del bene ed i vincoli in funzione dell'uso pubblico, sottraendo all'indennizzo di esproprio l'apposizione di vincoli (artt. 7 e 40)[4].

3. *Dal mero «indennizzo» al «giusto indennizzo»*

Nello stesso anno, l'emanazione del codice civile che all'art. 832 prevede «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità». Qualche anno più tardi nel 1948, la Costituzione nell'ambito dei rapporti economici, reca all'art. 42, comma 3: «la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale…». I contenuti differiscono non solo dal punto di vista formale. Al giusto indennizzo - identificato sin dal 1865 nel «valore di mercato» del bene - si contrappone il mero «indennizzo» rapportato al valore reale del bene ed a valutazioni compatibili con interessi della comunità. Anche la *ratio* giustificatrice dell'intervento viene declassata da «pubblico interesse» nel codice civile a generici «motivi di interesse generale» nella Costituzione. La prima fase applicativa è stata connotata dalla difesa privatistica dei caratteri storici dell'esproprio, anche quando la soluzione ai problemi urbanistici coevi avrebbe imposto l'esproprio generalizzato delle aree. Successivamente, l'attuazione della «funzione sociale» e dell'«accessibilità a tutti» sovvertono i termini della questione, il più delle volte attraverso lo svuotamento del diritto di proprietà e la scissione dallo stesso dello *ius aedificandi*.

[3] F. LUCARELLI e M.A. CIOCIA, *Interessi privati e diritti soggettivi pubblici*, Torino, 1997, p. 199. Nel volume è ampiamente trattato il tema dell'interferenza sulle istituzioni di diritto privato del potere pubblico, caratterizzato dalla presenza dello Stato nell'economia, attraverso direttive e scelte, sostitutive, alternative o di sostegno dell'iniziativa privata.

[4] Le limitazioni pur incisive cadono di fronte all'inerzia degli Enti Territoriali e quando, infine si realizzerà nel 1967 l'effetto impositivo con la legge ponte n.765 del 1967, la Corte costituzionale ne dichiarerà la parziale illegittimità. M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p. 327.

4. *L'avvento dell'«indennità apparente»: scissione tra diritto di proprietà e* ius aedificandi

Dagli anni Sessanta è possibile registrare le prime forme di attuazione del dettato costituzionale, non senza conflittualità che talvolta determina la paralisi degli interventi. Esemplare il contesto in cui viene ad essere emanata la legge 18 aprile 1962, n.167, intitolata «piani di zona di edilizia economica e popolare» che in quanto strumento di pianificazione territoriale, riesce ad incidere sulla destinazione del bene. L'indennizzo di esproprio viene determinato da valutazioni automatiche inferiori al giusto prezzo, con una mistificazione che priva il bene della caratteristica della edificabilità attraverso la riferibilità del valore venale ai due anni precedenti alle deliberazioni comunali di redazione del piano e viene così individuato indipendentemente dai valori desumibili, direttamente o indirettamente, dalla formazione ed attuazione del piano di edilizia economica popolare (art. 12). La Corte costituzionale entra nel vivo del dialogo istituzionale, con sentenza 5 aprile 1965, n. 22, e sancisce l'illegittimità del suddetto criterio di determinazione dell'indennizzo, così costringendo il legislatore a recuperare (con il richiamo fatto dalla legge 21 luglio 1965, n. 204), l'indennizzo calcolato dall'Ufficio Tecnico Erariale nei modi previsti dalla legge per Napoli (art. 13 l. n. 2892 del 1885), inoltre al proprietario espropriato in aggiunta all'indennità verrà corrisposta per ogni anno o frazione di anno calcolata ad anno intero, compreso tra la data di approvazione del piano e la data del decreto di esproprio, una somma pari al 2 % dell'importo medio degli indennizzi o, in mancanza, dei prezzi di acquisto rispettivamente liquidati o pagati per metro quadrato, per l'espropriazione o gli acquisti effettuati nella zona, in ciascuno di tali anni o frazioni di anno (art. 1). Molto complessa l'indicazione fornita dalla Corte costituzionale che, in relazione all'art. 12 della legge n. 167 del 1962, così sentenzia: «Data la preminenza dell'interesse pubblico, in vista dei fini cui tende l'espropriazione per pubblico interesse, l'indennizzo non rappresenta un integrale risarcimento del pregiudizio subito dal proprietario, bensì il massimo di contributo e di riparazione che la Pubblica amministrazione può garantire all'interesse privato. Pur potendo il legislatore, discrezionalmente stabilire la misura ed i modi di pagamento dell'indennizzo, questo non può essere fissato in misura simbolica o irrisoria, ma deve rappresentare un serio ristoro. L'art. 42, comma 3, cost. non impone che l'indennità sia ragguagliata al valore del bene al tempo dell'espropriazione, tuttavia la determinazione dell'indennità riportata al va-

lore venale di un tempo anteriore non può ritenersi conforme al precetto costituzionale quando esiste una dissociazione fra i due periodi che comporti in sostanza attribuzione di un'indennità apparente, stante lo squilibrio di valori monetari determinati dalla svalutazione». Segue con effetto dirompente nel sistema la l. 6 agosto 1967 n. 765, nota anche come legge ponte, che introduce modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica n. 1150 del 1942, in quanto fatti gravissimi dal punto di vista urbanistico come il crollo della città di Agrigento evidenziano come la speculazione edilizia abbia prevalso rispetto ai principi urbanistici. Perni dell'intervento speciale sono l'introduzione dell'obbligatorietà del piano regolatore (art. 1), il divieto assoluto di sviluppo edilizio in assenza di un piano generale, l'adozione di un sistema di *standard* urbanistici a livello nazionale (art. 3), l'inasprimento delle sanzioni civili e penali nei confronti dei trasgressori e sospensione dei lavori; demolizione a spese del proprietario degli edifici costruiti in difformità o senza licenza edilizia o in caso di demolizione impossibile o inattuabile, richiesta al proprietario di una somma pari al valore dell'opera costruita in violazione delle norme; gli edifici costruiti in violazione avrebbero, altresì perso automaticamente il diritto ad ogni sovvenzione ed agevolazione fiscale. La legge n. 765 del 1967 non prevede alcuna deroga al regime esistente in materia di esproprio, ma la sua incidenza è indiretta, infatti la normativa, nel recuperare le disposizioni (artt.7-40) della legge urbanistica del 42' - che escludono l'indennizzo per limitazioni operanti in virtù di piani regolatori - ne accentua gli effetti rendendo obbligatorie le misure di salvaguardia nelle more di approvazione del piano. Quest'ultima disposizione provoca l'intervento della Corte costituzionale che, in linea con il precedente del 65', pur ritenendo legittima la limitazione a facoltà non sempre connaturali al diritto di proprietà, dichiara illegittimo il carattere futuro e incerto dell'indennizzo. All'intervento della Corte il legislatore risponde con la legge 19 novembre 1968, n. 1187, in base alla quale nessun indennizzo è dovuto al privato per le limitazioni ed i vincoli previsti dal piano regolatore generale, nonché per le limitazioni e gli oneri relativi all'allineamento edilizio delle nuove costruzioni (art. 5), tuttavia, tali vincoli perdono efficacia qualora, entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati varati i piani particolareggiati (art. 2). L'art. 8 della legge n. 765 del 1967 prevede che l'autorizzazione comunale sia subordinata ad una convenzione da trascriversi a cura del proprietario che contempli: 1) cessione gratuita delle aree necessarie per le

opere di urbanizzazione primaria, di cui all'art. 4 della legge 29 settembre 1964 n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2; 2) L'assunzione a carico del proprietario degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; 3) Termini non superiori a 10 anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere di cui al paragrafo precedente; 4) congrue garanzie finanziarie per gli oneri derivanti dalla convenzione. La legge n. 765 del 1967, ben oltre l'assegnazione al proprietario di un indennizzo "astratto", giunge così a compiere un'operazione concettualmente molto complessa, consistente nel recupero alla collettività del plusvalore fondiario, con prima parziale erosione del contenuto del diritto di proprietà, senza nemmeno dover ricorrere alla procedura espropriativa. Nel 1971 la legge n.865 si inserisce nel solco della relativizzazione della tutela del diritto di proprietà e del godimento del titolare che viene ad essere inversamente proporzionale al grado di intensità assunto dalla destinazione sociale del bene. L'art. 16 attribuisce al bene, nel valutarne l'indennizzo in sede di esproprio, valori generalizzati ossia il "valore agricolo medio", modificabili per coefficienti fissi nelle aree comprese in centri edificati. La scissione dell'indennizzo dallo *ius aedificandi* viene confermata dalla stessa norma nella misura in cui stabilisce che «nella determinazione dell'indennità non deve tenersi alcun conto dell'utilizzabilità dell'area ai fini della edificazione, nonché dell'incremento di valore derivante dall'esistenza nella stessa zona di opere di urbanizzazione primaria e secondaria e di qualunque altra opera o impianto pubblico». Il criterio della parità formale risulta così sostituito da penetranti misure perequative informate allo *status* sociale del titolare, nonché la posizione soggettiva connessa all'utilizzo del bene espropriato. In tal senso, l'indennità spettante al coltivatore diretto, fittavolo, colono o compartecipante risulta duplicata, e grazie all'indennità aggiuntiva, diviene di misura analoga a quella corrisposta al proprietario. Il lavoro (artt. 35 e 36 cost.) è bene privilegiato nella ponderazione di valori rispetto alla rendita (proprietà) e al profitto (impresa). Nel solco della scissione del diritto di proprietà dalla componente dello *ius aedificandi* si innesta la legge n. 10 del 1977 che attua l'estensione dell'ancoraggio dell'indennizzo al valore agricolo a tutti i suoli oggetto di esproprio, con applicazione di coefficienti e parametri aggiuntivi che si tra-

durranno in disparità nel riconoscimento del beneficio fondiario. Infatti, la Corte costituzionale non tarda ad intervenire, con sentenza 25 gennaio 1980, n. 5, dichiarando l'incostituzionalità del criterio di esproprio per la disparità di trattamento introdotta risultante dall'applicazione dei coefficienti. Segue la legislazione sui contratti agrari, l. 3 maggio 1982, n. 203 che all'art. 50 comma 5, attribuisce il beneficio fondiario reale al coltivatore diretto affittuario (valore agricolo) e lo *ius aedifcandi* al titolare del diritto di proprietà. É in tal modo attuata una vera e propria redistribuzione di patrimoni. Tuttavia, negli anni '80, protagonista più che il legislatore, è la Corte costituzionale che opera interventi decisi e puntuali a tutela del valore di scambio della proprietà come forma di garanzia della stessa e del proprietario. Nel sistema italiano viene così ad emergere una netta biforcazione tra il modello di proprietà privata di emanazione legislativa ed il modello voluto dalla Corte costituzionale. La Suprema Corte, nei due interventi delle sentenze n. 5 del 1980 e 12 maggio 1982, n. 92 (vincoli di inedificabilità), determina la rottura col passato e anche con lo stesso *trend* giurisprudenziale da lei stessa percorso. In tal senso, nel 1957 la Corte nella sentenza n. 61 afferma che «data la preminenza dell'interesse pubblico, in vista dei fini cui tende l'espropriazione, l'indennizzo non può rappresentare l'integrale risarcimento del pregiudizio subito dal proprietario, bensì il massimo di contributo e riparazione che nell'ambito degli scopi di interesse generale, la P.A. può garantire all'interesse privato». Quindi, l'interesse generale deve essere coordinato e contemperato il più possibile con l'interesse privato e non può ad esso essere subordinato, inoltre l'indennizzo non può essere stabilito in misura simbolica, senza violare il dettato costituzionale, pur riconoscendosi al legislatore il potere discrezionale di stabilire la misura e i modi di pagamento. Principi tutti ripresi nelle successive sentenze (n. 5 del 1980, n. 91 del 1963, n. 22 del 1965), in quest'ultima, in particolare, la Corte ammette che l'indennizzo sempre che sia congruo possa essere astratto, cioè riferito ad un momento anteriore alla data dell'espropriazione. Una decisa inversione di tendenza si registra nella sentenza n. 5 del 1980, dove nel dichiarare l'incostituzionalità delle norme sull'indennizzo di espropriazione (contenute negli artt. 16 e 20 della legge 22 ottobre 1971 n. 865 e 14 e 19 della l. n. 10 del 1977) la Corte precisa che la misura dell'indennità di espropriazione, per ritenersi conforme al dettato costituzionale, deve essere riferita al valore del bene determinato dalle sue caratteristiche essenziali e dalla destinazione economica,

perché solo in tal modo l'indennità può costituire un serio ristoro per l'espropriato, l'indennizzo per essere legittimo costituzionalmente deve essere coerente con le caratteristiche essenziali del bene e quindi per le aree edificabili deve tener conto di questa componente. Non è tale il criterio del valore agricolo medio che non fa riferimento al valore del bene da espropriare secondo la sua destinazione economica, ma introduce nel sistema un criterio assolutamente astratto che determina liquidazione di indennizzi sperequati rispetto al valore dell'area da espropriare con palese violazione del diritto a quell'adeguato ristoro che la norma costituzionale intende assicurare all'espropriato. Stessa inversione di tendenza con la sentenza n. 92 del 1982 sui vincoli di inedificabilità, con cui la Corte afferma che i vincoli di limitazione nella destinazione delle aree imposti al privato devono essere risarciti, a meno che non abbiano valore limitato nel tempo ed in tal caso non si risarciscono. Sentenza, tutto sommato allineata alla precedente n. 55 del 1968 che aveva stabilito l'illegittimità dei vincoli di inedificabilità a tempo indeterminato. Al monito della Corte costituzionale segue il legislatore che emana la l. 19 novembre 1968, n. 1187 (recante modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150) e stabilisce che i predetti vincoli perdono efficacia qualora, entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non vengano approvati i relativi piani particolareggiati ed autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. Seguono molte proroghe negli anni successivi, sempre nell' attesa di una riforma sistematica. La constatazione emergente è che la Corte costituzionale omette di considerare la giurisprudenza ordinaria e del Consiglio di Stato coeva, in base alla quale i vincoli di inedificabilità sono legittimi nel nostro ordinamento se non espongono il privato ad un sacrificio eccessivo. Ma soprattutto la Corte elude i contenuti fondamentali della l. n. 10 del 1977, con particolare riferimento ai piani pluriennali di attuazione, la cui introduzione voleva proprio risolvere la questione della legittimità costituzionale dei vincoli.

### 5. *La Corte costituzionale e il richiamo al «serio ristoro»*

L'involuzione della Corte costituzionale produce conseguenze gravissime, perché sortisce l'effetto di rivalutare posizioni di rendita anacronistiche, pone pesanti ipoteche sulla pianificazione urbanistica e determina negli operatori pubblici preoccupazioni e allarmismi

per gli aumenti che potranno verificarsi nel costo delle aree necessarie per la realizzazione degli insediamenti abitativi e le opere infrastrutturali. La riforma legislativa organica è sempre attesa, ma il legislatore non si smentisce e decide l'ennesimo rinvio con l'emanazione della legge tampone 29 luglio 1980, n. 385, per cui i criteri di determinazione dell'indennizzo, già colpiti da incostituzionalità, vengono prorogati in attesa di un ulteriore provvedimento da emanarsi nel termine di un anno. Il lasso temporale entro il quale il legislatore avrebbe dovuto provvedere a disciplinare nuovamente l'indennizzo espropriativo di anno in anno viene prorogato con vari provvedimenti sino al 31 dicembre 1983, ad opera della l. 23 dicembre 1982, n. 943. Anche sull'indennità di acconto la dialettica legislatore Corte costituzionale ha avuto modo di svolgersi. In particolare, l'attenzione questa volta viene puntata sull'art. 1 della l. n. 385 del 1980, comma 1 e 2, il primo rivolto ad ancorare l'indennità provvisoria al valore agricolo medio e l'altro relativo alla promessa di conguaglio. L'incostituzionalità viene ancorata alla violazione dell'art. 42 cost. con riferimento al suo comma 3, carattere futuro ed incerto dell'indennizzo, in quanto tale incompatibile con il dettato costituzionale, per postulare un'aspettativa di fatto non coerente con la garanzia costituzionale di un indennizzo serio ed adeguato. Altre Corti (Napoli e Genova) eccepiscono il riferimento ad un criterio di determinazione dell'indennizzo già ritenuto illegittimo con conseguente violazione dell'art. 136 cost., che prevede la cessazione di efficacia di norme dichiarate incostituzionali. La dottrina, dal canto suo non perde occasione per evidenziare la propria posizione contestando la violazione dell'art. 42 cost., in quanto il previsto meccanismo di acconto dell'indennità nella sostanza non avrebbe pregiudicato il privato con un ristoro serio ed adeguato. Così, i giudici della Corte costituzionale non tardano ad intervenire con la sentenza del 15 luglio 1983 n. 223, in cui dichiarano l'illegittimità della l. n. 385 del 1980 e le sue proroghe per la violazione dell'art. 136 cost., in particolare la Corte richiama una sua precedente decisione del 22 giugno 1966, n. 88 in cui afferma che al legislatore è precluso non solo disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, anche se indirettamente, esiti corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione. Altra affermazione di indirizzo rilevante è il riferimento all'art. 42 cost., comma 3, in cui la Corte esplicitamente nega che l'indennizzo debba essere necessariamente pari al giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile in una li-

bera contrattazione di compravendita, sarà sufficiente un ristoro serio, tale da non ledere il principio costituzionale di uguaglianza. In pendenza del vuoto normativo interviene questa volta, la Corte di Cassazione e stabilisce che, in relazione alla *vacatio legis* determinata dalla Corte costituzionale, relativa all'indennizzo di esproprio fissato dalla l. n. 865 del 1971 e seguenti, deve farsi riferimento ai criteri stabiliti da quella che allo stato era rimasta l'unica legge ancora non dichiarata incostituzionale ossia la l. n. 2359 del 1865 per effetto della naturale riespansione su di essa operata dalla norma derogatrice. Viene così, a configurarsi un regime provvisorio in cui i criteri generali per la liquidazione dell'indennizzo di esproprio sono i seguenti: 1) Il valore venale del bene oggetto di esproprio *ex* l. n. 2359 del 1865, applicabile a tutte le ipotesi di espropriazione concernente aree edificabili; 2) Il criterio del valore agricolo medio *ex* l. n. 865 del 1971 disciplina le fattispecie di esproprio relative ad aree prive di valore edificabile: aree destinate alla produzione agricola o situate fuori dai centri abitati; 3)Applicazione di leggi speciali nell'ambito di situazioni particolari, ossia art. 13 l. n. 2892 del 1885, come recuperato nella legge per Napoli n. 219 del 1981.

6. *Il valore venale, l'«inferno bianco» e la riforma mancata*

È evidente come il panorama che si viene a configurare sia oltremodo oneroso per la Pubblica amministrazione, in quanto andrebbe incontro, in caso di esproprio di aree con vocazione edificatoria, alla corresponsione del valore venale, onere difficilmente sostenibile per le finanze statali. Urgente in questo contesto l'individuazione di un criterio di determinazione dell'indennizzo che riduca gli oneri pregressi a carico del Bilancio dello Stato. Seguono anni di paralisi, per l'impossibilità della P.a. di far fronte all'onerosità conseguente l'applicazione del valore venale, periodo soprannominato «inferno bianco». La Legge Napoli del 1885 è l'unico provvedimento normativo successivo alla legge generale sull'esproprio che supera il vaglio della Corte costituzionale, grazie alla previsione di un criterio dato dalla media tra il valore venale del bene espropriato e i fitti coacervati dell'ultimo decennio. Ebbene, tale criterio, applicato alla situazione coeva si risolve in un valore superiore rispetto al valore venale della legge n. 2359 del 1865, in quanto l'esproprio riguarda beni di scarso valore venale poiché vetusti e fatiscenti, ma altamente redditizi per la densità abitativa, viceversa in assenza di dette condizioni, il richiamo al criterio del 1885, realizza

l'abbattimento del valore venale anche in relazione alla difficoltà dei proprietari di documentare i fitti conseguiti, ciò implica l'applicazione del criterio sostitutivo, ossia il valore catastale, decisamente inferiore al venale, che si sostanzia in una concreta ed obiettiva decurtazione. Questa è la ragione dell'estesa applicazione di tale criterio nella realizzazione di opere pubbliche (Mostra d'Oltremare, costruzioni INA casa, ampliamento della tenuta di Castelporziano). Ed è così che l'8 agosto del 1992 viene emanata la l. n. 359, legge finanziaria, provvedimento contenitore che con la mera aggiunta dell'art. 5 *bis* delude le aspettative ed elude, ancora una volta, la tanto attesa riforma. In particolare, «per le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opere o interventi dichiarati di pubblica utilità, l'indennità di espropriazione per le aree edificabili è determinata a norma dell'art. 13 della legge 15 gennaio 1885 n. 2892, sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato di cui al testo unico delle imposte sui redditi. L'importo così determinato è ridotto del 40%. 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». La media tra valore venale e reddito dominicale rivalutato dà un importo corrispondente a circa il 53 % del valore di mercato del bene, l'eventuale riduzione della misura del 40% decurta l'indennità di espropriazione al di sotto del livello di congruità, commisurandola ad appena il 31,8% del valore di mercato. Per non parlare poi del riferimento al reddito dominicale rivalutato, elemento non rispondente alle caratteristiche del bene espropriato. Ciò fa sì che il recupero del criterio della legge del 1885 avviene solo in caso di cessione volontaria del bene espropriato. Varie le questioni di legittimità sollevate, in particolare per la sostituzione del parametro dei fitti coacervati dell'ultimo decennio con il reddito dominicale rivalutato, valore costituito dal reddito medio ordinario ritraibile dal terreno attraverso l'esercizio delle attività agricole e la sua determinazione attraverso l'applicazione di tariffe d'estimo stabilite per ciascuna classe di terreni. Il legislatore, per evitare censure di incostituzionalità si riferisce all'indirizzo giurisprudenziale della Cassazione espresso con sentenza 24 ottobre 1984, n. 5401 che adotta la duplicità di criteri (fitti coacervati o reddito dominicale), tuttavia non vi è considerazione del c.d. *tertium genus* rilevato dalla coeva giurisprudenza (Cass. 21 ottobre del 1991, n. 11133) rappresentato dai suoli urbani non edificabili per la presenza di vincoli legali, a cui si continuerebbe ad applicare

la valutazione di mercato intermedia tra sfruttamento agricolo e edificatorio. Ne residua un valore pari a circa il 53% del valore di mercato che fugherebbe i dubbi di costituzionalità, tuttavia al di là del valore, la Corte d'appello di Bologna del 12 dicembre 1980 solleva la questione di legittimità costituzionale per conflitto con l'art. 42, comma 3, cost.. Il criterio non dà luogo a ristoro serio ed adeguato ma, al contrario, viene rilevato il carattere astratto dell'indennizzo che così computato, indipendentemente dalla decurtazione del 40% inflitta in caso di opposizione alla stima, non è rispondente alle caratteristiche effettive del bene. La Corte interviene con due sentenze (Corte cost., 10 giugno 1993, n. 283 e Corte cost. 16 dicembre 1993, n. 442) e si attesta sul consueto principio di fondo, secondo cui indennizzo non può significare integrale risarcimento, ma soltanto massimo di contributo e di riparazione, che nell'ambito degli scopi di interesse generale, la Pubblica amministrazione può garantire all'interessato solo un indennizzo stabilito in misura simbolica sarebbe un indennizzo inesistente con conseguente violazione dell'art. 42 comma 3 cost.. Sotto altro profilo si eccepisce la violazione dell'art. 3 cost. per disparità di trattamento tra proprietari di aree edificabili oggetto del provvedimento di esproprio, che avranno diritto ad una indennità corrispondente al 30% circa del bene ed i proprietari di beni aventi medesime caratteristiche e poste nella stessa zona che in regime di libera contrattazione possono ottenere il valore di mercato. Anche l'art. 53 cost. appare leso, in quanto il proprietario del bene che subisce l'esproprio sarebbe, di fatto, chiamato a concorrere alla spesa di realizzazione dell'opera pubblica con un contributo diretto, oltre che in ragione della sua capacità contributiva generale. La Corte costituzionale, dunque, non perde occasione per evidenziare l'urgenza e la valenza degli scopi che attraverso l'acquisizione di suoli edificabili il legislatore si propone di perseguire. Scopi connessi all'edilizia pubblica e rilevanti anche per la ricaduta che l'auspicato incremento edilizio può avere sui collegati settori lavorativi e sulla realizzazione del diritto all'abitazione. La funzione sociale della proprietà evita l'illegittimità costituzionale dell'indennizzo non commisurato al valore venale in conflitto con gli artt. 3 e 53 cost.. Altra questione viene posta dall'art. 5 *bis*, comma 2, ove è disposto che in ogni fase del procedimento espropriativo, l'espropriato può convenire la cessione volontaria del bene. In tal caso non si applica la riduzione di cui al comma 1, ossia il 40%. Ebbene, tale carattere sanzionatorio confligge con gli artt. 24 e 113 Cost. che salvaguardano il diritto di azione e di

difesa del cittadino. Oltre che sul versante dell'art. 3 cost. che introdurrebbe palese disparità di trattamento tra proprietari di aree edificabili oggetto del provvedimento di esproprio che, hanno diritto ad una indennità corrispondente al 30% circa del valore del bene espropriato ed i proprietari di aree aventi stesse caratteristiche e poste nella stessa zona che in regime di libera contrattazione potranno ottenere il valore di mercato in violazione dell'art. 3 cost.. Peraltro, l'art. 5, comma 7, della l. n. 359 del 1992 prevede la disciplina transitoria disponendo che i nuovi criteri si applichino anche ai procedimenti in corso. Ciò comporta che in tutte le cause pendenti innanzi la Corte d'Appello o nel caso in cui sia stato richiesto il risarcimento del danno si va incontro in automatico alla decurtazione. Rimangono esclusi dalla normativa in esame i procedimenti per i quali l'indennità è divenuta non impugnabile per decorrenza del termine decennale, oppure l'ipotesi in cui vi sia già stata sulla determinazione dell'indennità una sentenza passata in giudicato. Altra ipotesi di esclusione è prevista nel caso in cui l'indennità sia stata concordata tra le parti in data antecedente l'entrata in vigore della nuova normativa. Si verificherebbe un'immotivata disparità di trattamento tra chi, al momento dell'entrata in vigore della normativa censurata ha già subito l'espropriazione e non può più convenire la cessione volontaria del bene e chi invece, non è ancora stato colpito dal provvedimento ablatorio e può concordare la cessione volontaria senza subire la decurtazione del 40%. La Corte costituzionale del 16 dicembre 1993, n. 442 si pronuncia sulla questione dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art 5 *bis*, comma 2, della l. n. 359 del 1992, solo nella parte in cui prevedeva in favore dei soggetti già espropriati al momento della sua entrata in vigore, nei confronti dei quali l'indennità non fosse divenuta incontestabile, il diritto di accettare l'indennità determinata ai sensi del comma 1 dell'art. 5 *bis*, con esclusione della riduzione del 40%. Le altre adombrate questioni di legittimità costituzionale sono ritenute non fondate. Viene così a configurarsi un sistema tripartito ossia il criterio previsto dalla l. n. 865 del 1971 per i suoli agricoli, il criterio introdotto sia pure in via provvisoria, dall'art. 5 *bis* comma 1, per le aree edificabili e il criterio del valore venale per l'espropriazione di fabbricati, cioè per tutti gli immobili che non possono considerarsi aree edificabili ma aree edificate.

7. *Espropriazione sostanziale e risarcimento del danno*

L'*empasse* porta sempre più la Pubblica amministrazione a eludere la procedura solenne dell'*iter* espropriativo attraverso il ricorso a forme variamente classificate dalla giurisprudenza ora come «espropriazione sostanziale», o «occupazione appropriativa». L'espropriazione richiede, dunque, come presupposto la dichiarazione di pubblica utilità per la realizzazione dell'opera. Vanno, infatti distinti il momento acquisitivo del possesso e quello relativo all'acquisto della proprietà da parte della Pubblica Amministrazione. La prima fattispecie è ritenuta lecita quando sia stato emanato il decreto di occupazione d'urgenza, in tal caso al privato va corrisposta la relativa indennità. In assenza del decreto d'urgenza la presa di possesso è ritenuta illecita con conseguente diritto del proprietario espropriato al risarcimento del danno. La Suprema Corte a Sezioni Unite a Corte (Cass., SS.UU., n. 3940 del 1988) enuncia il seguente principio: «L'occupazione illegittima[5] del suolo privato e la costruzione su di esso di un'opera da parte della Pubblica Amministrazione, determinano, per l'impossibilità della restituzione al proprietario, un danno alla sfera giuridica del privato, la cui azione per il conseguimento del valore anche alla luce dell'art. 3 della legge 458 del 1988 ha natura risarcitoria ed è soggetta alla prescrizione quinquennale». La Corte Costituzionale nella sentenza n. 393 del 1991 giudica legittime le disposizioni in esame rilevando la priorità rispetto all'interesse del privato, dell'esigenza collettiva alla realizzazione di nuovi spazi abitativi. La Cassazione del 1992 a Sezione Unite evidenzia che la costruzione teorica sull'occupazione appropriativa formulata dalla Cassazione del 1990 non è condivisibile per due ordini di motivi: non ha ragion d'essere la distinzione tra momento acquisitivo del possesso o della proprietà. L'occupazione acquisitiva concreta sempre un illecito da parte della P.a. ai danni del privato (prescrizione quinquennale); l'occupazione appropriativa si configuri come fatto illecito trova fondamento nella l. n. 458 del 1988 che definisce il diritto del privato, conseguente alla sottrazione del bene, quale diritto al risarcimento del danno e non già diritto al controvalore della cosa. Non mancano in dottrina au-

[5] Valorizza l'effettiva tutela ormai riconosciuta al privato che, oltre alla restituzione del bene, può ora azionare efficacemente la tutela risarcitoria, senza veder decorrere inconsapevolmente il termine di prescrizione quinquennale, F. ZANOVELLO, *L'occupazione illegittima della P.A.: un illecito permanente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017 p. 978.

torevoli voci[6] che sollevano dubbi in ordine alla riferibilità del risarcimento del danno all'ipotesi di occupazione acquisitiva, in quanto interpretazione estensiva confliggente con i principi fondamentali dell'ordinamento. La norma andrebbe interpretata in senso restrittivo ma riferita ad ipotesi risarcitorie diverse dall'occupazione acquisitiva ad esempio per risarcimento del c.d. danno lecito, di cui all'art. 46 della legge generale sull'esproprio, ovvero nei casi in cui l'area espropriata sia utilizzata a fini commerciali o industriali e l'occupazione d'urgenza sia limitativa dell'uso del bene. Non si può convenire sull'equiparabilità dell'occupazione acquisitiva e dell'espropriazione quanto al trattamento satisfattivo contrastante con alcuni principi fondamentali della Costituzione: sarebbe palese la violazione dell'art. 3 cost. in quanto si versa al di fuori dell'espropriazione in senso proprio[7]; anche l'art. 42 cost., comma 3, sarebbe violato perché l'ablazione è ammissibile sono in caso di esproprio; ed infine l'art. 42, comma 2, cost., perché le garanzie della proprietà contemplano il giusto procedimento e il giusto processo e nel caso dell'occupazione espropriativa mancherebbero entrambe. La Corte costituzionale con sentenza n. 369 del 1996 sancisce l'incostituzionalità dell'art. 5 *bis*, comma 6, della l. n. 359 del 1992, come sostituito dall'art. 1, comma 65, della l. 28 dicembre 1995 n. 549, nella parte in cui determina l'entità del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva con i criteri di determinazione stabiliti per

---

[6] Cfr. F. MANGANARO,, La *Corte dei diritti di Strasburgo e attività delle pubbliche amministrazioni nazionali*, in PIER LUIGI PORTALURI, *L'Europa del diritto*, Napoli, 2012*, passim*, ove l'autore evidenza come parte della dottrina privatistica sostenga che l'acquisto della proprietà ad opera dell'amministrazione non avverrebbe a seguito di un illecito; infatti, una volta avvenuta la trasformazione irreversibile del fondo, non esisterebbe più quel bene su cui si esercitava il diritto del proprietario: si avrebbe, infatti, una specie di *res nullius*, da attribuire secondo il criterio della funzione sociale, a chi lo possa utilizzare per il bene comune e, perciò all'amministrazione pubblica. Si veda, inoltre, G. COSTANTINO, *Le trasformazioni irreversibili dei beni giuridici fra fatti e atti di autonomia privata, in La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989), Padova, 1991, p. 539. *Contra*, A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV agg,, Milano, 2000, p. 854; ad avviso del quale il rimedio risarcitorio è più realistico di quello restitutorio, teoricamente più corretto.

[7] Come ampiamente approfondito l'art. 5 *bis* della legge 8 agosto 1992, n. 359 a distanza di circa vent'anni dalle sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983 della Corte costituzionale ha disciplinato il criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione delle aree edificabili, stabilendo, al primo comma, che tale indennizzo sia ragguagliato alla media tra il valore venale del suolo e il reddito dominicale rivalutato di cui agli artt. 24 e seguenti del Testo Unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917; l'ultimo inciso del comma precisa che l'importo così determinato sia ridotto del 40 per cento. Ai fini, poi, della individuazione della edificabilità delle aree oggetto di espropriazione, il terzo comma dispone che «si devono considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio». Dunque molti sono i dubbi di costituzionalità suscitati dall'art. 5 *bis* , ai quali la Corte ha, in parte, cercato di rispondere con le sentenze n. 283 del giugno 1993 e n. 442 del 2 dicembre del medesimo anno. Per approfondimenti, si v. A. MAROTTA, *Le «possibilità» legali ed effettive di edificazione secondo l'art. 5 bis l. n.359/1992: un'interpretazione* contra constitutionem*?*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 271.

l'indennizzo in caso di espropriazione per pubblica utilità. Il risarcimento del danno deve essere di entità maggiore rispetto all'indennizzo di esproprio.

8. *Diritto fondamentali dell'Unione Europea e la Corte costituzionale*

Bisognerà aspettare il XXI secolo per verificare la portata del sistema interno di garanzie costituzionali alla luce dei principi di diritto europeo. Fondamentalmente differente l'impostazione nello statuto delle garanzie riservato al diritto di proprietà dall'ordinamento europeo - art. 17 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e art. 1 del primo protocollo addizionale della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali- che, a differenza della Costituzione italiana, in cui il diritto di proprietà è collocato nel Titolo III concernente i rapporti economici, eleva tale garanzia a rango di diritto fondamentale della persona, con ripercussioni diverse nella tutela giurisdizionale. Già alcune pronunce della CEDU[8] evidenziano come l'indennità ovvero il ristoro per il privato debba essere commisurato al valore effettivo del bene e all'utilizzazione dello stesso da parte del proprietario. Preliminare qualche considerazione sul rapporto esistente tra la CEDU e la nostra Costituzione, sia dal punto di vista dei contenuti essenziali sia con riferimento al sistema della gerarchia delle fonti. Invero, la proprietà è un diritto di natura patrimoniale, pur non negandosi la funzionalità dello stesso a migliorare la qualità della vita personale, la dignità e la libertà delle persone. Balza immediatamente la differente impostazione delle due diverse considerazioni: l'universalità dei diritti fondamentali da un lato e l'esclusività dei diritti patrimoniali dall'altro che, come la proprietà, spettano ai titolari che escludono altri dal godimento del diritto. Perciò, per i diritti fondamentali della persona, l'uguaglianza è il perno dell'intervento legislativo, viceversa per i diritti patrimoniali vale la logica della differenziazione, della perequazione costituzionale. All'indisponibilità dei diritti fondamentali corrisponde, per altro verso, la disponibilità da parte dei legittimi titolari per i

[8] Si pensi alla risalente Corte europea diritti dell'uomo Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 68610 e alla più recente Corte europea diritti dell'uomo Sez. II, 12 febbraio 2013, n. 24818/3, nonchè alla Corte europea diritti dell'uomo Sez. I, 6 giugno 2019, n. 14346/5. Per approfondimenti circa i complessi rapporti tra le Corti europee si v. S. GAMBINO e G. MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 543; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 30; G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo*), in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 290; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparator,* Milano, 2007, p. 325.

diritti patrimoniali. L'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siglato a Parigi il 20 marzo 1952, sancisce: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento di imposte o di altri contributi o delle ammende». La Corte dei Diritti configura il concetto di proprietà privata in piena autonomia rispetto al diritto dei singoli Stati[9]. La CEDU ritiene violato l'art. 1 anche quando l'espropriazione avvenga in maniera illegittima ciò che si verifica con riferimento all'iter seguito per la sua realizzazione o quando non vi sia stata determinazione dell'indennità o anche quando vi sia espropriazione di fatto. Sul punto la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo ampia discrezionalità ai singoli Stati nazionali nella disciplina dell'indennizzo di esproprio, sottolinea l'imprescindibilità del rispetto dei presupposti di un legittimo procedimento ablativo, attraverso un controllo di ragionevolezza e proporzionalità che viene demandato alle legislazioni dei singoli Stati membri. L'espropriazione deve avvenire alle «condizioni previste dalla legge». Anche la «ragionevole durata del processo» viene ad essere applicata nella valutazione della legittimità dell'*iter* espropriativo, risolvendosi in titolo autonomo di condanna dello Stato, per violazione del principio del giusto processo, sancito dall'art. 6 della Convenzione. Fondamentali per la svolta in materia sono le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 di pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* cui consegue l'intervento del legislatore che novella la disciplina con l'introduzione di due nuovi commi nell'art. 37 del D.P.R. n. 327 del 2001 (t.u. delle espropriazioni), quale organica

[9] La questione trova ampio approfondimento in significative sentenze quali la Sporrong e Lönnroth c. Svezia 23 settembre 1982, che concerne un vincolo rinnovato per oltre ventitre anni dal Comune di Stoccolma su beni dei ricorrenti. Si configura altresì un'espropriazione di fatto nel caso Loizidou c. Turchia 18 dicembre 1996, ove gli occupanti turchi dell'isola di Cipro impediscono di fatto alla ricorrente di accedere alla sua proprietà. L'indennità viene poi adeguata all'utile del lavoro che il ricorrente perde con l'espropriazione (Lallement c. Francia 11 aprile 2002) o quando le previste realizzazione sociali, per le quali era avvenuto l'esproprio, non vengono realizzate (Motais de Narbonne c. Francia 2 luglio 2002); oppure ancora quando l'indennità viene pagata con estremo ritardo e senza tener conto del fatto che tutto il fondo, anche per la parte non espropriata, è inutilizzabile (Tsirikakis c. Grecia 17 gennaio 2002); o nel caso di requisizione di un bene per realizzare una caserma (Satka c. Grecia 27 marzo 2003).

ricostruzione dell'istituto[10]. Il Testo unico sull'espropriazione n. 327 dell'8 giugno 2001 (modificato dal decreto legislativo n. 302 del 27 dicembre 2002 ed entrato in vigore il 30 giugno 2003) introduce l'art. 43, in base al quale l'autorità che utilizzi un bene immobile per l'interesse pubblico, «modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio e dichiarativo della pubblica utilità» (anche quando tali atti, originariamente esistenti, siano stati annullati), può disporre l'acquisizione al suo patrimonio con il risarcimento del danno. Il proprietario può chiederne la restituzione, ma se il giudice lo ritiene impossibile, stabilisce la misura del risarcimento. La restituzione del bene (art. 46) si può avere solo ove l'opera pubblica non sia stata realizzata o cominciata entro dieci anni dalla data del decreto di esproprio o se la sua realizzazione fosse impossibile. Viene così a consolidarsi un orientamento secondo cui, dopo l'approvazione della legge generale sull'espropriazione, l'occupazione acquisitiva non sarebbe più in contrasto con la disciplina CEDU, in quanto la Corte europea non avrebbe rilevato l'illiceità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma solo la necessità di una sua regolamentazione con norme «sufficientemente accessibili precise e prevedibili, tali da accordare una protezione efficace». Dette norme vengono rinvenute nella previsione dell'art. 3 della l. 27 ottobre 1988 n. 458 e poi nell'art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662 (successivamente trasfuso nell'art. 55 d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327), cosìcche l'occupazione acquisitiva si fondi su regole sufficientemente accessibili, precise e prevedibili al punto tale da non potersi ritenere in contrasto con i principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 1 del Protocollo addizionale. Lettura quest'ultima che ha animato il dibattito tra Corte europea dei diritti e la giurisdizione interna.

### 9. *Il valore normativo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*

Le decisioni della Corte di Strasburgo in materia di proprietà privata pongono il problema generale del rapporto tra ordinamento interno e CEDU, evidenziando come la tutela di alcuni diritti, nell'attuale sistema multilivello, presenti interferenze e sovrapposizioni. La Corte di Strasburgo, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali intende assurgere, in

[10] Cfr. L. TARANTINO*, La disciplina dell'indennità d'esproprio tra diritto nazionale e diritto europeo,* Nota a Cass., 25 novembre 2010, n. 23965, in *Urb. App.*, 2011, p. 303; G. FRACCASTORO, *L'indennità di espropriazione per P.U. commisurata al pieno valore di mercato*, in *Corr. Merito*, 2008, pp. 221-225.

quanto giudice internazionale, al ruolo di organo supremo di garanzia. La Corte costituzionale non accetta il ruolo di subprimaria che in tale ottica le verrebbe riservato.

La sfida si svolge sul piano della gerarchia delle fonti piuttosto che sui contenuti. La Corte costituzionale ritiene che le norme della CEDU non abbiano la stessa forza gerarchica delle norme costituzionali, in quanto nascono e come tali vengono recepite nel nostro ordinamento, come norme pattizie, ed in quanto tali richiedono la ricezione nel nostro ordinamento con legge ordinaria[11]. A supporto di tale linea argomentativa la Corte costituzionale afferma[12] che le regole introdotte dalla CEDU non troverebbero fondamento costituzionale, né nell'art. 10 («l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»), né nell'art. 11 della Costituzione «l'Italia … consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Pertanto «in mancanza di specifica previsione costituzionale le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria». Elemento che innova la complessa situazione è la riforma costituzionale del 2001, con particolare riferimento all'art. 117 comma 1, in base al quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Orbene, il riferimento diviene diretto così che dottrina maggioritaria già sostenitrice della applicabilità dell'art. 10 cost. alle norme pattizie, con maggior forza sostiene che la riforma costituzionale non abbia alterato ma abbia ribadito la vecchia posizione che, contemperata alla luce della modifica dell'art. 117 cost., incide nel senso di innovare la ripartizione tra Stato e Regioni della materia relativa agli obblighi derivanti dal diritto internazionale, ma non modifica la forza normativa di questi ultimi, già direttamente contemplabile agli artt. 10 e 11 cost. Si può senz'altro convenire con quella parte della dottrina[13] che, non aderendo, in quanto riduttiva a tale interpretazione del nuovo art. 117 cost., sostiene, invece, che il nuovo testo – parificando le norme comunitarie agli obblighi internazionali – at-

[11] Si pensi alle recentissime Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, p. 711; Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22, in *Foro it.*, 2019, p. 2248.
[12] *Ex plurimis* cfr., Corte cost. 26 aprile 2018, n. 89, in *Foro it.*, 2018, p. 2302.
[13] Così, A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 2007.

tribuisca a questi ultimi forza superiore alle norme di legge ordinaria. Interpretazione quest'ultima avallata anche dalla Corte di Cassazione che ponendo a base del proprio ragionamento il nuovo art. 117 della Costituzione, solleva di fronte alla Corte costituzionale alcune questioni di legittimità costituzionale, in quanto l'art. 117, facendo riferimento al rispetto degli obblighi internazionali, introdurrebbe nel nostro ordinamento il rispetto dell'art. 1 del protocollo addizionale CEDU. Ne consegue che l'art. 5 *bis* del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 (conv. in l. 8 agosto 1992 n. 359), stabilendo un'indennità espropriativa ridotta, sarebbe lesivo del diritto di proprietà per violazione dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ora tutelati dall'art. 117 cost., comma 1, in quanto le norme della Convenzione, in particolare gli artt. 6 e 1, prot. 1° add., divengono norme interposte, attraverso l'autorevole interpretazione che ne ha reso la Corte di Strasburgo, nel giudizio di costituzionalità. Non potendo, pertanto, disapplicare la norma nazionale in contrasto con la CEDU, il giudice italiano, dovrà chiedere il giudizio di legittimità costituzionale, anche in ordine alla violazione del principio del giusto processo previsto dall'art. 6 della CEDU: nel caso specifico, l'articolo 5 *bis* contrasterebbe con la disciplina CEDU nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai procedimenti espropriativi in corso e ai giudizi pendenti dei criteri di determinazione dell'indennità contenuti per i suoli edificabili, violerebbe il diritto a un giusto processo per il soggetto espropriato e, in specie, le condizioni di parità delle parti davanti al giudice, determinando altresì un ristoro inadeguato ed eccessivamente riduttivo del valore venale del bene espropriato. La Corte costituzionale viene chiamata, perciò, a pronunciarsi di nuovo sull'indennità espropriativa e, questa volta, dovendo valutare se il rinnovato articolo 117 Cost. – facendo riferimento agli obblighi internazionali – abbia attribuito alla Convenzione Europea dei Diritti una nuova efficacia normativa nell'ordinamento interno. In questo complesso quadro interpretativo si pongono ora le due "storiche" sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre del 2007 della Corte Costituzionale. Con la n. 348 del 2007, la Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 5 *bis*, comma 1 e 2, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, che stabilisce il criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione[14]. Inoltre, la Corte (seppure la

[14] Per approfondimenti su dubbi e incertezze relative alla linea di confine tra i poteri dei giudici comuni chiamati ad applicare una convenzione internazionale debitamente introdotta nel nostro ordinamento e la compe-

questione non era stata sollevata nell'ordinanza di rimessione) dichiara l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 37, commi 1 e 2, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, che ripropone, nella nuova legge sull'espropriazione, lo stesso criterio indennitario. Con la sentenza n. 349 del 2007, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 *bis*, comma 7 *bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, come introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 66263, il quale prevede, nel caso di occupazioni illegittime[15] per causa di pubblica utilità (occupazione acquisitiva) intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, lo stesso criterio indennitario delle occupazioni legittime con l'esclusione della riduzione del 40% e rivalutazione del 10%. La questione analizzata in entrambe le sentenze concerne l'indennità nelle due diverse ipotesi di espropriazione (n. 348 del 2007) o di occupazione illegittima (n. 349 del 2007), ora considerata alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e vedono condannare lo Stato italiano per l'insufficiente valore attribuito all'indennizzo, soprattutto nel caso di occupazione acquisitiva. La Corte costituzionale viene a trovarsi di fronte ad un complesso nodo interpretativo che va ben oltre la questione della legittimità della misura dell'indennizzo espropriativo per espandersi sino ad interrogarsi sulla relazione esistente tra la funzione di garante svolta dalla Corte costituzionale e il riconoscimento di un ruolo sovraordinato alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il prezzo da pagare in questa seconda ipotesi sarebbe particolarmente alto, proprio con riferimento alla conseguente attenuazione della potestà interpretativa delle norme costituzionali. Ebbene, le Corti nel loro dialogare si sono spinte sino al punto di giungere ad un confronto circa le rispettive funzioni. Nessuna delle due intende rinunciare al ruolo di protagonista, la Corte costituzionale, peraltro, è ben consapevole delle incertezze storiche che hanno caratterizzato l'evoluzione normativa dell'indennizzo di esproprio, ma non intende essere comprimaria. La via prescelta dalla Corte costituzionale è proprio quella della più antica tradizione che consente di affermare la primazia rispetto alla CEDU che, prima della riforma del 2001, altro non era che norma pattizia dal rango di legge ordinaria e in

tenza della Corte a risolvere l'eventuale conflitto tra leggi interne e norme pattizie internazionali, si v. B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*. in *Giur. it.*, 2208, p. 569.

[15] G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, p. 118.

quanto tale solo recentemente ha acquisito efficacia diretta nell'ordinamento nazionale. La CEDU, a differenza dei Trattati dell'Unione europea, non è un nuovo ordinamento giuridico sovranazionale (come quello dell'Unione europea), i cui atti sono immediatamente applicabili negli Stati contraenti, cosicché non si può disapplicare la norma interna in contrasto con la CEDU[16]. Solo dal 2001 è possibile fare riferimento all'art. 117 cost. come parametro interposto rispetto all'art. 1 del protocollo aggiuntivo della CEDU, così che senza contraddire la precedente posizione consolidata è possibile affermare che il riformulato art. 117 cost. introduce tra i vincoli all'attività legislativa quelli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, differenziando gli uni dagli altri, cosicché anche gli obblighi internazionali diventano criterio di legittimità delle norme interne. La Corte costituzionale attraverso la rinnovata formulazione dell'art. 117 ha sortito il rilevante effetto di «costituzionalizzare» gli obblighi internazionali. In tal senso le norme CEDU, «sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria» (n. 348 del 2007)[17]. «Si tratta perciò» - come afferma esplicitamente la n. 349 del 2007 - «di un rinvio alla norma internazionale». In ogni caso, la Corte salva la propria primazia e conferisce alla CEDU nell'ordinamento interno, ruolo sovra legislativo, ma non costituzionale, che risponde alla fondamentale funzione di contestualizzare nell'ordinamento interno gli obblighi internazionali, a cui l'ordinamento nazionale deve adeguarsi, ai sensi dell'art. 117 cost.. La soluzione interpretativa prescelta dalla Corte costituzionale, pur volendo apparire dotata di intrinseca coerenza, tuttavia non appaga alcuni dubbi non sfuggiti alla dottrina che non ha perso occasione di rilevare che la finalità additata dalla Corte costituzionale sarebbe perseguibile l'adattamento che avvenga con una legge costituzionale, che stabilisca espressamente la prevalenza delle norme così create sulle fonti primarie. Ma la Corte non intende repli-

[16] A proposito dello scrutinio di costituzionalità sulle norme CEDU che, senz'altro, non può limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma si estende ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali. Cfr. M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 201.

[17].Analizza le due pronunce della Corte costituzionale, individuandone i più significativi profili di novità e tratteggiando, nello specifico, i tanto discussi rapporti tra diritto internazionale e diritto comunitario, alla luce della nuova lettura interpretativa dell'art. 117 cost., soffermandosi, poi, sull'incidenza operativa delle due pronunce in ordine ai criteri di determinabilità dell'indennizzo e del canone risarcitorio, di cui all'art. 5 *bis*, del decreto legge del 1992 n. 333. G. MARENA, *Sui diritti del proprietario espropriato: profili di novità delle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Danno resp.*, 2010, p. 973.

care, ribadisce di essere l'unica interprete della Costituzione, in quanto qualsiasi *performance* interpretativa della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo deve sempre superare la supervisione della Corte costituzionale, quanto alla conformità ai suoi principi. In sostanza vi sarà sempre il «giudizio del giudizio» nel senso che non è sufficiente l'interpretazione della Corte di Strasburgo per ritenere illegittima la norma impugnata in materia di indennità espropriativa, ma a tale giudizio dovrà aggiungersi il giudizio della Corte costituzionale sulla conformità della interpretazione della Corte di Strasburgo al parametro costituzionale. Letteralmente è dato apprezzare nella sentenza n. 349 «questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo […]. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa». Tanto premesso, la Corte ritiene che nella sentenza n. 348, norma sottoposta a giudizio, «la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene, l'indennizzo non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al ragionevole legame con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il serio ristoro richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte». La via interpretativa attraverso cui le Corti pervengono all'incostituzionalità dell'indennizzo di esproprio viene, rinvenuta nell'identità della *ratio* sottostante l'interpretazione della Corte di Strasburgo che è perfettamente corrispondente a quanto previsto dall'art. 42 cost., secondo la costante interpretazione della Corte costituzionale che attribuisce all'indennità il valore di un serio ristoro. In quest'ottica, la forza normativa è conferita alla CEDU dal rinvio all'art. 117 cost. per il rispetto degli obblighi internazionali, così che l'indennità conseguente al sacrifico della proprietà privata è ritenuta inadeguata secondo i parametri costituzionali.

10. *Il dialogo tra le Corti*

Il dialogo tra le Corti non esime tuttavia il legislatore nazionale dalla determinazione di un'adeguata indennità poiché, rispettando i ruoli, la Corte costituzionale, come in tutte le precedenti sentenze in tema di espropriazione, sancisce l'illegittimità di quel determinato modo di computo dell'indennità fissato dalla norma incostituzionale, ma lascia al legislatore la determinazione delle modalità di calcolo. Invero, né nella sentenza della Corte costituzionale, né nelle numerose decisioni della Corte dei diritti si afferma che la corretta indennità sia eguale al valore venale del bene, benché questo debba essere considerato parametro di riferimento dell'indennità. Lo riafferma esplicitamente la sentenza n. 348 del 2007, rilevando che «il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato», poiché «l'art. 42 cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la funzione sociale». Novità interpretativa del dialogo tra le Corti è l'auspicio al coordinamento degli artt. 42 e 2 cost., operazione concettuale che comporta per tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Così, la Corte costituzionale conferisce al legislatore il compito di individuare un indirizzo preciso, recependo la correttezza di quella interpretazione della Corte dei diritti che differenzia l'indennizzo secondo che si tratti di un «esproprio isolato» o di un complesso di espropri dovuti a leggi di riforma economico-sociale, ai primi in relazione alla minore funzione sociale spetterà un indennizzo maggiore rispetto ai secondi. Differente la situazione nel caso previsto dalla sentenza n. 349, in quanto secondo costante orientamento della Corte di Strasburgo l'occupazione acquisitiva, connotata da condotta illecita della P.a. comporta per il privato il diritto ad una somma equivalente al valore venale del bene. É da evidenziare come le posizioni delle due Corti siano differenti sulla valutazione della legittimità dell'occupazione acquisitiva. In particolare la Corte di Strasburgo sin dal 2005 evidenzia come la prassi dell'occupazione acquisitiva non sia un modo lecito di trasferimento della proprietà di un bene. Invece, la Corte costituzionale non entra nel merito della valutazione della legittimità e si limita solo ad individuare la misura dell'indennizzo spettante al privato. Consegue a tale orientamento che l'occupazione acquisitiva è prassi ammissibile nel nostro ordinamento al punto che diviene costante il riferimento all'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, che prevede l'utilizzazione sen-

za titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, lo stesso è da ritenere per la determinazione dell'entità risarcitoria che per un terreno edificabile viene fissata dall'art. 37 comma 3,4,5,6, e 7 che superano il vaglio della Corte costituzionale nella sentenza n. 348. Il dialogo tra le Corti, pur partendo da presupposti diversi, conferisce un contributo notevole all'inquadramento della questione dell'indennizzo di esproprio. Le interazioni tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione sono foriere di nuovi orizzonti interpretativi del diritto, anche se ancora lontani da un pieno coordinamento che transiterà necessariamente dalla rinuncia all' autonomia ordinamentale interna. In seguito alla sentenza n. 348 del 2001 l'art.5 bis della l. n. 359 del 1992 e l'art. 37 T.U. espropriazione, vengono espunti dall'ordinamento italiano e piuttosto che consentire la reviviscenza dell'art. 39, l. n. 2359 del 1865, il legislatore interviene nuovamente sul testo unico dell'espropriazione varando all'interno dell'annuale legge finanziaria (provvedimento contenitore-legge finanziaria 2008) l. 24 dicembre 2007 n.244, l' art. 2, comma 89, ove è testualmente riportato che «il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato» come testualmente si evince al punto 5.7 della sent. n. 348 del 2007, ma sempre nell'ottica di enfatizzare le precise indicazioni della Consulta, interviene con innesti di modifica nel testo unico espropriazioni uniformandosi, alle indicazioni della Corte costituzionale e della Corte dei diritti umani.

## 11. *Conclusioni*

La questione dell'indennizzo di esproprio nell'ordinamento italiano è tema emblematico di numerose dialettiche riguardanti l'ordinamento giuridico italiano, nella misura in cui consente di verificare ed individuare la misura dell'incidenza della penetrazione nell'ordinamento italiano del sistema normativo europeo rappresentato fondamentalmente dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai Protocolli addizionali. Detto confronto evidenzia la forza della statuizione costituzionale della funzione sociale che ha innescato nel nostro sistema dinamiche molto penetranti attraverso la giurisprudenza costituzionale sempre alla ricerca di un equilibrio tra tutela della proprietà ed esigenze solidaristiche. La funzione sociale viene a collocarsi nel sistema come valvola di sicurezza per l'ingresso nel nostro ordinamento di istanze evolutive

di carattere sociale, economico e finanziario, altrimenti relegate al dibattito dottrinario. In tal senso è possibile notare una correlazione direttamente proporzionale tra la stabilità finanziaria da un lato e l'affermazione delle libertà individuali[18]. L'interrogativo da porsi per una valutazione anche superficiale del possibile allineamento del nostro ordinamento con il sistema normativo CEDU, può essere l'individuazione in quest'ultimo ordinamento di una leva versatile quanto la funzione sociale. La considerazione dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla CEDU, secondo cui ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di stabilire provvedimenti necessari per regolare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altre contribuzioni o delle ammende. Esse sono state enfatizzate dalla Grande *Chambre* della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nella sentenza Scordino del marzo 2006, che rilevata la necessità di trovare il «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e quelle imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo distingue tra espropri isolati ed interventi attuativi di misure di riforma economica o di giustizia sociale, con importanti ricadute in termini di misura dell'indennizzo (non molto lontani da pregressi percorsi giurisprudenziali italiani di introduzione della distinzione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi, in relazione all'attuazione di piani urbanistici finalizzati alla realizzazione di scopi di pubblica utilità[19]. Tuttavia non si può non riscontrare come la disposizione del I protocollo addizionale alla CEDU e l'art. 42 cost. rappresentino due identità concettualmente diverse[20]. È assente nella Costituzione italiana quella impostazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale che antepone la tutela della proprietà a qualsiasi forma di intervento per pubblica utilità che, in ogni caso,

[18] In tal senso le motivazioni della Corte cost. 10 giugno 1993, n. 283 (*Giur. it.*, 1995, p. 40 nota di POLICE), ove le questioni economico finanziarie rappresentano il substrato dell'argomentazione logica seguita per la valutazione della questione di legittimità ivi contemplata.

[19] Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1986, p. 838.

[20] Sottolinea, partendo dall'essenziale verità per cui quando ci si presenta al dialogo ed al confronto trasnazionale ogni ordinamento assume la veste di sistema complesso composto da norme, istituzioni e mentalità, quanto sia utile, proprio ai fini di un leale dialogo tra corti supreme europee, indagare nella nostra mentalità per trarvi fuori quanto è latente ed abbandonare all'oblio tutto ciò che in tale contesto dialogico è razionalmente indifendibile. A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà,* in *Riv. dir. civ.,* 2010, p. 115 ss.

viene a collocarsi nella fattispecie come eccezione alla norma da esercitare con cautela e precise prescrizioni. Risulta opposto l'impianto dei commi 2 e 3 dell'art. 42 che conforma la proprietà privata secondo la funzione sociale e l'accessibilità a tutti, così conferendo posizione prioritaria alle istanze solidaristiche rispetto a quelle proprietarie. Impostazione che giustifica la pluriennale esperienza supportata da criteri di indennizzo di esproprio sganciato dalle caratteristiche oggettive del bene e assai lontane dal valore di mercato. Tornando alla constata correlazione tra indirizzo legislativo e stabilità economico finanziaria, non è lontano dal reale sostenere che la posizione assunta dalla Corte costituzionale come seguita dal legislatore possa nuovamente modificarsi nella misura in cui si verifichino congiunture economiche critiche che comportino stringenti interferenze nei diritti proprietari, limitando nuovamente l'entità del ristoro. In quest'ottica il «giudizio del giudizio» che la Corte costituzionale si è riservata rispetto al giudicato della Corte di Strasburgo, altro non è che riserva della possibilità di vagliare la norma interposta rispetto alla ponderazione di interessi sottesi ai principi costituzionali della *Magna Cartha.* Giudizio che può giungere anche a ritenere non conformi ai principi costituzionali le prescrizioni del Trattato[21]. Non sono, infatti, mancate posizioni giurisprudenziali che hanno evidenziato l'asimmetria esistente tra principi costituzionali e principi CEDU[22]. In questo la Corte costituzionale, nella storica sentenza n. 348 del 2007 ha evidenziato come la ponderazione di tutti i valori costituzionali sia presente nei suoi giudicati al punto tale da enunciare che «livelli troppo elevati di spesa per

[21] Con le sentenze in commento la Corte costituzionale chiarisce per la prima volta la portata del vincolo del rispetto degli «obblighi internazionali» che grava sul legislatore statale e regionale ai sensi del primo comma dell'art. 117 cost. introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del titolo V della Costituzione. Gli obblighi internazionali divengono «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità delle leggi integrando il parametro costituzionale. In tal modo, la Corte si «riappropria» del controllo di conformità delle leggi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mettendo fine a quegli orientamenti giurisprudenziali che si spingevano sino a disapplicare direttamente la norma interna contrastante con la Cedu. Il giudice costituzionale, inoltre, riconoscendo il peculiare ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione europea (la cui giurisprudenza va anch'essa ad integrare il parametro costituzionale), apre la strada ad una proficua collaborazione tra le Corti: un'ottima prima prova delle sinergie che si possono mettere in campo nella tutela dei diritti fondamentali. B. RANDAZZO, *La Cedu e l'art. 117 della Costituzione. l'indennità di esproprio per le aree edificabili e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva - costituzione e cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» su Strasburgo*», in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 25

[22] Così, Cass., 20 maggio 2006, n. 11887, in *Giur. it.*, 2007, p. 1517, ove si dice testualmente: «la concezione liberale del diritto di proprietà che fa da sfondo all'interpretazione resa dalla Corte dei diritti sull'art. 1, I Prot. add. (si veda, oltre alle sentenze Scordino del 29.7.2004 e 17.5.2005 anche l'altra sentenza, sempre in causa Scordino, del 15 luglio 2004, sulla reiterazione dei vincoli urbanistici) non appare perfettamente in linea con il disegno dell'Assemblea costituente (nell'art. 42, ma anche, più in generale, nell'art. 41 cost.), di mediare le facoltà dominicali (e imprenditoriali) con l'utilità pubblica».

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» (sent. n. 348, par. 5.7). Ciò posto, la centralità della persona nella sua poliedrica composizione costituita dalle componenti della personalità (salute, istruzione, casa, lavoro) permeano gli interventi della Corte costituzionale ben oltre la persona con i suoi beni, cara alla Corte di Strasburgo. É chiaro che vi è un diverso retaggio culturale che non può essere annientato nella tutela della persona e dei suoi beni di cui la CEDU si fa garante. La persona è rappresentata dai suoi beni, ma nella misura in cui i suoi beni siano strumentali all'attuazione di istanze della personalità che lo Stato deve garantire secondo logiche perequative. Queste osservazioni nel loro complesso evidenziano come il dialogo tra le Corti sia ancora lontano dal pervenire alle medesime conclusioni con rischio di vanificare quella tutela multilivello tanto auspicata[23]. Le Corti conciliano posizioni differenti, ma non condividono la medesima posizione. La strada è lunga, ma la maturata consapevolezza dell'esistenza di nodi sistemici da dipanare è senz'altro un passo verso un anelato coordinamento. Sul punto va sicuramente evidenziato l'incontro tenutosi a Roma, venerdì 11 gennaio 2019, presso Palazzo della Consulta tra i vertici della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale, della Cassazione e della relativa Procura generale, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e del Consiglio superiore della magistratura, riunite nell'intento di affrontare le tematiche oggetto di un possibile dialogo tra Corti, in particolare tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo. Sul punto la recente entrata in vigore del Protocollo n. 16 della CEDU che, grazie alla ratifica della Francia nell'aprile del 2018, ha raggiunto il numero di firme necessario al suo perfezionamento, propone l'istituto di un parere consultivo che «le più alte giurisdizioni di un'Alta parte contraente» possono richie-

[23] Infatti, l'attribuzione alla legalità di un respiro autenticamente europeo ed internazionale con l'apertura dell'ordinamento vigente ad una pluralità di fonti di provenienza comunitaria ed internazionale esige una rinnovata metodologia ermeneutica, destinata ad attuarsi in un articolato sistema giurisdizionale. Nasce in tal senso l'esigenza di una leale collaborazione tra le funzioni giurisdizionali, e soprattutto tra Corti europee e Corte costituzionale. Il riconoscimento ad essa della legittimazione a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia e la configurabilità di un controllo di legittimità costituzionale della normativa comunitaria secondaria rivelano l'unitarietà del sistema ordinamentale ispirato sempre alla centralità dei valori repubblicani. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra corte costituzionale e corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 27 ss.

dere alla CEDU in merito a questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione o dai suoi protocolli addizionali. Nel novero di tali giurisdizioni per l'Italia andranno considerati abilitati a demandare il parere proprio quegli organi giurisdizionali di ultima istanza invitati a prendere parte al tavolo di studio. L'iniziativa è senz'altro pregevole ma evidenzia come in realtà per una completa convergenza ci sia ancora del cammino da percorrere.

*Abstract*

The institution of expropriation represents the private sphere in which the succession of legislative interventions has been intense to constitute the expression of the weighting of economic and social interests underlying the system dynamics. Various actors have taken turns on the scene: the owner, the farmer, the non-owner, the Public Administration, on the one hand, and the legislator and the jurisdictional bodies on the other. All give life to an alternation of events on which it becomes difficult to identify the point of equilibrium. The dialogue between the Courts succeeds in affecting the private sphere to the extent that, by implementing constitutional solidarity, it protects the community. The interventions of the Supreme Jurisdictional Tribunal do not, however, exempt the legislator from implementing the effects indicated by it. The roles are always respected, the Constitutional Court, in all judgements concerning expropriation, sanctions the illegality of that particular way of calculating the compensation established by the unconstitutional norm, but always leaves it to the legislator to determine the method of calculation. Indeed, neither in the judgments of the Constitutional Court nor in the numerous decisions of the Court of Rights is it stated that the correct allowance is equal to the market value of the property, although this must be considered as a benchmark for the allowance. In this sense, it is easy to see the weighting of interests in the various economic and social historical phases. The 19th century annuity gives way to the protection of the non-proprietor for the implementation of the social function and accessibility to all. Only in the last period, a new interpretation of the dialogue between the Courts is the hope for the coordination of articles 42 and 2 of the Constitution, a conceptual operation that involves for all citizens the fulfilment of the mandatory duties of economic and social solidarity. Thus, the Constitutional Court

confers on the legislator the task of identifying a precise direction, implementing the correctness of that interpretation of the Court of Rights which differentiates compensation according to whether it is an "isolated expropriation" or a complex of expropriations due to laws of economic and social reform, the former in relation to the lesser social function will be entitled to greater compensation, compared to the latter. The complex affair, in its historical courses and recourses, cannot rule out the possibility that in the event that a period of economic, social and financial crisis should occur again, the game of the parties will lead to new reductions in the compensation for expropriation and a new oscillation in the weighting of the interests of the owner and the non owner.

Capua, maggio 2020.

GIOVANNA D'ALFONSO*

# *La procedura di* «notice and take down» *e la responsabilità civile dell'*hosting provider. *Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di* hard law **

*Sommario*: 1. Interpretazione evolutiva della regolamentazione europea sulla responsabilità civile dei 'fornitori di ospitalità. L'elaborazione pretoria della figura «atipica» dell'«hosting attivo». - 2. La procedura di «notice and take down» tra ambiguità definitorie della c.d. «direttiva sul commercio elettronico» e le distinte soluzioni degli Stati membri. Una comparazione con altri ordinamenti. - 3. La procedura di «notice and take down» nel nostro sistema e la sua applicazione giurisprudenziale al caso concreto. - 4. Le spinte in ambito europeo verso l'adozione di meccanismi di «notice and take down». La portata dell'incisività degli atti di soft law e la necessità di una riforma sistematica.

## 1. *Interpretazione evolutiva della regolamentazione europea sulla responsabilità civile dei 'fornitori di ospitalità. L'elaborazione pretoria della figura «atipica» dell'«hosting attivo»*

La disciplina europea e di diritto interno, in materia di responsabilità civile degli *hosting providers* per i danni arrecati a terzi dai contenuti illeciti pubblicati dagli utenti dei portali digitali da loro gestiti, ha sollevato problematiche di non poco momento per vari ordini di ragioni, tra i quali il carattere obsoleto di talune disposizioni, dovuto al mancato adeguamento delle stesse a seguito di rilevanti innovazioni tecnologiche, e le ambiguità definitorie.

In tale cornice, l'interpretazione dottrinale[1] e giurisprudenziale[2] hanno esercitato un ruolo decisivo e, senza dubbio, le soluzioni applicative prospettate dal formante dottrinale

* *Professoressa Associata di Diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Sul ruolo della dottrina nell'interpretazione delle norme, alla luce e nel rispetto del principio di legalità costituzionale, cfr. P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale,* in *Rass.dir.civ.* 2007, p. 497 ss.

hanno indirizzato orientamenti giurisprudenziali che, inizialmente minoritari, si sono col tempo consolidati.

Si procederà alla disamina dell'evoluzione delle decisioni giurisprudenziali che, in linea con un autorevole insegnamento dottrinale, hanno operato un'interpretazione *evolutiva* della disciplina vigente, ponendosi in un'ottica sistematica ed assiologica[3]. Le corti si sono pronunciate in ordine all'applicabilità della normativa europea a tutte quelle figure emergenti di prestatori di servizi di *internet*[4] che si sono gradualmente caratterizzate per l'innovatività

[2] Come osservato da autorevole dottrina, l'interpretazione non è soltanto la ricerca di un'autonoma e presunta verità del dato normativo, ma deve essere riferita ad un contesto che è la realtà esterna. L'ermeneutica (la teoria dell'interpretazione) rivela il collegamento essenziale tra l'interpretazione e la realtà (sul punto cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Diritto positivo come diritto interpretato*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 111). L'interpretazione della norma non va prospettata in astratto, ma in relazione ad un fatto concreto, valutato nella sua peculiarità ed avendo riguardo al momento storico dell'emanazione ed a quello dell'applicazione della norma, considerando che l'inevitabile sopravvenire della discontinuità, nella *societas*, incide sulle modalità attuative della stessa (cfr. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv.dir.civ.*, 2010, p. 307 ss.). La dottrina precisa come la trasformazione del sistema delle fonti imponga un corrispondente mutamento della teoria dell'interpretazione, laddove le sue regole debbano essere adeguate al mutato quadro del sistema giuridico, caratterizzato dalla presenza della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea. Nel rispetto del principio di legalità, la norma deve, dunque, essere posta in «relazione dialogica» con il fatto da regolare e l'interpretazione di una disposizione è il risultato del coordinamento con le altre norme dell'ordinamento giuridico e dell'armonizzazione con i principi costituzionali. Si supera, di conseguenza, in tal modo, la tecnica della "sussunzione", in quanto il fatto non può più essere «meccanicamente incasellato» in una determinata fattispecie astratta che, molte volte, non è neanche rinvenibile. Al fine di individuare la disciplina «più adeguata» al caso concreto, il fatto dovrà essere valutato, prendendo in considerazione gli interessi ed i valori che esprime, avendo riguardo al contesto storico-giuridico di riferimento. L'interprete ha, in definitiva, il compito non di garantire il rispetto della lettera della norma, quanto diversamente di individuare ed applicare al caso concreto la disciplina «più adeguata», operando un bilanciamento degli interessi e dei principi e dei valori normativi che i fatti concreti, oggetto di attenzione, esprimano. Per tali riflessioni, cfr. P. PERLINGIERI (*Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, *Riv.dir.priv.*, 2011, p. 160 ss.) che, ponendosi in posizione critica verso l'orientamento che identifica l'interpretazione nell'analisi del linguaggio, rinvia alle argomentazioni di E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 797 ss. Sull'operazione giudiziale di bilanciamento, cfr. P. PERLINGIERI, *Formazione dei giudici e Scuola superiore della magistratura*, in *Giust.proc.civ.*, 2007, p. 313, che afferma che il «bilanciamento degli interessi e dei valori, ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità, valenza dei principi sono canoni ermeneutici (…) che, come tali, contribuiscono (insieme) al ridimensionamento di vecchi brocardi, duri a morire, come *in claris non fit interpretatio* e *dura lex sed lex*, che dovranno essere (…) conformi alla legalità costituzionale ed europea». Sulla «ragionevolezza» quale «canone ermeneutico ed argomentativo», «filo conduttore» di ogni ragionamento giuridico, per il contemperamento di principi ed interessi, in coerenza col sistema giuridico di riferimento e tutti i suoi valori, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 16-29, p. 43, p. 135. Sul tema si v. P. PERLINGIERI, *«Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti*, in *Rass.dir.civ.*, 2019, p. 105 ss; P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in Aa.Vv., *Temi e problemi della civilistica contemporanea,* Napoli, 2005, p. 521 ss.

[3] Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, *Interpretazione sistematica e assiologica, situazioni soggettive e rapporto giuridico*, Napoli, 2006, *passim*; ID., *Il «giusto rimedio nel diritto civile»*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss.

[4] O meglio i prestatori che, operando nella società dell'informazione, offrono liberamente servizi di connessione, trasmissione e memorizzazione di dati. Tali soggetti sono comunemente definiti «intermediari di servizi», giacché forniscono un collegamento tra coloro che vogliano comunicare un'informazione ed i loro desti-

delle funzioni svolte, rispetto a quelle già individuate dalla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio[5], c.d. «direttiva sul commercio elettronico». Le Corti hanno dovuto anche affrontare ulteriori questioni che si sono poste per l'assenza di chiarezza di certe regole che hanno condotto ad ambiguità definitorie in merito a numerose locuzioni, in particolare in relazione a quelle relative alla procedura di «*notice and take down*»[6].

Avendo riguardo al primo profilo menzionato, si osservi innanzitutto che la direttiva europea, nel regolamentare (agli artt. 12-16) la responsabilità civile degli *internet service providers*, li ha classificati in tre categorie, prevedendo distinti regimi di responsabilità[7].

Nell'effettuare la tripartizione, il legislatore europeo ha preso in considerazione gli operatori maggiormente noti nell'esperienza concreta in quel determinato momento storico (quasi venti anni or sono) in relazione alle loro caratteristiche, ai servizi forniti ed al ruolo più o meno passivo assunto nel processo di trasmissione o diffusione dei dati in rete[8]. Più precisamente, la direttiva 2000/31/CE ha qualificato la posizione giuridica del *mere conduit*

---

natari. Cfr. E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli* hosting provider- *passivi e attivi-tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca,* social network *e aggregatori di contenuti,* in *Riv.dir.ind.*, 2017, p. 57.

[5] «Relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno». Per V. ZENO-ZENCOVICH (*La libertà di espressione. Media, mercati, potere della società dell'informazione*, Bologna, 2004, *passim*) si dovrebbe più opportunamente parlare, piuttosto che di «società dell'informazione», di «società della conoscenza». Sulle dimensioni etiche della società dell'informazione, si v. P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su* internet, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali:* internet *alla ricerca di regole*, Pisa, 2017, p. 28. Si v. R. PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Torino, 2019, p. 134, che evidenzia come la regolamentazione delle responsabilità degli *internet providers* ponga al centro dell'attenzione la disciplina dell'informazione che rappresenta, come noto, uno dei beni più importanti della società dell'informazione.

[6] A. QUARTA, *La responsabilità civile*, in A. QUARTA, G. SMORTO (a cura di), *Diritto privato dei mercati digitali*, 2020, p. 286, rimarca come almeno tre elementi che caratterizzano l'attività di intermediazione della rete abbiano provocato un'interpretazione evolutiva del regime speciale della responsabilità: l'attività dell'*hosting provider* che ha assunto, nel tempo, carattere attivo; la segnalazione dei contenuti illeciti da parte dei privati e la circostanza che le piattaforme utilizzino sistemi automatizzati per filtrare i contenuti illeciti.

[7] Per un commento all'articolata disciplina della responsabilità civile delle tre distinte figure di *Internet service providers* cfr., *ex multis*, G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli* internet service providers, Torino, 2002, p. 57 ss; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli* internet service providers, in *Danno resp.*, 2002, p. 5 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in* Internet, in A. PALAZZO, U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore,* Milano, 2002, p. 195 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile,* Napoli, 2003, *passim*; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, *passim*; A. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr./Eur., 2*010, p. 529 ss. Da ultimo, si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli* intermediari, cit., che analizza, in chiave comparativa, la disciplina europea, incentrando l'attenzione sulle evoluzioni ordinamentali, anche extraeuropee, in termini di responsabilità, dell'attività degli *internet service providers.*

[8] Cfr. M. GAMBINI, *Gli* hosting providers *tra i doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *www.costituzionalismo.it*, 2011, fasc. 2, p. 6.

*provider* (art. 12) che svolge l'attività di («semplice trasporto») fornire l'accesso alla rete o di trasmettere su una rete di comunicazione informazioni date dal destinatario del servizio; la figura del *caching provider* (*ex* art. 13) che, nell'eseguire la funzione di trasmissione su una rete di comunicazione di informazioni fornite dall'utente del servizio, svolge una memorizzazione automatica, intermedia e temporanea al solo fine di rendere i dati immediatamente disponibili per il recupero che l'utente ne voglia effettuare; infine, la figura dell'*hosting provider* (*ex* art. 14) che si obbliga a locare uno spazio di memoria sul proprio *server* e fornisce la specifica attività di memorizzazione duratura, su tale spazio, delle informazioni provenienti dai destinatari dei servizi.

Orbene, nel dettare la disciplina della responsabilità civile degli *internet service providers*, il legislatore europeo ha fissato delle regole che superassero le divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali (considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE), prefiggendosi l'obiettivo di promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione all'interno del mercato telematico allora nascente ed, in tal guisa, di garantirne il buon funzionamento. A tal uopo, si è fatta una scelta di politica del diritto al fine di raggiungere un «punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco» (considerando 41 della direttiva 2000/31/CE) dei fornitori dei servizi dell'informazione e dei loro destinatari[9].

La direttiva suddetta ha, così, optato per una soluzione intermedia tra le due opposte: l'esclusione della responsabilità civile dei *providers* e la previsione di criteri di imputazione della medesima troppo rigorosi[10].

La *ratio* ispiratrice della normativa parte dal convincimento che gravare gli intermediari della rete di obblighi di diligenza eccessiva nell'erogazione del servizio avrebbe penalizzato in modo sproporzionato la loro posizione, caricandoli di costi di oneri tecnici (si

[9] Sul punto cfr. M. GAMBINI, *Gli* hosting providers, cit., p. 2.

[10] Cfr. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme*, cit., p. 9 s., ove sottolinea come la scelta europea del regime di limitazione della responsabilità a favore degli *internet service providers* sia stata dettata dall'esigenza di evitare una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva. Nel condividere tale opzione, si precisa che l'utilizzo della regola di diligenza, quale criterio di valutazione della condotta del *provider*, evita gli effetti gravosi dell'inversione dell'onere della prova, propria del modello della responsabilità oggettiva che oltretutto potrebbe provocare le patologie di *overdeterrence*, e rappresenta, per tale ragione, «uno strumento flessibile ed equilibrato, ben più della regola dell'imputazione oggettiva della responsabilità». Sull'opportunità della scelta del legislatore europeo di evitare di assoggettare i gestori dei portali a modelli di responsabilità oggettiva o per rischio d'impresa, così come a modelli di responsabilità aggravata, sulla falsariga della regola accolta dall'art. 2050 c.c., in materia di attività pericolosa, si v. L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari,* in *Ann. it. dir .aut.*, 2002, p. 37 ss.

pensi ai sistemi di filtraggio), per evitare e prevenire la commissione di illeciti. Ciò sarebbe equivalso a paralizzare o quantomeno a porre dei freni all'attività imprenditoriale in via di sviluppo al momento dell'emanazione della direttiva[11] - correndosi, tra l'altro, il rischio di alimentare nel mercato oligopoli degli operatori economicamente più forti. Inoltre, si è considerato che un riconoscimento generalizzato della responsabilità civile degli *internet service providers* avrebbe implicato una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti di *internet*, poiché i primi, in particolar modo gli *hosting providers*, per evitare il rischio di incorrere nella responsabilità civile, sarebbero stati indotti a censurare i contenuti di utenti potenzialmente lesivi di diritti di terzi[12].

In tale prospettiva, la normativa ha introdotto, all'art. 15 (recepito, nel nostro ordinamento, dall'art. 17, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70), il principio generale[13] in forza del quale non grava in capo a nessuno degli intermediari della rete l'obbligo generale di sorveglianza delle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Qualora lo Stato membro lo imponga - come, nel nostro ordinamento, l'art. 17, comma 2, d. lgs. 2003/70 -, la direttiva 2000/31/CE non dispensa tuttavia tali soggetti dall'obbligo di informare prontamente le autorità pubbliche su eventuali presunte attività o materiali illeciti degli utenti dei loro servizi di cui vengano a conoscenza; né dall'obbligo di fornire, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in loro possesso che consentano l'identificazione del destinatario del servizio.

Dalla mancata previsione di un obbligo di sorveglianza si è fatta conseguire l'esclusione della responsabilità dell'*internet service provider*[14] per le informazioni trasmesse o memorizzate e le operazioni compiute dall'utente del servizio, purché il primo non intervenga in alcuna modalità sul contenuto o sullo svolgimento delle stesse. Tale regime speciale si differenzia, di fatto, dalle regole generali sulla responsabilità civile, in quanto la sua applicazione determina l'esonero di responsabilità del *provider*, nel caso in cui sussistano le condizioni ivi previste: il fornitore del servizio *on line* non è obbligato a conoscere le infor-

[11] Cfr. G.M. RICCIO, *Anonimato e responsabilità in* internet, in *Dir.inf.,* 2000, p. 335.
[12] Cfr. M. GAMBINI, *Gli* hosting providers, cit., p. 2; G. PONZANELLI, *Verso un diritto* uniforme, cit., p. 8.
[13] Cfr. M. ZARRO, *La tutela della reputazione digitale quale* «intangible asset», in *Rass.dir.civ.*, 2017, p. 1521.
[14] Per le considerazioni che seguono cfr. L. VIZZONI, *Recensioni non genuine su* Tripadvisor*; quali responsabilità?,* in *Resp .civ .prev.*, 2018, p. 710 s.

mazioni trasmesse o memorizzate e non risponderà della loro illiceità, se non ne conosca il contenuto. Sarà, quindi, responsabile solamente quando, pur essendo a conoscenza dell'illecito, non faccia nulla per prevenirlo e/o evitarlo, tenendo, in tal modo, una condotta non diligente[15].

La disciplina speciale statuisce, in sostanza, un «regime di favore» per l'*internet service provider*, fondando la sua responsabilità civile sul criterio di imputazione della colpa, per violazione del dovere di diligenza professionale[16].

In riferimento alla responsabilità civile dell'*hosting provider,* il d. lgs. 2003/70 statuisce un principio di non responsabilità delle informazioni memorizzate che viene meno: qualora costui sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività oppure l'informazione è illecita e, per quanto riguarda le azioni risarcitorie, sia al corrente di fatti o circostanze che rendano «manifesta» l'illiceità dell'attività e dell'informazione (art. 16, comma 1, lett. a)); non appena a conoscenza di tali fatti[17], non agisca prontamente per rimuovere le informazioni oppure per disabilitarne l'accesso (art. 16, comma 1, lett. b)) oppure se, ai sensi dell'art. 17, comma 2, lett. b), informato di fatti o circostanze che rendano manifesto il carattere illecito o pregiudizievole per qualcuno dell'attività o dell'informazione, non si attivi per informare l'autorità competente[18]. Ai fini della responsabilità civile dell'*hosting provider*, si impone la valutazione della "colpa per negligenza", a fronte dell'allegazione della conoscenza sostanziale di attività o informazioni illecite oppure di fatti o circostanze che rendano l'illiceità dell'attività o dell'informazione manifesta; tutto ciò non comporta tuttavia l'attivazione del *provider* nel controllare i contenuti memorizzati, salvo che vi sia una specifica segnalazione da parte «delle autorità competenti»[19].

---

15 Cfr. G. PONZANELLI, *Verso un diritto* uniforme, cit., p. 8.

16 Cfr. M. ZARRO, *La tutela della reputazione digitale*, cit., p. 1521. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., p. 135, parla di «confini mobili» della direttiva 2000/31/CE che detta, per l'appunto, una regolamentazione solo "minima" della responsabilità degli intermediari della rete.

17 «Su comunicazione delle autorità competenti».

18 L'art. 16, comma 3, d.lgs. 2003/70, prevede che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente possa esigere, anche in via d'urgenza, che l'*hosting provider*, nell'esercizio delle proprie attività, impedisca oppure ponga fine alle violazioni commesse. Sulla tutela inibitoria, nell'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e sulla tutela preventiva e specifica nel diritto nazionale, con particolare riferimento agli ordini inibitori nell'esperienza giuridica francese ed italiana, si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., pp. 193 ss., 204 ss., 218 ss.

19 Cfr. M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'*internet service provider, in *Resp. civ .prev.*, 2015, p. 1319.

Esiste, pertanto, per tale figura di *provider*[20] una «generale esenzione di responsabilità» che non si applicherà, però, qualora, pur essendo a conoscenza di fatti illeciti, non intervenga immediatamente, in conformità a quanto previsto dal legislatore[21].

In ogni caso, l'*hosting provider* potrà beneficiare dei limiti della responsabilità, ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, in linea con quanto previsto dal considerando 42 della medesima, unicamente quando si connoti per lo svolgimento di un'attività «neutra» o

[20] Avendo riguardo all'attività del *provider* di *mere conduit*, l'art. 14, d.lgs. 2003/70 statuisce che costui non sarà responsabile delle informazioni trasmesse, purché non dia origine alla loro trasmissione, non le selezioni, né le modifichi e non selezioni il destinatario. In sostanza, il *provider* sarà responsabile solo qualora produca il contenuto, selezioni i destinatari e/o compia altre operazioni di filtraggio: ciò vuol dire che l'esonero della responsabilità dipende dalla circostanza che lo stesso abbia una posizione di «assoluta neutralità rispetto all'informazione veicolata». Per quanto concerne la figura del *caching provider*, l'art. 15, d.lgs. 2003/70 stabilisce che, nel prestare il servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere su una rete di comunicazione le informazioni conferite da parte del destinatario del servizio, il fornitore del servizio non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, effettuata al solo fine di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari, a condizione che: non modifichi le informazioni; si conformi alle loro condizioni di accesso ed alle loro norme di aggiornamento che siano indicate in modo ampiamente riconosciuto ed impiegato dalle imprese del settore; non interferisca con l'uso lecito di una tecnologia che sia diffusamente riconosciuta ed utilizzata nel settore, allo scopo di ottenere dati sull'impiego delle informazioni. Inoltre la responsabilità del *provider* sarà esclusa unicamente qualora agisca «prontamente» per rimuovere le informazioni che abbia memorizzato oppure per disabilitare l'accesso alle stesse, «non appena» venga «effettivamente» a conoscenza della circostanza che le informazioni siano state rimosse dal luogo in cui si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle stesse sia stato disabilitato oppure che l'autorità giudiziaria oppure amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione. Dalla lettera delle disposizioni menzionate, appare evidente come il regime di *favor* legislativo, previsto per il *caching provider,* sia più limitato rispetto a quello statuito per il *mere conduit provider*, laddove il primo dovrà osservare una serie di condizioni più stringenti, per essere esonerato dalla responsabilità rispetto ai terzi. Per tali osservazioni, cfr. M. COCUCCIO, *La responsabilità civile*, cit., pp. 1316-1318. La ragione del differente regime di responsabilità è, senza dubbio, da ricercarsi nel differente livello di "passività", ossia di neutralità, delle due categorie di intermediari della rete. Difatti, se, per un verso, i *mere conduit providers* trasportano enormi quantità di dati per destinatari che nemmeno conoscono e si prevede, perciò, che svolgano un ruolo strettamente passivo; differentemente, i *caching providers* possono essere coinvolti più *attivamente* nei confronti dei loro utenti, in quanto è loro permesso di selezionare i dati o il destinatario del servizio - anche se non è loro consentito di modificare la copia locale dei dati memorizzati. In sostanza, la possibilità di selezionare i dati o il destinatario è una «caratteristica chiave» di un fornitore di *caching* che potrebbe voler limitare l'accesso ai propri servizi o che potrebbe voler filtrare le informazioni messe a disposizione dei propri utenti. Sul punto cfr. *EU Study on the Legal analysis of a Single Market for the information society. New rules for a new age? 6. Liability of online intermediaries*, in ec.europa.eu › newsroom › document, November 2009, p. 8.

[21] Come dichiarato nell'ordinanza Trib. Roma, 20 ottobre 2011, in *www.leggioggi.it*, l'*hosting provider* non sarà responsabile, se non quando venga a conoscenza e non intervenga, secondo le modalità previste dal legislatore, proprio in ragione della circostanza che non sussiste, in via generale, in capo a costui né l'obbligo generale di sorveglianza, né l'obbligo di ricerca attiva su fatti e circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Si specifichi (cfr. M. COCUCCIO, *La responsabilità civile*, cit., p. 1319*)* che, ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.lgs. 2003/70, oggetto di attenzione, l'esenzione non si applica, qualora il destinatario del servizio agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore; l'*hosting provider* risponderà per fatto illecito altrui, *ex* art. 2049 c.c., in concorso con l'autore del medesimo, nei casi in cui quest'ultimo, agendo sotto il controllo dell'organizzazione aziendale del primo, ponga in essere attività che ledano diritti dei terzi.

meglio per un ruolo «meramente tecnico, automatico e passivo» che implica che il prestatore di servizi non conosca e non controlli le informazioni immesse e memorizzate in rete[22].

Ciò posto, a fronte di tale quadro normativo, la giurisprudenza si è trovata a dover affrontare la questione se siano tuttora riconducibili alla figura del fornitore di ospitalità, tipizzata dalla direttiva europea venti anni or sono, gli *hosting providers* le cui attività siano, nel corso del tempo, divenute assai più ampie e variegate, in ragione dell'evoluzione tecnologica[23]. Si è incentrata l'attenzione[24] precipuamente sui servizi offerti dai motori di ricerca

[22] In tal senso si è sviluppato l'indirizzo, ormai consolidato, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sul punto si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., p. 152 ss. Famoso è il *leading case* della Corte giust. (Grande sezione), 23 marzo 2010 (domande di pronuncia pregiudiziale, proposte dalla *Cour de Cassation* - Francia), cause riunite da c. 236/08 a c. -238/08, *Google France SARL e Google Inc.* c. *Louis Vouitton Malletier SA* (c. 236/08), *Google France SARL* c. *Viaticum SA e Luteciel SARL* (c. 237/08), *Google France SAR* c. *Centre National de recherche en relations humaine*s *(CNRRH) SAR, Pierre Alexis Thonet, Bruno Raboin e Tiger SARL* (c. 238/08) – citata in T. SCANNICCHIO, N.A. VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'*hosting *attivo*, in *www.filodiritto.it*, 17 gennaio 2018, nt. 2. In tale decisione, la Corte, in via di interpretazione del considerando 42 della direttiva - secondo il quale i limiti di responsabilità, previsti dagli artt. 12-14 della direttiva, sono applicabili alla sola condizione che il *provider* non svolga un «ruolo attivo» che gli consentirebbe la conoscenza ed il controllo dei dati forniti dai suoi clienti-, definisce tale criterio*,* precisando che l'attività di *mera* "ospitalità", dallo stesso svolta, sussiste unicamente qualora non ricopra «un ruolo attivo che gli consenta la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati». Allineandosi a tali argomentazioni, si v. anche la celebre sentenza della Corte giust., 12 luglio 2011, c. 324/09, l'*Oréal SA e altri* c. *eBay International AG*, in *Ann. it. dir .aut.*, 2011, p. 480 ss., con nota di J.B. NORDEMANN, *Liability of Social Networks for IP Infringements (Latest News)*: *The Eu Law Regime after l'Oréal/eBay*; la pronuncia Corte giust., 7 agosto 2018, c. 521-17, *Coöperatieve Vereniging SNB-React U.A.* c. *D.M.*, in T. SCANNICCHIO, N.A. VECCHIO, *I limiti della neutralità,* cit.) che afferma la piena responsabilità degli *hosting provider*s che svolgano un ruolo attivo, permettendo ai propri clienti l'ottimizzazione della loro attività di vendita *online*. Si v. la decisione della Corte giust., 14 giugno 2018, c. 610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV e XS4All Internet BV* che sottolinea come, a seguito dell'evoluzione tecnologica, il ruolo dell'intermediario della rete non si limiti più alla funzione di «mero trasportatore di informazioni *online*», delineando, in capo a costui, il dovere di attivarsi per la tutela dei diritti della persona nel *web.* Sul punto cfr. S. SCUDERI, *La responsabilità dell'i*nternet service provider *alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, causa c-610/15, 14 giugno 2018, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 20 luglio 2018. In materia di diffamazione *on line,* si v. la sentenza Corte giust., 11 settembre 2014, c. 291/13, *Sotiris Papasavvas* c. *O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd., Takis Kounnafi, Giorgio Sertis,* in cui il ricorrente lamentava un danno subito, a seguito della pubblicazione di taluni articoli diffamatori sul sito *internet* di un quotidiano, con la quale la Corte ha dichiarato l'inapplicabilità della disciplina europea di esonero della responsabilità civile del *provider*, sostenendo che la casa editrice aveva pubblicato la versione *online* di un giornale ed era, dunque, a conoscenza delle informazioni, esercitando sulle stesse un controllo – cfr. E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 63, nt. 17.

[23] Circostanza che induce a riflettere sulla necessità della rivisitazione della disciplina della direttiva, la cui redazione risale a quasi un ventennio fa e risulta essere non più attuale. In tal senso, *ex multis,* cfr. F. DI CIOMMO, *Programmi di filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità* on line. *A proposito della sentenza* Google/Vivi Down*,* in *Dir. inf.,* 2010, p. 474; L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli* internet provider *(ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328; G. FINOCCHIARO, *Due recenti decisioni giurisprudenziali inducono a riflettere sul tema della responsabilità della Rete*, in *www.blog-studiolegalefinocchiaro.it*.

[24] Per le notazioni che seguono cfr. E. TOSI, *Contrasti* giurisprudenziali, cit., p. 84 ss.

(come, a titolo esemplificativo, *Google*), dai *social network* (come *Facebook*) e dagli aggregatori di contenuti pubblicati da terzi, i c.dd. *user generated content* (come, ad esempio, *Youtube*).

La giurisprudenza[25] ha evidenziato come tali prestatori di servizi *on line* svolgano attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e filtraggio di contenuti digitali diffusi in rete, al fine conseguire utili d'impresa (tramite la raccolta pubblicitaria), puntualizzando che esse costituiscono, in realtà, «indici rivelatori di un'attività di interferenza» degli operatori sui contenuti pubblicati dagli utenti sulle piattaforme digitali, in quanto i primi finiscono con l'avere un, seppur minimo, grado di "consapevolezza" degli stessi.

Successivamente le corti sono pervenute alla conclusione che, non potendosi considerare codeste attività degli *hosting providers* meramente automatizzate e passive, tali soggetti debbano essere ascritti ad nuova categoria "più evoluta" e distinta da quella "tipica" prevista dal legislatore[26], con la conseguenza dell'esclusione dell'operatività delle deroghe fissate dalla disciplina europea ed italiana.

Un filone giurisprudenziale[27] ha, così, forgiato la nuova figura soggettiva «atipica» di fornitore dei servizi *on line*, il c.d. «*hosting* attivo», sostenendo che debba essere sottoposto al regime generale della responsabilità civile aquiliana[28].

Tale posizione, sebbene sia stata oggetto di critiche dottrinali[29] ed abbia subito battute d'arresto, in ragione dello svilupparsi di un diverso orientamento che ha, all'opposto, ne-

---

[25] Sul punto, cfr. E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 63. Si v. anche R. GELLI, *False recensioni su* TripAdvisor*: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato,* in *Corr. giur.*, 2016, p. 89, secondo il quale, in tali ipotesi, il fornitore di servizi informatici diventerebbe «in una certa misura, *dominus* dei contenuti caricati sul sito».

[26] In tal senso, cfr. R. GELLI, *False recensioni*, cit., p. 90.

[27] Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla questione è stato aperto dal noto «*leading case*» RTI c. *Yahoo*, sul quale si è pronunciato il Trib. Milano, sez.spec.prop.ind. e intellettuale, il 9 settembre 2011, n. 10893, segnando, per la prima volta, l'elaborazione della figura dell'«*hosting* attivo» (pronuncia pubblicata in *Riv. dir. ind.,* 2012, p. 364 ss., con nota di A. SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite* Internet*; la responsabilità degli I*nternet service provider). Nei gradi processuali successivi, se, per un verso, la Corte App. Milano, sez. impr., 7 gennaio 2015, n. 29 aveva riformato la decisione del Tribunale di Milano, puntualizzando che tutti gli *hosting provider* beneficerebbero dell'esenzione di responsabilità, quando non siano a conoscenza diretta del contenuto caricato dell'utente (pubblicata in *Dir. ind.*, 2016, p. 166 ss., con nota di M. IASELLI, *Caso Yahoo! Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell'operato dell'*internet provider); diversamente, di recente, la Cass., I sez., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., ha riconosciuto la distinzione tra *hosting* passivi ed attivi, cassando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello stessa. Per un commento, cfr. F. FRIGERIO, *Responsabilità dell'*hosting provider*: la Cassazione conferma la distinzione tra attivo e passivo*, in *www.filodiritto.it*, 18 aprile 2019.

[28] Cfr. E. TOSI, *Contrasti* giurisprudenziali, cit., p. 62 s. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sulla figura dell'*hosting* attivo, si v. L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del* provider *"attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'*hosting provider, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1261 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità di* Facebook *per la mancata rimozione di contenuti illeciti,* in *Giur. it.*, 2017, p. 638 ss.

gato la rilevanza della distinzione tra *hosting providers* attivi e passivi[30], si è comunque consolidato. É, per di più, corroborato dalla pronuncia Cass., I sez., 19 marzo 2019, n. 7708 (cit.) che, in quanto prima decisione dei giudici di legittimità su tale linea, ha, senza dubbio, un ruolo «persuasivo» sulle decisioni dei giudici di merito[31].

Secondo la suddetta impostazione, alla figura soggettiva dell'*hosting provider* «attivo» si tornano ad applicare le regole di diritto comune, poste dall'art. 2043 c.c., per *culpa in vigilando*[32]. Più specificamente, se, da un lato, di norma, l'*hosting provider* è tenuto a svolgere la propria attività, osservando il criterio di diligenza professionale, *ex* art. 1176, comma 2, c.c. che gli impone di intervenire immediatamente, qualora venga effettivamente a conoscenza di contenuti illeciti pubblicati sul portale gestito; dall'altro lato, l'*hosting provider* «attivo» sarà tenuto a prestare la cura, l'attenzione e la perizia che gli sono imposte dal tipo di attività esercitata. Ne deriva che, proprio in ragione della particolare caratterizzazione della stessa, l'*hosting provider* «attivo» potrebbe ricorrere a strumenti tecnici di filtraggio e monitoraggio che individuino la sussistenza di contenuti illeciti -quali, ad esempio, dichiarazioni diffamatorie, piuttosto che espressioni di odio e di razzismo-, al fine di rimuoverli prontamente o di disabilitarne l'accesso[33]. In altri casi, potrebbe anche impiegare soluzioni per impedire *a priori* comportamenti illeciti dei propri utenti: in relazione ai siti che pubblichino le recensioni su prodotti e servizi proposti da strutture recettive, l'*hosting provider* potrebbe prevedere

---

[29] Tra le numerose critiche dottrinali, cfr. O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli* Internet service provider, in *www.giurcost.otg*, p. 13, secondo il quale l'interpretazione che ha condotto la giurisprudenza a coniare la figura dell'*hosting* attivo sarebbe una «forzatura del dato legislativo».

[30] Si v., *ex multis*, la pronuncia di App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, citata; la decisione del Trib. Roma, sez. XVIII, 15 febbraio 2019, n. 3512 che ha dichiarato la responsabilità del *social network Facebook* per la pubblicazione sul portale di contenuti audiovisivi di terzi, per mezzo di *link* non autorizzati conducenti ad un'altra piattaforma (*Youtube*). Secondo il giudice, la dimostrazione dell'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti da parte del *provider* rende del tutto irrilevante controllare se l'attività svolta sia riconducibile alla figura dell'*hosting* attivo o a quella dell'*hosting* passivo, dal momento che, anche quest'ultimo dovrà attivarsi per consentire la rimozione di informazioni illecite immesse sul sito o impedirne l'accesso, non appena riceva la notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio, in ottemperanza all'adempimento del dovere di diligenza professionale, richiesta dal tipo di attività economica svolta. La sentenza è pubblicata in *www.francocrisafi.it › web_secondario › sentenze 2019 › tribunale civile.*

[31] In tal senso cfr. F. FRIGERIO, *Responsabilità dell'*hosting provider*: la Cassazione conferma*, cit.

[32] Cfr. R. GELLI, *False recensioni*, cit., p. 90 s.; M. ZARRO, *La tutela della reputazione digitale*, cit., p. 1523, che condivide le argomentazioni di M. GAMBINI, *Diritti di proprietà intellettuale in rete: criticità e prospettive degli strumenti di tutela nei confronti dei prestatori dei servizi* Internet, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 139, secondo la quale non si dovrebbe negare aprioristicamente la fattispecie della *culpa in vigilando* degli *internet service providers*, dal momento che gli illeciti in rete avvengono proprio in virtù dell'attività svolta da costoro che dovrebbero, per tale ragione, essere coinvolti nelle responsabilità e nelle operazioni di prevenzione e rimozione dei dati.

[33] Per tale soluzione, cfr. M. ZARRO, *La tutela della reputazione*, cit., p. 1523.

un meccanismo -adottato solo da taluni, come *Airbnb* o *Booking*, e non da altri, quali *TripAdvisor*- che permetta ai fruitori del servizio di pubblicare un'opinione, solamente qualora abbiano effettivamente usufruito del bene o del servizio offerto dall'impresa.

Ne conseguirà che gli *hosting providers* «attivi» che omettano l'uso di tali strumenti tecnici, valutabili alla luce di soluzioni organizzative di un *provider* medio, risponderanno dell'inosservanza degli obblighi di diligenza- cui siano tenuti in qualità di operatori professionali-, in forza dell'art. 2043 c.c., per violazione dei livelli qualitativi da rispettare nell'esercizio dell'attività economica d'impresa[34].

La loro responsabilità potrebbe escludersi, solo rilevando che l'adozione di tali misure "preventive" dell'evento dannoso non siano esigibili dagli *hosting providers*, in quanto troppo onerose o impossibili da attuare: circostanza che non si verifica, invece, come si evince dai potenziali interventi prospettati nel caso concreto, proprio in ragione della struttura organizzativa sottesa ai fornitori di ospitalità così descritti[35].

2. *La procedura di «notice and take down» tra ambiguità definitorie della c.d. «direttiva sul commercio elettronico» e le distinte soluzioni degli Stati membri. Una comparazione con altri ordinamenti*

La «direttiva sul commercio elettronico» si caratterizza, in taluni punti, per l'assenza di chiarezza di certe regole, derivante dalla necessità di contemperare interessi contrapposti, quali: da un lato, la salvaguardia dell'indipendenza della rete, comunemente definita «*marketplace of idea*s»[36] - dal momento che, caratterizzandosi per l'assenza di limiti, l'immediatezza e l'economicità, assurge a luogo quanto più libero di circolazione di idee ed informazioni, proteggendo l'individuo dai rischi di censure - e, quindi, della libertà di manifestazione del pensiero[37] e, in senso più ampio, della libera esplicazione della personalità umana, ai sensi

[34] Cfr. M. GAMBINI, *Diritti di proprietà intellettuale*, cit., p. 139.
[35] Cfr. M. ZARRO, *La tutela della reputazione digitale*, cit., p. 1523.
[36] Cfr. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e anonimato in rete,* in *Dir. inf*, 2014, p. 142 s.
[37] La dottrina puntualizza come il significato della libertà di manifestazione del pensiero, il cui fondamento costituzionale è nell'art. 21, assuma in *internet* nuove implicazioni di ordine giuridico. Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media*, cit., p. 125 ss; T.E. FROSINI, *Il diritto di accesso in* internet, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA e M. BASSINI (a cura di) *Diritti e libertà in* internet, Milano, 2017, p. 41 ss., il quale precisa come l'esplicarsi della libertà di espressione sia strettamente correlato al diritto di accesso a *Internet*, da qualificarsi come «diritto sociale», o meglio una pretesa soggettiva nei confronti delle istituzioni nazionali al servizio universale di *internet* che deve essere garantito a tutti i cittadini, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza.

dell'art. 2 cost.[38], nonché della protezione della *privacy* dei cibernauti; dall'altro lato, l'interesse a non rinunciare del tutto al controllo su quanto pubblicato sulle piattaforme digitali e a tutelare i soggetti che potrebbero essere danneggiati da contenuti illeciti[39].

Tra le ambiguità definitorie in merito a numerose locuzioni[40], si evidenziano: «servizi della società dell'informazione»; «attività o informazione illecita» ed, in particolare, nel fissare le condizioni alle quali il *caching provider* e l'*hosting provider* possano beneficiare del regime di responsabilità speciale, si impone loro di rimuovere «immediatamente» ovvero di disabilitare l'accesso ad informazioni illegali, non appena vengano «effettivamente a conoscenza» o «siano al corrente» di tali fatti.

In realtà, la disciplina europea non ha offerto alcuna indicazione rispetto alle procedure di «*notice and take down*», lasciando alla discrezionalità degli Stati membri ed all'operato dei *providers* la definizione in concreto di tali meccanismi[41].

Il legislatore europeo si è, così, discostato dal modello statunitense, laddove, per la prima volta, nel 1998, è stata introdotta una procedura di «*notice and take down*» nel contesto relativo alla tutela del diritto d'autore *on line*, con la disciplina dettata dal *Digital Millenium Copyright Act* (c.d. «*DMCA*»)[42]. Si tratta di un meccanismo articolato che si connota per i tempi determinati di attivazione del *provider* e per l'intervento di diverse figure. Esso attribuisce un ruolo pregnante all'oggetto della contestazione, alla garanzia del contraddittorio tra le diverse parti interessate e al contenuto informativo che debba essere pubblicato dai

[38] Ciò vale sia per il singolo, sia per i gruppi che si formino in rete al fine di manifestare critiche, reclamare pretese, partecipare al dibattito pubblico - circostanza che assume preminente valenza, quando si tratti di minoranze etniche, di genere, sociali, etc. Sul punto si v. G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato,* in *Dir. inf.,* 2014, p. 171 (§ 2.1.)

[39] Cfr. E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 71 s. In riferimento all'esigenza di contemperare la libertà di espressione ed i diritti fondamentali, con specifico riguardo ai *social networks,* si v. l'attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, in C.M. BIANCA, A.M. GAMBINO e R. MESSINETTI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei* social networks, Milano, 2016, *passim.*

[40] Cfr. *EU Study on the Legal analysis, o.c.,* p. 10 ss.

[41] Si v. A. QUARTA, *La responsabilità civile*, cit., p. 282.

[42] Si precisi (R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., pp. 2 ss., 21 ss., 48 ss.) che il precedente *Communication Decency Act* del 1996 si è diversamente posto nell'ottica della prevalenza della libertà di espressione, non imponendo alcun dovere di rimozione in capo agli intermediari della rete. Ciononostante, a fronte della loro completa deresponsabilizzazione, legislativamente statuita, la maggior parte degli *internet providers* cura le piattaforme di condivisione, intervenendo sui contenuti, dando la precedenza ad alcuni rispetto ad altri, rimuovendoli o deindicizzandoli. Si giunge, in tal guisa, al risultato di un modello di responsabilità che, nella prassi, non rispecchia la difesa della libertà di espressione in rete, normativamente avvalorata.

*providers* nelle proprie pagine *web*, per assicurare a coloro che assumano essere stati lesi la trasparenza della procedura[43].

[43] Sul punto e sull'analisi critica dei capisaldi della disciplina statunitense sui quali ci si soffermerà qui di seguito si v. S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di) Il *diritto all'oblio su* internet *dopo la sentenza* Google Spain, Roma, 2015, p. 164 s. Specificamente, secondo il meccanismo procedimentale previsto dal modello statunitense, in forza del disposto della sec. 512, (c) (2), 17 U.S.C., il *provider*, per evitare di essere dichiarato responsabile per eventuali violazioni del *copyright,* deve, in primo luogo, nominare un soggetto preposto alla ricezione ed al vaglio delle notifiche di *infringement* dei titolari di diritti d'autore (c.d. *designated agent*). Affinché costui sia facilmente identificabile dal pubblico, il gestore deve comunicare le modalità per contattarlo, indicando un apposito *link* che sia ben visibile sulla *homepage* della piattaforma gestita. Le generalità dell'*agent* devono, poi, essere trasmesse al *Register of Copyright*, organismo statale sul cui *web* sono pubblicate alcune pagine informative, facilmente accessibili, sulle procedure di rimozione. In riferimento alla *notification*, comunicazione scritta che il soggetto che assume essere stato leso deve inviare al *designated agent*, si precisi che essa deve contenere i seguenti elementi: a) la firma (autografa o elettronica) del soggetto interessato o del legale rappresentante; b) l'indicazione dell'opera protetta che si ritiene essere stata utilizzata abusivamente; c) la specificazione dell'*URL* che consenta la corretta collocazione dei materiali lesivi; d) le informazioni che siano ragionevolmente idonee ad identificare il presunto autore della violazione che permettano al *provider* di contattarlo; e) un'espressa dichiarazione in cui il ricorrente afferma di agire in buona fede a tutela dei propri diritti; f) un'ulteriore dichiarazione che confermi l'esattezza delle informazioni fornite, nonché la legittimazione ad agire avverso le condotte oggetto del reclamo. Una segnalazione priva di tali elementi non può costituire prova dell'effettiva conoscenza in capo al prestatore di servizi di eventuali violazioni e, pertanto, non rileverà ai fini dell'esenzione di responsabilità, di cui alla sec. 512 (c) (1) (A). Quando le informazioni fornite siano parzialmente incomplete – e quando esse sostanzialmente integrino i requisiti previsti dalle lettere b), c) e d) – il fornitore del servizio viene considerato non a conoscenza della violazione unicamente se contatti immediatamente l'autore della notifica, invitandolo a rettificarne il contenuto. La sec. 512 (g) prevede, dappòi, una generica presunzione di irresponsabilità a favore del prestatore di servizi che abbia provveduto, in buona fede, a disabilitare l'accesso o a rimuovere contenuti ed attività, basandosi su fatti o circostanze che ne comprovassero l'apparente illiceità, indipendentemente dal fatto che l'apparenza abbia trovato oppure meno conferma, a seguito di ulteriori accertamenti. Questa presunzione non trova, viceversa, applicazione nelle ipotesi in cui il *provider* non garantisca un contraddittorio minimo tra il titolare del *copyright* che si presume violato e l'autore delle attività o dei contenuti oggetto di notifica. Ne discende che il *provider* è obbligato ad avvertire prontamente l'utente del portale, destinatario della misura restrittiva dell'avvenuta rimozione, ponendolo, così, in condizione di produrre una contro notifica (c.d. *counter notification*). Con tale atto costui contesta l'avvenuta rimozione o disabilitazione all'accesso del contenuto. Trattasi di una dichiarazione in forma scritta in cui il *subscriber* è obbligato ad indicare la precisa localizzazione fisica del contenuto (consistente quasi sempre nell'*URL*); deve, altresì, affermare, pena la condanna per falsa testimonianza ('*perjury*'), di avere buone ragioni per ritenere (*«a good faith belief»*) che i contenuti siano stati rimossi a causa di un errore o di una non corretta identificazione. Il sottoscrittore della contro notifica è, infine, obbligato a firmare un'apposita clausola nella quale dichiari di rimettersi alla giurisdizione della competente *Federal District Court*, accettando contemporaneamente che l'*agent* provveda ad inviare il contenuto della contro notifica alla controparte/*claimant*. L*'agent*, una volta ricevuta la *counter notification*, è tenuto a comunicarla immediatamente all'autore della segnalazione, informandolo che, entro dieci giorni, provvederà alla rimessione in pristino dei contenuti che siano stati rimossi. Il *provider* deve provvedere al ripristino dopo non meno di dieci e non più di quattordici giorni lavorativi dalla ricezione della contro-notifica, a meno che l'*agent* stesso riceva dal *claimant* la comunicazione dell'avvio di un'azione legale, mirante al conseguimento della cessazione dei comportamenti ritenuti illeciti rispetto ai materiali oggetto di notifica. Per un'articolata analisi della differenza tra «conoscenza effettiva» e «conoscenza imputabile» del fatto illecito, alla luce dell'applicazione giurisprudenziale della sec. 512, c.d. «*DMCA*», si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., p. 76 ss. L'A. pone altresì in luce come l'adozione di tecnologie di riconoscimento dei contenuti su base volontaria e l'automazione del processo di invio di richieste di rimozione potrebbe porre in crisi il modello di bilanciamento dei contrapposti interessi, prospettato dal legislatore statunitense, proponendo una "messa a punto" della procedura di «*notice and take*

La circostanza e la genericità delle espressioni adottate ha sollevato serie perplessità su quando si possa correttamente affermare che il *provider* sia «a conoscenza» di un fatto illecito, in base a quanto stabilito dal legislatore europeo. Qualora[44] si sia sentito dire che su un portale vi sia un contenuto illecito? Qualora ciò sia riferito dalla stampa? Quando il soggetto danneggiato lo denunci al gestore del sito? Quando vi sia una conoscenza indiretta o indiziaria ovvero quando ciò sia accertato dall'autorità amministrativa o giudiziaria?

A fronte di tale incertezza normativa[45], gli Stati membri hanno messo a punto pratiche diverse, per verificare la presenza del livello di conoscenza richiesto.

In taluni Stati membri che non hanno previsto legislativamente una procedura formale, i presupposti per la sussistenza della «conoscenza effettiva» sono stati sviluppati dalla dottrina, dalla giurisprudenza oppure in altri sedi.

A titolo esplicativo, i lavori preparatori della legislazione dei Paesi Bassi hanno espressamente specificato come una semplice segnalazione del contenuto illecito, pubblicato sul portale, non sia sufficiente, mentre, al contrario, lo è un ordine del Tribunale[46].

La giurisprudenza tedesca, con riferimento alle azioni a tutela del diritto d'autore, si è espressa nel senso dell'inadeguatezza della segnalazione che non sia dettagliata[47].

---

*down*», per colmare, in particolare, la lacuna insita nella sec. 512, c.d. «*DMCA*», che non prevede contromisure efficaci all'utilizzazione di tecnologie di riconoscimento automatizzato di contenuti. Tra i numerosi commenti alla disciplina statunitense, si v. L. NIVARRA, *Responsabilità del* provider, in *Dig. disc. priv.*, *Sez.civ.*, XVII, Torino, 2003, p. 1195 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità del* provider, in *Resp. com. impr.*, 1997, p. 767 ss., e G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli* internet providers, cit., p. 50 ss. Si v. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di* internet, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media,* 2018, vol. 1, p. 1 ss., che sottolinea come la comune matrice liberale che connota l'Europa e gli Stati Uniti non abbia impedito la regolamentazione della responsabilità civile per comunicazioni diffuse in rete, con evidenti contraccolpi sullo statuto costituzionale della libertà di espressione.

44 Per i quesiti posti nel corpo del testo, cfr. E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 72 s.

45 Per la sintesi che segue sulla disciplina, dettata in tale ambito, dagli Stati membri, menzionati nel corpo del testo, si v. *EU Study on the Legal analysis, o.c.,* pp. 19-20.

46 Si fa riferimento al *Legislative Decree Stb.* 2004, 210, *Law implementing E-Commerce Directive* (2000/31/EC) che, nel recepire gli articoli 12-14 della direttiva, ha aggiunto un nuovo articolo al Codice Civile olandese (*DCC*) nella sezione relativa alla responsabilità civile. La sezione 6:196c del DCC elenca le limitazioni della responsabilità degli *internet service providers* nei paragrafi da (1) a (4). La sezione 6:196c (5) indica che le limitazioni della responsabilità non precludono la possibilità dell'autorità amministrativa o giudiziaria di imporre ingiunzioni ai *providers*. La previsione, di cui all'art. 15 della direttiva, che gli Stati membri dell'UE non debbano imporre agli *internet service providers* obblighi generali di controllo, non ha portato a modifiche del codice civile olandese. Cfr. *https://wilmap.law.stanford.edu/entries/legislative-decree-stb-2004-210-law-implementing-e-commerce-directive-200031ec-article*

47 La Germania ha recepito le disposizioni della direttiva sul commercio elettronico, relative alla responsabilità degli *internet service providers*, quasi pedissequamente, nei §§ 8-11 *TelemedienGesetz* (emanato il 26 febbraio 2007 (*BGB*I. I S. 179, S. 251) e modificato, da ultimo, dall'art. 11 della Legge 11 luglio 2019 (*BGB*I. I S. 1066, 1076).

Altri Stati membri non hanno previsto una procedura formale a livello legislativo, ma hanno comunque stabilito che la notifica debba rispettare criteri civilistici.

Secondo la legislazione portoghese, il *Decreto-Lei Nº 7/2004, Transpõe a Directiva 2000/31/CE, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno*[48], l'*hosting provider* non è tenuto a rimuovere un contenuto oppure a bloccarne l'accesso, per il solo fatto che un soggetto privato segnali la sussistenza di un contenuto illecito sul portale: circostanza questa che delimita la portata delle segnalazioni private.

Nel Regno Unito[49], l'atto di legislazione secondaria *the Regulations 2002, (the "E-Commerce Regulations")*, *on 21st August* 2002, n. 22, nel recepire, agli artt. 17, 18 e 19, quasi alla lettera, rispettivamente gli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE, ha apportato talune modifiche[50].

Il regolamento effettua delle precisazioni sulla portata della locuzione «conoscenza effettiva», dettando un elenco non esaustivo di elementi che una segnalazione di contenuti illeciti, ad opera di un soggetto che assuma essere stato danneggiato, debba contenere e che l'autorità giudiziaria debba verificare, al fine di decidere se l'*internet service provider* abbia ricevuto una notifica 'idonea' ad indurlo ad effettuare una verifica. Si impone, così, all'autorità giudiziaria di valutare le segnalazioni che specifichino i dati identificativi del mittente e descrivano accuratamente sia la natura illecita dell'informazione, sia il luogo specifico ove sia stata pubblicata. Inoltre, l'art. 6, paragrafo 1, lettera c), *the Regulations 2002* impone ai *providers* l'obbligo di fornire all'utente del servizio determinate informazioni di contatto che faci-

---

Per un'analisi dei punti salienti delle problematiche, sollevate dal recepimento di tali disposizioni della direttiva nell'ordinamento tedesco, e sull'evolversi degli indirizzi giurisprudenziali su tali questioni, cfr. *Gutachten zur Zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten von Internet-Service Providers in Deutschland, Frankreich, Dänmark, dem Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten von Amerika,* Avis 14-106 Lausanne, den 29. September 2015, *Stand der Länderberichte* 30.06.2015, in *https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-12-110/gutachten-sird.pdf,* pp. 29 -40.

[48] Sul punto cfr. *http://www.uaipit.com/uploads/legislacion/files/0000005643_LEY_7_transposicion_directiva_comercio_electronico_2004_01_07.pdf.*

[49] Per le riflessioni che seguono, si v. *Gutachten zur Zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, o.c.*, p. 53.

[50] Una differenza importante è data dalla circostanza che il regime speciale di responsabilità degli *internet service providers*, previsto dalla direttiva, si applica quando il contenuto pubblicato sulla piattaforma digitale, gestita dal *provider*, sia illecito dal punto di vista sia civile, sia penale. Si consideri anche che il *Defamation Act* del 2013 ha statuito una procedura di segnalazione e rimozione in contraddittorio, prevedendo regole semplificatorie dell'agire dell'intermediario, a tutela della libertà di espressione e della reputazione del singolo. Sul punto si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, cit., p. 184 ss.

litino la comunicazione rapida e diretta con lo stesso (come la posta elettronica, un indirizzo, un numero di telefono e altre informazioni di contatto) «in una forma […] che sia facilmente, direttamente e permanentemente accessibile».

Peculiare è, poi, l'approccio del legislatore francese che, nella *loi du* 21 *juin* 2004, n. 575 *pour la confiance dans l'économie numérique***,** c.d. «*LCEN*», di attuazione della direttiva, ha previsto una procedura di notifica opzionale[51].

Si premetta che, ai fini della sussistenza della responsabilità civile dell'*hosting provider*, c.d. *hébergeur,* vengono fissate due condizioni: la conoscenza effettiva dell'illegittimità del contenuto e, dal momento in cui la si acquisisca, il mancato intervento tempestivo per la rimozione dei dati in questione o la disabilitazione al loro accesso.

Per agevolare la prova dell'effettiva conoscenza della natura illecita del contenuto, la legge prevede una presunzione semplice di conoscenza dei fatti illeciti da parte dell'*hébergeur*, quando riceva la notifica di diversi elementi elencati dall'art. 6-I-5 «*LCEN*», quali: la data del fatto illecito; le generalità complete della persona fisica o giuridica notificante e l'indicazione del legale rappresentante, se si tratti di un ente; il nome ed il domicilio o la sede legale del destinatario della notifica; la descrizione dei fatti contestati e la loro puntuale localizzazione nella rete; le ragioni per le quali dovrebbe essere rimosso il contenuto informativo pubblicato, in linea sia con quanto previsto *ex lege*, sia con la situazione di fatto; la copia della corrispondenza, previamente indirizzata all'autore del contenuto illecito pubblicato, del quale si sia richiesta la rimozione o la modifica, e l'eventuale specificazione che non sia stato possibile contattare codesto soggetto. Tale procedura di notifica facoltativa permette di dimostrare che l'*hébergeur* conosca il contenuto illegale che ospita e, perciò, lo obbliga ad agire immediatamente. Ciononostante, secondo il testo di legge, se la segnalazione consente di presumere la conoscenza effettiva del carattere illecito del contenuto, la si potrà anche provare in modalità differenti. Ad ogni modo, non è sufficiente comunicare l'esistenza di contenuti illegali, affinché l'*hébergeur* sia riconosciuto responsabile della manca-

[51] La legge ha statuito un'apposita disciplina, a seconda del tipo di servizio fornito dall'*internet service provider*, distinguendo, all'art. 6, II, comma 1, tra i *fournisseurs d'accès*, ossia i fornitori di accesso ad *internet*, ed i *fournisseurs d'hébergement internet*, c.dd. *hébergeurs*. Per le considerazioni che seguono sulla disciplina francese, si v. *Gutachten zur Zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, o.c.,* pp. 41, 46. Sul punto si v. anche F. CHOPIN, *Cybercriminalité*, in *Dalloz.fr*, mars 2014, p. 352; E. RICBOURG-ATTAL, *La responsabilité civile des acteurs de l'internet, du fait de la mise en ligne de contenus illicites,* Larcier, 2014, p. 191.

ta tempestiva loro rimozione dalla piattaforma digitale. La notifica non ha, infatti, valore coercitivo tale da imporre al fornitore di ospitalità la rimozione dei contenuti illegali segnalati, dal momento che quest'ultimo è dotato di potere discrezionale nella valutazione dell'illegittimità o meno dei contenuti stessi.

Avendo, poi, precipuo riguardo alla segnalazione del contenuto illecito all'*hébergeur* da parte del soggetto offeso, si osservi altresì che un orientamento giurisprudenziale ha sostenuto che, qualora i ricorrenti non si conformino alle previsioni legislative sulla procedura di notifica, non menzionando tutte le informazioni ivi previste, la loro richiesta di rimozione di contenuti illeciti debba essere respinta, rendendo, in tal guisa, il formalismo dettato dalla legge una condizione per la validità della conoscenza effettiva[52].

Un diverso filone giurisprudenziale ha, viceversa, puntualizzato come, secondo il dato normativo, il meccanismo di notifica crei una semplice presunzione di effettiva conoscenza della natura illecita dei contenuti "ospitati" dai gestori delle piattaforme digitali, con la conseguenza che il mancato rispetto della procedura stessa non comporterebbe automaticamente la mancanza della conoscenza effettiva dell'*hébergeur* e, dunque, il rigetto della domanda[53].

---

[52] In tal senso, si v., in particolare, la sentenza della *Cour de Cassation,* I sez. civ., 17 febbraio 2011, n. 09.67896, (pubblicata in *www.legifrance.gouv.fr* (27.01.2015)), in merito alla controversia giudiziaria, avviata dalla società di produzione detentrice dei diritti del film "*Joyeux Noël*" che aveva citato in giudizio, per contraffazione e concorrenza sleale, la società *Dailymotion*, in ragione del fatto che il motore di ricerca del sito dava accesso allo *streaming* gratuito del film, chiedendo sia la rimozione del contenuto illecito dalla piattaforma di condivisione, sia il risarcimento dei danni subiti. La Corte di legittimità, dopo aver affrontato la questione della qualifica del gestore del portale, incentrando l'attenzione sul ruolo tecnico e passivo dello stesso, si è pronunciata sul contenuto della notificazione del video oggetto di contestazione, precisando che chiunque intenda far rimuovere da un portale contenuti illegali e conseguire dal fornitore di ospitalità il risarcimento del danno che assuma aver subito, a seguito della loro pubblicazione, deve attenersi scrupolosamente alle procedure di notifica, previste dall'art. 6-I-5 «*LCEN*». A fronte delle argomentazioni addotte dalla società di produzione del video che ha contestato al gestore della piattaforma di condivisione di non aver ottemperato all'obbligo di rimuovere il *file* segnalato come illegale, la Corte di legittimità, sulla base della premessa che la legge «*LCEN*» prescrive una serie di dichiarazioni da includere nella notifica, ha rilevato come le informazioni comunicate al fornitore di ospitalità non soddisfacessero l'obbligo di "descrivere" e "localizzare" il fatto oggetto della segnalazione. È, in tal modo, pervenuta alla conclusione che non potesse essere ascritto alla società *Dailymotion* l'inadempimento dell'obbligo di rimuovere immediatamente il video contestato o di disabilitarne l'accesso, sostenendo che la società abbia, in realtà, avuto «conoscenza effettiva» del contenuto contestato, solo a seguito della proposizione della domanda giudiziale. Cfr. *La Cour de Cassation confirme le statut d'hébergeur de Dailymotion,* 18 febbraio 2011, in *https://www.legalis.net/actualite/la-cour-de-cassation-confirme-le-statut-dhebergeur-de-dailymotion/*

[53] Si v. in tal senso la sentenza del *Tribunal de Grand Instance de Paris* del 10 luglio 2009 che ha precisato come, d'altra parte, secondo quanto previsto *ex lege,* la conoscenza effettiva possa altresì essere dimostrata con qualsiasi altro mezzo giuridico.

La dottrina ha, d'altra parte, evidenziato come, se, per un verso, si possa comprendere la preoccupazione di prevenire gli abusi di notifiche di contenuti illegali ai fornitori di ospitalità (l'articolo 6.I.4 della «*LCEN*» prevede un reato simile alla denuncia calunniosa) o le richieste non fondate, va, per altro verso, notato che la previsione di criteri stringenti della formulazione della segnalazione porrebbe i titolari dei diritti o le vittime di contenuti illegali in una situazione spesso molto delicata, sotto il punto di vista della rivendicazione dei loro diritti. Dal momento che l'autore della pubblicazione del contenuto illegale è sovente anonimo e che, in tale ipotesi, l'*hébergeur* è l'unica persona identificabile, la rimozione delle dichiarazioni in questione e, ancor di più, la pretesa del risarcimento dei danni costringerebbe, di fatto, l'attore a chiedere l'assistenza di un legale, non solo per garantire la comunicazione degli elementi di notifica prescritti dalla legge, ma altresì per formulare contestazioni che siano precisamente argomentate dal punto di vista giuridico, soprattutto in ambiti altamente tecnici, quali in materia di contraffazione o diffamazione, per evitare che i gestori dei portali, sulla scorta di consulenti legali, finiscano col non accoglierle, poiché non dettagliate ovvero imprecise[54].

In altri Stati membri, quali la Spagna e l'Italia, sebbene il legislatore abbia disposto che il *provider* sia obbligato a rimuovere il contenuto illecito oppure a disabilitarne l'accesso, su ordine «dell'autorità competente», le Corti hanno prevalentemente interpretato la regolamentazione, discostandosi dal dato letterale.

Sul modello italiano, si tornerà *infra* nel paragrafo successivo.

In Spagna, il legislatore, all'art. 16 della *Ley* 34/2002, *de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la informacíon y de comercio electrónico*, ha interpretato restrittivamente la locuzione europea di «conoscenza effettiva» (*conocimiento efectivo*) dell'illiceità dei contenuti pubblicati sui portali, statuendo che essa sussista quando un organo competente la dichiari preventivamente oppure ordini al *provider* la rimozione di tali informazioni o la disabilitazione al loro accesso, pur facendo salve le procedure di rilevamento del carattere illecito che siano predisposte dagli stessi *providers* e quelle che siano il prodotto di accordi di autoregolamentazione, nonché gli altri mezzi di conoscenza efficace che potranno essere individuati in futuro[55].

[54] Sul punto si v. A. RICHARD, H. MARQUETT, *La responsabilité des hébergeurs sur internet*, in *http://legalnews.fr/*, 1 giugno 2011.
[55] Cfr. *EU Study on the Legal analysis,* p. 20.

Per «organo competente»[56] si intendono tutte le autorità giudiziarie ed amministrative che operano nell'esercizio delle proprie competenze istituzionali; ma, non esistendo, in Spagna, alcun organo amministrativo preposto a tale specifico compito, ne deriva che l'unico organo che abbia la competenza di definire la liceità o l'illiceità dei contenuti pubblicati sui portali sia l'autorità giudiziaria.

Cionondimeno tale stringente procedura non è seguita dalle corti spagnole che riconoscono la responsabilità civile dei *providers*, quand'anche non si siano attivati, a seguito della segnalazione del privato che assuma essere stato leso dalla pubblicazione di contenuti illeciti da parte degli utenti delle piattaforme digitali da costoro gestite.

È il caso di sottolineare, infine, che taluni Stati membri hanno introdotto una disciplina speciale della «*notice and take down procedure*».

In Italia, la l. 29 maggio 2017 n. 71, «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyberbullismo*»[57] ha previsto la possibilità del minore ultraquattordicenne[58] che sia stato vittima di uno degli illeciti (oppure del genitore ovvero del soggetto esercente la responsabilità genitoriale), riconducibili all'art. 1, comma 2, di fare una segnalazione al titolare del trattamento oppure al «gestore del sito *internet* o del *social media*», affinché quest'ultimo provveda alla rimozione o al blocco dei contenuti oggetto delle condotte aggressive avvenute *on line*.

Tale meccanismo presenta dei limiti.

*In primis*, esso concerne unicamente i dati personali diffusi in rete e reputati lesivi della personalità dei minori di anni quattordici.

---

[56] Per le osservazioni che seguono cfr. P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria,* in *Dir. inf.*, 2011, p. 287.

[57] Per le notazioni che seguono, cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'*ISP *e meccanismi di* notice and take down, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2018, n. 5, p. 260.

[58] I. GARACI, *La "capacità digitale" del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e protezione*, in *Nuovo diritto civile*, 2019, p. 69, evidenzia come il riconoscimento della "capacità digitale" al minore ultraquattordicenne, in tale ambito regolamentare, così come nella disciplina per la protezione dei dati personali dettata dal Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, si riveli, in concreto, funzionale all'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute nella rete e coerente con il contesto normativo internazionale ed interno, ove si è assistito alla graduale emersione del diritto all'autodeterminazione del minore, nell'esercizio di diritti fondamentali a contenuto non patrimoniale.

*In secundis*, esso non solo non disciplina in maniera puntuale l'obbligo di rimozione a carico dell'*internet service provider*, ma non statuisce neanche un impianto sanzionatorio *ad hoc*. Il gestore di servizi *online* non sarà, in effetti, sanzionato nel caso in cui non rimuova i contenuti segnalati entro le ventiquattro ore dalla notifica, quand'anche si tratti di un contenuto manifestamente illecito o lesivo della dignità e della personalità del minore. Qualora, entro ventiquattro ore dalla ricezione della richiesta, il prestatore del servizio non abbia preso in carico l'istanza ed entro le quarantotto ore non vi abbia provveduto, l'interessato potrà proporre analoga richiesta al Garante della *privacy* che, entro quarantotto ore dalla ricezione, potrà adottare i provvedimenti previsti dagli art. 143 e 144 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, aggiornato dalla l. 27 dicembre 2019, 160, c.d. Codice della *privacy*. In sostanza, l'Autorità garante della protezione dei dati personali potrà invitare il titolare del trattamento a compiere il blocco spontaneo del trattamento illecito; potrà prescrivere a costui le misure opportune o necessarie, per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti; potrà disporre il blocco o vietare, in tutto o in parte, il trattamento che risulti illecito o idoneo a provocare un pregiudizio rilevante per uno o più soggetti interessati; potrà vietare, in tutto o in parte, il trattamento di dati relativi ai singoli soggetti o a categorie di soggetti, quando si ponga in contrasto con interessi rilevanti della collettività. Il *provider* che non si attivi sarà, in via conclusiva, sanzionabile esclusivamente quando non adempia agli obblighi imposti dal Garante della *privacy*, in forza dell'art. 170 del Codice della *privacy*[59].

Sotto un altro profilo, tale disciplina ha il sicuro pregio di dettare una normativa che predispone strumenti di tutela del minore, in via preventiva rispetto al rimedio risarcitorio[60].

In Germania il primo ottobre 2017 è, poi, entrato in vigore il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, la nuova legge per "migliorare la tutela dei diritti sui *social network*"[61] che ha introdotto,

[59] Cfr. A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli* internet service provider: *attualità e prospettive*, in *https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2017/12/21,* p. 1628

[60] Cfr. P. PITTARO, *La legge sul* cyberbullismo, in *Fam. dir.*, 2017, p. 819 ss.

[61] Si tratta del *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in soziale Netzwerken* del 1 settembre 2017 (BGBI. I S. 3352). Per le riflessioni che seguono, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca per l'*enforcement *dei diritti sui* social network, in *Dir.inf.*, 2017, p. 728 ss.

per la prima volta in uno Stato membro dell'Unione Europea, strumenti nuovi per contrastare gli illeciti[62] sui portali di comunicazione del *web* 2.0.

La disciplina si applica unicamente ai servizi della società dell'informazione che abbiano almeno due milioni di utenti registrati in Germania e che offrano, per scopo di profitto, spazi virtuali di condivisione di contenuti. Sono espressamente esclusi i portali di informazione in cui la responsabilità dei contenuti pubblicati sia dell'editore, oltre che le piattaforme che offrano servizi di comunicazione individuale oppure trasmissioni di contenuti specifici, quali, a titolo esplicativo, le *app* di messaggistica istantanea.

La normativa pone, in capo ai *social media,* due tipologie di obblighi.

In primo luogo*,* impone al gestore del sito che abbia ricevuto più di cento segnalazioni di contenuti illeciti in un anno solare l'obbligo di fornire, entro un mese dalla fine di ogni semestre di riferimento, un resoconto da pubblicare sulla Gazzetta Federale e sulla propria *home page*. Il resoconto deve contenere una descrizione generale sulle modalità di svolgimento delle attività e sulle risorse impiegate, sui criteri adottati per verificare ogni singolo caso, nonché una sezione attinente alle statistiche sul numero di segnalazioni ricevute, sui risultati raggiunti, sulle tempistiche di chiusura della pratica e sulle tipologie di soggetti che abbiano inviato e su quelli che abbiano valutato la segnalazione.

In secondo luogo, la legge statuisce l'obbligo del *provider* di gestire i reclami concernenti i contenuti illeciti, rimuovendoli o disabilitandone l'accesso, secondo una procedura trasparente e tempestiva. Precipuamente i *social media* devono, anzitutto, predisporre un sistema di notifica dei contenuti illeciti efficace e facilmente accessibile e son tenuti a nominare una persona autorizzata a ricevere le notifiche nella Repubblica Federale tedesca, dandone notizia sul proprio portale.

In aggiunta, una volta che la segnalazione sia ricevuta, per il gestore del sito scattano distinti obblighi. Costui dovrà rimuovere o disabilitare l'accesso al contenuto che sia consi-

[62] Il legislatore non ha fornito una definizione generica di «contenuto illecito»; ha richiamato, piuttosto, al § 1, comma 3, numerose disposizioni del Codice penale tedesco, *Strafgesetzbuch*, in tema di: utilizzo di simboli e propaganda politica vietata; preparazione e incitazione alla commissione di gravi crimini contro lo Stato; falso per l'alto tradimento dello Stato; pubblica incitazione alla violenza; disturbo della pace pubblica con la minaccia dei crimini; associazione criminale o terroristica; sedizione; diffusione di contenuti violenti; ricompensa e approvazione di crimini; diffamazione religiosa o ideologica; distribuzione, acquisto o detenzione di materiale pedopornografico; violazione della riservatezza attraverso la creazione o diffusione di fotografie; ingiuria; calunnia; diffamazione; minaccia e falsificazione di prove.

derato "manifestamente illecito" entro ventiquattro ore dalla ricezione della segnalazione, a meno che non abbia concordato un termine diverso con l'Autorità competente. Il *provider* sarà obbligato a rimuovere o a disabilitare l'accesso di "tutti" i contenuti illeciti, entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione oppure, se il caso lo richieda, a prorogare di sette giorni il termine allo scopo di garantire un contraddittorio minimo con l'utente che abbia pubblicato o condiviso il contenuto, oggetto di segnalazione; oppure, entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione, a rimettere la questione alla decisione vincolante di un organo indipendente di autoregolamentazione che sia accreditato dall'autorità amministrativa competente, ai sensi dei §§ 3, 4 della legge[63].

Il gestore del sito sarà, inoltre, tenuto a comunicare all'utente che abbia pubblicato sul portale i contenuti sia la decisione assunta, sia le motivazioni sulle quali si basa. Il soggetto che assuma essere stato leso dai contenuti pubblicati e non rimossi o disabilitati, a seguito dell'attivazione della procedura di segnalazione, potrà rivolgersi al giudice di merito, al fine di conseguire la revisione della soluzione adottata dal *provider*.

La legge prevede, infine, al § 4, sanzioni di diverse tipologie, graduandole nell'ammontare, specificamente per il caso di mancata nomina di una persona autorizzata alla ricezione delle notifiche nel territorio della Repubblica Federale tedesca o quando il prestatore non risponda alle richieste di informazioni; per il caso di violazione dell'obbligo di resoconto e di tutti gli obblighi riguardanti il funzionamento della procedura di segnalazione.

### 3. *La procedura di «notice and take down» nel nostro sistema e la sua applicazione giurisprudenziale al caso concreto*

Avendo precipuo riguardo alla disciplina italiana di attuazione della normativa europea, occorre preliminarmente rimarcare che il legislatore, nell'art. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. 2003/70, nel recepire la disposizione dell'art. 14, comma 1, lett. b) della direttiva 2000/31/CE - che esclude la responsabilità dell'*hosting provider* per le informazioni memo-

[63] Trattasi, ai sensi delle disposizioni menzionate, di un organo finanziato dai gestori delle piattaforme digitali, tenuti ad adempiere gli obblighi legislativamente previsti, e provvisto di una struttura organizzativa capace di ricevere e controllare le istanze, attuando parametri procedurali e di discrezionalità predeterminati che prevedano anche il possibile riesame delle decisioni. Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca*, cit., p. 731.

rizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore agisca immediatamente, per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, non appena sia a «conoscenza dei fatti» (*ex* lett. b)-, ha aggiunto l'inciso «su comunicazione delle autorità competenti».

Le Corti italiane sono state chiamate a sciogliere il nodo gordiano se l'*hosting provider* sia obbligato ad intervenire unicamente a seguito della comunicazione da parte dell'autorità competente e, quindi, solamente quando acquisisca una conoscenza «qualificata» del fatto illecito; ovvero se tale obbligo sorga in maniera autonoma, non appena il *provider* venga a conoscenza del contenuto illecito pubblicato, tramite la segnalazione da parte del privato che assuma essere stato leso - pur in assenza dell'ordine dell'autorità competente[64].

La giurisprudenza prevalente non si è cristallizzata sugli esiti della *mera* interpretazione letterale, procedendo ad un'interpretazione sistematica ed assiologica della norma in questione, per pervenire, in linea con talune ricostruzioni dottrinali e con gli indirizzi della giurisprudenza spagnola, alla conclusione di ritenere sufficiente la mera diffida del soggetto danneggiato, ai fini della sussistenza dell'«effettiva conoscenza» della condotta illecita dell'utente del servizio.

Prima di analizzare l'evoluzione giurisprudenziale in tale ambito, è d'uopo precisare che dall'analisi normativa compiuta emerga come non sia delineabile una responsabilità civile *ex ante* dell'*hosting provider* che deriverebbe dal mancato controllo preventivo e generale dei contenuti ospitati, trasmessi e memorizzati dallo stesso, dal momento che la disciplina esclude un obbligo di sorveglianza preventivo[65]. Il legislatore europeo ha, al contrario, spostato l'obbligo di sorveglianza dalla fase anteriore dell'immissione da parte degli utenti dei dati sulle piattaforme digitali alla fase successiva, al momento in cui il *provider*, pur avendo effettivamente conoscenza della presenza di un contenuto illecito, non si attivi per rimuoverlo o disabilitarne l'accesso[66].

È proprio alla luce di tali osservazioni che appare evidente il ruolo fondamentale delle corti nella fissazione dei criteri necessari ai fini della configurabilità della conoscenza «ef-

[64] Cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., p. 255.
[65] Cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., p. 249.
[66] Cfr. E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 71.

fettiva», da parte dell'*hosting provider*, dei contenuti illeciti pubblicati sulla piattaforma da costui gestita.

Ciò detto, secondo un primo indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi sin dalle prime applicazioni della norma menzionata, poi fatto proprio dalla giurisprudenza maggioritaria, ai fini dell'insorgere dell'obbligo di intervento *ex post* del *provider*, sarebbe sufficiente la conoscenza, comunque acquisita, e, pertanto, anche la conoscenza derivante dalla diffida di chi assuma essere titolare del diritto leso, pur in assenza di formali comunicazioni dell'autorità amministrativa o giudiziaria[67].

Tale presa di posizione risiede in diverse ragioni.

Si considera innanzitutto che l'ambiguità della formulazione atecnica ed equivoca delle previsioni, di cui all'art. 16, comma 1, lett. a) e lett. b), d.lgs. 2003/70, piuttosto che essere frutto di una ponderata scelta di politica del diritto, appaia, all'opposto, essere il risultato di un «infelice *drafting* normativo»[68]. In aggiunta, si è arguito come l'interpretazione della norma che si limitasse a ritenere esigibile l'obbligo di intervento dell'*hosting provider*, solo in seguito al ricevimento dell'ordine dall'autorità competente, ai sensi della lett. b), finirebbe con lo svuotare di contenuto la portata della previsione della lett. a); pervenendo, in tal modo, ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 16, lett. a), oltre che dell'art. 17 d.lgs. 2003/70

[67] Cfr. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'*hosting provider *tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 540-541. Tra le pronunce in tal senso si v. la sentenza del Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. civ .prev.*, 2005, 188, con nota di L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'*host provider *alla luce del d.lgs. n.70 del 2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*. Nella medesima direzione, si v. le pronunce Trib. Bari, 13 giugno 2006, in *Dir. internet*, 2006, p. 563, e Trib. Trani, 14 ottobre 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 105; l'ordinanza Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir.inf.*, 2010, p. 275, secondo la quale è ammissibile l'emissione di un provvedimento cautelare che ordini al *provider* – nel caso di specie, *YouTube LLC, Google Inc., Google UK Ltd*- la rimozione di frammenti audiovisivi di un'opera protetta che siano stati diffusi abusivamente in *Internet*, qualora costui abbia avuto «conoscenza effettiva» dell'illiceità dei contenuti, pubblicati sulla piattaforma gestita, dal titolare dei diritti (nel caso di specie RTI s.p.a.): in sostanza, si correla l'obbligo di rimozione immediata del contenuto illecito alla ricezione della diffida del soggetto offeso, non ravvisando la necessità dell'ordine dell'autorità competente. Si vedano anche l'ordinanza Trib. Milano, 20 gennaio 2011, n. 7680, in *Dir. ind.*, 2012, p. 255, con nota di A. BELLAN, *Per una* reasonable liability*: critiche alla responsabilità oggettiva dei* provider *e tutela dei diritti su* internet; si v. le ordinanze Trib. Torino, 5 maggio 2014, Trib. Torino, 23 giugno 2014, entrambe pubblicate in *www.marchiebrevettiweb.it*; si v. l'ordinanza Trib. Napoli Nord, sez. civ., II, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 629 ss., con nota di R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*; la decisione Trib. Torino, sez. impr., 7 aprile 2017, n. 1928, in *Danno resp.*, 2018, p. 87 ss. – che ha ampliato ulteriormente la portata dell'obbligo di rimozione del *provider*, sostenendo che esso, ai sensi del dato normativo, implicherebbe, in virtù degli strumenti tecnici di cui sia dotato, anche l'impedimento di nuovi caricamenti che abbiano ad oggetto informazioni già segnalate sulle piattaforme digitali.

[68] Cfr. R. GELLI, *False recensioni su* TripAdvisor, cit., p. 87.

che, come visto, ai fini dell'esonero della responsabilità civile del *provider*, gli impone di informare l'autorità competente, non appena abbia avuto conoscenza del carattere illecito di un contenuto del quale ammetta la pubblicazione[69].

Tale considerazione ha costituito una delle argomentazioni fondanti la motivazione della pronuncia del Trib. Napoli Nord, sez. civ., II, 3 novembre 2016[70] che ha puntualizzato come la scelta di non ritenere, quale presupposto necessario, la comunicazione dell'autorità competente, si basi, altresì, sul tenore del considerando 46 della direttiva europea che afferma che, per godere del regime speciale di limitazione della responsabilità, l'*internet provider* debba agire «immediatamente» nella rimozione delle informazioni o nel disabilitarne l'accesso «non appena sia informato o *si renda conto* delle attività illecite»- locuzione che non restringe in alcun modo le modalità in cui il *provider* possa venire a conoscenza del contenuto illecito ad un ordine di un'autorità competente[71].

Tale posizione è stata oggetto di critiche dottrinali[72], espresse nel solco del diverso orientamento giurisprudenziale[73] che ha fissato dei presupposti molto rigorosi, ai fini dell'individuazione dell'esistenza della «conoscenza effettiva» da parte dell'*hosting provider*, sostenendo che debbano contemporaneamente esservi entrambe le condizioni previste dall'art. 16, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 2003/70. In tale prospettiva, il *provider*, quand'anche

---

[69] Cfr. G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei* providers*: verso la creazione di un novello "censore telematico",* in *Corr. giur*., 2004, p. 91; concorde con tale ricostruzione R. GELLI, *False recensioni su* TripAdvisor, cit., p. 87.

[70] L'ordinanza Trib. Napoli Nord, sez. civ., II, 3 novembre 2016, cit., nell'accogliere parzialmente il reclamo presentato da *Facebook*, diretto a richiedere la riforma del precedente provvedimento cautelare- con il quale il Tribunale aveva accolto la domanda, proposta *ex* art. 700 c.p.c. da un'utente nei confronti di *Facebook*, ordinando "l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del *social network* di ogni *post* o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificamente alla persona del ricorrente"- affronta, in modo dettagliato, la problematica della responsabilità civile del *provider* di contenuti manifestamente illeciti. Il giudice ordina a *Facebook* la rimozione delle pagine *web* che hanno violato i diritti personalissimi della ricorrente, a seguito della richiesta da parte dell'interessata. In aggiunta, nel motivare la decisione, fa discendere la responsabilità civile del *provider* dal mancato intervento, a seguito di segnalazione del privato, specificando come non sia necessario, ai fini della configurabilità dell'obbligo del fornitore di servizi *internet* in tal senso, l'ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

[71] In tal senso si v. anche S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, cit., p. 168.

[72] Cfr. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo*, cit., pp. 540-541; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli* internet providers, cit., p. 210; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur*., 2013, p. 509; F. BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2012, p. 311 ss.

[73] Si v. l'ordinanza Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. inf.,* 2012, p. 1210, con nota di T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "*auto-complete*"* – che sottolinea come le diffide dei terzi non siano sufficienti a far sorgere, in capo al *provider*, l'obbligo di intervento, dal momento che si tratta, pur sempre, di prospettive unilaterali; si v. la sentenza App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, cit.

venisse a conoscenza di contenuti manifestamente illeciti, non sarebbe responsabile della loro mancata rimozione o della disabilitazione al loro accesso, finchè non riceva l'ordine dell'autorità competente.

Al fine di corroborare tale tesi, la dottrina ha affermato[74] che l'indirizzo della giurisprudenza maggioritaria finirebbe col non approfondire affatto le conseguenze sul piano ricostruttivo-generale dell'inciso relativo alla «denuncia delle autorità competenti», introdotto alla lett. b), che rappresenta una rilevante novità rispetto al testo della «direttiva sul commercio elettronico». Si è vieppiù posto l'accento[75] sul tenore letterale della norma che, in particolare per il diritto penale, imporrebbe il vincolo del principio di tassatività. Si è, poi, affermato[76] che la configurazione della necessità dell'ordine dell'autorità competente delimeterebbe il rischio di conferire all'*internet provider* la funzione di censura «sostanziale» che, nei casi in cui i contenuti siano di valutazione difficile ed incerta, potrebbe tendere a rimuoverli in maniera cautelativa; la soluzione a tale problematica sarebbe, dunque, ravvisabile nell'esclusivo operare di una censura «funzionale» della libertà di espressione degli internauti, ad opera dell'autorità giudiziaria, nel rispetto della legalità[77].

---

[74] Cfr. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., pp. 540-541.

[75] Cfr. F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'*internet hosting provider*, diffamazione a mezzo* Facebook *e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto,* nota alla sentenza Cass. pen., 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Foro it.*, 2017, c. 251 ss.

[76] Cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., p. 256.

[77] Si richiamano nel testo le due figure di censure, riconducibili alla c.d. «censura *de jure*»: la censura «sostanziale», una sorta di delega conferita, su spinta giurisprudenziale, ai gestori delle piattaforme digitali di valutare nella sostanza l'illiceità del contenuto da rimuovere, e la censura «funzionale» che consisterebbe nell'obbligo di tali soggetti di rimuovere i contenuti, solo se specificamente predeterminati da una legge oppure da una sentenza. Sul tema si v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e* Internet platforms: *la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2019, 1, p. 35 ss. L'autore, in realtà, nel definire la «*censura de jure*» fa specifico riferimento a quella derivante (unicamente) dalle disposizioni normative vigenti in uno specifico territorio. Sul tema si anche v. J.M. BALKIN, *Free speech is a triangle*, 118 *Columb. L. Rev.*, 2018, p. 2011 ss., il quale puntualizza come i problemi di censura, in tale ambito, derivino dalla peculiare circostanza che i soggetti che gestiscono le piattaforme digitali sono, al contempo, coloro che vigilano sui contenuti che vengono pubblicati, in quanto sono preposti alla loro selezione, organizzazione e rimozione. Si v. anche G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di* internet, in *Media Laws, Rivista del diritto dei Media,* 2018, p. 17, che precisa come le informazioni pubblicate dall'utente in rete vengano selezionate in maniera opaca dagli algoritmi dei portali. Si rammenti che, d'altronde, la Commissione Europea (nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dal titolo «Lotta ai contenuti illeciti *on line*. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme digitali», 28 settembre 2017, COM (2017) 555 *final*, punto 21) definisce gli intermediari della rete «guardiani dei contenuti». In tal senso si v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari*, *Presentazione,* cit., p. XVIII.
Di fondamentale rilevanza sulle problematiche attinenti alla censura è la sentenza Cort. giust., 3 ottobre 2019, C- 18/18, *Eva Glawischnig Piesczek* c. *Facebook Ireland Limited*, pubblicata in *http://www.medialaws.eu/la-corte-di-giustizia-la-direttiva-e-commerce-e-il-controllo-contenutistico-online-le-implicazioni-della-decisione-c-18-18-sul-discorso-pubblico-*

Pur tuttavia, a livello giurisprudenziale, prevale la tesi che, ai fini dell'attivazione dell'*hosting provider*, ritiene sufficiente la conoscenza acquisita tramite la segnalazione da parte della persona offesa.

Si condivide tale posizione interpretativa, frutto dell'operazione, compiuta a livello giurisprudenziale, di superare la tecnica della "sussunzione" del fatto ad una determinata fattispecie astratta prevista dal legislatore, pervenendo all'individuazione della disciplina «più adeguata» al caso concreto, per mezzo della valutazione del fatto, effettuata prendendo in considerazione gli interessi, i valori ed i principi che lo stesso esprima, calandolo nel contesto storico-giuridico di riferimento[78].

In tale direzione[79], le corti son pervenute ad un bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella rete, sottesi alla vicenda, quali: l'iniziativa economica privata dei *providers*, da un lato, e l'esigenza di garantire la libertà di espressione e la tutela dell'indipendenza di *internet*, dall'altro; i diritti facenti capo agli utenti, da un lato, e i diritti dei terzi lesi dai contenuti illeciti da questi caricati, dall'altro. I giudici, nel contemperare i contrapposti interessi, hanno trovato un punto di equilibrio tra la necessità di assicurare l'effettività della tutela giudiziaria dei diritti lesi e l'esigenza di tener conto delle dinamiche 'temporali' della rete. Invero, la circostanza che i contenuti pubblicati nel *web* si diffondano con velocità estrema e peculiare

*online-e-sul-ruolo-di-facebook/*, 15 ottobre 2019, con commento di M. MONTI *La Corte di giustizia, la direttiva* e-commerce *e il controllo contenutistico* online: *le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico* online *e sul ruolo di* Facebook**.** La Corte europea ha stabilito che è lecito, in base alla «direttiva sul commercio elettronico», che l'autorità giudiziaria o amministrativa richieda all'*hosting provider* la rimozione *seriale* di contenuti, quando essi siano **«**identici o equivalenti**»** ad un contenuto ritenuto illecito dalle stesse autorità. I contenuti «equivalenti» da rimuovere devono essere individuati dall'autorità giudiziaria o amministrativa, con la conseguenza che i fornitori di ospitalità non debbano procedere ad valutazione autonoma sugli stessi e che costoro possano rimuovere tali contenuti mediante procedure automatizzate. Il principio così espresso dalla Corte eviterà che gli *hosting providers* pongano in essere, in futuro, procedure di sorveglianza generalizzata o attiva. Si deve, cionondimeno, sottolineare che, sebbene la predisposizione di questo meccanismo sia da salutare con favore, non è tuttavia privo di problematiche in tema di discorso pubblico e di libertà di espressione in rete. In effetti, la pronuncia delinea un'ipotesi di «censura funzionale», laddove conferisce a *Facebook* la delega di rimozione di contenuti pubblicati sul *social network*, ma solo una volta che gli stessi siano stati individuati *a priori* dall'autorità giudiziaria o amministrativa. Il meccanismo così profilato potrebbe determinare il rischio di censure sistematiche, insito nella delega al *social network* della rimozione di contenuti senza istruzioni precise da parte di un'autorità pubblica. La Corte di Giustizia, al fine di arginare tale pericolo, avrebbe dovuto opportunamente evidenziare un aspetto procedurale importante suggerito dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni (*Conclusioni AG C 18-18,* par. 65): vale a dire quello della necessità di un meccanismo di controllo sull'operato dei fornitori di ospitalità rispetto alla censura dei contenuti degli utenti che potrebbe garantirsi per mezzo della possibilità di ricorso contro suddetta rimozione Per tali asserzioni di commento alla pronuncia della Corte europea, si rinvia a M. MONTI, *La Corte di giustizia, la direttiva* e-commerce, cit.

[78] Secondo l'autorevole insegnamento di P. Perlingieri. Per i riferimenti bibliografici cfr. nt. 2.

[79] Per le considerazioni che seguono cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., pp. 255, 256.

pervasività rende inefficiente la scelta di soluzioni interpretative che implichino un prolungamento eccessivo dei tempi di reazione dell'autorità giudiziaria. Per tale ragione è necessario garantire la tempestiva rimozione dei contenuti illeciti che superi le lungaggini di procedure istituzionali formali.

In tale ottica, quando il contenuto pubblicato sia "manifestamente illecito" – sia quando offenda diritti della personalità umana, sia quando determini una violazione di diritti di natura patrimoniale-, sarebbe «irrazionale» attendere un ordine dell'autorità amministrativa o giudiziaria: in attesa di tale intervento, potrebbe, effettivamente, accadere che i diritti in questione vengano irrimediabilmente pregiudicati e non siano, di seguito, più suscettibili di ristoro[80].

Quanto, poi, alle critiche mosse dai sostenitori di una posizione interpretativa più rigorosa, in merito al pericolo di 'privatizzazione della censura' del pensiero manifestato dagli utenti in rete, può rispondersi che esso viene superato dalla circostanza che l'utente, il cui contenuto pubblicato sul portale dovesse essere rimosso o al quale si dovesse disabilitare l'accesso, potrà, pur sempre, avviare una procedura di ricorso all'autorità giudiziaria contro la decisione presa dall'*hosting provider*, al fine di dimostrare l'assenza dei presupposti di un intervento 'oscurante' da parte di quest'ultimo.

[80] Si riprende una delle sei argomentazioni addotte dalla pronuncia del Trib. Napoli Nord, sez. civ., II, 3 novembre 2016, cit. che, per giustificare la non indispensabilità di un ordine specifico dell'autorità competente per la rimozione del contenuto illecito, fa preciso riferimento alla lesione dei diritti della personalità umana – quali il diritto all'immagine, al decoro, alla reputazione, alla riservatezza. Si crede che debba pervenirsi alla medesima conclusione, quand'anche vengano lesi, in maniera "manifestamente" illecita, diritti di natura patrimoniale. Si pensi ai contenuti diffamatori del diritto alla reputazione delle imprese che ha, senza dubbio, una connotazione di natura patrimoniale, giacché la sua lesione incide sul valore competitivo e sull'aspettativa di guadagno della stessa (sul tema, si v. *amplius* Ar. FUSARO, *Informazioni economiche e "reputazione d'impresa" nell'orizzonte dell'illecito civile,* Torino, 2010, *passim*). Un esempio sono le recensioni su ristoranti o strutture recettive che vengano fatte su *Tripadvisor* e che, al di là della veridicità dei contenuti, siano, per le modalità espressive impiegate, di per sé "manifestamente illecite", in quanto evidentemente diffamatorie: a titolo esplicativo, si pensi alle espressioni quali "ladri, ladri, ladri". Sul punto è di sicuro interesse la sentenza della Cass. pen., sez. V, 19 novembre 2018- 23 gennaio 2019, n. 3148, pubblicata in *http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/15/0000083521/Corte_di_Cassazione_sez_V_Penale_sentenza_n_3144_19_depositata_il_23_gennaio.html.* La Suprema Corte ha chiarito la cornice entro la quale possa estrinsecarsi il diritto di critica, secondo modalità che non integrino gli estremi del reato di diffamazione. Dall'articolazione della motivazione è emerso come la violazione dei limiti alla libertà di espressione si riverberi altresì, dal punto di vista applicativo, sul piano civilistico, determinando la sussistenza degli elementi costitutivi del fatto illecito "manifesto", con le conseguenze che ne derivano, nella materia *de qua,* sul piano della responsabilità civile del *provider*. Per un approfondimento della tematica degli strumenti di tutela della reputazione digitale d'impresa, mi si consenta di rinviare a G. D'ALFONSO, *Recensioni 'diffamatorie' in rete e lesione della reputazione digitale d'impresa. Illecito aquiliano e valutazione comparativa degli interessi dell'impresa e degli internauti, alla luce degli indirizzi giurisprudenziali sui limiti all'esercizio del diritto di critica*, in *Diritto mercato e tecnologia*, 15 ottobre 2019.

Si consideri, ancora, che l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito è consolidato dalla posizione assunta sul tema dai giudici di legittimità, con una pronuncia di indirizzo delle decisioni delle corti di merito.

Si fa riferimento alla sentenza della Cass. civ., sez. I, del 19 marzo 2019, n. 7708 (*supra* menzionata) che ha stabilito che l'*hosting provider*, anche passivo (nel caso specifico *Yahoo*), è corresponsabile, insieme all'utente che abbia caricato sulla piattaforma contenuti protetti dal diritto d'autore, per la loro mancata rimozione "immediata", nonché per aver continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: «a) sia a conoscenza dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio»*;* «b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico» e «c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere»[81]. La Suprema Corte riconosce, in sostanza, che la «conoscenza effettiva» possa derivare da qualsiasi tipo di comunicazione, non, perciò, in maniera esclusiva, da un ordine di diffida emanato da un'autorità competente.

Rappresenta, inoltre, senza dubbio, argomentazione a supporto dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario la circostanza che esso si ponga nel solco del principio espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, in assenza di un'univoca regolamentazione della procedura di segnalazione e rimozione, ha fornito ai giudici nazionali alcune linee interpretative, adottando un approccio caso per caso nel valutare quali atti siano configurabili come segnalazione rilevante, ai fini di far sorgere, in capo ai *providers*, un dovere di rimozione dei contenuti o di disabilitazione al loro accesso[82].

La Corte di Giustizia europea, nell'interpretare la nozione di «effettiva conoscenza», ha precisato, in una decisione ben nota[83], come il regime speciale di responsabilità

[81] Cfr. M. IASSELLI, *Responsabilità del* provider*: la Cassazione detta rilevanti principi di diritto,* in *https://www.altalex.com/documents/news/2019/03/20/diritto-d-autore-responsabilita-dell-hosting-provider.*

[82] Si v. A. QUARTA, *La responsabilità civile*, cit., p. 290.

[83] Cfr. Corte giust. (Grande sezione), 23 marzo 2010 (domande di pronuncia pregiudiziale, proposte dalla *Cour de Cassation* - Francia), cause riunite da c. 236/08 a c. -238/08, *Google France SARL e Google Inc.* c. *Louis Vouitton Malletier SA* (c. 236/08), *Google France SARL* c. *Viaticum SA e Luteciel SARL* (c. 237/08), *Google France SAR* c. *Centre National de recherche en relations humaines (CNRRH) SAR, Pierre Alexis Thonet, Bruno Raboin e Tiger SARL* (c. 238/08). Si v. il punto 109 della decisione.

dell'*hosting provider*, di cui all'art. 14 della «direttiva sul commercio elettronico», non si applichi qualora costui ometta di rimuovere i dati pubblicati sul sito o di disabilitarne l'accesso "immediatamente", seppure abbia acquisito conoscenza della natura illecita degli stessi o dell'attività del destinatario del servizio, «mediante informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo». Alla medesima stregua, in una successiva pronuncia[84], la Corte di Giustizia europea ha sostenuto che, ai fini dell'«effettiva conoscenza», è sufficiente che il *provider* sia al corrente di fatti o circostanze, in base alle quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità del contenuto pubblicato, specificando che la disposizione, di cui all'art. 14, comma 1, lett. a), debba essere interpretata nel senso che riguardi «qualsiasi situazione nella quale il prestatore» venga «ad essere, *in qualunque modo*, al corrente di tali fatti o circostanze».

Si tenga altresì conto della circostanza di notevole rilievo che il legislatore europeo ha dettato una disciplina 'speciale' che prevede l'obbligo di attivazione del *provider*, a seguito di segnalazione da parte del privato che assuma essere stato leso dal contenuto illecito ivi pubblicato. Si fa riferimento alla nuova disciplina, dettata dalla direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, n. 790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato digitale unico[85], c.d. «direttiva *copyright*» che ha riconosciuto, a determinate condizioni, la sussistenza della responsabilità civile di determinate categorie di *providers* che non agiscano tempestivamente per disabilitare l'accesso o rimuovere dal proprio sito contenuti illeciti, «dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari del diritto».

La normativa, nel porsi l'obiettivo di realizzare un processo di modernizzazione della tematica del *copyright*, ha dettato una serie di disposizioni, miranti alla «responsabilizzazione» dei prestatori di servizi *internet* che consentano ai propri utenti la pubblicazione e la condivisione *online* di contenuti protetti da *copyright*, fornendo l'accesso al pubblico, ogni qualvolta

[84] Cfr. Corte giust., 12 luglio 2011, *l'Oréal SA e altri c. eBay International AG.*, C-342/09, cit., punti 120 e 121.
[85] La Direttiva (UE) 2019/790 modifica la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati e la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

svolgano un «ruolo attivo» (anche per mezzo dell'«ottimizzazione della presentazione dei materiali» o della «loro promozione»)[86].

L'art. 17 della direttiva introduce un nuovo tipo di responsabilità delle «piattaforme *online* di condivisione di contenuti», disponendo che il *provider* "attivo" sia responsabile «*ipso facto*», quando il contenuto illecito sia immesso in rete dai propri utenti, come semplice conseguenza del caricamento sul portale. Si delinea, in tal guisa, una responsabilità *ex ante*, diversamente dalla disciplina generale della responsabilità civile degli *internet service providers* che, come detto, opera invece *ex post*[87].

Al fine di evitare tale responsabilità, il *provider* dovrà adottare una serie di misure volte ad impedire il caricamento di contenuti illeciti sul portale gestito. In sostanza, graverà sui prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* l'obbligo di ottenere da parte dei titolari di diritti «l'autorizzazione» di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, ad esempio mediante un accordo di licenza[88].

In assenza di «autorizzazione» dei titolari dei diritti, il *provider* sarà responsabile «per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, di opere e altri materiali protetti dal *copyright*», a meno che non dimostri congiuntamente: di aver compiuto i «massimi sforzi», per ottenere la suddetta autorizzazione; di avere effettuato, nel rispetto di «elevati *standard* di diligenza professionale di settore», i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili le opere e materiali specifici, per i quali abbia ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; in ogni caso, di aver agito tempestivamente, «dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari del diritto», per disabilitare l'accesso o rimuovere dal proprio sito *web* le opere o altri materiali «oggetto di segnalazione» ed aver compiuto i massimi sforzi per impedire che vengano caricati in futuro[89].

---

[86] Cfr. V. FALCE, Direttiva *Copyright* 2019: *fair use* ed eccezioni al c*opyright* tra esigenze di "apertura" e necessità di indirizzo*,* in *www.filodiritto.com*, 29 luglio 2019.

[87] Cfr. I. GENNA, Copyright*, tutti i nodi della direttiva per il recepimento in Italia e gli impatti prevedibili*, 1 aprile 2019, in *www.agendadigitale.eu*

[88] Tale autorizzazione include altresì gli atti compiuti dagli utenti che non agiscano su base commerciale oppure la cui attività non generi ricavi significativi. Cfr. M. ZANCAN, *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, 23 luglio 2019, in *www.medialaws.it*

[89] A. QUARTA, *La responsabilità civile*, cit., p. 302, evidenzia come la disciplina dettata dell'art. 17 della «direttiva *Copyright*», nel definire in modo più stringente il regime di responsabilità del *provider* per la violazione del diritto d'autore, si differenzi da quella applicabile nelle ipotesi di violazione dei diritti della personalità, cui resta

Con riferimento a tale ultima disposizione[90], si noti, in primo luogo, che la norma non fa riferimento a contenuti illeciti, bensì a contenuti "*oggetto di segnalazione*", con la conseguenza che ciò che rileva, ai fini dell'attivazione del *provider* non è l'illiceità –e, dunque, una valutazione che in tal senso venga effettuata da un'autorità competente, con successivo ordine imposto al gestore del sito di intervenire sul contenuto ivi pubblicato-, bensì la valutazione che della stessa venga effettuata dal titolare dei diritti. In secondo luogo, all'obbligo di rimozione e di disabilitazione all'accesso del contenuto, già esistente nella disciplina generale dettata dalla direttiva 2000/31/CE, si aggiunge l'obbligo del *provider* di compiere i massimi sforzi per impedire il caricamento in futuro del contenuto segnalato. Si tratta del c.d. «*notice and stay down*» che prevede, per l'appunto, che il prestatore di servizi debba non solo rimuovere il contenuto segnalato, ma anche prodigarsi affinché esso non venga ricaricato nei *server*: ragion per cui si dovrà attivare per controllare tutti i contenuti che vengano ivi immessi[91].

Si contempli, a titolo di esaustività, che l'art. 17, comma 5 della direttiva c.d. *copyright*, nell'ottica della responsabilizzazione dell'*hosting provider*, stabilisce che l'autorità giudiziaria, nel valutare se costui si sia conformato agli obblighi menzionati, dovrà vagliare, alla stregua del «principio di proporzionalità», i seguenti elementi: il tipo di opere caricate, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opera o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; la disponibilità ed il costo di strumenti adeguati ed efficaci per i prestatori di servizi[92].

applicabile, in maniera esclusiva, la regolamentazione statuita dalla «direttiva sul commercio elettronico». Sarebbe, di conseguenza, necessario un intervento di coordinamento tra l'art. 17 della Direttiva *Copyright* ed il regime speciale previsto dalla direttiva 2000/31/CE, in quanto la normativa più recente ha introdotto nuove clausole di esonero di responsabilità.

[90] Per le osservazioni che seguono, si v. B. SAETTA, *Le criticità della direttiva* copyright. *Analisi dell'articolo più controverso*, in *https://www.valigiablu.it/direttiva-copyright*-articolo13¸ 14 aprile 2019.

[91] Tale approccio è già stato adottato dalla Corte di Giustizia europea che, nelle due sentenze Sabam (Corte giust. (Terza Sez.), 24 novembre 2011, c.70/10, *Scarlet Extended SA* c. *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL* (SABAM); Corte giust. (Terza Sez.), 16 febbraio 2012, causa C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM*) c. *Netlog NV*), ha puntualizzato come, sebbene il monitoraggio globale sia in violazione delle norme comunitarie, ciononostante debba ammettersi un monitoraggio specifico ad un singolo contenuto, purché di ordine temporalmente limitato. Deve, ad ogni modo, evidenziarsi che la direttiva *copyright* non ha, piuttosto, previsto limiti di tempo. Si v. B. SAETTA, *Le criticità della direttiva* copyright, cit.,

[92] Con la conseguenza di una rilevante limitazione degli obblighi nei confronti di *start up* e di piccole e medie imprese, tenendo conto delle tempistiche del loro operato, del loro fatturato e del numero di visualizzazioni individuali. Cfr. M. ZANCAN, *La nuova direttiva sul diritto d'autore*, cit.

In via conclusiva, pur concordandosi con l'interpretazione della giurisprudenza maggioritaria italiana che propende per la sufficienza della segnalazione del privato ai fini della sussistenza dell'effettiva conoscenza dell'*hosting provider,* si ritiene di pregnante importanza arginare il rischio che costui*,* nell'accogliere indistintamente tutte le segnalazioni che gli vengano rivolte da parte di privati, finisca con l'assumere il ruolo di "censore privato" sui contenuti pubblicati sui portali.

A tal uopo, possono prospettarsi una serie di accorgimenti.

*In primis*, il fornitore di ospitalità dovrebbe chiarire, fornendo delle informazioni sul proprio sito, i requisiti ed i presupposti di operatività del meccanismo di notifica e rimozione dei contenuti illeciti, specificando, innanzitutto, che la segnalazione debba presentare un contenuto minimo necessario, al fine di essere sottoposta ad una verifica. Come già asserito in talune sentenze, la diffida del titolare dei diritti dovrebbe, per l'appunto, contenere «contestazioni specifiche e puntuali» e precisare gli estremi identificativi dei contenuti illeciti da rimuovere[93].

Nei casi, poi, in cui l'utente che abbia pubblicato il contenuto potenzialmente offensivo per i terzi sia facilmente identificabile in rete[94], il fornitore di ospitalità potrebbe adottare la *policy* di accogliere le segnalazioni degli utenti che assumano essere stati lesi, solo qualora dimostrino di aver previamente segnalato il problema al potenziale danneggiante, richiedendogli la rettifica delle informazioni pubblicate ovvero la loro rimozione dal sito, e dichiarino, sotto propria responsabilità, di non avere ricevuto alcuna risposta.

---

93 Si v. l'ordinanza Trib. Roma, 20 ottobre 2011, cit.; la sentenza App. Milano, sez. impr., 7 gennaio 2015, n. 29, cit.; la sentenza Trib. Roma, sez. impr., 27 aprile 2016, n. 8437, cit. Si v. App. Roma, sez. I civ., 19 febbraio 2018, n. 1065, riguardante un caso di diffamazione *online*, secondo la quale, dal momento che i contenuti non apparivano di per sé ingiuriosi, tanto da imporre l'attivazione del *provider*, senza un ordine dell'autorità competente, la presunzione effettiva di conoscenza di quest'ultimo sarebbe potuta derivare unicamente da una segnalazione dettagliata, contenente «le singole affermazioni ritenute non veritiere; le ragioni della asserita falsità e le fonti idonee a comprovarlo; le modifiche suggerite così da consentire alla comunità degli utenti e agli amministratori l'esecuzione dei controlli richiesti, a seguito dei quali, se positivi», si sarebbe potuto procedere alla modifica richiesta. Cfr. *http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/05/CA-Roma-sentenza-1922018-Wikimedia-Previti.pdf*

94 Sulla problematicità dell'identificazione degli autori delle recensioni e la conseguente questione dell'imputabilità della responsabilità civile in capo ai gestori delle piattaforme digitali che autorizzino la pubblicazione di commenti anonimi o con pseudonimo, mi si consenta di rinviare a G. D'ALFONSO, *Anonimato in rete e responsabilità civile dell'*hosting provider *nella prospettiva* de jure condendo*,* in *Diritto mercato tecnologia,* 10 settembre 2019, p. 28 ss.

Si ritiene, infine, opportuno, nell'ottica di preservare la connotazione della rete quale *marketplace of ideas*, 'agorà' virtuale nella quale gli utenti possano liberamente esprimere il proprio pensiero, pur sempre nel rispetto della legalità, che i numerosi gestori delle piattaforme digitali che offrano servizi ai nostri cittadini (e non solo) impieghino delle *policies* di gestione dei reclami quanto più uniformi tra loro, circostanza dalla quale deriverebbe che gli utenti si sentirebbero realmente liberi di spaziare nel *web* e scegliere, senza riserve, tra i numerosi portali ivi presenti. La soluzione più semplice da prospettare, a tal fine, consiste nell'adozione, da parte dei fornitori di ospitalità, di accordi di autoregolamentazione nei quali prevedere delle linee guida comuni da impiegare nel trattamento dei reclami.

4. *Le spinte in ambito europeo verso l'adozione di meccanismi di «notice and take down». La portata dell'incisività degli atti di soft law e la necessità di una riforma sistematica*

È questa, d'altronde, una delle proposte formulate dalle Istituzioni Europee in una serie di atti di *soft law*[95], nei quali la Commissione ha fornito agli Stati membri incisivi *incipit*

[95] Si precisa (A. ALGOSTINO, *La* soft law *comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico*? in *www.costituzionalismo.it*, 2016, fasc. 3, p. 256, pp. 258 ss., 267-268) che la locuzione «*soft law*» si riferisce ad una pluralità di atti eterogenei che, «nella duttilità e flessibilità di forme e legittimazione», presentano l'elemento in comune di esercitare effetti giuridici rilevanti, sebbene non abbiano efficacia giuridica vincolante. In tale contesto, la *soft law* può scaturire sia dalle istituzioni pubbliche, sia da soggetti privati, sia dalla combinazione dell'operato dei soggetti pubblici o privati. In riferimento a quest'ultimo profilo, la dottrina menziona, a titolo esplicativo, i Principi *Unidroit*, elaborati in materia di contratti del commercio internazionale, da parte dell'Istituto internazionale per l'Unificazione del Diritto privato (un'organizzazione intergovernativa indipendente), che raccolgono e coordinano la *lex mercatoria*, finendo col costituire una sorta di *Restatment* delle prassi commerciali dei *global players* internazionali. Tali principi non sono giuridicamente vincolanti, eppure vengono applicati ad ampio raggio negli arbitrati internazionali (*ex multis*, si v., tra i numerosi contributi sul tema dell'autore, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 252 ss). I *Principi Unidroit* rappresentano, quindi, un caso emblematico di *soft law*. Tale ricostruzione è in linea con l'insegnamento (T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. 1/2015, p. 6; ID., *Diritto comparato e diritto globale,* in M. BRUTTI e A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Global Perspectives on Legal History, A Max Plank Institute for European Legal History, volume 11, in *http://global.rg.mpg.de,* 2018, p. 209), secondo il quale «la c.d. globalizzazione - intesa come "dematerializzazione"» ha condotto al diffondersi di «nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*» che si espandono sempre più, senza limiti territoriali. Esse «sono frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli Stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto». Altra dottrina (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario,* in *www.astridonline*, p. 4 che condivide la ricostruzione di L. SELDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 112) ha puntualizzato come gli atti di *soft law* vengano normalmente classificati, sulla base della funzione che svolgono, in tre categorie: gli atti di *«pre-law»* -ossia gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti, come i Libri Bianchi, Libri Verdi-; gli atti di «*post-law*» -vale a dire gli strumenti di interpretazione di atti vincolanti, quali le comunicazioni interpretative, le linee guida ed i codici di condotta- e gli atti di *«para-law»* qualificabili come strumenti alternativi ad atti vincolanti, tra i quali si fanno rientrare le comunicazioni non interpretative, le raccomandazioni ed i pareri.

nella promozione di una responsabilizzazione degli *hosting service providers*, maggiore rispetto a quella prevista dalla disciplina attualmente vigente, suggerendo precipuamente agli Stati membri e a questi ultimi l'adozione di procedure trasparenti ed efficienti di «*notice and take down*».

L'obiettivo perseguito da tali atti è la modernizzazione della normativa, in considerazione dell'evoluzione tecnologica che si è avuta, rispetto al momento dell'emanazione della «direttiva *e-commerce*», e di aggiornamento della stessa, al fine di colmare le lacune e superare le incertezze sollevate, nel corso del tempo, dall'applicazione della disciplina europea e delle legislazioni nazionali di recepimento.

Per questa via, la Commissione Europea, il 6 maggio 2015, ha emanato una Comunicazione[96] al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, dal titolo «Strategia per il mercato unico digitale»[97]. Al punto 3.3.2. «Contrasto ai contenuti illeciti su *internet*», la Commissione Europea, nel constatare che, in più della metà dei casi, gli interventi contro i contenuti illeciti sono spesso inefficaci e poco trasparenti e che le divergenze tra le diverse prassi nazionali possono ostacolare il rispetto delle norme e minare la fiducia degli utenti nel mondo *online*, ha posto la questione sull'opportunità di innalzare il livello generale di protezione dal materiale illecito su *internet*. La Commissione si è riproposta, pertanto, di vagliare l'esigenza di presentare nuove misure, al fine di fronteggiare i contenuti illeciti in *internet* e di valutare, a tale scopo, l'opportunità di imporre ai *providers* «di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (doveri di diligenza)».

Di qui hanno fatto seguito ulteriori interventi della Commissione europea.

Si segnala la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 28 settembre 2017, dal titolo «Lotta ai contenuti illeciti *online*. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *on line*», *supra* menzionata.

---

[96] Si ritiene (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario,* cit., p. 18) che le Comunicazioni costituiscano la tipologia di *soft law* più consistente nei settori strategici per la realizzazione del mercato comune: esse sono difatti costruite con la finalità di indirizzare, in determinati settori, l'attività degli Stati membri e dei soggetti privati – nel caso specifico, gli *internet service providers.*

[97] Documento COM (2015) 192 *final.*

La Commissione europea si è impegnata a verificare l'esigenza di prevedere nuove misure, per garantire l'efficienza e la tempestività degli interventi dei *providers*, non solo nella fase di rimozione dei contenuti illeciti, ma altresì nell'ottica della loro prevenzione. A tal fine, si delinea la valutazione dell'adozione di eventuali misure legislative da parte degli Stati membri, al fine di aggiornare ed adeguare il quadro normativo attualmente vigente[98].

La Comunicazione[99] ha offerto una serie di orientamenti e principi, per indirizzare gli *hosting providers* ad incrementare la lotta contro i contenuti illeciti *online*, in cooperazione con le autorità nazionali, con gli Stati membri e con i portatori di interessi pertinenti. Si è posta la finalità di agevolare ed intensificare l'attuazione di "buone pratiche", non solo al fine di rimuovere e disabilitare l'accesso a contenuti illeciti che siano stati segnalati ai *providers*, ma anche per individuarli e prevenirli, mediante l'impiego, da parte di questi ultimi, di «misure proattive». La Commissione ha rilevato come le piattaforme digitali dispongano, ad oggi, solitamente di «mezzi tecnici per identificare e rimuovere» i contenuti illeciti e che, alla luce del «progresso tecnologico nell'elaborazione di informazioni e nell'intelligenza artificiale», l'utilizzo delle tecnologie di individuazione e di filtraggio automatico sta divenendo uno strumento ancora più importante, per contrastare i contenuti illeciti *online*.

Alla Comunicazione ha fatto seguito la Raccomandazione (UE), 1 marzo del 2018, n. 334, della Commissione Europea «sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *on line*».

Tale atto[100] si è posto nel solco dell'orientamento politico già enunciato dalla Commissione Europea nella Comunicazione del 2017, con l'obiettivo di darvi concreta attuazione. Il provvedimento, seppur privo, *ex* art. 288 del TFUE, di efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea ai quali è diretto, sebbene inidoneo ad imporre obblighi giuridici, ha ciononostante posto una serie di princípi comuni non vincolanti, suggerendo loro delle linee guida di azione[101].

---

98 Si v. M. MAZZONETTO, *Il problema dei contenuti illegali* on-line: *la risposta della Commissione Europea*, 29 marzo 2018, in *www.dirittodellinformatica.it*. Si v. anche A. QUARTA, *La responsabilità civile*, cit., p. 294 ss.

99 Come precisato nel punto 1 «Introduzione».

100 Sul punto si v. M. MAZZONETTO, *Il problema dei contenuti illegali* on-line, cit.

101 La raccomandazione è una fonte del diritto europeo, qualificabile, come visto, come atto di *soft law*. Tale provvedimento può essere rivolto sia agli Stati membri, sia ai soggetti di diritto interno, operanti nel settore di riferimento. La raccomandazione permette alle istituzioni europee di rendere note le proprie posizioni sull'evoluzione futura della propria azione e di suggerire linee di azione, senza imporre obblighi giuridici a ca-

Il provvedimento incisivamente esordisce, al punto 1, Capo I, «Obiettivo e definizioni», dichiarando che, in riferimento ai contenuti pubblicati dagli utenti delle piattaforme digitali, gli Stati membri ed i fornitori del servizio di ospitalità sono «incoraggiati ad adottare misure effettive, appropriate e proporzionate», per contrastare i contenuti illeciti *on line*, in conformità ai principi stabiliti nella Raccomandazione stessa[102].

Si prevede[103] «un doppio canale di misure», destinate ad elevare gli *standard* di diligenza degli *hosting providers*: ossia interventi sia *ex post*, sia *ex ante*.

Sul piano della prevenzione, la Commissione, al fine di garantire una risposta più rapida nella rilevazione e successiva rimozione dei contenuti illeciti, prevede innanzitutto il rafforzamento: della collaborazione tra i prestatori di servizi di *hosting* che, ove opportuno, dovrebbero condividere tra loro esperienze, soluzioni tecnologiche e le "buone pratiche", anche dando luogo ad iniziative di cooperazione, relative a codici di condotta, protocolli d'intesa ed altri accordi volontari[104]; della collaborazione tra *hosting providers* e gli Stati membri che dovrebbero predisporre procedure accelerate, per trattare le segnalazioni che provengano dalle autorità competenti[105]; della collaborazione tra gli *hosting providers* ed i «segnalatori attendibili» («comprese le organizzazioni non governative e le associazioni di categoria»)[106], realizzabile tramite la previsione di procedure accelerate, per il trattamento delle segnalazioni di questi ultimi, e la pubblicazione di condizioni chiare e obiettive, per stabilire quali soggetti, che dispongano di competenze necessarie e svolgano la propria attività in modo diligente, possano essere così qualificati[107].

Il provvedimento, facendo proprio il contenuto della Comunicazione, promuove in maniera più analitica l'adozione, da parte degli *hosting providers*, di «misure proattive oppor-

---

rico dei destinatari. Sul punto si v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, pp. 144-146; *https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_it*.

[102] Oltre che nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: precisamente nel rispetto del diritto alla libertà di espressione e di informazione (*ex* art. 10), del diritto alla protezione dei dati personali (*ex* art. 8) e di altre disposizioni europee, relative al commercio elettronico ed alla concorrenza.

[103] Sul punto, si mutuano le notazioni di G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca*, cit., p. 734 s.), di commento alla Comunicazione COM (2017) 555 *final*, *supra* menzionata.

[104] Coinvolgendo, in particolare, gli *hosting providers* che abbiano risorse limitate, in ragione della loro dimensione o della scala sui cui operino. Si v. punto 28, Capo II, «Collaborazione tra prestatori di servizi di *hosting*».

[105] Si v. punto 23, Capo II, «Collaborazione tra prestatori di servizi di *hosting* e gli Stati membri».

[106] Si v. considerando 29 della Raccomandazione.

[107] Si v. i punti 25, 26, 27, Capo II, «Collaborazione tra i prestatori di servizi di *hosting* e i segnalatori attendibili».

tune, proporzionate e specifiche» che siano efficaci, nell'individuare e rimuovere i contenuti illeciti, per ridurre i rischi di lesione dei diritti di terzi[108]. Tali misure potrebbero comprendere l'uso di strumenti automatizzati, solo quando ciò risulti «appropriato e proporzionato», in taluni casi sotto il controllo dell'intervento umano, e pur sempre a condizione che siano accompagnate da «garanzie effettive ed appropriate», in particolare da «misure di salvaguardia», di cui ai punti 19 e 20[109].

Nell'ambito delle misure operative che gli *hosting providers* debbano adottare *ex post*, la Raccomandazione, al fine di aumentare le tutele dei soggetti danneggiati dagli utenti delle piattaforme digitali, stimola, in primo luogo, l'impiego di misure idonee a garantire una risposta più veloce ed efficace, sia nel rilevare, sia nel rimuovere i contenuti illeciti, pubblicati sui portali: ossia meccanismi «di facile accesso e uso» e chiari, preposti alla raccolta di segnalazioni che devono essere adeguatamente motivate e sufficientemente dettagliate (con chiara indicazione dell'ubicazione dei contenuti), per permettere al prestatore di servizi di prendere «una decisione coscienziosa ed informata»[110].

Inoltre, per aumentare la trasparenza, si invitano gli Stati membri ad incentivare i *providers* a pubblicare descrizioni chiare e particolareggiate sulla loro politica di rimozione e disabilitazione all'accesso di contenuti illeciti e a prevedere l'obbligo, per costoro, di pubblicare relazioni su tale attività[111].

Preme sottolineare che la Raccomandazione, nel disciplinare la segnalazione dei contenuti illeciti ai *providers*, non menziona l'ordine dell'autorità competente: circostanza dalla quale può argomentarsi, *a contrario*, che, ai fini dell'intervento del *provider* di rimozione o disabilitazione all'accesso del contenuto illecito, non si configuri la necessità dell'emanazione dell'ordine preliminare dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

---

[108] Si v. punto 18, Capo II, «Misure proattive».

[109] Il punto 19 precisa come tali misure dovranno garantire un intervento diligente e proporzionato da parte degli *hosting providers* sia durante il trattamento di segnalazioni, sia in fase di decisione di rimozione di contenuti illeciti o di disabilitazione al loro accesso. Il punto 20 puntualizza che l'utilizzo di strumenti automatizzati, da parte degli *hosting providers*, in relazione ai contenuti memorizzati, dovrà essere accompagnato dalla predisposizione di garanzie, quali la verifica e la sorveglianza umana, ove opportuna.

[110] Si v. Considerando 17 della Raccomandazione.

[111] Si v. Capo II, «Trasparenza» che precisa che le relazioni dovrebbero contenere informazioni sulla quantità e sul tipo di contenuti rimossi, sul numero di segnalazioni e di repliche ricevute e sul tempo necessario per intervenire.

Avendo, poi, riguardo all'esigenza di bilanciare gli interessi di coloro che assumono essere stati lesi da contenuti illeciti e gli interessi dei fornitori degli stessi, la Raccomandazione mira a garantire il contraddittorio, contemplando il diritto di replica di questi ultimi che il *provider* è obbligato ad informare della segnalazione ricevuta, qualora sia a conoscenza dei loro recapiti[112].

Il provvedimento invita, altresì, gli Stati membri ad agevolare la soluzione stragiudiziale delle controversie, relative alla rimozione di contenuti illegali o alla disabilitazione dell'accesso ai medesimi, ed incoraggia gli *hosting providers* a consentire l'uso di meccanismi per la risoluzione stragiudiziale medesima, se disponibile negli Stati membri[113].

Si osservi, infine, che la Raccomandazione non pone in discussione il regime speciale di responsabilità degli *internet service providers*, in linea con la Comunicazione 28 settembre 2017, ove si puntualizza che l'adozione di misure proattive da parte dei *providers* non implica, di per sé, automaticamente che l'*hosting provider* vada collocato tra gli *hosting* "attivi", con la conseguente perdita del beneficio dell'assoggettabilità dello stesso al regime speciale di responsabilità civile, tracciato dalla direttiva europea. La Commissione ha chiarito (punto 3.3.1.) che i fornitori di ospitalità non dovranno essere scoraggiati, nell'adozione di misure proattive efficaci, dal timore della perdita del beneficio della deroga alla responsabilità civile[114].

La Commissione europea non intende, di fatto, sovvertire il «regime di favore», introdotto dalla disciplina europea della responsabilità civile degli *internet service provider*, e ciò appare evidente dalla circostanza che le «misure proattive» previste non intaccano il principio generale, in forza del quale non gravi, in capo a nessuno dei fornitori di servizi *on line*, né l'obbligo generale di sorveglianza delle informazioni che trasmettono e memorizzano, né

[112] Ad eccezione delle ipotesi in cui si tratti di reati gravi che comportino una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone oppure sussistano motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, in particolare di indagine e prevenzione. Si v. i punti 9-13, Capo II, «Informazione dei fornitori di contenuti e repliche». Sempre riguardo a tale aspetto, il punto 24 stabilisce che, qualora vi siano prove di reati gravi o il sospetto di minacce per la vita o per la sicurezza delle persone, derivanti dalla diffusione *online* di contenuti illegali, i *providers* sono obbligati ad informare immediatamente le autorità competenti.

[113] Si v. i punti 14, 15, Capo II, «Risoluzione extragiudiziale delle controversie».

[114] Tanto più che tali obblighi preventivi sembrano collocarsi nell'ambito del considerando n. 48 della direttiva 2000/31/CE che prevede che la medesima non pregiudica la possibilità degli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che abbiano informazioni sui loro utenti, «di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite». In tal senso si v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca*, cit., p. 735, nt. 20.

l'obbligo generale di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecita.

Alla luce di tali osservazioni, può affermarsi[115] che la linea direttrice della Raccomandazione sia la promozione della diffusione, su tutto il territorio dell'Unione Europea, di una «responsabilità sociale d'impresa». La Commissione europea stimola la responsabilizzazione sociale degli *hosting providers,* quale strumento che «dal basso» contrasti la diffusione di contenuti illeciti *on line*.

A tal uopo, benché la Raccomandazione non abbia carattere vincolante, non si esclude che possa produrre effetti giuridici a livello nazionale[116], sia stimolando gli *hosting providers* ad impiegare le misure operative "virtuose", delineate dalla Commissione; sia influendo, sul piano istituzionale, sugli indirizzi delle autorità giudiziarie e sull'evoluzione degli interventi normativi futuri degli Stati membri.

Sotto il primo punto di vista, la responsabilizzazione sociale degli *hosting providers* potrebbe costituire un punto di partenza e di indirizzo per costoro all'impiego di una maggiore diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi delle piattaforme digitali. La Commissione stimola tali soggetti all'adozione di protocolli d'intesa, codici di condotta ed accordi privati; anche se deve precisarsi che, senza dubbio, sarebbe più efficace il loro impiego non solo a livello nazionale o europeo, considerando che i maggiori *global players* sono i fornitori di servizi statunitensi. Tali strumenti di autoregolamentazione avrebbero il merito non solo di individuare, prevenire e perciò contrastare i contenuti illeciti, ma anche di arginare il pericolo della perdita di competitività dei fornitori di ospitalità "più attenti" nel contrasto degli illeciti[117]. Si comprende bene come l'adozione di misure proattive isolatamente, da parte di taluni *providers*, avrebbe difatti l'effetto di indurre gli utenti a stipulare i contratti con le piattaforme digitali "meno attente" al contrasto degli illeciti che non le impieghino, al fine di sentirsi meno controllati sui contenuti da pubblicare e per non correre il rischio della rimozione degli stessi dal sito.

115 Per le notazioni che seguono si v. M. MAZZONETTO, *Il problema dei contenuti illegali* on-line, cit.
116 Secondo l'autorevole insegnamento di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 145.
117 Si v. R. NATOLI, *La tutela dell'onore e della reputazione in* internet*: il caso della diffamazione anonima*, in *Eur. dir .priv.*, 2001, p. 466.

In riferimento al formante legislativo, si precisi che, in realtà, il considerando 41 della Raccomandazione prevede che la Commissione europea monitorerà (oltre alle misure impiegate dagli *hosting providers*) i provvedimenti concretamente assunti dai singoli Stati membri, in risposta alle indicazioni contenute nella medesima.

Si confida sull'effetto "persuasivo" della Raccomandazione che avrà il "potere (europeo) di indirizzo politico" dei legislatori nazionali[118]. I principi comuni, contenuti nel provvedimento, seppur non vincolanti, costituiranno, senz'altro, linee guida per i legislatori degli Stati membri nella previsione di «misure effettive, appropriate e proporzionate», per fronteggiare i contenuti illeciti *on line*, nell'ottica della maggiore responsabilizzazione degli *hosting providers*.

Due sono le ragioni che inducono a pensare che si approderà a tale risultato.

Si rilevi, anzitutto, che, in tale contesto, si è già creato un circolo "virtuoso" tra la legislazione nazionale e l'operato delle Istituzioni Europee, laddove le istanze di maggiore responsabilizzazione degli *hosting providers*, contenute nella Comunicazione del 2017 e nella Raccomandazione del 2018, ricalcano in certi punti l'approccio normativo del *NetzwerkdurchsetzungsGesetz*, emanato prima di tali provvedimenti[119].

È, poi, già accaduto, in altri ambiti, che un provvedimento di *soft law*, quale la Raccomandazione, rendendo nota la posizione delle Istituzioni Europee sull'evoluzione futura della propria azione, senza imporre obblighi giuridici agli Stati membri, li abbia poi influenzati, conducendoli ad emanare provvedimenti legislativi in conformità alle linee di azione ivi suggerite[120].

---

118 Pone l'accento sul valore "persuasivo" degli atti di *soft law* R. MANDRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea,* Torino, 2004, p. 192. L'autore sostiene che la *soft law*, più che fonte del diritto, sarebbe direttamente collegata al «potere comunitario di indirizzo politico»; ragion per cui gli «atti atipici» costituirebbero «strumenti di diritto mite», corredati di un'efficacia giuridica molto minore rispetto alle fonti tipiche e sarebbero volti a perseguire obiettivi politici, attraverso la loro persuasione.

119 Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca*, cit., p. 734.

120 Si fa precipuo riferimento alla Raccomandazione della Commissione europea dell'11 giugno 2013 (2013/396/UE) «relativa a princípi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione», alla quale ha fatto seguito, in linea con l'orientamento politico della Commissione europea di non delimitare lo strumento processuale di tutela collettiva risarcitoria alla sola protezione del consumatore o utente ovvero ad ambiti prettamente settoriali, l'emanazione di provvedimenti innovativi di taluni Stati membri che hanno ampliato l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della disciplina originaria in materia. Su questa linea, si segnala la legge italiana del 12 aprile 2019, n. 31, recante «Disposizioni in materia di azione di classe», entrata in vigore il 19 aprile del corrente anno; la legge francese la *loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justi-*

Per quanto attiene all'incidenza della Raccomandazione sugli orientamenti giurisprudenziali nazionali[121], assume rilievo specifico il principio espresso, da tempo, dalla Corte giust., (seconda sez.), 13 dicembre 1989, c. 322/88, *Grimaldi* c./*Fond des maladies professionelles*[122], chiamata a pronunciarsi sul valore delle raccomandazioni, nell'ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale. In tale sede, dopo aver precisato che tali atti sono normalmente adottati dalle Istituzioni Europee quando non dispongano, in forza del Trattato, del potere di emanare atti obbligatori oppure qualora reputino che non vi sia ragione per adottare atti vincolanti, ha affermato che essi non possono essere considerati privi di effetti giuridici. I giudici nazionali devono, dunque, tener conto delle raccomandazioni, nell'ambito della risoluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, quando esse contribuiscano all'interpretazione sia delle norme nazionali, sia degli altri atti vincolanti europei ovvero al completamento di norme europee, aventi valore vincolante[123]. Tale obbligo dei giudici nazionali appare, d'altronde, coerente con la necessità del rispetto volontario di atti non vincolanti europei, in quanto «elemento essenziale nella realizzazione degli scopi del Trattato».

---

*ce du XXIe siècle* che ha dettato disposizioni generali sull'*action de groupe devant le juge judiciaire*, pur enunciando che son fatte salve le disposizioni speciali, previste in numerosi ambiti, dalla disciplina: sulla lotta contro la discriminazione; dal *code du travail* (nel settore del lavoro); dal *code de l'environnement* (in ambito ambientale); dal *code de la santé publique* (codice della salute) e dalla disciplina relativa alla protezione dei dati personali**.** Sui principi espressi dalla Raccomandazione, mi si consenta di rinviare a G. D'ALFONSO, *Illeciti di massa e controversie transfrontaliere. Strumenti di tutela collettiva risarcitoria e competizione tra sistemi giurisdizionali,* in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 150 ss.

121 Per le riflessioni che seguono cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pp. 145-146.

122 Racc. 4407, pubblicata in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it*

123 Si v., in particolare, la pronuncia della Corte di legittimità, Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, cit. che, nel prevedere la configurabilità della responsabilità civile dell'*hosting provider*, ha fatto riferimento al grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete alla stregua dello «sviluppo tecnologico esistente all'epoca dei fatti». Nella motivazione, la Corte richiama la Comunicazione del 28 settembre 2017, n. 555, suddetta, nella parte in cui la Commissione europea rileva come le piattaforme digitali, ad oggi, «dispongono solitamente dei mezzi tecnici per identificare e rimuovere» i contenuti illeciti e che, alla luce del «progresso tecnologico nell'elaborazione di informazioni e nell'intelligenza artificiale, l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico sta diventando uno strumento ancora più importante nella lotta contro i contenuti illegali *online*». La sentenza è, tra l'altro, una delle prime pronunce italiane che si riferisce all'intelligenza artificiale come strumento di individuazione dei contenuti illeciti caricati in rete. L'intelligenza artificiale rappresenta, d'altronde, un tema di grande attualità giuridica del quale l'Unione Europea ha iniziato ad occuparsi in alcuni provvedimenti di *soft la*w, quali la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile in materia di robotica, e successivamente la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 25 aprile 2018 (COM(2018) 237 final), rubricate *L'intelligenza artificiale per l'Europa.* Più di recente è stato pubblicato il «Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia», Bruxelles 19 febbraio 2020, COM (2020) 65 final. Sul punto si v. F. MINIO, *Responsabilità dell'*Internet Service Provider *ed intelligenza artificiale* in *http://morrirossetti.it/responsabilita-dell-internet-service-provider-e-intelligenza-artificiale_sb_1175.html,* 26 marzo 2019.

In via conclusiva, ponendosi in un'ottica *de jure condendo,* appare evidente che, posto che la Raccomandazione rappresenti un'importante stimolo per l'innovazione legislativa degli Stati membri dell'Unione Europea, la vera spinta verso la maggiore responsabilizzazione degli *hosting providers* ed, in particolare, verso l'introduzione di una procedura trasparente ed efficiente di «*notice and take down*», dovrebbe preferibilmente avvenire con provvedimenti vincolanti, anche se i segnali propulsivi in questa direzione si rinvengono finora unicamente in atti di *soft law*.

Sarebbe opportuno un intervento armonizzante di *hard law* in tal senso, poiché le istanze di evoluzione del mercato digitale sempre più globale necessitano di regole comuni e condivise. Solo la previsione armonizzante, a livello europeo, di misure che determinino una maggiore responsabilizzazione degli *hosting providers* e di interventi (*ex ante* ed) *ex post*, destinati ad elevare gli *standard* di diligenza degli stessi, può essere idonea ad incrementare la fiducia degli utenti nel mercato digitale, renendo efficente la strategia di impulso dello stesso.

Si auspica[124], in particolare, la previsione, a livello europeo, di disposizioni di carattere generale (e non meramente settoriale) che introducano un meccanismo uniforme di «*notice and take down procedure*» che garantisca comportamenti armonici degli *hosting provider*s.

Tale regolamentazione, nel fissare i requisiti necessari, in forza dei quali possa assumersi che l'*hosting provider* sia "effettivamente" pervenuto a conoscenza della pubblicazione di contenuti illeciti sulla piattaforma gestita, dovrebbe, innanzitutto, prevedere l'obbligo di quest'ultimo di nominare un soggetto preposto alla ricezione ed al vaglio delle notifiche, sul modello sia della legislazione statunitense, c.d. «*DMCA*»[125], sia della disciplina speciale tedesca, il c.d. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* che, al § 2, comma 4, statuisce che il resoconto semestrale, pubblicato sulla *homepage* del gestore del sito, debba contenere informazioni su «organizzazione, risorse, competenze tecniche e linguistiche *delle unità responsabili della gestione delle segnalazioni*, nonché sulle attività di formazione e supporto dei soggetti responsabili della gestione delle segnalazioni». Il gestore del portale dovrebbe, poi, comunicare al pubblico, sul proprio sito, le modalità per contattare tale soggetto, indicando un apposito *link* che sia

[124] Per le notazioni che seguono, cfr. B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., p. 256 s.
[125] Si v. nt. 43 *supra.*

ben visibile sull'*homepage* della piattaforma gestita ovvero gli si dovrebbe imporre, secondo il modello inglese (ai sensi di quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 1, lett. c), *Regulations 2002* (*the* "*E-commerce-Regulations*")), di fornire informazioni di contatto che agevolino una comunicazione rapida con costui- come la posta elettronica o un numero di telefono.

Il legislatore europeo dovrebbe, inoltre, statuire analiticamente il contenuto della notifica, sul modello della legislazione francese, di cui all'art. 6-I-5, c.d. «*LCEN*».

Una regolamentazione in tale direzione finirebbe con l'agevolare, in capo al soggetto danneggiato, l'onere della prova dell'effettiva conoscenza del *provider* che si intenderebbe essere acquisita al momento del perfezionamento della notifica.

Indubbiamente, infine, per pervenire a risultati ottimali in termini di gestione efficiente di rimozione o di disabilitazione all'accesso di reclami concernenti i contenuti illeciti, il legislatore europeo dovrebbe prevedere una procedura trasparente e tempestiva che garantisca un contraddittorio minimo tra chi assuma essere stato offeso e l'utente che abbia immesso in rete il contenuto oggetto di notifica, sul modello di quello introdotto sia dalla disciplina statunitense, c.d. «*DMCA*»[126], sia, in ambito europeo, dalla disciplina speciale tedesca, dettata dal c.d. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, estendendola a tutte le piattaforme digitali di condivisione di contenuti.

Appare, infatti, senza dubbio, fondamentale garantire il contraddittorio tra le parti interessate al contenuto illecito oggetto di contestazione. In tale ottica[127], si dovrebbe imporre al fornitore di ospitalità di agevolare e mediare costantemente un colloquio tra i soggetti, titolari dei contrapposti interessi, con una soluzione modellata sul meccanismo statunitense della *notification* e della *contro notification*. Il rispetto del contraddittorio dovrebbe rappresentare, per il prestatore di servizi, non un semplice obiettivo astratto, bensì un risultato concreto da raggiungere, ogni qualvolta si assistesse all'invio, da parte del soggetto che assuma essere stato leso, ed alla recezione, da parte del *provider*, della segnalazione di un contenuto potenzialmente illecito. Si potrebbe realizzare tale risultato, prevedendo che il *provider* che non si attivi in tal senso debba essere chiamato a rispondere dei danni provocati (all'utente che abbia pubblicato il contenuto sul portale) derivanti da rimozioni arbitrarie.

126 Si v. nt. 43 *supra*.

127 Si mutuano, in tale sede, le argomentazioni addotte da S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, cit., p. 167, in commento alla disciplina dettata dal c.d. «*DMCA*» in merito al contraddittorio.

Infine, sul modello della legislazione statunitense dettata dal c.d. c.d. «*DMCA*»[128], il legislatore europeo dovrebbe intervenire per circoscrivere il rischio dei c.dd. *chilling effects*, c.d. effetti del raffreddamento della rete, quale *marketplace of ideas,* che potrebbe derivare dall'abuso da parte dei privati e dalla strumentalizzazione da parte del *provider* della procedura di «*notice and take down*», elaborando un'ipotesi specifica di responsabilità per *misrepresentation.* In linea con la *subsection* (f), si dovrebbe disporre che chiunque effettui intenzionalmente segnalazioni false, erronee o, ancora, riferite a contenuti o attività che vengano poi rimossi o disabilitati erroneamente o a seguito di una segnalazione non corretta, potrebbe essere chiamato a rispondere di tutti i danni che la propria condotta possa cagionare al *subscriber* oppure al *provider*, oltre che essere condannato al pagamento delle spese processuali e legali.

*Abstract*

The contribution analyzes the Italian discipline of the "notice and take down procedure" and the related civil liability of the hosting provider. Following a careful analysis of the most relevant regulatory interventions of the member states of the European Union, it highlights the need for a harmonizing intervention of hard law, at European level.

Capua, giugno 2020.

[128] Sul punto cfr. S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, cit., p. 166 s.

DANIELA DI SABATO*

# *Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete***

*Sommario*: 1. L'attività umana nell'era digitale. - 2. La qualificazione dell'attività degli *Internet service providers*. - 3. La responsabilità degli *Internet service providers*. - 4. Il rilievo del carattere *profit o non profit* dell'attività. - 5. Le piattaforme *market space*.

## 1. *L'attività umana nell'era digitale*

Nell'ultimo ventennio si è realizzata una rivoluzione tecnologica che ha investito le nostre abitudini quotidiane e che si è andata ad annidare nei semplici gesti della vita quotidiana. I *device* in nostro possesso e capillarmente diffusi nella fetta di modo nel quale viviamo ci consentono l'accesso alla rete che utilizziamo per orientarci in città, per avere notizie in tempo reale sul traffico, per comunicare, per acquistare beni e servizi, per acquisire informazioni, per fare ricerche di ogni tipo, anche scientifiche, per vari usi professionali, ecc. Le procedure per ottenere il soddisfacimento dei nostri bisogni e delle nostre esigenze sono sempre più semplici e immediate e ci consento di risparmiare tempo, il che le rende sempre più efficaci e insostituibili. In realtà esse, presuppongono sistemi di elaborazione di dati complessi; la complessità del sistema, peraltro, costituisce un sottostante e resta celata, ciò che noi percepiamo è l'estrema semplicità con la quale riusciamo ad ottenere risultati che un tempo si potevano conseguire solo a prezzo di tempi e sacrifici molto maggiori. Si pensi, per fare un esempio, al percorso mentale che richiedeva la consultazione di un orario ferroviario cartaceo e lo si paragoni al minimo sforzo necessario per ottenere la stessa informa-

**Professoressa ordinaria di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".*

***Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

zione attraverso l'accesso a un sito internet. Si pensi, ancora, all'attività di ricerca dei professionisti del diritto che, prima dell'avvento della rete e delle banche dati, si svolgeva consultando repertori cartacei, che quando venivano pubblicati erano già vecchi. Questi, peraltro, non consentivano alcun collegamento automatico tra le diverse voci, come accade oggi attraverso le parole chiave, quindi i rinvii, i collegamenti, i percorsi di ricerca erano affidati all'intuito del ricercatore; oggi gli algoritmi svolgono per noi questo lavoro e ci propongono informazioni collegate a quelle che stiamo cercando. La rete, inoltre, ci offre l'accesso diretto alle fonti di dottrina e di giurisprudenza che un tempo, in formato cartaceo, era molto più difficoltoso reperire.

Diversamente da altre grandi rivoluzioni tecnologiche, che nel corso del tempo l'uomo ha realizzato, la rivoluzione digitale ha prodotto non solo un accrescimento delle potenzialità dell'uomo, come generalmente si riconosce ai molti ritrovati del progresso scientifico, ma una vera e propria rivoluzione mentale analoga a quella generata da vere e proprie rivoluzioni culturali, come l'Umanesimo o l'Illuminismo. L'invenzione della stampa, ad esempio, ha consentito un potenziamento della diffusione delle idee e ha determinato «una smagliante accelerazione tecnologica, ma non un rilevabile terremoto della postura mentale degli umani». Analoghe considerazioni potrebbero farsi con riferimento alla macchina a vapore.

In definitiva, «molte sono le rivoluzioni che cambiano il mondo e spesso sono tecnologiche; ma poche sono quelle che cambiano gli uomini e lo fanno radicalmente: sarebbe forse il caso di chiamarle rivoluzioni mentali»[1] e questo effetto dirompente va riconosciuto alla rivoluzione digitale, che ha reso semplici operazioni che un tempo erano complesse e richiedevano, da parte dell'uomo, un'attività di elaborazione della complessità.

Fa parte di questa rivoluzione anche il licenziamento di tutti gli *esperti:* conta più il parere di milioni di incompetenti che l'opinione di un sapiente. I siti migliori sono quelli più visitati, i ristoranti migliori quelli più recensiti e così è per gli alberghi, i libri, i film, la musi-

[1] In questo senso A. BARICCO, *The game*, Torino, 2018, il quale si propone poi di ribaltare questa visione e ricostruire la rivoluzione mentale che ha consentito di produrre la rivoluzione tecnologica. Secondo l'A. il cambiamento epocale si basa su «l'elevazione del gioco a schema fondativo di un'intera civiltà». Il prezzo è l'allontanamento dalla complessità, dalla profondità e la predilezione per tutto ciò che è semplice e veloce.

ca, le serie tv, le cure mediche, ecc. La rivoluzione digitale ha consentito di liberarsi della casta dei sapienti e questo è, generalmente, avvertito con un senso di liberazione.

Sicuramente con questo sistema ci perdiamo tante cose e forse commettiamo qualche errore: il pericolo esiste. Senza paventare pericoli più gravi, che sono insiti probabilmente nell'affidare, ad esempio, la valutazione sull'efficacia dei vaccini al pubblico della rete invece che agli scienziati, non possiamo escludere che qualche esperto possa proporci qualcosa di nuovo e inusuale e non suggerito dal pubblico della rete, che, tuttavia, la nostra mente potrebbe imparare ad apprezzare con il tempo. Il gusto può essere guidato e sollecitato dai più illuminati. Nel corso della storia possiamo ricordare diversi movimenti letterari e artistici, che hanno radicalmente cambiato i nostri gusti e che non hanno inizialmente incontrato l'apprezzamento del pubblico.

Occorre prendere atto che la settorializzazione e l'aristocrazia del sapere non sono del nostro tempo e questo significa che la cultura, la scienza, l'accademia non può più permettersi di dialogare con se stessa, perché la comunità non è più disposta a riconoscerle alcuna supremazia e, soprattutto, perché così facendo non rende un servigio utile. Intendere il sapere come un privilegio che esclude chi non sa e confrontarsi solo con colleghi altrettanto illuminati, chiusi in una congrega di scienziati non funziona più. Funziona ancora meno ragionare per compartimenti stagni Scienziati, Tecnici e informatici da un lato e Giurisprudenza dall'altro perché grandi passi in avanti possono farsi solo valorizzando il confronto.

Il licenziamento degli esperti ha investito anche il mercato e si è tradotto nella tendenza alla disintermediazione. Perché rivolgermi all'agente di viaggio per organizzare le vacanze se posso farlo da me, perché acquistare un elettrodomestico da un negoziante che mi consiglia il più adatto alle mie esigenze se posso acquistarlo in rete, scegliendo in base alle recensioni di altri utenti.

L'eliminazione dell'intermediario negli scambi, peraltro, determina un risparmio di spesa e il dilagare degli acquisti in rete è dovuto anche al perdurare della situazione di crisi economica, che induce a una maggiore attenzione ai costi da sopportare per procurarsi la soddisfazione dei bisogni.

A fianco alle transazioni B2C inoltre si sono diffusi gli scambi *peer to peer* e i fenomeni di condivisione di beni e servizi, che consentono la soddisfazione dei bisogni attraverso un accesso temporaneo ai beni e ai servizi senza dover ricorrere all'acquisto. Questa opzione, oltre a rappresentare un'opportunità di risparmio di spesa, costituisce una manifestazione della propensione sempre più diffusa ad un consumo consapevole ed all'utilizzazione efficiente delle risorse, che consenta di gravare in maniera più misurata non solo sul patrimonio individuale bensì anche sul patrimonio comune dell'umanità.

La sfida che deve affrontare il giurista oggi sta quindi anche nella definizione dei ruoli: chi è imprenditore, chi è lavoratore dipendente, chi è lavoratore autonomo, chi è consumatore, chi è inventore, chi è autore, chi è editore, ecc.

Si possono commercializzare beni senza essere imprenditori, i consumatori sono divenuti imprenditori di se stessi: vendono beni di consumo, danno in affitto alloggi a scopo turistico, forniscono servizi di trasporto, e così via. L'emergere di figure intermedie, efficacemente definiti *prosumers*, a metà strada tra un professionista e un consumatore, mette inevitabilmente in discussione la sfera di applicazione della disciplina a tutela dei consumatori, che il legislatore ha definito sulla base della qualificazione soggettiva delle parti del rapporto. La stessa preoccupazione emerge con riferimento alla disciplina della concorrenza che è applicabile ai rapporti tra imprenditori mentre oggi non si può escludere che un illecito concorrenziale sia commesso da un *prosumer,* che imprenditore non è[2].

Anche il modo stesso di concepire l'impresa deve necessariamente essere rivisto alla luce dello stravolgimento derivante dalle nuove tecnologie. Esistono fiorenti realtà imprenditoriali che svolgono la loro attività prevalentemente *on line* e hanno bisogno di scarsissimi mezzi materiali e non si servono di lavoratori inquadrati stabilmente nell'organizzazione. La professionalità dell'attività economica nella nostra epoca non può desumersi più esclusivamente dall'esistenza di un'organizzazione stabile di mezzi, comprensiva di capitale, impianti e lavoratori.

[2] Cfr. la recente sentenza della Corte giust. 14 febbraio 2019, c. 630/17, Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGenin, in *Giur. it.*, 2019, p. 1068, con nota di A. REINSTADLER, che ha negato la qualifica di consumatore a un cliente di una banca che aveva stipulato un mutuo per la ristrutturazione del proprio appartamento da destinare in parte ad abitazione e in parte a locazione a fini turistici. Tuttavia non si può non sottolineare che i nostri giudici nazionali adottano generalmente una nozione di consumatore più ampia rispetto a quella suggerita dalla Corte di Giustizia.

Insomma non resta che prendere atto che la rivoluzione tecnologica rende inadeguate una serie di regole dettate avendo presente tutt'altro contesto ed è doveroso farlo perché questo costituisce il primo passo per fronteggiare l'esigenza di rinnovamento dell'ordinamento.

Tuttavia la prova più impegnativa che deve affrontare in questo nostro tempo il giurista è connessa alla difficoltà di collocazione in un determinato luogo dell'attività umana che si svolge attraverso la rete. La rete consente, infatti, di annullare le distanze tra gli individui e rende difficoltoso stabilire un legame tra l'attività e i rapporti giuridici che in questo ambito prendono forma e il territorio di un determinato Stato. Lo spazio, che per secoli è stato impiegato come criterio di collegamento per individuare lo Stato competente a dettare le regole ed a vigilare sulla loro applicazione, è oggi sconfinato e non costituisce più un valido punto di riferimento per sottoporre una certa attività alla giurisdizione di questo o di quello Stato. Siamo in un'epoca nella quale il diritto deve inseguire l'ovunque[3].

La rivoluzione tecnologica non solo modifica radicalmente il modo di relazionarsi, di acquisire conoscenze, di lavorare, di fare un'attività economica, ma disturba le convinzioni consolidate di noi giuristi relative al modo di intendere i confini tra gli Stati, la giurisdizione, l'impresa, i rapporti contrattuali tra utenti e con i lavoratori dipendenti[4].

---

[3] Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto,* in *Contr. impr.*, 2008, p. 867 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso* Schrems: *la sovranità digitale internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Dir. inf. e inform.*, 2015, p. 683 ss.; G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nell'era digitale*, in F. CAGGIA-G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 118.

[4] Particolarmente rilevanti, anche in considerazione dell'impatto sociale che esse hanno, sono le problematiche connesse alla posizione giuridica dei prestatori d'opera che svolgono le loro attività *on-demand*. È questione complessa e delicata quella di stabilire se la piattaforma costituisca solo il luogo nell'ambito del quale avviene l'incontro *peer to peer* della domanda e dell'offerta del servizio oppure se sia configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra la piattaforma e coloro che eseguono, per conto della stessa, la prestazione richiesta in favore degli utenti. Del resto, che questo sia un tema "caldo" è dimostrato dall'insorgere in diversi Paesi dell'occidente di controversie aventi ad oggetto la qualificazione di questi rapporti e i diritti conseguentemente riconoscibili ai lavoratori. La Comunicazione COM 356/2016 della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato economico e Sociale Europeo e al Consiglio delle Regioni del 2 giugno 2016, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, in *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF*, 13, segnala che «i confini tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati sono sempre più sfumati» e suggerisce che la sussistenza o meno del rapporto di lavoro subordinato debba essere stabilita caso per caso in base a tre criteri essenziali: - l'esistenza di un rapporto; - la natura del lavoro; - la presenza di una retribuzione. Per questo aspetto la proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione,* in www.parlamentari.org., elaborata dall'Intergruppo Parlamentare per l'Innovazione Tecnologica, che non è una Commissione Parlamentare ma una libera associazione tra parlamentari, opera una scelta precisa stabilendo che l'economia della condivisione

I problemi di giurisdizione sono stati risolti da sempre utilizzando il territorio come criterio di collegamento: dove si svolge l'attività, dove è stato concluso il contratto, dove si trova il convenuto, quale è la sede dell'impresa, e così via. Oggi tutti questi *dove* sono accompagnati da un enorme punto interrogativo perché la rete impedisce la collocazione di persone e attività in un luogo determinato[5].

non comprende le ipotesi nelle quali esista tra i gestori e gli utenti un rapporto di lavoro subordinato (art. 2, lett. a). Si veda, inoltre, la disciplina introdotta a tutela dei *riders* con il d.l. 3 settembre, n. 101, convertito nella l. 2 novembre 2019, n. 128, che, pur qualificandoli come lavoratori autonomi, introduce una serie di tutele in loro favore, tra cui soprattutto l'obbligo di sottoscrizione di un contratto in forma scritta, la previsione di un compenso orario minimo in caso di mancata sottoscrizione e l'obbligo di copertura assicurativa contro infortuni e malattie. Altrettanto interessanti sono gli aspetti relativi all'esigenza di sottoporre a tassazione gli eventuali profitti prodotti attraverso l'attività in rete. con particolare riferimento ai ricavi derivanti dalla condivisione di beni e servizi. La Commissione U E, avendo constatato che la maggiore difficoltà consiste nella tracciabilità dell'attività, auspica una cooperazione tra le autorità fiscali degli Stati membri e le piattaforme che già registrano le attività economiche degli utenti. La citata proposta di legge n. 3564 prevede la tassazione del «reddito da attività di economia della condivisione non professionale» applicando una imposta pari al 10% sui redditi fino a 10.0000 euro. I redditi superiori a questa soglia si dovrebbero cumulare ai redditi da lavoro dipendente o autonomo ed essere tassati in base all'aliquota corrispondente. I gestori delle piattaforme digitali fungono da sostituti d'imposta degli utenti. I gestori esteri dovrebbero dotarsi di una stabile organizzazione in Italia (art. 5). Una disciplina specifica è stata dettata per la tassazione sugli affitti brevi, c.d. tassa Airbnb, che è una ritenuta del 21% applicata dagli intermediari che riscuotono l'affitto e lo versano al locatore persona fisica (d.l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito in l. 21 giugno 2017, n. 96, che rinvia ad un successivo decreto di attuazione la definizione dei criteri per definire il carattere non imprenditoriale dell'attività).

[5] Il problema è all'attenzione della Corte di Giustizia, che, lo ha, ad esempio, affrontato in merito all'applicabilità della normativa europea avente ad oggetto il diritto all'oblio. Di fronte alla richiesta di un cittadino europeo che chiedeva che venissero rimosse dai motori di ricerca alcune notizie sgradevoli che lo riguardavano, giudicate non più attuali e rilevanti, la Corte ha dovuto ammettere che non poteva ordinarne la rimozione in tutto il continente e che il diritto all'oblio e il conseguente obbligo di deindicizzazione debba ritenersi applicabile solo nell'ambito del territorio dell'U.E (Corte giust. 24 settembre 2019 c.507/17, Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=43DD2BDB2ED86E8030D01F72B1262B37?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4735872*. Ne consegue che basterà navigare da un punto del mondo al di fuori del territorio dell'U.E, e per farlo non è neanche necessario fisicamente esserci, perché la tecnologia lo consente, per accedere a quelle notizie. Si veda anche Corte giust., 28 luglio 2016, c. 191/15, Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl, in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182286&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4738456* in tema di legge applicabile a un contratto di consumo stipulato tra un'impresa avente sede in uno Stato membro e consumatori residenti in altri Stati membri; Corte giust., 21 aprile 2016, c. 572/14, Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH c. Amazon EU Sàrl, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0572&from=IT* in tema di giurisdizione sulle controversie relative a illeciti civili. La difficoltà di utilizzare il criterio del collegamento territoriale è, inoltre, particolarmente avvertita ai fini della tassazione dei ricavi provenienti dall'attività dei gestori delle piattaforme informatiche. In questo campo è ormai chiaro che le legislazioni dei singoli Stati e persino quella sovrannazionale dettata dall'U E non costituisce una risposta adeguata. L'OCSE si propone quindi di risolvere il problema attraverso un approccio unificato per la definizione dell'allocazione dei profitti, che eviterebbe sia che vi siano profitti che sfuggono a qualsiasi tassazione sia duplicazioni di tassazione. A questo fine sono state avviate consultazioni tra gli Stati Cfr. Pubblic Consultation document: Secretariat Proposal for o «Unified Approch» under Pillar One *in https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf;*

Nonostante lo stravolgimento, lo sforzo degli studiosi e dei giudici non può che essere diretto all'individuazione di risposte adeguate.

Il problema dell'individuazione delle regole applicabili potrebbe essere risolto in radice se si desse credito all'idea che le uniche soluzioni adottabili in campo informatico siano di carattere squisitamente tecnico e che solo queste ultime condizionano la condotta degli utenti della rete[6]. Le norme giuridiche, oltre ad essere inutili, sarebbero anche destinate a una condizione di perenne inadeguatezza, che è insita nella loro naturale fissità da cui deriva l'inevitabile incapacità a tenere il passo con il progresso della tecnica. Questa impostazione porterebbe alla definizione di una sorta di regime di anarchia in cui si svolgerebbe l'attività in rete che dovrebbe per sua natura sfuggire ad ogni regola che non sia di carattere tecnico. Si tratterebbe di una vera e propria resa inaccettabile da parte degli ordinamenti.

L'idea dell'impenetrabilità delle regole tecniche e dell'autonomia dell'ambiente informatico che potrebbe rispondere esclusivamente a queste deve dunque essere rinnegata.

È indispensabile, però, che gli studiosi del diritto acquisiscano maggiori conoscenze nel settore informatico per ideare regole in grado di operare, tenuto conto delle caratteristiche tecniche dello strumento utilizzato e gli informatici, dal canto loro, devono avere un'adeguata formazione etica che assicuri l'uso benefico delle loro competenze.

Sta di fatto che del diritto non si può fare a meno: gli scambi sono possibili perché a monte vi è un ordinamento che stabilisce che un determinato bene è di chi lo vende e in

---

Global Anti–Base Erosion Proposal (GloBE) . Pilla Two, in *https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf* e si è prospettata la possibilità di fare riferimento al concetto di stabile organizzazione virtuale che deriverebbe dalla circostanza che un significativo numero di contratti sia concluso con clienti fiscalmente residenti in un determinato Stato. Si veda inoltre la proposta di direttiva COM (2018) 148, del 21 marzo 2018, relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, in *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-148-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF*, che ha ispirato le modifiche introdotte dalla nostra legge di bilancio 2020 (l. 27 dicembre 2019, n. 160) alle disposizioni già contenute nella legge di bilancio 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145 art. 1 comma 35–50) e mai entrate in vigore per la mancata emanazione dei decreti attuativi. La tassazione è fissata nella misura del 3%. Le aziende italiane con un fatturato superiore a 750 milioni di euro e che compiono più di 3000 transazioni utilizzando servizi digitali dovranno trattenere il 3% dagli importi dovuti agli ISP per i servizi resi e versarlo al fisco. È previsto, inoltre, espressamente che questa tassazione resterà in vigore fino all'attuazione di disposizioni dirette ad attuare accordi internazionali in materia.

[6] Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, 2014, p. 3 ss., secondo il quale l'impostazione che si basa sulla impossibilità, inutilità, illegittimità di qualsiasi regolazione di Internet è «più che ideologica, mitologica». Con specifico riferimento alla capacità delle piattaforme di autoregolamentarsi, cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione. Beni comuni e* Sharing economy, in *Beni comuni 2.0*, a cura di A. Quarta e M. Spanò, Milano, 2016, p. 91 ss.

caso di violazione della regola, anche di fonte convenzionale, deve esserci un sistema in grado di sanzionare la condotta illecita.

Dell'ordinamento non si può fare certamente a meno, ma di quale ordinamento?

Non si può ignorare che l'ambiente digitale presenta la tendenza a sfuggire alle regole e rende difficoltoso il funzionamento di tradizionali strumenti diretti ad assicurarne il rispetto[7]. La difficoltà, peraltro, non può determinare una rinuncia alla disciplina dell'attività: occorre invece individuare pochi chiari principi ampiamente condivisi[8]. La globalizzazione dell'attività e dei rapporti richiede la globalizzazione delle regole. Su questo terreno appare insostituibile il ruolo degli organismi internazionali in grado di favorire la cooperazione tra gli Stati nell'individuazione di una disciplina, che è anche lo strumento attraverso il quale questi possono riaffermare le proprie prerogative rispetto alla paventata anarchia dell'ambiente informatico[9].

Le regole da applicare nell'ambiente digitale dovrebbero essere ridotte all'essenziale: è, infatti, più facile raggiungere un elevato grado di condivisione con riferimento a poche ed essenziali prescrizioni. I principi fondanti degli ordinamenti democratici potrebbero costituire un valido punto di partenza. Questi principi dovrebbero comporre il contenuto della "nuova cittadinanza planetaria". La definizione è di Stefano Rodotà, il quale indica, come contenuto essenziale dello *status* di cittadino della rete, la libertà di utilizzazione, il diritto alla conoscenza, il diritto alla privacy[10]. A questi diritti fondamentali vanno imprescindibilmente aggiunti quelli funzionali alla sopravvivenza delle strutture democratiche, che sono il presupposto ineliminabile per una vita dignitosa della persona e per l'esercizio attivo della nuova cittadinanza. Principio fondante dell'ordinamento globalizzato deve essere individua-

[7] Cfr. in tema S. RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., p. 38, secondo il quale Google e tutto ciò che lo riguarda rappresenta «una nuova versione degli *arcana imperii*».

[8] In questa materia, nella quale il caso concreto inevitabilmente travalica la soglia delle sovranità nazionali, più che mai occorre utilizzare «i principi fondamentali, lo *ius gentium*, l'innovativo sostanziale apporto delle Convenzioni internazionali e delle Carte Costituzionali». Così, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva,* in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2015, p. 417 ss. In tema cfr. dello stesso Autore anche Privacy *digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, p. 3.

[9] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il primato della politica,* in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 284, il quale sottolinea la necessità di evitare che l'economia abbia il sopravvento. Infatti, «il primato dell'economia risponde a sole ragioni mercantili, mentre il primato della politica può anche non rispondere – almeno in parte – a queste ragioni e difendere le posizioni più deboli e più meritevoli».

[10] S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 337 ss. Si veda inoltre la *Carta dei diritti in Internet*, del 14 luglio 2015, elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet, costituita presso la Camera dei deputati.

to nel rispetto delle prerogative degli Stati, che non possono e non devono mai trovarsi in una condizione di dipendenza rispetto ai grandi poteri economici che gestiscono la rete.

Molto può fare indubbiamente anche l'adozione spontanea di codici di condotta e di *standars* qualitativi, evocata sovente anche dal legislatore comunitario; tuttavia questo genere di produzione normativa non può rappresentare l'unica fonte di regolamentazione e la presenza di regole eteronome appare indispensabile.

2. *La qualificazione dell'attività degli Internet service providers*

Le numerose e diversificate attività che si svolgono utilizzando la rete hanno in comune l'utilizzazione di piattaforme informatiche che consentono di annullare le distanze tra gli individui e di accedere rapidamente ad una quantità sconfinata di informazioni. I gestori delle piattaforme forniscono un servizio informatico che rende possibile quello che Baricco ha efficacemente definito *The game*[11]. Ovviamente, le piattaforme non sono tutte uguali e conseguentemente non dovrebbero ricevere il medesimo trattamento giuridico.

Alcune piattaforme si presentano come enormi Agorà, dove le persone si scambiano informazioni, emozioni, opinioni e sono, come abbiamo avuto modo di imparare dall'esperienza, solo apparentemente innocue.

Altre piattaforme costituiscono una sorta di grandi magazzini virtuali all'interno dei quali possono essere acquistati, direttamente dai produttori o dai rivenditori, ogni genere di beni e servizi e, a volte, come nel caso di Amazon, anche beni e servizi offerti direttamente dal gestore della piattaforma.

Altre ancora, consentono la condivisione di risorse private sottoutilizzate (la mia auto, la mia scrivania, la mia musica, la mia casa, la mia bici, le mie conoscenze ecc.).

Molto spesso le diverse tipologie di piattaforme si confondono e le molteplici attività che all'interno delle stesse possono realizzarsi si sovrappongo. Oggi neanche il più ingenuo degli utenti è disposto a credere che *Facebook* sia un *social* al quale sono del tutto estranee fi-

11 A. BARICCO, *The game*, cit., Per una ricostruzione accurata dei diversi centri di interesse coinvolti cfr. A. FACHECHI, Net neutrality *e discriminazioni arbitrarie*, Napoli, 2017, p. 13 ss. Si veda inoltre il Regolamento europeo sul geo-*blocking* e la neutralità, Regolamento (UE) 2018/302, in *http://data.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj*, che ha l'obiettivo di contrastare le pratiche commerciali intraeuropee geograficamente discriminatorie, che differenziano le condizioni di vendita in base alla nazionalità, residenza o luogo di stabilimento del cliente finale consumatore o professionista.

nalità commerciali. Sono anzi proprio i c.d. *social* oggi il veicolo più efficace per la realizzazione di campagne promozionali e pubblicitarie e per l'esecuzione di ricerche di mercato dirette all'individuazione dei gusti delle persone.

L'adesione alla piattaforma può essere a titolo gratuito o oneroso[12], tuttavia tale elemento, ovviamente, non è determinante per stabilire se la gestione della piattaforma sia *profit* o non *profit*. La piattaforma può avere carattere associativo e richiedere un corrispettivo per l'adesione il cui ricavato venga destinato allo scopo che ispira l'attività comune e condivisa[13]. Peraltro, non si può escludere che l'adesione sia a titolo gratuito, ma la piattaforma sia gestita con finalità lucrative; in questo caso gli introiti principali possono derivare dalla pubblicità che viene somministrata agli utenti nel corso della navigazione[14].

D'altro canto le piattaforme dedicate allo scambio di beni e servizi o alla condivisione costituiscono anche il luogo d'incontro e di trasmissione di informazioni, opinioni tra utenti e rappresentano, in ogni caso, un'occasione di socializzazione.

L'atteggiamento del legislatore europeo nei confronti dell'attività di fornitura di servizi informatici, ovviamente, è sempre stato ispirato alla considerazione dell'opportunità di incoraggiare e promuovere lo sviluppo tecnologico e l'attività in rete che determina un incremento dell'attività economica e un miglioramento della qualità di vita delle persone. I fornitori di servizi informatici sono dunque da sempre stati piuttosto coccolati[15].

---

12 Per una ricostruzione della natura degli accordi tra gli utenti e i gestori della piattaforma, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social network, Napoli, 2014, p. 66 ss.; ID., *Gli accordi tra siti di* social network *e gli utenti*, in *Internet e diritto civile*, cit., p. 210 ss., la quale rileva che il binomio onerosità-gratuità è insufficiente per la qualificazione della fattispecie, che realizza uno scambio tra beni in senso giuridico. Il fenomeno, infatti, implica un atto di disposizione avente ad oggetto la *privacy* da parte degli utenti in funzione dell'utilizzo della piattaforma. Sul contenuto dei contratti di accesso, cfr. A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso*, in *Intenet e diritto civile*, 2015, p. 191 ss. In tema cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 27, il quale evidenzia che oggi i dati sono nuovi preziosissimi beni; «da qui nasce l'invocazione di un *habeas data,* sviluppo di quell'*habeas corpus* dal quale si è storicamente sviluppata la libertà personale».

13 Sulla opportunità di non confondere l'adesione ad un *social network* con l'adesione ad un ente senza scopo di lucro, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social network, cit., p. 54 ss.

14 Sul ruolo della pubblicità, la regolamentazione della stessa ed in particolare sul provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali in tema di *cookies* (provvedimento dell'8 maggio 2014, n. 229 in *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884*), cfr. ancora C. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.

15 Fermo restando l'intento di realizzare una tutela adeguata dei consumatori, nell'U E vi è la consapevolezza del rilievo che assumono le transazioni realizzate in rete ed è avvertita l'esigenza di promuovere il commercio elettronico attraverso l'uniformazione delle regole applicabili. In questo senso si muovono le Direttive del 20 maggio 2019, (UE) 2019/770; (UE) 2019/771. In particolare, nella Direttiva (UE) 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, si legge che «il potenziale di crescita del commercio elettronico nell'Unione non è ancora stato sfruttato pienamente. La Strategia per il

Gli *Internet Service Providers* sono tendenzialmente considerati, con un'espressione che è allo stesso tempo riduttiva e accrescitiva, degli abilitatori: *riduttiva,* perché si limiterebbero ad abilitare gli utenti allo svolgimento della propria attività in rete di cui questi sarebbero gli unici responsabili e *accrescitiva,* perché aumentano indubbiamente le opportunità per utenti rispetto a quelle che essi hanno a propria disposizione senza i loro servizi[16].

Questo atteggiamento protettivo verso gli ISP ha avuto il suo apice nella direttiva n. 2000/31, attuata con d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, che richiama il principio della libera circolazione e prevede che gli Stati non possano limitare lo svolgimento dell'attività di fornitura di servizi informatici se non per attuare finalità preminenti. Le eventuali limitazioni, previste dalle legislazioni nazionali, inoltre devono essere quelle strettamente necessarie ad attuare le suddette finalità preminenti.

La direttiva, inoltre, distingue: il mero prestatore di servizi informatici, c.d. *mere conduit* che non fa altro che garantire la comunicazione tra gli stessi, al pari del gestore di una linea telefonica; il c.d. *caching,* il quale fornisce un servizio ulteriore consistente nella possibilità per gli utenti di memorizzazione delle informazioni al solo scopo del successivo inoltro; e l'*hosting,* che fornisce specificamente un servizio di memorizzazione delle informazioni allo scopo di renderle successivamente accessibili.

Gli Stati devono astenersi dal prevedere a carico dei gestori un obbligo generale di sorveglianza sull'attività svolta dagli utenti, grazie ai servizi informatici forniti dai *providers.* La *ratio* di questa prescrizione è duplice. Innanzitutto i gestori del servizio hanno spesso sostenuto che la sorveglianza sarebbe tecnicamente impossibile da eseguire, data la mole di dati che essi sarebbero costretti a controllare, e, in considerazione di ciò, la prescrizione di

---

mercato unico digitale in Europa affronta in modo olistico i principali ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico transfrontaliero nell'Unione al fine di liberare tale potenziale», e nella Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, si legge che «al fine di restare competitiva sui mercati mondiali, l'Unione deve migliorare il funzionamento del mercato interno e riuscire a rispondere alle molteplici sfide poste oggi da un'economia sempre più guidata dalla tecnologia. La strategia per il mercato unico digitale stabilisce un quadro completo per agevolare l'integrazione della dimensione digitale nel mercato interno».

[16] Sulla responsabilità degli ISP vi sono diversi contributi della dottrina. Si rinvia, per una ricostruzione del dibattito a F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; ID., *La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 548 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile* dell'hosting provider. *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, nota a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Giur. it.*, 2019, p. 2604 ss.; ID., *La responsabilità civile in rete*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, III ed., Napoli, 2016, p. 539 ss., ove altri riferimenti.

un obbligo di questo tipo si tradurrebbe nella sopportazione di costi eccessivi, che costituirebbe un ostacolo al progresso tecnologico. Sotto diverso profilo la prescrizione di un generico obbligo di sorveglianza, stante la presunta impossibilità di attuare un controllo effettivo e a costi ragionevoli, si tradurrebbe nell'attribuzione a carico del gestore di una responsabilità oggettiva per gli illeciti commessi in rete dagli utenti[17].

Pur volendo mettere da parte questo genere di obiezioni – che, peraltro, come vedremo in sèguito, sono nel corso del tempo sollevate con sempre minore determinazione dagli addetti ai lavori, alcuni dei quali si sono anche spontaneamente dotati di sistemi di sorveglianza – resta da valutare il rischio connesso all'assegnazione a centri di potere economico, che, diversamente dalle pubbliche autorità, non sono certo ispirati dal perseguimento dell'interesse generale, di un cómpito di sorveglianza sull'attività svolta da privati. Una simile opzione mette inevitabilmente in pericolo la libertà dei soggetti che utilizzano i servizi informatici per scopi leciti e che inevitabilmente subirebbero violazioni gravi ed ingiustificate della propria sfera personale[18].

Si riconosce, invece, che i gestori, che vengano a conoscenza di illeciti commessi mediante l'utilizzazione dei servizi da essi forniti, debbano provvedere a rimuovere le informazioni postate dagli utenti e disabilitare l'accesso alle stesse e debbano, altresì, dare comunicazione dell'accaduto all'autorità competente[19].

L'evoluzione successiva della giurisprudenza nazionale e sovrannazionale ha consentito di precisare che, ferma la figura del mero fornitore di servizi informatici di comunicazione, occorre distinguere il *content provider,* che è colui che immette su una piattaforma con-

[17] Le disposizioni della direttiva sono state inizialmente interpretate in modo restrittivo. Cfr. Corte giust., 24 novembre 2011, c 70/10, Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) in *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-70/10;* Corte giust., 16 febbraio 2012, c. 369/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV, in *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-360/10&language=IT* e in *Nuova giur.civ.comm.*, 2012, p. 571 ss. Cfr. per la giurisprudenza nazionale, App. Milano 27 febbraio 2013, n. 8611, in *Giur.it,* 2013, p. 2633 ss. che si è adeguata all'orientamento della Corte di giustizia.

[18] La possibilità di assegnare ai gestori delle piattaforme un ruolo attivo nella prevenzione degli illeciti in rete emerge con riferimento all'esigenza di assicurare la tutela dei diritti fondamentali degli utenti nella Raccomandazione CM/Rec(2018)2 del Comitato dei Ministri degli Stati sul ruolo degli intermediari del 7 marzo 2018, in *https://rm.coe.int/1680790e14*.

[19] Vedi artt. 12, 13 e 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») e artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 «Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico».

tenuti propri o di terzi, dal c.d. *hosting* attivo, che, a differenza del primo, non riveste una posizione di neutralità, ma è in grado di gestire i contenuti della piattaforma e quindi anche di rimuoverli.

Scendendo più nel dettaglio ed esaminando la giurisprudenza nazionale in tema, emerge che lo svolgimento di un'attività di gestione dei contenuti degli utenti e l'esistenza di un'organizzazione a ciò finalizzata che consenta, ad esempio, la catalogazione degli stessi con la conseguente possibilità di renderli più agevolmente reperibili e il monitoraggio degli accessi diretta a suggerire all'utente contenuti analoghi a quelli ricercati sono considerati elementi rilevanti per definire il ruolo assolto dal *provider* [20]. Rileva inoltre la circostanza che il *provider* fornisca servizi aggiuntivi agli utenti consistenti ad esempio nell'attività promozionale di determinati contenuti degli inserzionisti. Non priva di rilievo appare inoltre la circostanza che il *provider* basi il proprio *business* sulla vendita di pubblicità somministrata attraverso la piattaforma [21].

È stata, più in generale, oggetto di considerazione la circostanza che il *provider* intrattenga rapporti contrattuali con gli utenti e ricavi un profitto dai servizi aggiuntivi offerti. Non rileva di per sé l'esistenza di un profitto, tuttavia questa circostanza é presa in considerazione per definire le modalità di svolgimento dell'attività e per desumerne l'esistenza di un'organizzazione stabilmente diretta alla realizzazione del *business* [22].

La dottrina e della giurisprudenza hanno contribuito a precisare che, il c.d. *hosting* attivo non riveste una posizione di neutralità, in quanto è in grado di gestire i contenuti della piattaforma e quindi anche di rimuoverli. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, nel quale peraltro, generalmente il gestore svolge la propria attività con carattere imprenditoriale potendo contare sui ricavi derivanti dalla pubblicità somministrata agli utenti, si tende ad escludere che il gestore possa farsi carico di un obbligo di filtraggio delle informazioni e che gli possa essere addossata una qualche responsabilità per omessa vigilanza sulla condotta degli

[20] Cfr. Trib. Roma 15 febbraio 2019, in *Riv. dir. dei Media,* 2019; Trib. Milano, 13 giugno 2017, in *Dir. ind.,* 2018, p. 258 ss.; Trib. Roma 27 aprile 2016, *ivi,* 2017, p. 455 ss.; Trib. Milano 9 settembre 2011, *ivi,* 2011, p. 559 ss.; Trib. Milano 20 gennaio 2011, *ivi,* 2012, p. 243 ss.; Trib. Roma 22 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2011, p. 847 ss. che considerano rilevante ai fini della qualificazione *dell'hosting* come attivo la circostanza che lo stesso svolga un'attività di organizzazione e selezionare del materiale, finalizzata a renderlo successivamente accessibile agli utenti.

[21] Considerano rilevante la circostanza che la piattaforma basi il proprio *business* sulla pubblicità Trib. Roma 27 aprile 2016, cit.; Trib. Milano 9 settembre 2011, cit.

[22] Così, Trib. Roma 27 aprile 2016, cit., Trib. Milano 9 settembre 2011, cit.

utenti. Unico responsabile dell'illecito commesso utilizzando la piattaforma è quindi l'utente che effettua l'*uploader*[23].

3. *La responsabilità degli* Internet service providers

Stando così le cose, si potrebbe supporre che il gestore della piattaforma conservi questo ruolo di spettatore neutro delle vicende che ivi si svolgono. Questa posizione di neutralità permarrebbe anche nel caso in cui la piattaforma venga utilizzata per il perfezionamento di scambi di beni e servizi a diverso titolo[24].

La materia è stata oggetto di esame con riferimento ai siti di vendita attraverso i quali operatori professionali propongono al pubblico della rete l'acquisto di ogni genere di prodotto o servizio.

In particolare, è venuto all'attenzione della Corte di Giustizia[25] il caso di un'impresa titolare di un marchio che aveva subito atti di concorrenza sleale perpetrati attraverso la vendita illegittima di prodotti su una piattaforma *on line*. Questa vicenda è stata l'occasione per riflettere sul ruolo svolto dal *provider* all'interno del mercato virtuale e sulla possibilità di considerarlo responsabile per le transazioni illegittime svolte tra gli utenti all'interno della piattaforma dallo stesso gestita.

---

[23] Cfr. Con riferimento all'esigenza di tutela della libertà di espressione ed a quella di tutela dei diritti minacciati dagli illeciti commessi attraverso le piattaforme, tra gli altri, R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei* social network, in *Internet e diritto civile*, cit., p. 117 ss.

[24] In tema di responsabilità dell'*hosting provider*, v. App. Milano, 7 gennaio 2015; Trib. Roma, 16 dicembre 2009; Trib. Lucca, 20 agosto 2007; Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Pluris online*, nonché App. Milano, 27 febbraio 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2632; Trib. Roma, 9 luglio 2014, in *Danno resp.*, 2014, p. 1196; Trib. Milano, 20 gennaio 2011, in *Internet nuove tec.*, 2012, p. 243; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2011, p. 847; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Dir. ind.*, 2011, p. 559. Nel medesimo senso in cui si è espressa a giurisprudenza italiana vedi App. Francia Parigi, 9 novembre 2007, in *Dir. internet*, 2008, p. 83; Trib. Grande Istanza di Francia Parigi, 29 ottobre 2007, in *Danno resp.*, 2009, p. 145 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 571. V., inoltre, Corte giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, BelgischeVereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV, in *Foro it.*, 2012, p. 296; Corte giust., 12 luglio 2011, c. 329/09, L'Oréal SA, Lancome parfums et beauté & Cie snc, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International AG et altri*, in www.curia.europa.eu.* Per un esame critico dell'impostazione adottata dalla giurisprudenza in materia v. A. FACHECHI, Net neutralility *e discriminazioni arbitririe*, cit., p. 30 ss.

[25] Sentenza della Corte giust., 12 luglio 2011, c. 324/09, cit. In particolare la condotta contestata a eBay è consistita nell'utilizzazione del servizio di posizionamento *AdWord* di Google per far comparire, ogni volta che vi era una concordanza tra la parola contenuta nella richiesta di ricerca digitata dall'utente e le parole chiave corrispondenti ai marchi della L'Oréal, un *link* pubblicitario che rinviava al sito www.ebay.co.uk sul quale i prodotti erano venduti senza imballaggio originale. In tema cfr. A. DI AMATO, Uber and Sharing Economy, in *Ital.L.J*, II, 1, p. 185 ss.

Senza entrare nel merito della controversia, quel che qui preme sottolineare è che, dalla motivazione elaborata dalla Corte di Giustizia emerge la considerazione che la piattaforma costituisce il luogo e/o la modalità di conclusione delle transazioni che possono assumere contenuto diverso e produrre effetti vari, così come normalmente accade nel mercato tradizionale. In tale contesto il *provider* può svolgere un ruolo molto diverso a seconda delle circostanze del caso concreto.

In linea generale, infatti, si ribadisce l'obbligo del *provider* di collaborare alla rimozione dei dati dalla cui permanenza può derivare la produzione di un danno ingiusto, ove gliene venga fatta espressa richiesta o sia, in ogni caso, a conoscenza dell'illecito. Peraltro, l'attività del gestore della piattaforma all'interno della quale è concluso l'acquisto viene considerata al pari di quella di un inserzionista che «fa comparire link e messaggi che costituiscono (…) pubblicità». Deve essere, pertanto, «chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata una comunicazione commerciale». In tale contesto, l'uso illegittimo dei segni distintivi altrui costituisce attività imputabile esclusivamente all'utilizzatore del servizio che elabora la comunicazione commerciale e la diffonde tramite la piattaforma non al gestore della stessa.

Tuttavia, a giudizio della Corte, non si può escludere che, come sarebbe accaduto nel caso specifico in considerazione dell'attività svolta dalla piattaforma *eBay*, il gestore non si limiti alla fornitura di un servizio consistente nella gestione tecnica ed automatica dei dati, ma svolga un ruolo attivo, consistente nel prestare assistenza nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nel promuovere le vendite. In questo caso, non sarebbe invocabile l'esonero dalla responsabilità che l'art. 14 n. 1 della direttiva n. 2000/31 generalmente riconosce ai meri fornitori di servizi informatici.

In definitiva, al pari di ciò che accade nel mercato tradizionale, i rapporti che si instaurano tra le parti possono assumere il contenuto più vario ed è questione di fatto stabilire se vi è stata o meno un'attività di intermediazione da parte del gestore della piattaforma diretta a promuovere l'accordo tra venditore e compratore.

Peraltro, la Corte di Giustizia lucidamente evidenzia che attraverso la rete si perfezionano anche transazioni tra privati che sfuggono all'applicazione delle regole che governano il mercato e che hanno ad oggetto rapporti tra imprese. Nei confronti del privato il ti-

tolare del marchio non può far valere il proprio diritto all'uso esclusivo perché la sua attività non costituisce attività commerciale e non rappresenta una violazione della concorrenza. La Corte, tuttavia, non esclude che l'eventualità che le vendite realizzate dall'utente non professionale «superino, per il loro volume, la loro frequenza o altre caratteristiche, la sfera dell'attività privata»; in tal caso «il venditore si colloca nell'ambito del "commercio"».

Quindi, pur ribadendo la necessità di un accertamento del contenuto effettivo dei rapporti che le parti hanno inteso in concreto instaurare, si dovrebbe generalmente riconoscere che il gestore della piattaforma, salvo dimostrazione del contrario, svolga il ruolo di mero inserzionista, nella misura in cui contribuisce alla diffusione delle informazioni che gli utenti immettono in rete per addivenire alla conclusione dell'accordo, ma non assume un ruolo attivo nella promozione delle vendite e nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nella gestione dei dati immessi nella piattaforma.

In caso di transazioni *peer to peer*, inoltre, sembrerebbe improbabile che l'attività del gestore possa essere qualificata come una mediazione: il *provider,* infatti, non "mette in relazione" le parti e non ha un contatto con i singoli utenti finalizzato a prospettare l'affare e ad incoraggiare la conclusione dell'accordo, che, nel caso di specie, si conclude in modo diretto tra i contraenti in rete. Sembra quindi doversi escludere che il gestore possa ritenersi obbligato a comunicare alle parti circostanze a lui note che siano determinanti per la valutazione dell'affare, secondo quanto previsto dall'art. 1759 c.c.

Peraltro, elemento determinante per escludere la possibilità di qualificare l'attività del gestore della piattaforma come una mediazione, è rappresentata dalla circostanza che tale soluzione non terrebbe conto di quella che è l'effettiva volontà delle parti che sono attratte dalla conclusione di contratti *peer to peer* proprio in considerazione dell'assenza dell'intermediazione di un professionista.

Il ruolo generalmente assolto dalla piattaforma sembrerebbe quindi essere quello di veicolare le dichiarazioni negoziali delle parti al pari di un gestore di una linea telefonica attraverso la quale le parti comunicano. Questa impostazione sembra, invero, sminuire molto la funzione nella realtà svolta dagli ISP. Appare forse più aderente alla realtà considerare la piattaforma come una sorta di area fieristica virtuale (*e-market space*), dove ogni utente prende in locazione uno *stand* nel quale espone la propria merce e illustra le proprie condizioni

contrattuali. Analogamente a quel che si prevede nei contratti di locazione di spazi fieristici, dunque, dovrebbe escludersi che il gestore sia parte dell'accordo contrattuale o che la sua attività possa consistere nel mettere in relazione le parti tra le quali viene concluso l'affare. In tali circostanze non sembra che si possa addossare al *provider* una responsabilità per i danni che gli operatori professionali e gli utenti non professionali producono nello svolgimento della loro attività in rete.

La tendenza a negare l'esistenza di un obbligo preventivo di controllo e di filtraggio dei contenuti caricati dall'utente e a considerare, quale unico responsabile dell'illecito commesso utilizzando la piattaforma, colui che effettua l'*uploader* emerge anche con riferimento alle violazioni del diritto d'autore per utilizzazione illecita di contenuti coperti da *copyright*[26].

La tecnologia digitale facilita notevolmente l'accesso a contenuti fotografici, video, audio protetti dal diritto d'autore e la diffusione della pratica di utilizzarli in violazione dei diritti di privativa ha determinato il legislatore europeo ad intervenire con una direttiva dedicata al *copyright*.

Al di là del contenuto specifico della stessa, preme sottolineare che la direttiva sul *copyrigth* sollecita gli operatori ad adottare "misure appropriate e proporzionate per garantire la protezione" del diritto d'autore "tramite l'uso di tecnologie efficaci"[27].

Tralasciando la questione, già evidenziata, relativa all'opportunità di assegnare a poteri economici privati il cómpito di controllo sull'attività altrui, si è, dunque, in poco tempo passati dalla considerazione dell'impossibilità tecnica di controllo, all'invito ad adottare misure tecniche appropriate e proporzionate.

---

[26] In questo senso si é espressa anche la Corte giust., 24 novembre 2011, C 70/10, cit. a proposito di una controversia avente ad oggetto lo scambio di opere musicali attraverso un s*oftware peer to peer*. È emersa, infatti, da un lato, la difficoltà di monitorare tutte le comunicazioni tra gli utenti e, dall'altro, l'illegittimità di una simile attività che realizzerebbe una violazione della *privacy* degli utenti non colpevoli di alcun illecito. Il controllo preventivo generalizzato inoltre potrebbe rappresentare una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Vedi in tema di violazione del diritto d'autore Corte giust., 16 marzo 2017, c. 138/16, in *Giur. it.*, 2017, p. 1615; Corte giust., 8 settembre 2016, c. 160/15, in *Giust. civ.*, 2017, p. 2133; Corte giust., 27 marzo 2014, c. 314/12, in *Giur.it.*, 2014, p. 2754; Corte giust., 13 febbraio 2014, c. 466/12, *ivi*, 2014, p. 2201; Corte giust., 21 ottobre 2014, c. 348/13, in *Annali it. dir. autore*, 2016, con nota di A. COGO. In senso conforme si sono espressi i giudici nazionali.

[27] Direttiva (UE) 2019/790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES*.

Questo invito rivolto agli ISP si inserisce nella tendenza che si sta affermando a regolamentare l'attività in rete con il sistema dell'*accontability*, che consiste nell'incoraggiare gli stessi *providers* ad individuare dei codici di autodisciplina e ad adottare spontaneamente adeguati sistemi di controllo per scongiurare l'attività illecita in rete[28].

Quanto all'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti, l'evoluzione della giurisprudenza è stata nel senso di ritenere doveroso che ISP si attivi anche prima di ricevere un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa: l'obbligo di rimuovere i contenuti illeciti, infatti, scatterebbe al momento in cui il *provider* viene comunque a conoscenza dell'illecito, quindi anche alla ricezione di una semplice diffida dell'interessato. Da questo momento sarebbe, infatti, riscontrabile una colposa responsabilità in caso di omessa rimozione del contenuto[29]. Vi è di più: la diffida non deve contenere un'indicazione precisa dei contenuti da rimuovere. La comunicazione inviata dal danneggiato, anche se generica, fa insorgere l'obbligo dell'ISP di attivarsi per individuare i contenuti illecitamente caricati, utilizzando gli stessi strumenti di ricerca messi a disposizione degli utenti per reperirli[30].

Fin qui si è prospettata la possibilità di addossare all'ISP una responsabilità per fatto altrui, per omessa vigilanza o inerzia nella rimozione dei contenuti illeciti di cui sia comunque venuto a conoscenza. In una diversa prospettiva è stata poi presa in considerazione la possibilità di accertare una responsabilità diretta dell'ISP negli illeciti da contraffazione di marchi. Le piattaforme, come si è detto, possono fornire diversi servizi accessori, tra i quali sono particolarmente redditizi quelli pubblicitari.

È stata, quindi, presa in considerazione la possibilità di considerare Google direttamente responsabile per gli illeciti da contraffazione commessi da terzi mediante l'utilizzazione dei propri servizi pubblicitari. In particolare, Google fornisce un servizio di posizionamento delle parole chiave denominato *AdWords* che consente, verso il pagamento di un corrispettivo, agli inserzionisti di inviare agli utenti messaggi pubblicitari e di indiriz-

[28] V. *Codice di buone pratiche sulla disinformazione, un anno dopo: le piattaforme* on line *presentano le loro relazioni di autovalutazione*, *Commissione europea*, Bruxelles, 29 ottobre 2019, in *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019*.

[29] Cfr. in tema Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit., che accerta una responsabilità per omessa rimozione di contenuti illeciti quanto meno dalla ricezione della diffida e della segnalazione dell'interessato.

[30] In questo senso Trib. Milano, 20 gennaio 2011, cit. Si riconosce inoltre la legittimità di provvedimenti inibitori che impongano al *provider* di bloccare l'accesso ai contenuti illeciti, anche mediante l'impiego dell'intelligenza artificiale c.d. *dynamic injunction*. In questo senso si è espressa la Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1340 ss.

zarli verso i *link* del proprio sito. Supponiamo, ma la supposizione é fondata, come si già visto, su fatti realmente accaduti, che l'utente, che effettua una ricerca utilizzando come parola chiave un marchio, venga indirizzato su un *link* di un sito che vende prodotti contraffatti. Ferma restando la responsabilità dell'utente, su cui ci siamo già soffermati, è stata prospettata alla Corte di Giustizia la possibilità di considerare che attraverso la fornitura del servizio Google avesse fatto un *uso diretto ed illecito* del marchio oggetto di contraffazione.

Tra i presupposti per l'accertamento dell'illecito da contraffazione, previsti dalla disciplina dei marchi, come è noto, si prevede, infatti, che sia stato fatto un uso commerciale del marchio e indubbiamente l'attività pubblicitaria svolta da Google può essere qualificata come un'attività commerciale. Tuttavia, secondo la Corte di Giustizia, Google, attraverso il servizio di posizionamento, si limiterebbe a consentire «ai propri clienti di usare segni identici o simili a marchi, senza fare egli stesso uso *diretto* di detti segni» [31].

Un altro aspetto di non secondario rilievo consiste nel definire il ruolo svolto dalle piattaforme rispetto agli innumerevoli negozi che si perfezionano al loro interno. Senza entrare nel merito delle diverse controversie che sono state poste all'attenzione dei giudici, sia la Corte di Giustizia sia i giudici nazionali, sulla base del dato normativo, sono orientati a considerare la piattaforma come un luogo virtuale all'interno del quale si instaurano rapporti contrattuali di diversa natura di cui l'ISP non è parte.

Le recenti direttive 2019/770 e 2019/771 confermano la tendenza a porre generalmente i gestori delle piattaforme all'interno delle quali si perfezionano i negozi tra operatori professionali e consumatori in una posizione di neutralità[32].

L'attività del gestore della piattaforma viene qualificata come una fornitura di un servizio di comunicazione in favore dell'inserzionista, il quale, ove sia chiaramente identificabile, è considerato l'unico responsabile del contenuto trasmesso tramite la piattaforma.

La funzione dell'ISP sembra quindi essere esclusivamente quella di trasmissione delle dichiarazioni negoziali delle parti. La piattaforma come una sorta di area fieristica virtuale (*e-market space*) dove ogni utente prende in locazione uno *stand* nel quale espone la propria

[31] Corte giust., 23 marzo 2010, c.236/08, in *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08&language=it.*
[32] Vedi considerando n. 18 della Direttiva (U E) 2019/770, cit. ove si legge che «Platform providers could be considered to be traders under this Directive if they act for purposes relating to their own business and as the direct contractual partner of the consumer for the supply of digital content or a digital service» che si riporta nella versione inglese, in considerazione della poco fedele traduzione in italiano.

merce e illustra le proprie condizioni contrattuali. Analogamente a quel che si prevede nei contratti di locazione di spazi fieristici, dunque, dovrebbe escludersi che il gestore sia parte dell'accordo contrattuale. Il *provider* è un mero fornitore del sito di commercio elettronico, facilita le transazioni che intercorrono sul sito, ma non è parte del contratto di vendita che si conclude tra l'acquirente e il venditore. Quest'ultimo dunque è l'unico responsabile della buona esecuzione del contratto e della qualità dei prodotti offerti ed è l'unico interlocutore dell'utente in caso di contestazioni.

Sembra anche improbabile che l'attività del gestore, in caso di transazioni, possa essere qualificata come una mediazione: il *provider* che gestisce la piattaforma non "mette in relazione" le parti, egli, in realtà non ha un contatto con i singoli utenti, diretto a prospettare l'affare e ad incoraggiare la conclusione dell'accordo, che, nel caso di specie si conclude in modo diretto tra i contraenti in rete. Il gestore non sarebbe quindi obbligato a comunicare alle parti circostanze a lui note che siano determinanti per la valutazione dell'affare, secondo quanto previsto dall'art. 1759 c.c. in tema di mediazione.

Peraltro, elemento determinante per escludere la possibilità di qualificare l'attività del gestore della piattaforma come una mediazione, è rappresentata dalla circostanza che tale soluzione non terrebbe conto di quella che è l'effettiva volontà delle parti: la caratteristica di questa nuova forma di scambio è costituita, infatti, proprio dalla disintermediazione: i consumatori sono attratti dalla possibilità, attraverso la rete, di concludere transazioni direttamente con il venditore senza la mediazione di altri operatori professionali.

Quindi il gestore della piattaforma può anche assumere un ruolo attivo nella promozione delle vendite, nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nella gestione dei dati immessi nella piattaforma, tuttavia difficilmente verrà considerato parte del rapporto contrattuale che si perfeziona tra utente e operatore professionale.

Questo non esclude che il gestore della piattaforma possa mettere in vendita anche propri prodotti e concludere direttamente transazioni commerciali. È quel che accade nel caso di Amazon, che è nata come una piattaforma per la collocazione diretta dei propri prodotti ed oggi propone, oltre a questi, prodotti di altri rivenditori. Questa commistione tra la vendita di prodotti propri e di altri, accoppiata alla gestione di un numero considerevole di dati che consentono ad Amazon la proliferazione degli utenti in base alla loro pro-

pensione al consumo e alle loro preferenze fa, peraltro, pone Amazon in una posizione privilegiata e fa sorgere il sospetto di una concorrenza sleale rispetto agli altri rivenditori[33]. La piattaforma, infatti, è in condizione di scegliere a quali prodotti riservare maggiore visibilità sul sito ed è in possesso di informazioni, che non sono alla portata degli altri rivenditori, sulla base delle quali può scegliere quali prodotti offrire e a chi.

4. *Il rilievo del carattere profit o non profit dell'attività*

Non sfuggono, inoltre, alla qualificazione di meri fornitori di servizi informatici anche le piattaforme di *sharing economy*[34]*,* che favoriscono gli scambi *peer to peer* tra utenti non professionali e la «condivisione, ossia l'utilizzo comune di una risorsa in modo differente dalle forme tradizionali di scambio». Queste sono generalmente considerate come luoghi d'incontro virtuale tra gli utenti che stabiliscono rapporti contrattuali diretti, cui il *provider* resta estraneo.

Sta di fatto che sotto l'etichetta della *sharing economy* sono sovente accomunate fattispecie affatto diverse e il carattere lucrativo o non lucrativo dell'attività del *provider* e degli utenti che si servono dei suoi servizi non può essere indifferente ai fini della determinazione del trattamento giuridico.

Probabilmente proprio la considerazione dello scopo dell'attività svolta ha condizionato le decisioni dei giudici nelle controversie in cui è stata coinvolta *Wikipedia.* I contenuti di *Wikipedia*, che è la più grande enciclopedia *on line,* sono, infatti, creati dagli stessi utenti, che possono modificarli direttamente e accedervi gratuitamente. Queste modalità di fornitura del servizio, dunque, hanno determinato l'esclusione della responsabilità della piatta-

[33] La commistione tra l'attività di collocazione diretta dei propri prodotti e di prodotti di terzi, di fornitura di servizi accessori di logistica e la gestione del *market place* pone Amazon in condizione privilegiata. Questa situazione ha indotto l'AGCOM ad avviare una procedura di accertamento di abuso di posizione dominante. Si veda il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 10 aprile 2019, (A 528), in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_avvio.pdf.*

[34] Nella Comunicazione COM 2016/356, cit., parafrasando la prescrizione dedicata ai fornitori di servizi informatici, sottolinea che i requisiti di accesso al mercato, eventualmente prescritti, dagli Stati membri, nel rispetto dei principi generali che governano il mercato comune, non devono essere discriminatori e devono essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale perseguito: «un elemento importante per valutare se un requisito è necessario, giustificato e proporzionato può essere quello di stabilire se i servizi sono offerti da professionisti o da privati a titolo occasionale».

forma per i contenuti pubblicati, fermo restando l'obbligo di tempestiva rimozione degli stessi su richiesta degli interessati[35].

Di fatto alcune piattaforme sono effettivamente gestite senza alcuno scopo di lucro e possono essere considerate come uno spazio che favorisce l'incontro tra soggetti che decidono di condividere beni, servizi, attività, ecc. Queste realtà possono essere configurate come espressione dell'economia della condivisione, nella quale gli utenti si scambiano risorse a fini di mutuo soccorso, senza intermediazione di denaro e in assenza di profitti. A questo modello si ispira sicuramente *Wikipedia* e anche fenomeni di dimensioni più contenute e maggiormente legate al territorio, come i gruppi di acquisto, piattaforme che si occupano di ritirare scorte invendute di alimenti, medicinali, ecc. per distribuirle ai bisognosi, che garantiscono soccorso e assistenza domiciliare, che si occupano di soccorrere e assistere animali randagi, che, più in generale, mettono a disposizione degli altri tempo e competenze, che favoriscono la diffusione di opere artistiche, che consentono lo scambio di libri, dvd, giocattoli,vestiti, le banche del tempo, ecc. [36].

Esistono poi realtà imprenditoriali che utilizzano piattaforme di condivisione per allocare più efficacemente beni e servizi e per trarre profitto dalla commercializzazione dei medesimi. Queste imprese rispondono ad una logica economica estrattiva, che nulla ha a che vedere con l'intento solidaristico, e sono collocabili nell'ambito di un mercato, tipico della nostra epoca, che è stato efficacemente definito come *net capitalism,* nel quale, non conta tanto la proprietà dei mezzi di produzione o dei capitali, quanto il controllo della rete che favorisce i contatti tra gli individui. In questi casi si assiste ad una sorta di mercificazione della *sharing economy*; l'idea della condivisione, l'illusione di operare al di fuori delle logiche del mercato, la conclusione dell'accordo *peer to peer*, costituiscono, in realtà, espedienti

[35] Cfr. Trib Roma 9 luglio 2014, cit.; *Trib Grand Istance Paris* 29 ottobre 2007, cit.; Trib Milano 9 settembre 2011, cit.; App. Milano 27 febbraio 2013, cit.

[36] È un esempio autentico di condivisione quella che viene facilitata da *Xtribe*, un'*app made in Italy*, che grazie alla localizzazione rende possibile barattare capi di abbigliamento e altri prodotti con altri utenti che si trovano nelle vicinanze. Per una descrizione efficace della diversa tipologia di attività che vengono generalmente indicate sotto l'etichetta della *sharing economy,* cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione,* cit., p. 85 ss.; T. BONINI, *C'è* sharing *e* sharing, in *www.doppiozero.com,* ove anche altri riferimenti per una ricostruzione del fenomeno sotto il profilo economico. Sulle forme organizzative che gestiscono le diverse pratiche di condivisione, cfr. G. SMORTO, Sharing economy *e modelli organizzativi, Paper* presentato in occasione del *Colloquio scientifico sull'impresa sociale, 22-23 maggio 2015, Dipartimento PAU, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria,* in *https://irisnetwork.it/wp-content/uploads/2015/06/colloquio15-smorto.pdf.*

di *marketing* per attuare in modo efficace progetti imprenditoriali diretti alla realizzazione di un profitto.

Caso di mistificazione eloquente è quello di *Uber* che si è affermata come piattaforma di *sharing*, avente la funzione di mettere in comunicazione utenti bisognosi di una vettura con autista e utenti che hanno del tempo libero e un'auto propria e sono disposti a effettuare il trasporto. L'affermasi di questi nuovi modi di fare impresa non possono ovviamente non essere avversati dalle imprese che svolgono le stesse attività o attività simili e sopportano maggiori oneri e vincoli per accedere al mercato (gli autisti di taxi nel caso di *Uber*, gli albergatori nel caso di *AirBnB*, i ristoratori nel caso degli *home restaurant,* e così via)[37]. Si tratta, peraltro, come si legge nella Comunicazione della Commissione del 2016 intitolata *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*[38], di un modello imprenditoriale che crea nuove opportunità per i consumatori e per gli imprenditori e che può dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione dell'Unione Europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile[39].

Su questi temi senza dubbio gli interventi della giurisprudenza nazionale e sovrannazionale sono stati importanti, in quanto hanno chiarito, ad esempio, che *Uber* non fornisce

[37] In diversi Stati dell'U E sono sorte controversie tra *Uber* e le cooperative di autisti di taxi locali. *Uber,* infatti, pretende di essere qualificata come un'*app,* scaricabile dagli utenti sui propri dispositivi elettronici, che ha la funzione di mettere in contatto gli stessi con autisti non professionisti che con la loro auto sono occasionalmente disponibili ad effettuare il servizio di trasporto richiesto. Gli autisti di taxi sostengono che l'attività svolta da *Uber* sia equivalente a quella che realizzano le cooperative di autisti professionisti, conseguentemente, considerano ingiustificata la sottrazione della stessa ai controlli e agli oneri imposti dalla legge agli autisti professionisti. La circostanza che gli autisti *Uber* non subiscano il peso, ad esempio, degli obblighi assicurativi e fiscali determina, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento e realizza un atto di concorrenza sleale rispetto agli altri operatori del settore. L'assenza di controlli e di obblighi assicurativi, peraltro, rappresenta un grave pericolo per la sicurezza degli utenti. La questione è stata sottoposta anche all'attenzione dei giudici italiani. Si veda, Tribunale Torino, 22 marzo 2017, U. s.r.l. e altri c. Società C., in *Dir. ind.*, 2018, p. 16; Trib. Torino, 1 marzo 2017, Ub.It. s.r.l. e altri c. Società Cooperativa Pr.Ta. S.C. a r.l. e altri, in *Quotidiano giur.*, 2017; Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2016, p. 360; Tribunale Milano, 26 maggio 2015, Soc. coop. Taxiblu e altri c. Uber International BV e altri, in *Foro it.*, 2015, p. 2181. In tema cfr. A. DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, cit., p. 177 ss. Da ultimo è stata ideata una *app* che consente l'accesso ad un servizio di consegna collaborativo di plichi, che ha fatto insorgere le associazioni di spedizionieri professionisti in Francia. Cfr. in tema E. FALETTI, Sharing economy: *dopo gli appartamenti, si condivide anche la consegna pacchi*, in *Quot. Pluris.*

[38] Si tratta della Comunicazione del 2 giugno 2016 COM(2016) 356/2016, in *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF*, ove si legge che «l'espressione *economia collaborativa* si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»

[39] In questo senso la citata Comunicazione n. 356/2016, cit., 2.

un servizio informatico, piuttosto gestisce un servizio di trasporto realizzato con autovetture con conducente, che deve essere sottoposta alla relativa disciplina di settore[40].

Di difficile collocazione sono poi quelle piattaforme che permettono uno sfruttamento efficiente di beni e risorse acquistati secondo gli schemi dell'economia tradizionale e non sfruttati a pieno. Anche in questo caso l'accordo può essere concluso *peer to peer* e la piattaforma svolge la funzione di favorire l'incontro di volontà tra i contraenti.

Questa trasformazione del mercato degli scambi di beni e servizi, da tempo all'attenzione degli economisti, è caratterizzata, da un lato, dalla già segnalata tendenza alla disintermediazione e, dall'altro, dalla possibilità – diretta conseguenza, quanto meno in parte, della contrattazione in assenza di intermediari – di procurarsi beni e servizi senza un corrispettivo in denaro o a prezzi molto più contenuti rispetto a quelli generalmente praticati nel mercato tradizionale o addirittura a costo zero.

La proprietà del bene generalmente implica la sopportazione dei relativi costi di manutenzione, di funzionamento, fiscali, ecc. La messa a disposizione ad altri di un bene non pienamente sfruttato verso un corrispettivo, consente al proprietario di contenere il sacrificio economico connesso alla titolarità del diritto dominicale. D'altro canto, l'utilizzatore del bene realizza la soddisfazione di un bisogno mediante l'accesso allo stesso per il tempo e la misura necessari a soddisfarlo e quindi senza la sopportazione degli oneri connessi alla titolarità del diritto di proprietà. Queste forme di commercio si sono velocemente diffuse negli

[40] In questo senso si è espressa anche la C. Giust., 10 aprile 2018, n. 320/16, France SAS c. Nabil Bensalem, in *www.curia.europa.eu.*, sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunal de grande instance de Lille, che ha sentenziato che «il servizio di intermediazione denominato Uber va considerato parte integrante di un servizio complessivo di cui l'elemento principale è un servizio di trasporto, e dunque come rispondente non alla qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, bensì a quella di «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123». In senso conforme Corte giust., 20 dicembre 2015, c. 434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1085. Sull'orientamento della Corte di giustizia in tena cfr. M.R. NUCCIO, *Il trasporto condiviso al vaglio della Corte di Ciustizia*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 471 ss. Sulla questione si è pronunciata anche la Corte Cost. che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma dettata da una legge regionale della Regione Piemonte, diretta a riconoscere in via esclusiva ai soggetti abilitati al servizio di taxi o di auto a noleggio il di trasporto di persone con autoveicolo su chiamata verso corrispettivo economico, di fatto inibendo a Uber lo svolgimento della sua attività e, quindi, incidendo sulla libertà di iniziativa economica. I profili attinenti alla concorrenza, infatti, rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. «La competenza dello Stato riflette del resto la dimensione (quanto meno) nazionale degli interessi coinvolti, attualmente oggetto di dibattito - oltre che nelle sedi giudiziarie, presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche - anche in seno all'Unione europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, e in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo». La Corte quindi auspica un intervento legislativo chiarificatore in materia. Così Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 265, in *http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0265s-16.html.*

ultimi tempi come testimoniano le numerose piattaforme che si occupano di *car sharing, bike sharing*, di *home sharing,* di *coworking* ecc. Altrettanto successo riscuotono le piattaforme di *crowdfounding* che hanno lo scopo di raccogliere tra il pubblico le risorse necessarie alla realizzazione dei più svariati progetti[41].

In questi casi le parti perseguono un fine che sicuramente non è altruistico; esse piuttosto intendono realizzare un lucro sia pur minimo e occasionale, che sovente assume il carattere del risparmio di spesa.

L'economia della condivisione fa emergere l'esigenza di rivedere il modo di intendere i beni e conseguentemente i diritti aventi ad oggetto i medesimi. Vi è, infatti, la tendenza piuttosto radicata soprattutto nell'impostazione del nostro codice civile a considerare che il rapporto tra il soggetto e la "cosa" oggetto del diritto, debba implicare necessariamente uno *ius escludendi*: la via più efficace per soddisfare i bisogni, infatti, è stato, sino ad ora, il riconoscimento su quella cosa di un diritto di proprietà da far valere *erga omnes*. Il potere di godere e di disporre in via esclusiva del bene tende ad essere considerato lo strumento più efficace attraverso il quale la persona possa soddisfare i propri bisogni. Anche il meccanismo di risoluzione dei conflitti tra soggetti generalmente adottato dal nostro ordinamento è proprio di un sistema economico incentrato sulla proprietà[42]. L'esperienza moderna, invece, tende a individuare strumenti giuridici che consentano l'accesso all'uso del bene; l'esigenza da soddisfare è, più propriamente, quella di assicurare al soggetto la disponibilità materiale dello stesso per il tempo e nella misura sufficiente alla soddisfazione del bisogno[43]. Oggi, proba-

---

41 I settori interessati da questa rivoluzione sono diversi: trasporto, turismo, editoria, formazione, informazione, ecc. Numerose sono, inoltre, le analisi svolte dagli economisti su questi temi che sottolineano che la *sharing economy* non costituisce più un fenomeno di nicchia, ma rappresenta una realtà economica imponente. Oltre ai contributi già citati (vedi nota 38) si veda anche il resoconto di G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della* Sharing economy, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 245 ss., ove ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia. Una fotografia efficace del grado di sviluppo del fenomeno e della evoluzione attesa è contenuta nella Relazione alla proposta di legge n. 3564, cit. In materia di trasporti merita di essere menzionata anche la Proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati n. 3137 del 21 maggio 2015, *Disposizioni in materia di servizi di trasporto con conducente non di linea e di uso condiviso di veicoli privati tra più persone (*car pooling*),* in *www.camera.it*.

42 In tema cfr. A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2012, p. 62 ss., il quale sottolinea che lo *jus excludendi* che sembra essere il cuore stesso indefettibilmente presente nella posizione proprietaria, in realtà dipende dalla natura del bene. Nell'indagine sui beni «più promettente appare quindi la prospettiva inversa che muova dalla prospettiva delle ontologie dei beni e da essa prosegua all'analisi dei correlati interessi dei soggetti» (p. 67).

43 In una diversa prospettiva la nozione di bene deve includere la nozione di risorsa, che risente di un'impostazione economica, ma che veicola in sé quello di utilità; «ma mentre quest'ultima presuppone la sua direzione verso il soggetto che la percepisce, la parola risorsa appare rivolta a ciò che la origina». Così, A.

bilmente anche a causa degli oneri connessi al diritto di proprietà, si registra un interesse maggiore per quei rapporti in grado di procurare la soddisfazione dei bisogni, spesso contingenti, senza l'acquisizione di diritti reali sul bene. In definitiva, perché acquistare una vettura e sopportare i costi relativi se si può utilizzarla solo quando occorre? Lo stesso si dica per la casa vacanze, per la postazione di lavoro, per i libri, i giochi, ecc.

In passato la ricchezza si misurava essenzialmente in base alla quantità di beni di cui un soggetto era proprietario; oggi, soprattutto a causa del peso fiscale imposto, viene valorizzata la capacità di procurarsi i beni utili alla soddisfazione dei bisogni senza esserne proprietari: ricco è colui che dispone della capacità di accesso alle risorse non chi ne è il proprietario[44].

L'opportunità della condivisione e l'accesso temporaneo ai beni valorizza la capacità degli stessi di produrre utilità, il godimento dinamico e funzionale e lo sfruttamento efficiente delle risorse che il bene è in grado di produrre. Questo diverso approccio determina uno spostamento dell'attenzione dal valore di scambio dei beni al valore d'uso dei medesimi[45].

Tuttavia, non può sfuggire che alle origini della filiera che genera il godimento temporaneo da parte dell'utente c'è sempre un proprietario che mette a disposizione il proprio

GAMBARO, *I beni*, cit., p. 76 ss: «le persone sono interessate alle utilità dei beni, ed anche in una prospettiva fisicalista si dovrebbe tener conto del dato di fatto per cui alle persone interessano le risorse generate dalle cose non le cose in sé, sicché si dovrebbe pur sempre osservare come il modello semplicistico che contempla una persona una cosa nello stesso istante di tempo (…) non può ambire a porsi come modello universale e meno che mai a modello standard atto a costituire il terreno di incontro tra diverse tradizioni di ricerca» (p. 86). Sulla labilità del confine tra beni e servizi cfr. A. QUARTA, *La dicotomia bene servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1013 ss. Il confine è sfumato in quanto è la piattaforma che gestisce il servizio che consente l'accesso al supporto digitale, quindi l'uso del bene sempre mediato.

[44] Vi è da dire che per condividere beni e servizi attraverso piattaforme digitali occorre avere accesso a internet. Sul punto vedi S. RODOTÀ, *Il mondo della rete,* cit., p.6 ss.; P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e diritto all'esperienza meta strutturale*, cit., p. 15 ss. Nel senso che il popolo della *sharing economy* rappresenti una minoranza istruita urbana cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88. Sollecita a riflettere l'analisi del tema della gratuità compiuta da G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in *www.accademia.edu*, p. 34 ss., il quale pone in evidenza come la logica del dono sia stata storicamente ed in determinati contesti sollecitata dall'intento del donante di manifestare il proprio prestigio cui poteva corrispondere l'umiliazione del donatario. L'economia del dono, quindi, è per certi aspetti «un'economia asimmetrica e diseguale».

[45] In realtà, «nelle piattaforme in cui lo scambio cooperativo non avviene a titolo gratuito, il bene rileva per il suo valore di scambio non per il suo valore d'uso». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88.

bene e che ne riceve un'utilità indiretta. Senza la proprietà dominicale, intesa in senso classico, quindi, non vi sarebbe alcuna condivisione[46].

L'economia basata sulla condivisione di beni e servizi rappresenta, peraltro, un nuovo modello culturale, oltre che un fenomeno economico. La ragione del dilagare di questo tipo di scambi è da ricercare, infatti, solo in parte nel perdurare della situazione di crisi economica, che induce ad una maggiore attenzione ai costi da sopportare per procurarsi la soddisfazione dei bisogni. Per altro verso, si deve prendere atto che esiste oggi un'accentuata propensione al consumo consapevole ed all'utilizzazione efficiente delle risorse, che consenta di gravare in maniera più misurata, non solo sul patrimonio individuale, bensì anche sul patrimonio comune dell'umanità. Inoltre, è un dato di fatto che le nuove tecnologie permettono di azzerare i tempi e i costi di comunicazione tra gli individui per cui è più agevole il contatto tra persone che intendono scambiare *peer to peer* beni, servizi, competenze, informazioni, spazi, ecc.

L'economia della condivisione, caratterizzata dallo scambio tra privati a fine solidaristico, infatti, esiste da sempre e non costituisce una novità; l'usanza di regalare o barattare beni in buono stato non più utilizzati, di condividere risorse e ripartire i costi per la realizzazione di un certo fine è antica. Lo stesso accadeva in riferimento al tempo ed alle competenze che potevano essere gratuitamente dedicati ad altri soggetti rientranti nel proprio gruppo sociale. Nell'era di internet i rapporti tra gli individui si instaurano su basi diverse,

[46] La risorsa in questo caso corrisponde alla prestazione dovuta e il conseguimento dell'utilità dipende dall'esecuzione della stessa da parte del debitore; l'ordinamento predispone i mezzi per limitare il libero arbitrio del debitore e assicurare il conseguimento dell'utilità al suo legittimo titolare. Invece la stabilità riferita alla situazione di appartenenza è «pari a quella dell'ordinamento giuridico che ha effettuato il riconoscimento moltiplicata per quella riferita alla natura specifica del bene concretamente in questione». Così, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 106. In realtà la *sharing economy* non sta «in alcun modo inaugurando una fase di abbandono della proprietà». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88. Ben altra portata ha l'affermarsi di una nozione di bene rivista alla luce delle considerazioni che precedono con riferimento alla proprietà pubblica; in questo caso, infatti, una maggiore attenzione verso le risorse che il bene è in grado di produrre dovrebbe indurre a garantire un adeguato accesso alle medesime da parte della collettività e la condanna degli sprechi e del sottoutilizzo. Probabilmente, l'affermazione dell'economia della condivisione dovrebbe essere considerata una opportunità per assicurare una gestione più efficiente del patrimonio pubblico. Il progetto di legge più volte menzionato non ignora questa possibilità, anzi espressamente prevede che il gestore della piattaforma possa essere un soggetto pubblico e dedica una certa attenzione alla promozione dello sfruttamento di risorse pubbliche parzialmente utilizzate, indicando le strutture della *sharing economy* come uno strumento per conseguire una maggiore efficienza ed evitare sprechi. Sull'importanza della regolamentazione pubblica per l'incentivazione di forme di cooperazione capaci di ricomporre frammentazioni sociali, cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 95.

ma non è diverso il sentimento di fiducia, l'affidamento o di slancio di generosità, il bisogno di risparmio che spinge i soggetti allo scambio condiviso[47].

L'esistenza di realtà tanto variegate, tuttavia, fa emergere il pericolo di riservare un trattamento giuridico identico a realtà che sono affatto diverse. Emerge, ad esempio, l'esigenza di individuare criteri adeguati per distinguere il risparmio di costi dal guadagno. Non è priva di rilievo la circostanza che l'attività svolta, attraverso l'uso della piattaforma, abbia carattere non occasionale e costituisca la principale fonte di reddito dell'utente. In questo caso non vi è ragione per non sottoporre quest'ultimo al medesimo trattamento degli altri operatori professionali del settore, i quali, in caso contrario, potrebbero legittimamente dolersi della disparità di trattamento.

La circostanza che la materia sia all'attenzione del legislatore sovrannazionale e di quelli nazionali è sicuramente da considerare positivamente; deve, infatti, essere fermamente avversata l'idea che il "nuovo mercato" rappresentato dalle piattaforme virtuali all'interno delle quali si perfezionano gli scambi sia in grado di autoregolamentarsi e di sviluppare al suo interno dei sistemi affidabili di autocontrollo.

Nella Comunicazione della Commissione Europea del 2016[48], tra l'altro, viene posto l'accento sull'importanza della qualificazione del corrispettivo del servizio come una retribuzione oppure come un mero rimborso di costi. La natura del corrispettivo, infatti, dovrebbe costituire uno degli elementi in base al quale stabilire se si tratta di uno scambio *business to peer* piuttosto che *peer to peer*. È considerata accettabile la soluzione adottata da alcuni Stati membri di individuare delle soglie di reddito prodotto oltre le quali appare ragionevole ritenere che esso non derivi da un'attività occasionale ma da un'attività svolta con una certa regolarità. In quest'ultimo caso «un *pari* diventa un prestatore di servizi professionali».

Ancor prima dell'emanazione della comunicazione della Commissione in Italia è stata elaborata una proposta di legge sull'economia collaborativa presentata alla Camera dei De-

[47] La fiducia in rete non si fonda sulla base della conoscenza personale della controparte ma sulla reputazione di cui l'utente gode all'interno della comunità della piattaforma. Di qui l'esigenza di assicurare che le informazioni relative alle *performance* degli utenti che circolano in rete siano veritiere e di perseguire la diffusione illegittima di notizie lesive della reputazione delle persone. In tema cfr. G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della* Sharing economy, cit., p. 266.

[48] Comunicazione COM(2016) 356/2016, cit., ove si legge che «l'espressione *economia collaborativa* si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»

putati dall'Intergruppo Parlamentare per l'Innovazione Tecnologica e denominata ambiziosamente dai promotori *Sharing Economy Act*[49].

È tempo che questa realtà venga posta all'attenzione dei giuristi che non possono esimersi dal riflettere su come la rivoluzione in atto nel mercato sia in grado di incidere sul modo di intendere i beni, i diritti che hanno ad oggetto i medesimi e sulla natura giuridica dei rapporti contrattuali che in tale contesto si instaurano[50]. Cómpito del giurista è, infatti, quello di individuare le regole da applicare ai rapporti adattando il dato normativo all'evoluzione dei medesimi. La soluzione di intervenire con un'innovazione dell'ordinamento ogni qual volta si verifichi una modificazione sociale di tale portata da rendere difficoltosa l'individuazione della regola da applicare costituisce ovviamente la via più facile e diretta. Tuttavia, gli interventi innovatori dell'ordinamento, per quanto tempestivi, non possono essere al passo con il processo evolutivo che coinvolge le relazioni sociali e che costituisce un flusso vivace ed inesorabile.

Resta quindi imprescindibile il cómpito dell'interprete di analizzare le problematiche connesse ai rapporti che si instaurano nell'ambito della *sharing economy* e di individuare la di-

[49] Si tratta della proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, cit. Dal progetto di legge presentato alla Camera dei Deputati emerge una certa tendenza a confondere e sovrapporre realtà che perseguono lo scambio solidale con quelle che promuovono lo scambio a fini egoistici. Oggetto della disciplina proposta, infatti, è sostanzialmente l'attività di scambio a fini di lucro di risorse tra utenti non professionali nell'ambito di piattaforme che assicurano l'allocazione ottimizzata delle stesse, tuttavia i promotori di questo progetto cedono alla tentazione di ammantare il fenomeno di un alone di purezza richiamando nella indicazione delle Finalità nell'art. 1 «la promozione dell'economia della condivisione per favorire: forme di consumo consapevole; la razionalizzazione delle risorse e l'incremento dell'efficienza e della disponibilità di beni, servizi e infrastrutture anche della pubblica amministrazione; il contrasto degli sprechi e la riduzione dei costi, la partecipazione attiva dei cittadini alla costruzione di comunità resilienti in cui si sviluppano relazioni che abbiano come obiettivo l'interesse generale comune o la cura dei beni comuni, nuove opportunità di crescita occupazione e imprenditorialità basate su un modello di sviluppo economico, ambientale e sociale sostenibile». Nel prosieguo dell'articolato poi sembra che molti dei propositi enunciati si perdano e la scelta si concretizzi definitivamente nella individuazione di una disciplina che abbia ad oggetto lo scambio *peer to peer* di beni e servizi a scopo di lucro: attenzione particolare, infatti, è riservata alla tassazione del profitto generato dalle transazioni realizzate attraverso le piattaforme digitali mentre le disposizioni dedicate alla condivisione a fini solidaristici hanno carattere essenzialmente programmatico.

[50] Sottolinea come la discussione sulla *sharing economy* stia acquistando maggiore spessore, in quanto non coinvolge più solo i giudici e le autorità locali, ma impegna le grandi istituzioni nazionali e sovranazionali, G. SMORTO, *Verso una disciplina della* sharing economy, cit., p. 247. L'attenzione verso queste nuove forme di scambio è viva in Europa; si veda, infatti, il Parere del Comitato Europeo delle Regioni su *La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione*, del 3, 4 dicembre 2015; lo studio presentato dalla Commissione Europea su *Consumer Intelligence Series: The Shairing Economy,* 2015, entrambi citati nella Relazione di accompagnamento al progetto di legge italiano e reperibili in *www.pwc.com*.; si veda, inoltre, il Parere del Comitato economico e sociale europeo su *Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo,* 21 gennaio 2014, in *http://eur-lex.europa.eu*.

sciplina applicabile per la soluzione del caso concreto servendosi degli strumenti normativi già esistenti senza attendere gli interventi innovatori dell'ordinamento, preannunciati a diversi livelli.

Un'indagine di questo tipo, peraltro, deve necessariamente partire dalla definizione dei tratti distintivi dell'economia della condivisione che, invero, vengono sovente descritti in modo abbastanza vago, determinando l'individuazione più che di una categoria di rapporti, di un contenitore destinato ad accogliere fattispecie molto diverse.

Nella relazione alla proposta di legge elaborata dall'Intergruppo Parlamentare gli elementi comuni alle diverse esperienze oggi presenti nel panorama mondiale vengono indicati nella «condivisione, ossia l'utilizzo comune di una risorsa in modo differente dalle forme tradizionali di scambio», nell'instaurazione di una relazione *peer to peer* e nella presenza di una piattaforma digitale[51].

Non viene, invece, dai proponenti preso in considerazione il carattere *profit* o *non profit* dell'attività svolta, che pure dovrebbe costituire un elemento di non secondario rilievo. Non è irrilevante considerare che l'attività svolta dal gestore delle piattaforme *on line* possa avere o meno finalità lucrativa e che lo stesso scambio tra gli utenti possa avvenire a titolo oneroso o gratuito. Tali elementi, infatti, non dovrebbero essere indifferenti per il legislatore che ambisce a introdurre una regolamentazione in materia.

Le piattaforme che favoriscono scambi solidali generano profitti per la collettività e rappresentano, in alcuni casi, anche un surrogato di *welfare* in un'epoca in cui si tende sempre più a ridurre la spesa pubblica dedicata a scopi assistenziali[52]. Si tratta di realtà che meritano una specifica attenzione e sicuramente non possono essere confuse con altre iniziative, ispirate a scopi diversi.

[51] Relazione di accompagnamento al progetto di legge italiano, cit.

[52] Sul punto cfr. G. RESTA, *Gratuità e solidarietà*, cit., p.31, il quale sottolinea come «la logica del dono si sarebbe generalizzata e, per così dire, istituzionalizzata attraverso l'intervento dello stato sociale». In questa fase storica in cui assistiamo ad un progressivo contenimento della spesa sociale in regressione si spiega la rivitalizzazione dei meccanismi di solidarietà non istituzionalizzati.

Sotto diverso profilo, non è da trascurare la considerazione che queste attività favoriscono le occasioni d'incontro e di socializzazione e rappresentano quindi un arricchimento della persona umana[53].

«L'attenzione per i diritti è essenziale per stabilire quale debba essere il destino della rete (…) spazio planetario dove la logica del mercato sovrasta tutte le altre, con una sua progressiva trasformazione in luogo esclusivo dello scambio economico, in un infinito supermercato dove la logica del dono e del lavoro liberato cede anch'essa a nuove e insidiose forme di sfruttamento?», oppure spazio che «offre opportunità significative e concrete per la libera costruzione della personalità e per un'altra visione dei legami sociali»[54].

In tale contesto la questione della qualificazione dell'attività svolta dai gestori delle piattaforme, ossia da quelli che vengono considerati i capitalisti della nostra era, e del regime giuridico al quale sottoporre la stessa appare di carattere prioritario. È evidente che queste imprese hanno poco o nulla in comune con l'economia della condivisione di impronta solidaristica e la circostanza che le transazioni si concludano attraverso piattaforme *on line* non può giustificare l'assimilazione di realtà tanto diverse. Mantenere del tutto distinte queste realtà è essenziale se si vuole evitare che certe imprese possano, millantando un intento solidaristico in realtà del tutto assente, sottrarsi agli obblighi generalmente gravanti sulle imprese concorrenti[55].

La definizione del ruolo assolto dai c.d. abilitatori non può prescindere da un'indagine sulle diverse attività che grazie ai servizi informatici forniti si realizzano all'interno della rete. Appare, infatti, fondamentale una ricostruzione della tipologia di rapporti contrattuali che si instaurano tra i diversi soggetti a diverso titolo coinvolti, nella con-

---

53 Indubbiamente la rete rappresenta una grande opportunità, ma è necessario stabilire quale sarà il suo destino. Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete,* cit., p. 54 ss., il quale sottolinea che «l'attenzione per i diritti è essenziale per stabilire quale debba essere il destino della rete (…) spazio planetario dove la logica del mercato sovrasta tutte le altre, con una sua progressiva trasformazione in luogo esclusivo dello scambio economico, in un infinito supermercato dove la logica del dono e del lavoro liberato cede anch'essa a nuove e insidiose forme di sfruttamento?», oppure spazio che «offre opportunità significative e concrete per la libera costruzione della personalità e per un'altra visione dei legami sociali».

54 Così S. RODOTÀ, *Il mondo della rete.*, cit., p. 54 ss.

55 In questi casi «si tratta di servizi commerciali a cui può essere applicata la "vecchia" regolazione: essi usano la condivisione in una sorta di *share washing* al fine di vendere di più». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 93 ss., la quale sottolinea altresì che questo nuovo modo di fare impresa viene, con un efficace neologismo, definito *uberification* in quanto si ispira al modello tipico di *Uber*, il quale peraltro implica un trasferimento del rischio imprenditoriale sui lavoratori.

sapevolezza che sovente questa prospettiva consente di fare chiarezza anche in ordine a problematiche di più ampia portata come quelle che questa nuova realtà involge.

5. *Le piattaforme* market space

Oggi internet mette a disposizione delle imprese un'immensa rete di distribuzione e diverse opportunità per sfruttarla. Gli operatori professionali possono collocare direttamente i propri prodotti e servizi nel mercato attraverso la vendita diretta *on line* oppure possono utilizzare i servizi offerti da *providers* che gestiscono piattaforme di vendita.

Il commercio elettronico è disciplinato dal d.lgs. n. 70 del 2003 che ha attuato, senza grandi cambiamenti, la direttiva n. 2000/31 CE, improntata alla libertà di circolazione delle merci[56]. Gli operatori sono liberi di vendere i propri prodotti attraverso i propri siti nel rispetto della normativa specificamente dedicata al commercio elettronico.

Il perfezionamento dell'accordo e anche la specifica approvazione per iscritto delle clausole abusive, ove richiesta, possono avvenire tramite un *click*[57]. Sull'operatore professionale gravano specifici obblighi informativi. Il sito deve essere organizzato in modo che siano facilmente reperibili le informazioni relative all'identità dell'operatore professionale con cui si conclude l'accordo. Specifici obblighi riguardano inoltre le comunicazioni commerciali trasmesse attraverso la rete e la conclusione del contratto. L'utente deve essere reso edotto circa le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, le modalità di archiviazione, di accesso successivo ai dati e di correzione degli eventuali errori di inserimento prima dell'inoltro dell'ordine. Devono essere accessibili gli eventuali codici di condotta cui aderisce il promotore ed indicati eventuali strumenti di composizione delle controversie.

---

[56] Sullo sviluppo del commercio elettronico all'interno dell'Unione Europea vedi Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229 final, in *http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.*

[57] Art. 12 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. Sulla conclusione dell'accordo telematico la letteratura è sconfinata cfr. per tutti G. PERLINGIERI F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica,* cit., p. 281 ss.; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico,* MILANO, 1997, p. 33 ss.; R. BORUSSO-G. CIACCI, *Diritto civile e informatica,* in *Tratt. dir. civ. CNN,* vol. X, 3, Napoli, 2004, p. 196 ss.; F. DELFINI, *I contratti telematici dei consumatori*, in *Tratt. dei contratti Rescigno,* vol. 3. tomo I, Torino, 2005, p. 853 ss.; R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2553 ; E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori,* in *Studium iuris*, 2014, p. 150 ss. Nel senso che il *click* non possa sostituire la specifica approvazione per iscritto prevista per le clausole vessatorie, Trib. Catanzaro 30 aprile 2012, in *Contratti*, 2013, p. 41 ss. con nota di V. PANDOLFINI.

Inoltre i contratti di vendita di beni e servizi tra professionisti e consumatori sono ovviamente assoggettati alla disciplina consumeristica, emanata in attuazione della legislazione comunitaria e, attualmente, contenuta nel codice del consumo[58].

Gli obblighi di informazione hanno, tra l'altro, ad oggetto il contenuto del contratto, le caratteristiche del bene o del servizio, le condizioni generali, le modalità di esecuzione della prestazione, la facoltà di recesso, le modalità di restituzione del bene e gli eventuali strumenti di composizione delle controversie. Le informazioni devono essere chiare e precise, non esorbitanti, facilmente comprensibili, scaricabili e memorizzabili da parte del consumatore.

Questi obblighi, peraltro, gravano, non solo sul venditore, bensì anche sul *provider* che gestisce la piattaforma *market place,* ove si accerti che questi non si limiti alla mera fornitura di un servizio informatico. In particolare, l'AGCOM ritiene che Amazon svolga un ruolo attivo nel perfezionamento delle vendite, in quanto organizza i dati dei venditori, riceve dagli stessi una percentuale, predispone le modalità di vendita, si occupa talvolta della spedizione dei beni e della gestione del recesso, riscuote i pagamenti, monitora le *performances* dei venditori, filtra i contatti venditori-consumatori, fornisce un'assistenza diretta ad ottimizzare o a promuovere talune offerte in vendita, ecc[59].

Nel 2019, nell'intento di compiere un ulteriore passo verso l'armonizzazione della disciplina della vendita di beni di consumo è stata emanata la direttiva 771/2019 UE relativa ad alcuni aspetti dei contratti di vendita di beni[60]. Questa direttiva ha ad oggetto tutte le vendite di beni, indipendentemente dal fatto che avvengano fisicamente in punti vendita

[58] D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

[59] Con Provvedimento 9 marzo 2016, n. 25911 (in *Dir. ind.*, 2017, p. 249 ss.) l' AGCM ha quindi ritenuto che «il regime informativo fornito da Amazon, sia nel caso di vendita diretta che in caso di piattaforma *marketplace*, non è conforme all'art. 51, comma 2, cod. cons. L'*iter* di acquisto sulla piattaforma palesa, infatti, che nel caso di vendita diretta, AUE fornisce in modo non immediatamente percepibile le informazioni sul diritto di recesso, sull'esistenza e sulle condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali e sul promemoria sull'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni. Tali informazioni, oltre ad essere rilevanti secondo quanto disposto dall'art. 49, comma 1, c. cons., devono altresì essere fornite al consumatore in modo chiaro e facilmente accessibile nell'immediata prossimità della conferma necessaria per l'inoltro dell'ordine, ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. cons.».

[60] Questa direttiva modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE. Contestualmente è stata emanata la direttiva 770/2019 UE relativa ai contratti di fornitura di servizi digitali.

tradizionali, *on line* o a distanza[61]. La circostanza che non si avverta più l'esigenza di dedicare una disciplina specifica alle vendite che si concludono in rete è sintomatica della diffusione di questo tipo di transazioni che sono oramai del tutto parificate a quelle che utilizzano canali di distribuzione tradizionali.

La disciplina dei beni di consumo prevede inoltre, a tutela dell'acquirente una garanzia per difetto di conformità del bene consegnato rispetto a quello promesso. La disciplina prevista dalla nostra normativa nazionale in attuazione della direttiva del 1999/44 UE e contenuta oggi nel codice del consumo prevede che, in caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro. Qualora questi rimedi non fossero attuabili l'acquirente può pretendere una riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto (art. 130 cod. cons.)[62].

In tema di garanzia, peraltro, gli Stati membri non hanno emanato una disciplina pienamente conforme, pertanto, il consumatore europeo non può accedere a un'identica tutela all'interno del mercato unico. Ed è questo che ha indotto la Commissione a intervenire per realizzare una piena armonizzazione[63]. Per evitare disparità di trattamento la direttiva

[61] Inizialmente il progetto comunitario era molto più ambizioso e consisteva nell'emanazione di una disciplina uniforme del contratto di vendita e la realizzazione di una codificazione europea del diritto civile. Il progetto, che, peraltro, si proponeva di individuare una disciplina che le parti avrebbero potuto adottare volontariamente, non ha incontrato il favore di tutti gli Stati membri e non ha avuto seguito. La Commissione non ha invece desistito dall'intento di superare le diversità tra le discipline degli Stati membri in tema di vendita di beni di consumo e di realizzare una più accentuata armonizzazione in questa materia. In tema cfr. G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 825 ss.; F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 953 SS.

[62] La Cassazione, peraltro, ritiene, in ogni caso, che il consumatore abbia anche diritto al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento, sebbene tale rimedio non sia annoverato dall'art. 130 cod. cons. «il diritto al risarcimento del danno rientra, infatti, fra i "diritti" attribuiti al consumatore da "altre norme dell'ordinamento giuridico" italiano» Così da ultimo Cass. 20 gennaio 2020, n. 1082, in *Quot. Pluris,* 2020.

[63] Si legge nel considerando (6) della direttiva 771/2019 che «elementi contrattuali essenziali, quali i criteri di conformità, i rimedi a difetti di conformità al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, sono attualmente oggetto dell'armonizzazione minima». E ancora nel considerando (10) che «è opportuno armonizzare pienamente le norme concernenti i requisiti di conformità, i rimedi a disposizione del consumatore per non conformità del bene al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, e aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla direttiva 1999/44/CE. Norme pienamente armonizzate su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale dei consumatori dovrebbero rendere più facile per le imprese, soprattutto le

771/2019 UE prevede un elevato livello di armonizzazione, prescrivendo che «Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso» (art. 4).

I requisiti di conformità dei beni hanno carattere soggettivo e oggettivo. Per quanto riguarda il primo aspetto, agli obblighi che il venditore ha contrattualmente assunto con riferimento alle caratteristiche del bene. Il bene compravenduto deve corrispondere alla descrizione, al tipo, alla quantità e alla qualità, e deve possedere la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto di vendita. Ove il consumatore abbia espressamente richiesto al venditore un bene idoneo ad essere impiegato per utilizzazioni speciali e il venditore abbia accettato di fornirlo, l'inidoneità dello stesso all'uso indicato lo rende non conforme. Il bene deve essere fornito assieme a tutti gli accessori, alle istruzioni d'uso e relative all'installazione, previsti dal contratto di vendita. Il venditore, inoltre, deve fornire gli aggiornamenti eventualmente previsti dal contratto di vendita[64].

In ogni caso, il bene deve essere idoneo agli scopi per i quali sono normalmente impiegati beni dello stesso tipo[65], possedere la qualità e corrispondere alla descrizione del campione o modello che il venditore ha mostrato al consumatore prima della conclusione del contratto. Il prodotto deve essere consegnato assieme agli accessori, compresi l'imballaggio, le istruzioni per l'installazione o le altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; esso, inoltre, deve possedere le qualità e le caratteristiche – anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza – che sono normali per un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene, dei messaggi pubblicitari, dell'etichetta e delle dichiara-

PMI, offrire i loro prodotti in altri Stati membri. I consumatori beneficerebbero di un livello elevato di protezione e di miglioramenti in termini di benessere grazie alla piena armonizzazione delle norme essenziali».

64 art. 6 direttiva 771/2019 EU, cit.

65 Nella valutazione dell'idoneità all'uso si può tenere conto «dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale, delle norme tecniche o, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore» (art. 7 lett. a direttiva 771/2019, cit.).

zioni pubbliche fatte dal venditore, da suoi incaricati o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore[66].

Il venditore, tuttavia, non risponde dell'assenza di conformità ai requisiti pubblicamente dichiarati se dimostra che non era a conoscenza e non poteva ragionevolmente conosce la dichiarazione, se questa è stata prontamente corretta, comunque prima della conclusione del contratto e con modalità equivalenti a quelle utilizzate per la diffusione della prima dichiarazione non veritiera. Il venditore inoltre non è tenuto a garantire la conformità se, in ogni caso, l'acquisto non avrebbe potuto essere influenzato dalla dichiarazione pubblica.

Infine la garanzia non opera se il venditore, al momento della conclusione del contratto ha specificamente informato il consumatore del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità e questi, ciò nonostante, ha espressamente accettato di acquistare il bene[67].

La mancanza di conformità, in determinate condizioni, può anche derivare da un difetto d'installazione del bene[68].

Quanto ai rimedi, l'art. 13 della direttiva 771/2019 UE prevede il ripristino della conformità del bene, la riduzione proporzionale del prezzo, o la risoluzione del contratto.

La risoluzione, conformemente alla soluzione già adottata dal nostro ordinamento, è azionabile solo dopo l'esperimento dei rimedi ripristinatori ove praticabili[69].

---

66 Art. 7 lett. b, c, d della direttiva 771/2019 EU, cit.

67 Una disciplina particolare è poi dettata con riferimento ai beni con elementi digitali nei commi successivi del medesimo articolo 7 direttiva 771/2019 UE.

68 In particolare l'art. 8 della direttiva 771/2019 UE, cit. prende in considerazione l'eventualità che l'installazione faccia parte del contratto di vendita ed è stata eseguita dal venditore o sotto la sua responsabilità; oppure se sia stata effettuata dal consumatore, ma gli errori dipendono da carenze nelle istruzioni di installazione fornite dal venditore o, per i beni con elementi digitali, fornite dal venditore o dal fornitore.

69 Più precisamente la Direttiva del 1999 prevedeva che il consumatore potesse chiedere prima la riparazione o la sostituzione del bene, e solo successivamente, la risoluzione e il risarcimento del danno. Tuttavia alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno adottato questa soluzione, mentre altri hanno riconosciuto al consumatore la libertà di scegliere tra riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto senza prevedere una gerarchia tra i rimedi. Inoltre in Italia vi è stato un acceso dibattito sul rapporto tra i rimedi indicati dalla legislazione speciale e quelli previsti nel c.c. con riferimento alla vendita tema cfr. G. DE CRISTOFARO, *Vendita* VIII) *Vendita di beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 2003, p. 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, a cura di G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, Torino, 2018, p. 61 ss.; R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue* impasse, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 743 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di*

Ai fini del ripristino della conformità del bene, il consumatore può scegliere tra riparazione[70] e sostituzione, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o comporti per il venditore la sopportazione di costi sproporzionati[71]; in questo caso il venditore può rifiutarsi di rendere conformi i beni (art. 13 direttiva 771/2019).

Il consumatore ha diritto a una riduzione del prezzo proporzionale alla diminuzione del valore del bene[72] oppure alla risoluzione del contratto di vendita, ove il venditore non abbia effettuato la riparazione o la sostituzione, oppure non l'abbia eseguite in conformità alle prescrizioni della stessa direttiva; se, nonostante il tentativo di ripristinare la conformità, il difetto permane; se il difetto di conformità è talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita; se il venditore ha dichiarato, o ha fatto inequivocabilmente intendere che non procederà al ripristino della conformità del bene entro un periodo ragionevole, o senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

D'altro canto il consumatore non ha il diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è solo di lieve entità. L'onere della prova della lieve entità del difetto lamentato dal consumatore è a carico del venditore.

Al consumatore si riconosce un diritto di ritenzione del prezzo o della parte di prezzo non ancora versata fino a quando il venditore non abbia adempiuto ai suoi obblighi.

Gli Stati membri, nella disciplina di attuazione possono prevedere le condizioni e le modalità per l'esercizio del diritto di rifiutare il pagamento da parte del consumatore e disciplinare le conseguenze connesse al concorso del consumatore al verificarsi del difetto di conformità.

---

*consumo*, *ivi*, 2004, p. 1029 ss.; E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2005, p. 2 ss.

[70] La riparazione o la sostituzione sono effettuate senza spese per il consumatore; entro un periodo di tempo ragionevole dal momento in cui il venditore è stato informato; senza notevoli inconvenienti per il consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha voluto il bene. Il consumatore deve cooperare con il venditore per la realizzazione degli interventi necessari. L'obbligo di riparare o sostituire il bene comprende la rimozione del bene non conforme, e l'installazione del bene sostitutivo o riparato, oppure l'accollo delle relative spese di tale rimozione o installazione. Il consumatore non è tenuto a pagare per il normale uso del bene sostituito nel periodo precedente la sostituzione (art. 14 direttiva 771/2019 UE, cit.).

[71] In particolare, la scelta tra i due rimedi alternativi può essere condizionata dalla considerazione del valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità, dell'entità del difetto di conformità e della possibilità di esperire il rimedio alternativo senza notevoli inconvenienti per il consumatore (art. 13 comma 2 direttiva 771/2019 UE, cit.).

[72] Art. 15 direttiva 771/2019 UE, cit.

Il consumatore, può in ogni caso, sussistendone i presupposti, risolvere il contratto inviando una dichiarazione al venditore. La dichiarazione dell'intenzione di risolvere la vendita può riguardare anche solo alcuni dei beni consegnati, qualora non si possa ragionevolmente presumere che il consumatore abbia interesse a tenere gli altri beni conformi.

Il consumatore è tenuto, quindi alla restituzione al venditore dei beni consegnati. Il venditore sopporta le spese di restituzione ed è obbligato a restituire il prezzo. La definizione delle modalità di restituzione e rimborso è affidata agli Stati membri (art. 16 direttiva 771/2019 UE).

Qualora le dichiarazioni di garanzia e i messaggi pubblicitari resi al momento della conclusione del contratto includano ulteriori garanzie commerciali, come la garanzia di buon funzionamento entro un certo periodo, il venditore è vincolato alle condizioni proposte (art. 17 direttiva 771/2019 UE).

Il difetto di conformità può essere fatto valere entro due anni dalla consegna del bene; gli Stati membri possono stabilire termini di prescrizione più lunghi (art. 10 771/2019 UE).

Le piattaforme rappresentano oggi lo strumento più efficace di distribuzione di beni e servizi e, in ragione delle mutazioni che sono intervenute nel mercato, si servono di questo insostituibile veicolo di comunicazione delle offerte sia utenti professionali sia utenti non professionali, attratti dalla possibilità di concludere transazioni con altri utenti anche geograficamente molto distanti.

Alcune piattaforme, come ad esempio quelle dedicate alla collocazione di alloggi con finalità turistiche, diffondono offerte provenienti da imprese e da privati che solo occasionalmente offrono la propria abitazione in affitto per brevi periodi.

L'applicabilità della disciplina consumeristica è legata alla qualificazione soggettiva delle parti del rapporto negoziale e proprio la promiscuità della tipologia di soggetti coinvolti e degli scopi dagli stessi perseguiti fa vacillare le fondamenta sulle quali per lungo tempo si è efficacemente sostenuta la diversità di trattamento giuridico.

Il potere contrattuale detenuto da coloro che gestiscono la rete, raccolgono ed elaborano le informazioni, peraltro, emerge anche nei rapporti contrattuali con le imprese che si servono dei servizi informatici per collocare i propri prodotti e servizi. Inoltre, se le impre-

se che detengono marchi noti sono in grado di ottenere risultati soddisfacenti tramite la gestione diretta di *shop on line,* noti, le imprese di piccole o anche medie dimensioni sono attratte dalle possibilità offerte dalle piattaforme *marketplace,* che consentono un'ampia diffusione dell'offerta dei propri prodotti e servizi.

In uno *spot* pubblicitario ideato per Amazon nel Natale del 2019 veniva messa in risalto la circostanza che, numerose piccole imprese italiane, grazie ai servizi offerti dalla piattaforma, sono state poste in condizione di collocare i propri prodotti su un mercato ampissimo e quindi di incrementare le proprie vendite. In realtà, è evidente che lo scopo verso cui tende l'attività di Amazon non è certo quello di migliorare la rete distributiva delle piccole imprese italiane e di incrementarne i profitti, piuttosto essa è spinta dall'intento di guadagnare più possibile dalla gestione della piattaforma.

L'esame delle modalità di svolgimento della sua attività e di gestione dei rapporti con gli inserzionisti praticate Amazon, che una delle più grandi piattaforme di *marketplace,* consente di verificare l'ampiezza del suo potere contrattuale e la sua capacità di sfruttarlo. Proprio queste considerazioni hanno determinato di recente AGCM ad avviare un'istruttoria per verificare l'eventuale violazione della concorrenza per abuso di posizione dominante[73].

Com'è noto Amazon*,* è nato come un sito di *e-commerce* per la collocazione dei propri prodotti, principalmente libri e dvd, successivamente è stato concesso anche a venditori terzi la possibilità di offrire prodotti attraverso lo stesso canale. In questo modo il sito Amazon.*com* è stato trasformando in un *marketplace* in cui, accanto ai prodotti di Amazon, i consumatori possono trovarne altri offerti da *sellers* indipendenti. La merce venduta direttamente da Amazon e quella dei venditori terzi è presentata con la medesima interfaccia grafica e la provenienza dell'offerta risulta solo dalle indicazioni relative a chi vende e spedisce che sono riportate nelle informazioni sul prodotto.

I rapporti con i venditori sono regolati da un contratto il cui contenuto è imposto da Amazon. Tra le varie condizioni contrattuali, che sono dettagliate in un testo intitolato le *Business Solutions*[74], si precisa che il venditore è libero di determinare quali prodotti offrire

[73] Provvedimento dell'AGCM del 10 aprile 2019 in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_avvio.pdf.*

[74] Le condizioni contrattuali sono reperibili sul sito *https://sellercentral.amazon.co.uk/gp/help/external/201190440?language=en_GB&ref=efph_201190440_cont_201190440.*

sulla piattaforma, ma è obbligato a mantenere la parità di trattamento rispetto alle offerte diffuse tramite gli altri canali di vendita. Una volta configurato l'account, i venditori gestiscono il catalogo del proprio "negozio virtuale" in modo indipendente, caricando gli articoli attraverso un'applicazione *on-line* e fornendo la descrizione del prodotto, l'immagine e il prezzo. Il venditore può scegliere tra un *account* base per il quale non è previsto un costo fisso, ma il pagamento di una commissione per ogni transazione conclusa, oppure un *account pro* che prevede un abbonamento mensile; in ogni caso, a questi costi si aggiunge una commissione per ciascun articolo venduto determinata in misura percentuale sul prezzo del prodotto.

Amazon offre, inoltre, ai *sellers* una serie di servizi aggiuntivi a pagamento tra i quali vi è quello chiamato *Fullfillment by Amazon* che consiste nella gestione completa degli ordini. Amazon si occupa dello stoccaggio dei prodotti, che i venditori devono far pervenire nei diversi centri logistici che detiene in Europa e nel mondo, della gestione del magazzino, dell'imballaggio, della spedizione, della gestione dei resi e rimborsi.

L'AGCM ha preso in considerazione l'eventualità che *Amazon* possa sfruttare i dati dei clienti, in base ai quali è in grado di monitorare le loro preferenze, per favorire l'acquisto di determinati prodotti, condizionando il funzionamento del mercato. In particolare è emersa la possibilità che Amazon spinga gli utenti ad acquistare i prodotti messi in vendita da *sellers* che aderiscono al servizio *Fullfillment by Amazon* e dai quali essa riceve, oltre alle commissioni sulle vendite anche il corrispettivo per la gestione degli ordini.

La scelta dei prodotti che vengono offerti al consumatore e l'ordine nel quale vengono proposti, ossia la classificazione dei risultati della ricerca è determinata da un algoritmo. L'algoritmo elabora una serie di informazioni aventi ad oggetto il prodotto e il venditore, tra le quali anche le recensioni dei clienti relative ad esempio alla qualità del prodotto, alla consegna, al servizio di reso.

La posizione dei prodotti nella pagina e l'ordine con il quale sono proposti al cliente, infatti, non è indifferente ed è in grado di condizionarne la scelta[75].

[75] «Sulla base di alcune indagini di mercato, il 70% dei consumatori controlla unicamente le offerte mostrate nella prima pagina dei risultati, senza mai arrivare alla seconda pagina. Il 35% acquista il prodotto corrispondente al primo risultato e il 64% uno dei primi tre. I prodotti che appaiono nella prima pagina contano per l'81% delle vendite di un data ricerca» Così nel provvedimento dell'AGCM del 10 aprile 2019.

Di fatto i *feedback* negativi che sono presi in considerazione ai fini dell'elaborazione dei dati sembrerebbero essere solo quelli relativi ai prodotti spediti direttamente dal venditore. Del resto, la stessa piattaforma sollecita i venditori ad aderire ai servizi di logistica sottolineandone i vantaggi, consistenti nella possibilità di eliminare i *feedback* negativi, migliorare le proprie *performance* e l'indicizzazione dei propri prodotti.

Per valutare la possibilità effettiva che si verifichi questo tipo di condizionamento del risultato dell'algoritmo che determina il *ranking* dei risultati della ricerca effettuata dall'utente occorre tener conto dei servizi aggiuntivi che Amazon offre alla clientela.

In primo luogo, è un fatto che Amazon, grazie alla colossale rete di distribuzione che possiede, è in grado di gestire gli ordini e le spedizioni in modo più efficiente e veloce rispetto a quello che sarebbe in grado di fare il singolo venditore. Questa circostanza consente ai venditori che affidano ad Amazon la gestione degli ordini di ottenere più facilmente *feedback* positivi che migliorano il *ranking* della loro performance. Inoltre, la visibilità e il posizionamento dell'offerta dei prodotti spediti da Amazon sono migliori in quanto questa viene visualizzata con il pulsante *Spedito da Amazon,* ingenerando una maggiore affidabilità nell'utente. Infine solo i prodotti spediti da Amazon rientrano tra quelli offerti come *Prime* nella barra di ricerca agli utenti. Questo programma*,* in particolare, consente agli utenti di beneficiare di vantaggi su spese e tempi di spedizione e la ricerca dei prodotti sulla piattaforma può essere filtrata chiedendo che vengano mostrati solo i prodotti offerti con queste modalità, tra i quali, ovviamente, rientrano solo i prodotti offerti da venditori che usufruiscono del servizio *fullfillment by Amazon.*

Emerge, in definitiva, con una certa evidenza che Amazon sfrutta la propria posizione di dominio del mercato per imporre ai venditori le proprie condizioni, che la scelta dei venditori, specie di piccole e medie dimensioni, delle modalità di distribuzione dei prodotti è tutt'altro che liberamente assunta e che Amazon è in grado di favorire la vendita di un prodotto piuttosto che un altro sulla base di valutazioni legate alla propria convenienza[76].

[76] Sotto questo profilo occorre evidenziare che «nessun atto di autonomia è valido soltanto perché voluto, ma ogni atto di autonomia è valido perché meritevole», così P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese,* in *Riv.dir.impr.,* 2006, p. 11, e un contratto che è il risultato di un abuso di posizione dominante sicuramente meritevole non è.

Qualsiasi sarà l'esito della proceduta avviata dall'AGCOM è un fatto che la rivoluzione digitale ha determinato un accentramento del potere economico nelle mani di pochi grandi colossi e che il diritto deve affilare le armi per garantire che la libertà di iniziativa economica non sia una mera enunciazione di principio e un privilegio riservato a pochi.

*Abstract*

Digital technology has had a revolutionary effect on all aspects of human behavior, including the field of economic activity. Consequently, legal ruling must now be interpreted on the basis of new exigencies. This paper focuses on the role played by internet service providers which, while supplying users with access to the Wold Wide Web, claim network neutrality and refuse liability for users' activities.

Capua, maggio 2020.

ANDREA LEPORE*

# *Principio di solidarietà e autonomia negoziale nel sistema giuridico italiano***

*Sommario*: 1. Studio del diritto per problemi. Oltre la dicotomia diritto privato e diritto pubblico. – 2. Personalismo e solidarismo costituzionali. – 3. Abuso ed eccesso. – 4. Abuso e principio di solidarietà nella giurisprudenza. – 5. Conclusioni.

## 1. *Studio del diritto per problemi. Oltre la dicotomia diritto privato e diritto pubblico*

Vi è una Scuola di pensiero che in Italia, quasi cinquant'anni fa, era a dir poco minoritaria e sosteneva la possibilità di applicare i princìpi costituzionali a istituti del diritto civile, come all'autonomia negoziale[1].

* *Professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Il contributo riproduce con l'aggiunta di note bibliografiche e giurisprudenziali la relazione tenuta dall'A. al convegno italo-spagnolo dal titolo «Giurisprudenza e dottrina: un matrimonio di convenienza?», svoltosi a Capua nei giorni 8 e 9 ottobre 2019.

[1] Esemplare l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, (1978), in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 414 ss. nonché in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 73 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, (1980), *ivi*, p. 109 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 535 ss. È la legalità costituzionale stessa ad imporre l'immediata *Drittwirkung*, ossia la diretta rilevanza applicativa della norma costituzionale, in quanto non soltanto regola ermeneutica ma anche e soprattutto norma anch'essa di comportamento direttamente e immediatamente applicabile ai rapporti interprivati: P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, p. 18; v. anche ID., *Interpretazione e sistema dei valori*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 478 ss. e in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2001, p. 81 ss., spec. p. 86; ID., *Salvatore Pugliatti e il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss., là dove l'a. sottolinea l'importanza dell'apertura ermeneutica dell'illustre Maestro (rif. a S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, p. 189 ss.) che, nel porre come regola l'attribuzione del massimo significato possibile alla Costituzione, ha segnato «un'evoluzione storica della stessa ermeneutica […], destinata ad incidere fortemente negli scritti più progrediti dell'epoca, sia laburistici che civilistici». Sulla precettività delle norme costituzionali, all'indomani dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, si segnala l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, spec. p. 189, là dove

Perché questa idea poteva sembrare quasi impossibile da realizzare? Perché soprattutto in quegli anni si riteneva che il diritto, inteso come materia di studio, fosse composto da una pluralità di settori, quali il diritto privato, il diritto costituzionale, il diritto penale, il diritto processuale, a tenuta stagna[2]. Questa frantumazione ha sempre presentato, più che altro, una mera finalità didattica e non si sarebbe dovuta ripercuotere sull'unitarietà dell'ordinamento. In realtà, insegna dottrina autorevole, il diritto non va studiato per settori, come quelli elencati, ma per problemi, nella consapevolezza che esistono princìpi fondamentali del sistema complessivo cui tali problemi vanno riferiti[3].

---

l'illustre a. precisa: «Una costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizioni normative: enuncianti, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo. In altre parole una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, magis ut valeat, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati"». V. anche A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; G. ALPA, *Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, II, 15 ss.; M. MACARIO e F. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010. Più di recente, riconosce che «la 'costituzionalizzazione' del diritto civile è un dato ormai interno alla scienza e all'esperienza giuridiche» M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 281. Su posizioni divergenti, tra gli altri, P. RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim.*, 1959, p. 1515 ss., ora in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 335 ss.; ID., *Introduzione al Codice civile*, 2ª ed., Roma-Bari, 1992, p. 62 ss.; nonché ID., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 9 ss.; ma anche A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss., ora, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 453 ss.; C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 241; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927 ss. Dà conto dell'«appello per un 'diritto civile costituzionale'» levatosi nella dottrina italiana a partire dagli anni '70, V. SCALISI, *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 501 ss., spec. p. 521 ss. Per un'analisi delle influenze dell'esperienza tedesca sul dibattito italiano in argomento, cfr. P. FEMIA (a cura di), Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018.

[2] V., *ex multis*, G. GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, p. 9 ss.

[3] Avverte che lo studio del diritto non va fatto per settori precostituiti ma per problemi, con particolare riguardo alle esigenze di volta in volta emergenti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 140 s. In tal senso già ID., *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 60 nonché ID., *«Istituzioni di diritto privato» e «diritto civile»: un problema didattico*, in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 208, là dove l'a. ammonisce che «[i]l diritto civile oggi non è che uno e trova fondamento nella legalità costituzionale: come tale va unitariamente studiato e insegnato». Nello studio dell'esperienza giuridica, il rifiuto delle «premesse di carattere dogmatico astratto» in nome dell'esigenza di accedere ad «una visione il più possibile aderente al fenomeno, abbracciato nella sua totalità e realtà, che è insieme giuridica e storico-sociologica», è forte in E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova, 1960, p. 197. Analogamente, S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 427 ss., secondo il quale le nozioni devono rappresentare il «correlato concettuale della realtà giuridica concreta»; infatti, «se la società e la storia bussano alla porta del giurista», egli «non può tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia»:

L'iniziale non costruttivo atteggiamento condusse così a ritenere i valori costituzionali agganciati esclusivamente al diritto pubblico, senza possibilità di porli a confronto, ad esempio, con le negoziazioni tipiche del diritto privato. Una rigida distinzione, dunque, tra diritto pubblico e diritto privato, secondo la quale l'uno disciplina gli interessi dell'intera collettività e l'altro regolerebbe gli interessi dei singoli individui. Una simile dicotomia oggi non appare davvero più sostenibile[4].

Lo stesso concetto di interesse pubblico è stato pian piano, in letteratura e in giurisprudenza, ripensato. Oggidì non si può anche soltanto immaginare di ritenere l'interesse pubblico un interesse più importante di quello privato. Si tratta di interesse più ampio, più generale. Ma più generale o più astratto non va assolutamente confuso con la gerarchia dei valori[5].

Al contrario, l'assimilazione dell'interesse pubblico a interesse giuridicamente superiore è il riflesso di una concezione autoritaria dello Stato, retrograda dal punto di vista costituzionale.

Lo Stato oggi non è più controllore, ma garante.

Nell'assolvere tale compito può pertanto esigere l'adempimento di inderogabili doveri, quale quello di solidarietà, posto al vertice della tavola dei princìpi costituzionali, all'art. 2[6].

---

ID., *Continuo e discontinuo nel diritto*, *ivi*, p. 89. Sull'impossibilità di sottrarre al fenomeno giuridico, scienza pratica, la complessità della fattualità, perché componente essenziale della stessa normatività, ancóra P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale cit.*, p. 187 ss.; cfr., altresì, ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 3 ss., spec. p. 6, già in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; ID., *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 956 ss. e in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 215 ss.

[4] Ne discutono P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, p. 70. V., altresì, P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 134 ss. Richiama alla strumentalità, al coordinamento tra gli interessi c.dd. pubblici e privati G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 25. Analogamente, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 39, osserva che «il soddisfacimento dell'interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie oggetto dell'intervento dell'Amministrazione». V., altresì, R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000, spec. p. 182.

[5] In tale prospettiva, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 138, secondo il quale l'assimilazione dell'interesse pubblico all'interesse giuridicamente superiore è il riflesso di una concezione autoritaria dello Stato, insostenibile dal punto di vista costituzionale.

[6] Identifica nella solidarietà un «[p]rincipio speculativo, interno all'ordine giudico; forza di coesione entro l'organismo del diritto obiettivo, e quindi motivo operante, dall'interno, nel processo di creazione dei diritti subbiettivi» S. PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931, p. 111. In tale prospettiva, l'illustre a. considera la solidarietà un «veicolo unico, […] attraverso il quale si stabilisce *ab origine* un ineliminabile contatto tra lo Stato e l'individuo, e quindi tra il diritto obiettivo e il diritto subiettivo, unica fonte dalla quale nasce, con

2. *Personalismo e solidarismo costituzionali*

Il principio di solidarietà si incarna nell'evoluzione del personalismo[7]. Nella storia del pensiero il personalismo nasce come dottrina di ispirazione cristiana con riferimenti polemici all'esistenzialismo e al marxismo. La 'persona' è una scelta della Costituzione italiana che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, tutti racchiusi nell'art. 2 cost.

La persona è inseparabile dalla solidarietà, la cura dell'altro fa parte del concetto di persona.

Ed è così che le formazioni sociali, quali la famiglia, il sindacato, il partito, le associazioni in generale, hanno rilievo costituzionale quali luoghi nei quali si sviluppa la personalità, sono in posizione servente rispetto alla persona. Non vi è supremazia del gruppo sull'individuo[8].

---

quello, l'obbligo di attuazione e tutela da parte dello Stato, e con questo la facoltà legittima del singolo, alla quale, estendendosi l'obbligo di tutela, si estende anche il diritto di (limitata e condizionata) disposizione, che con quella si fonde» (ID., *o.l.c.*). Con particolare riguardo al rapporto obbligatorio, indica che la «formula solidarietà […] fa riferimento ad un contemperamento d'interessi superindividuali nella prospettiva etica dell'affievolimento del 'dato egoistico' non in quella economica della produttività» R. CICALA, Produttività, solidarietà e autonomia privata, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 298. In tale prospettiva, P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in ID., *Scuole, tendenze, metodi*, Napoli, 1988, p. 173 ss.; ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, spec. p. 82 ss.; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civil*e, Napoli, 2003, p. 308 ss.; ma anche S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, spec. p. 92 ss.; P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999; V. LIPARI, *«Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà»*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 1 ss.; e, più di recente, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014; M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 727 ss.; V. RIZZO, *Contratto e costituzion*e, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349 ss., spec. p. 351.

[7] Sul principio personalistico cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 161 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 433 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 809 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, *ivi*, 2010, p. 198. V. anche G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 425 ss.; ID., *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 45 ss.; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in G. CONTE e S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, I, Mantova, 2017, p. 261 ss.

[8] Sulla funzionalizzazione del principio pluralista alla realizzazione di quello personalista v., tra gli altri, P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, sub *Art. 2*, in P. PERLINGIERI e AA.VV., *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 2ª ed., p. 6 ss.; P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione e ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. sir. civ.*, 1983, p. 842 ss.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, p. 190 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1989, p. 566 ss.; M.A. URCIUOLI, *La tutela del singolo nei partiti politici*, cit., p. 28. Sostiene che tramite dell'art. 2 cost. si è provveduto al «riconoscimento di 'rilevanza', per lo Stato, di tutte le associazioni, riconosciute o non riconosciute, la necessaria soggezione di queste ultime al diritto comune, e la rivendicazione,

In diritto privato il principio di solidarietà pervade gli atti che possono essere realizzati dai *cives*. Si comprende allora perché non è sostenibile che l'autonomia negoziale possa identificarsi con la mera autonomia contrattuale e quindi divenire rilevante soltanto per attuare vicende di rapporti giuridici patrimoniali. Il contratto, come affare patrimoniale, non esaurisce l'area nella quale ha rilievo la libertà dei soggetti. Il tentativo di individuare il fondamento dell'autonomia negoziale nella garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata e dunque agganciandola all'art. 41 cost. è una prospettiva parziale, come in letteratura si è tentato negli anni di sostenere[9]. L'autonomia negoziale non s'identifica e non si esaurisce con gli atti di impresa[10].

Va poi sottolineato che l'autonomia negoziale, nel vigente sistema delle fonti caratterizzato da una gerarchia di norme, ha altresì fondamento nei princìpi di diritto europeo, ispirati al mercato, alla concorrenza, all'ordinamento pubblico economico dell'Unione[11]. Tuttavia, gli atti di autonomia presentano un comune denominatore nella necessità di essere volti

alla Repubblica, della funzione di garante di tutte le libertà dell'individuo, anche all'interno delle associazioni» anche F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, pp. 157 ss. e 254 ss.

[9] Gli atti di autonomia hanno legittimazioni diversificate in funzione dei valori e degli interessi da realizzare: il loro fondamento, quindi, non è da ricondurre unicamente alla libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 cost., ma si collega direttamente all'art. 2 là dove la negoziazione riguardi situazioni soggettive non patrimoniali; sì che non è possibile un discorso unitario sull'autonomia negoziale, così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 328 s.; v. anche ID., *L'incidenza dell'interesse pubblico*, cit., p. 59 s.; ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 34 s.; ID., *Profili del diritto civile*, cit., p. 239 ss.; ID., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 395. L'a. richiama alla necessità di analizzare i fondamenti diversificati degli atti di autonomia «in una più ampia prospettiva di teoria delle fonti» in *I mobili confini dell'autonomia privata*, *ivi*, p. 17; in tale ottica, approfondita l'indagine di L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, spec. pp. 25 ss. e 281 ss. Sulla «copertura» costituzionale dell'autonomia negoziale v. A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 13 ss.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.; P. FEMIA, *Interessi*, cit., p. 495 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.

[10] Gli atti di autonomia hanno dunque fondamenti diversificati in funzione dei valori e degli interessi da realizzare. Si pensi agli atti esistenziali che trovano sostegno non certo nell'articolo 41 cost., ma negli articoli 2, 3, 13 e 32 della costituzione. Rivolgendo attenzione agli atti associativi, si rileva che questi rinvengono invece riferimenti normativi nell'articolo 2 della Costituzione unitamente all'art. 3 cost., ma anche e soprattutto nell'art. 18 della Carta fondamentale. O immaginiamo ancóra gli atti di famiglia che hanno a loro volta fondamento sempre nell'art. 2, in combinato disposto con gli artt. 29 e 30 della costituzione.

[11] La non separabilità di riflessione economica e critica giuridico-morale è palese in G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996. L'*economic analysis*, quale teoria globale del diritto conforme ad una razionalità di mercato, postula che tutte le valutazioni si devono esaurire nel profilo economico. Così non è: le soluzioni

a realizzare interessi e funzioni meritevoli sempre di tutela e socialmente utili. Nell'utilità sociale si rispecchia l'atto negoziale che assolve all'esigenze che le attività realizzate dai privati non siano in contrasto con la sicurezza, con la libertà, con la dignità umana (art. 41, comma 2, cost.).

3. *Abuso ed eccesso*

Diversamente argomentando, per definire il principio di solidarietà può essere utile rintracciarne l'opposto: l'abuso della posizione inerente alla situazione giuridica[12].

L'esercizio di forme del potere di disposizione, di autonomia appunto, in maniera non appropriata può configurare l'abuso del diritto. L'abuso è esercizio contrario o comunque estraneo alla funzione della situazione soggettiva.

Si ha abuso tutte le volte nelle quali un comportamento, pur coincidente con il contenuto del diritto considerato dal punto di vista formale, in sostanza, ne costituisce una deviazione[13].

L'abuso è la piena contraddizione del principio di solidarietà, un vero e proprio antagonista.

Pensiamo a esempi di scuola: il proprietario, che pianta sul proprio terreno pali altissimi all'unico scopo di privare di luce il fondo del vicino, non realizza un'utilità coperta dalla

giuridiche sono assunte soprattutto in base al consenso politico, sì che il «pan-economismo» è fuorviante giacché privo dei parametri valutativi propri dell'ordinamento giuridico. Non si nega che l'impiego di schemi e criteri microeconomici sia utile, anzitutto nell'elaborazione delle leggi. Tuttavia, occorre la consapevolezza che, se è vero che l'analisi costi-benefici contribuisce a realizzare l'efficienza, questa da sola non è in grado di rappresentare la specificità e complessità della scienza giuridica. Così P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 249 s.

12 G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 10 ss., spec. p. 15 s. In tema cfr. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1997, p. 682, ove l'autore richiama, a titolo esemplificativo, l'istituto degli atti emulativi come fattispecie che tende a stigmatizzare l'abuso di un diritto contrario al principio costituzionale di solidarietà.

13 P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 142 s. Analizza le numerose vicende nelle quali un diritto trova realizzazione in maniera «contraria alla sua finalità», valutando gli interessi complessivamente incisi dall'esercizio della situazione soggettiva, in una prospettiva dinamica e relazionale L. JOSSERAND, *L'abuso dei diritti*, Napoli, 2018, con *Prefazione* di L. DI NELLA e G. PERLINGIERI, *A proposito della traduzione italiana De l'abus des droits di Louis Josserand* e *Postfazione* di L. TULLIO, *La lotta agli abusi nella vigorosa ricerca di un 'nuovo equilibrio'*. Nel quadro delineato, l'a. giunge ad accogliere una «applicazione ragionevole e umana» del diritto, in grado di attuare quel «giusto contemperamento» degli interessi in gioco; sì che compito del giurista è quello di abbandonare l'applicazione capziosa e formale della legge, facendosi autore della norma «equa».

situazione proprietaria, si parla specificamente in questo caso di atti emulativi previsti e sanzionati dall'articolo 833 c.c. Egli può recintare il fondo, ma non può usare questo potere per nuocere altri titolari di situazioni egualmente meritevoli. Abusa ancóra della procura il rappresentante che conclude il negozio in conflitto di interessi a danno del rappresentato, poiché egli ha il potere-dovere di curare l'interesse del rappresentato, come afferma l'articolo 1394 c.c. (analogamente quando si incide su di interesse comune in conflitto con interesse individuale, si pensi agli artt. 2373 e 2391 c.c.). Vi è pure abuso quando si minaccia di far valere un diritto allo scopo di estorcere un consenso che faccia conseguire vantaggi ingiusti, come nell'ipotesi di violenza morale, *ex* art. 1438 c.c.

4. *Abuso e principio di solidarietà nella giurisprudenza*

L' applicazione del principio di solidarietà nell'autonomia negoziale secondo i suggerimenti di parte della dottrina ha condotto negli anni la giurisprudenza italiana a mutare radicalmente posizione. Gli esempi sono disparati, e sono volti proprio al fine di evitare simili abusi[14].

*Leading case* fu quello sul quale si pronunciò la Corte di cassazione a Sezioni unite il 13 settembre 2005 con sentenza n. 18128, sulla riducibilità di ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva[15]. La vicenda si origina dalla domanda di un condominio volta ad ottenere la condanna di un condomino al pagamento di una somma di denaro a titolo di penale, in ragione del mancato pagamento di oneri condominiali. Il convenuto chiedeva di accertare la nullità della clausola penale posta a fondamento della pretesa per violazione dell'articolo

[14] In questa prospettiva è interessante una pronuncia di qualche anno fa della Corte di cassazione sui contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari offerti a futuri pensionati già indebitati con gli istituti di credito ove si afferma che «l'interesse perseguito mediante un contratto atipico, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela *ex* art. 1322, comma 2, c.c., ponendosi in contrasto con i princìpi desumibili dagli artt. 38 (rapporti economici – lavoratori) e 47 cost. (rapporti economici e risparmio) per la tutela del contraente debole», oltre dunque i limiti dell'art. 2 cost., Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss.

[15] In tema, cfr. I. PRISCO, *Riducibilità* ex officio *della penale manifestamente eccessiva*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, p. 369 ss. Sia anche consentito il rinvio ad A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 47 ss., spec. p. 143.

1815 del codice civile, che dispone la nullità della clausola con la quale siano pattuiti interessi usurari. Nei giudizi di primo e secondo grado, il convenuto è soccombente. Ma prosegue la sua battaglia legale e giunge davanti alla Corte di legittimità che ribalta le decisioni precedenti.

Il Collegio perviene a tale conclusione aderendo all'orientamento giurisprudenziale, che fino ad allora era assolutamente minoritario, il quale ammetteva di ridurre ufficiosamente un accordo in forza di una lettura costituzionale del potere concesso ai privati di autonomia negoziale e in applicazione del principio di proporzionalità (che nasce da matrice europea e rappresenta altra declinazione del principio di solidarietà)[16]. Si stabilisce che l'autonomia negoziale non può andare oltre i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela *ex* art. 2 della Carta costituzionale. Da questa prospettiva, l'intervento giudiziale, a fronte di una penale eccessiva, assume la funzione correttiva della volontà delle parti, per ricondurre l'accordo a equità, ovverosia conformare l'atto negoziale ai precetti costituzionali. Questo potere di controllo sembra dunque conferito al giudice non soltanto

[16] Sotto la spinta della normativa comunitaria e soprattutto ad opera dell'elaborazione da parte della Corte di giustizia, è entrato a far parte dell'ordinamento, specie in materia contrattuale, il principio di proporzionalità, che affianca il principio di solidarietà. Esso incide profondamente sulla moderna concezione del contratto che, in tal modo, si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio *pacta sunt servanda*. La proporzionalità consiste nella giusta proporzione o quantificazione delle prestazioni in ballo. Rappresenta in buona sostanza una diversa modalità di valutare l'entità dell'interesse patrimoniale ovvero la misura della sua protezione giuridica in un bilanciamento con quelle di altri interessi. Troviamo il principio di proporzionalità, declinato ad esempio nell'articolo 53 della Costituzione in base al quale tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della loro capacità contributiva, ove funge da presupposto e parametro per l'imposizione tributaria e costituisce un limite al potere legislativo non soltanto in termini di ragionevolezza Ma appunto di proporzionalità ancóra, è intriso l'art. 36 cost. che esprime il principio della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, principio che non sembra ispirato soltanto a quello di proporzionalità, in chiave quantitativa, ma anche, quale correttivo, all'adeguatezza, alla ragionevolezza, sì da assicurare al lavoratore alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Un simile principio, assumendo portata generale del sistema, è destinato a svolgere un ruolo ancor più rilevante sia nell'interpretazione contrattuale, riempendo di contenuti la stessa interpretazione secondo equità, sia nel delicato controllo di meritevolezza delle clausole contrattuali e dell'intero assetto negoziale, sia infine nel più ampio processo di individuazione della normativa da applicare al caso concreto. Il principio si propone altresì quale parametro di una nuova classificazione delle norme in materia. Così in tema di garanzie. Si pensi agli artt. 2872 ss. c.c. in tema di ipoteca, i quali enunciano il principio della riduzione proporzionale della garanzia quando sono stati eseguiti i pagamenti parziali così da estinguere almeno il quinto del debito originario. La norma, alla luce del principio di proporzionalità, a mio avviso, ha applicazione non soltanto nella fase di esecuzione del rapporto ma anche in quella genetica, considerando sempre non meritevole un'ipoteca di valore sperequato rispetto al debito, e ciò tanto per la garanzia ipotecaria quanto per il pegno e altre forme tipiche e atipiche di garanzia. In questa direzione in Italia si è orientata anche la legislazione speciale più recente, come quella tendente ad incidere sui mutui tassi usurari. Su tutti questi temi si rinvia testualmente a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 379 ss. Con specifico riferimento all'ipoteca, particolarmente utile è la lettura di S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2013, *passim*; EAD., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 391 ss. In senso ancora più ampio v. le perspicaci ricostruzioni di A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, *passim*, spec. p. 151 ss.

nell'esclusivo interesse della parte, ma in quello generale al fine che l'autonomia negoziale realizzi sempre interessi meritevoli di tutela alla luce dell'assetto valoriale dell'ordinamento ed è proprio tale funzione a giustificare un intervento che prescinde addirittura da un'istanza di parte.

In vero, nel caso di specie operano sia il criterio di proporzionalità citato pocanzi, ma anche quello di ragionevolezza. Quest'ultima individua, in una prospettiva qualitativa, la *ratio*, ossia la funzione e gli interessi che aspirano a realizzare i paciscenti all'interno del meccanismo negoziale e segnatamente di autodifesa, in ossequio ai valori del sistema giuridico; mentre la proporzionalità, l'equilibrio quantitativo nella realizzazione dei modelli di autotutela che si configura non soltanto quale equivalenza economica tra prestazione e controprestazione, ma, al contrario, quale controllo del rapporto contrattuale al fine di valutare se tale regolamento realizzi in concreto un ingiustificato ed eccessivo squilibrio in considerazione degli interessi dedotti nella vicenda[17]. Se dunque un rimedio quale la clausola penale in autotutela privata non supera tali limiti, può essere ammesso, o, se li supera lievemente, può essere ricondotto a equilibrio, senza giungere all'invalidità dello strumento impiegato. In maniera estremamente convincente ed efficace si è infatti affermato che «il principio di proporzionalità vieta l'uso di un maglio a vapore per rompere una noce se si potrebbe farlo con uno schiaccianoci»[18].

Il rimedio è al servizio del valore costituzionalmente tutelato e sostanzialmente individuato. Che esso si rinvenga nella legislazione processuale o sostanziale, o piuttosto e più opportunamente, dal sistema di princìpi ai quali si ispira l'ordinamento, è trascurabile. Individuati gli interessi del rapporto, ad essi va commisurato il rimedio, giudiziale o stragiudiziale che sia.

Sì che, ben si comprende perché a più riprese si va ribadendo che delicata e rilevante appare la posizione del giudice, il quale, chiamato all'accertamento della situazione com-

[17] Così, G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 568.

[18] Testualmente, «the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it», Lord Diplock, riportata da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 95 e ripreso anche da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 175 e nota 330.

plessa, ha un ruolo decisivo nella valutazione della scelta e dell'applicazione da parte dei privati del rimedio all'interno di quel determinato regolamento di interessi posto alla sua attenzione. Valutazione che dovrà condurlo a pronunziare un provvedimento adeguato e ragionevolmente orientato alla tutela 'giusta' delle posizioni dibattute, cancellando il provvedimento o conservandolo in maniera più equa, mediante una *reductio ad aequitatem*. Soltanto in tal modo sarà possibile attribuire la congrua rilevanza al rimedio impiegato, il quale – va ribadito – è soltanto uno strumento, e non rappresenta un valore. Valore lo sono gli interessi che il rimedio strumentalmente deve tutelare. Ecco perché l'intero sistema rimediale va ripensato in prospettiva funzionale, alla luce dei princìpi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, dei valori riconosciuti dalla Costituzione, e dalle normative internazionali.

Appaiono numerose le applicazioni del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento, come nell'art. 1384 c.c., appena illustrato, o nell' articolo 1455 c.c., che individua per l'operatività del meccanismo il criterio dell'importanza dell'inadempimento per la risoluzione del contratto, o, ancóra, nell'art. 1525 c.c., che non consente la risoluzione della vendita con riserva della proprietà, qualora non sia stata corrisposta soltanto una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo.

Sono evidenze che aiutano a comprendere che il rimedio è ciò che garantisce la piena tutela dell'interesse. A prescindere dalla fase nella quale può essere impiegato (fisiologica o patologica), esso è al a servizio di quest'ultimo e non viceversa.

Altra questione decisa sempre dalla Corte di cassazione con sentenza del 19 giugno 2009 numero 14343[19], verte sulla validità di una clausola inserita in un contratto di locazione con la quale venga vietato al conduttore, a pena di risoluzione del vincolo, di ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare. Secondo i giudici di primo e di secondo grado l'ospitalità protratta per un notevole lasso di tempo assume i caratteri della sublocazione con il conseguente diritto del locatore a ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale, ragion per cui la richiesta del conduttore viene respinta.

[19] Sulla quale cfr. le interessanti osservazioni qui riprese di I. PRISCO, *Divieto di ospitalità e nullità per violazione del principio di solidarietà*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione»*, cit., p. 369 ss.

La Corte di cassazione anche in questo caso modifica la decisione, dichiarando la nullità della clausola contrattuale in esame. Ancóra una volta il giudizio di liceità e meritevolezza al quale soggiace il regolamento contrattuale, secondo il Collegio, non si esaurisce nella meccanica sussunzione della fattispecie in una delle discipline richiamate, aggiungerei a matrice prettamente patrimoniale, ma va messo a confronto con l'intero sistema giuridico dei princìpi costituzionali, che hanno efficacia precettiva. Nel caso di specie, affermano i giudici di legittimità, vengono in rilievo proprio i doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 cost., i quali possono trovare attuazione attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad alcune difficoltà in special modo se a tutela sia di rapporti all'interno della famiglia fondata sul matrimonio o di una convivenza di fatto, sia dei rapporti di amicizia. Ne discende la nullità della clausola che detta ospitalità invece vietava, a pena di risoluzione del contratto, per diretto contrasto – si legge in sentenza – con il principio di solidarietà statuito dall'articolo 2 della Costituzione.

Altra interessante pronuncia su un tema molto delicato si rinviene nella decisione della Corte di cassazione del 18 settembre 2009 numero 20106[20]. Nello specifico il Collegio offre risposta al quesito se l'abuso del diritto possa assurgere a un canone argomentativo generale del nostro ordinamento all'interno dei contratti tra imprese. Nel caso esaminato dalla Corte di cassazione, l'abuso viene riferito all'esercizio del diritto di recesso dal contratto stipulato tra la casa automobilistica della Renault con circa 200 piccole concessionarie di automobili. In particolare, la Renault Italia aveva comunicato il recesso dal contratto di concessione di vendita ai vari concessionari, dichiarando il proposito di volere ristrutturare la rete di distribuzione dei propri prodotti in Italia. Si avvaleva, pertanto, della clausola contenuta nell'articolo XII del contratto che disciplinava la possibilità del recesso in via immediata, *ad nutum*. La casa madre però aveva contestualmente risolto il contratto di lavoro con una serie di propri dirigenti, accordandosi con questi ultimi per tramutare il rapporto di lavoro in concessione di vendita, tramite la loro collocazione al posto dei concessionari revocati.

Il principale motivo di ricorso è che l'intento della Renault non coincidesse, come effettivamente dichiarato, con quello di ristrutturare la rete di vendita, che restava numericamente immutata, bensì con quello di ridurre il proprio personale dipendente e di attuare

[20] In tema, cfr. le puntuali analisi sul tema riprese da F. LONGOBUCCO, *Autonomia negoziale e abuso del diritto nei contratti tra imprese*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione»*, cit., p. 391 ss.

questa riduzione senza assolvere all'onere finanziario del trattamento di fine rapporto, ossia l'indennità che viene corrisposta al lavoratore in qualsiasi caso di cessazione del rapporto di lavoro. I concessionari inoltre, oltre al danno derivante dalla risoluzione anticipata del contratto, lamentavano l'ulteriore danno di vedere frustrati gli ingenti investimenti che il concedente gli aveva recentemente indotti ad effettuare, suscitando il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto contrattuale.

In primo e secondo grado i concessionari risultano soccombenti. Le Corti di merito reputavano, in particolare, che la previsione contrattuale del recesso *ad nutum* in favore della Renault Italia rendesse superfluo ogni controllo sulla causa dell'esercizio di questo potere. In altre parole, la casa automobilistica aveva semplicemente esercitato un suo diritto previsto dal contratto. Le Corti si basarano sul mero criterio letterale, arrestandosi all'interpretazione del regolamento riportato all'interno del documento contrattuale.

La questione giunge in Corte di cassazione, la quale, viceversa, dichiara il carattere assolutamente abusivo del recesso, aprendo la strada alla condanna della Renault e al risarcimento del danno in favore delle sue concessionarie. Il Collegio rileva che costituiscono princìpi generali del diritto delle obbligazioni quelli per i quali le parti di un rapporto contrattuale devono comportarsi secondo le regole di correttezza. Prosegue poi la Corte sostenendo che la clausola generale di buona fede trova specifica concretizzazione nel disegno dei valori costituzionali, e va intesa come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 della Costituzione. In questa prospettiva, la Cassazione afferma che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, volto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. Si parla in tal senso di 'buona fede etero-integrativa'.

## 5. *Conclusioni*

In definitiva, il principio di solidarietà come declinato anche nei princìpi di proporzionalità e di ragionevolezza[21] si realizza con modalità diverse in base ai contratti e ai soggetti coinvolti nella fattispecie concreta. Si pensi al ruolo, alla qualifica delle parti, alla loro forza contrattuale (*B2B* o *P2P*) che non possono non avere una rilevanza anche a questo fine. Tali elementi risultano decisivi per circoscrivere lo spazio operativo dell'autonomia negoziale. L'autonomia infatti si colloca tra libertà e giustizia contrattuale, mediante l'etica negli affari e l'etica nei rapporti. Un'etica che sia fondata sul rispetto della dignità della persona dalla quale partire, radicata nell'applicazione del principio di solidarietà all'autonomia negoziale[22]. Qui l'incidenza anche sul legislatore è marcata, si pensi alle leggi di tutela del consumatore, alla legge sulla subfornitura *etc.*

Ciò determina che nel diritto civile rilievo deve assumere non tanto il contraente debole, quanto la tutela di un equilibrio giusto, di un'equità del rapporto. Di ciò devono caricarsi la giurisprudenza e la dottrina, ammettendo cambi di rotta, dialogando tra loro, migliorandosi reciprocamente.

Non come ha di recente statuito una ordinanza (potenzialmente molto pericolosa) della Corte di cassazione, la numero 24649/2019[23], secondo la quale, «se la giurisprudenza di legittimità, in numerosi precedenti, ha sostenuto un'interpretazione della legge di segno contrario rispetto a quella fatta valere dalla parte in giudizio, quest'ultima deve essere condannata per responsabilità processuale aggravata». Nel caso di specie si tratta di un vizio di rito (ricorso/atto di citazione – rito del lavoro/rito civile). Tuttavia, seguendo un simile approccio, punto cardine diventerebbe il precedente giurisprudenziale e dal *civil law* al *common law* il passo sarebbe breve, con il problema che la nostra tradizione è assai distante da quella dei Paesi britannici.

---

[21] Tra tanti, sul significato da attribuire al concetto di 'ragionevolezza', v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 e nota 1 ss., ed ivi ampia e dettagliata bibliografia. Cfr. anche E. GIORGINI, *Recesso* ad nutum *secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 602 ss.; sia poi consentito rinviare anche ad A. LEPORE, *Ragionevolezza e proporzionalità delle alee nel contratto non commutativo: gli* swap, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 602; nonché, ID., *Autotutela e autonomia negoziale*, cit., p. 67 ss.

[22] Sottolinea che anche le logiche del mercato devono rispettare i princìpi dell'etica sociale ed economica P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 84 ss., spec. p. 101. Analogamente, G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 16 ss.; P. SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 325 ss.; V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 181. In diversa prospettiva N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 18 ss.

[23] Cass., 13 ottobre 2019, n. 24649, in *Pluris on line*.

Se questo espresso dalla Suprema corte diventasse un orientamento interpretato molto estensivamente dai giudici in primo e secondo grado, i rischi sarebbero enormi. Si pensi, ad esempio, ai contratti di *leasing*, *franchising*, *trust*, i quali, considerati atipici, venivano sanzionati negli anni '80 con la nullità, poiché non si rinveniva una specifica norma di legge che li disciplinasse. Eppure, grazie alle tante azioni processuali sollevate in quegli anni, si è riuscito a scardinare un orientamento che sembrava granitico ed oggi quegli stessi contratti hanno un impiego diffuso, globale. Al contrario, seguendo alla lettera l'ordinanza citata, simili accordi potrebbero ancóra essere dichiarati invalidi.

È invece necessario porre sempre in discussione qualsiasi tesi, in base all'evoluzione socio-economico-giuridica[24]. Senza dimenticare che, spesso, il coraggio degli avvocati ha salvato il nostro sistema giuridico e ha reso celebri anche i magistrati.

*Abstract*

The contribution addresses the issue of the direct application of constitutional principles to the subjects of civil law, through a reconstruction of the different approaches of doctrine and jurisprudence in Italy since the 1970s. In particular, attention is paid to the principle of solidarity and its declensions within the negotiation relations between private parties.

Capua, maggio 2020.

[24] Le «grandi rivoluzioni, con le susseguenti riforme legislative, spesso non [sono] sufficienti a modificare l'essenza di un sistema giuridico, se non si registra una contestuale evoluzione nel modo di pensare dei giuristi», P. PERLINGIERI, *Lo Studio del diritto e la storia*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore* di Luigi Labruna, Napoli, 2007, p. 4168. Sulla necessità di rivolgere attenzione ai mutamenti sociali e politici che interessano direttamente il diritto nel raffronto tra valori e ideologie, G. PERLINGIERI, *La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 602 s., il quale correttamente afferma che «il valore non può essere disgiunto dall'ideologia, se muta il valore muta l'ideologia. L'agire umano non potrà che uniformarsi a quella ideologia e, dunque, a quel superiore valore normativo». Più di recente, ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri»*, cit., p. 529 ss., spec. p. 576 s.

ROBERTA MARINO*

# *Autonomia privata e nuove forme di realizzazione del credito garantito da pegno non possessorio***

*Sommario*: 1. Le linee evolutive del sistema delle garanzie del credito. La funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata. - 2. Il percorso di rinnovamento del diritto delle garanzie reali. Le alienazioni in funzione di garanzia e il divieto del patto commissorio. - 3. L'affermazione dei "modelli marciani". - 4. Il pegno non possessorio: brevi cenni ai caratteri morfologici. - 5. Le quattro modalità di realizzo della garanzia in autotutela previste dal comma 7, art. 1 della legge n. 119. - 6. Opponibilità della garanzia alle procedure concorsuali e rilevanza dell'interesse collettivo della massa dei creditori.

## 1. *Le linee evolutive del sistema delle garanzie del credito. La funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata*

Migliorare l'efficienza del mercato del credito in termini di velocità di erogazione dei finanziamenti alle imprese a minor costo è obiettivo dal quale dipende il grado di sviluppo economico di ciascun Paese.

Partendo dall'esame degli interessi sottesi al rapporto di finanziamento tra banca e impresa, sono preminenti le esigenze, per un verso, di supere l'immobilità dell'oggetto della garanzia, nel nostro codice civile stabilmente vincolato alla garanzia del bene, in quanto bene utilmente impiegabile nel processo produttivo[1]; per l'altro, di consentire la più rapida realizzazione della garanzia, avendo riguardo alla circostanza che la modalità con la quale le banche

* *Ricercatrice confermata di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1]In tema ampiamente E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 653. Sul punto anche L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

valutano il merito creditizio non si basa più sul valore del bene dato in garanzia ma sul grado di solidità finanziaria dell'impresa, vale a dire sulla sua capacità di rimborso delle somme in prestito e, in ipotesi di inadempimento del debitore, sulla esistenza di una garanzia del credito immediatamente esperibile.

Su questa ultima esigenza convergono gli indirizzi evolutivi del sistema delle garanzie del credito, lungo i quali si muovono sia il legislatore comunitario che i singoli legislatori nazionali.

In ambito europeo la Commissione ha pubblicato un Libro Verde dal titolo "*Building a Capital Markets Union*"[2], che ha avviato una Consultazione pubblica da cui è scaturito un *Action Plan* a medio-lungo termine volto ad individuare le azioni necessarie a migliorare l'accesso ai finanziamenti da parte delle PMI, perseguendo l'ulteriore finalità di ridurne il costo e diversificare le fonti[3].

Ebbene durante le consultazioni pubbliche è emersa la centralità, nell'ambito del rapporto di finanziamento, del ruolo delle garanzie reali e la priorità, in quanto propedeutici alla realizzazione di un mercato paneuropeo dei capitali, di obiettivi quali la velocità di realizzazione del credito e la costituzione di garanzie non possessorie[4].

Risulta chiaro come quest'ultima esigenza si è oramai imposta come priorità dal legislatore comunitario anche ai fini della gestione dei crediti deteriorati accumulati dalle banche europee e d'Italia. Per comprendere la portata di tale fenomeno occorre tener conto che la possibilità di una agevole dismissione di crediti deteriorati tramite cessione, o per meglio dire il prezzo di cessione sul mercato, dipende dal tempo di realizzazione del diritto di credito, nonché dalla incertezza giuridica sull'esito dei procedimenti esecutivi. In tale ottica si pone la recente proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali[5] che, al titolo V (artt. 23-33) «Escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie», mira a introdurre uno strumento armonizzato di escussione accelerata e

[2] Libro Verde, *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*. COM(2015) 63 final del 18 febbraio 2015.
[3] *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*. COM(2015) 468 final del 30 settembre 2015.
[4] Per un commento v. V. SICLARI, *European Capital Markets Union e Ordinamento Nazionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 48 ss.; E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza*, *Banca d'Italia* n. 356, 2016.
[5] Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio COM (2018)135, inserita in un pacchetto di misure volte ad accelerare la riduzione dei crediti deteriorati, tra cui il già approvato regolamento (UE) 2019/630 che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 sulla copertura minima delle perdite su esposizioni deteriorate.

stragiudiziale delle garanzie reali nei rapporti di finanziamento tra banche e imprese. Il legislatore attraverso la riduzione delle incertezze del processo esecutivo e la possibilità dell'escussione di un bene situato in un diverso Stato membro, mira all'incremento della concessione transfrontaliera dei prestiti. In estrema sintesi nella proposta di direttiva si attribuisce al creditore la possibilità di soddisfare il proprio diritto a seguito di un patto di escussione stragiudiziale per iscritto e con l'indicazione dell'evento al quale è subordinata la facoltà concessa al creditore. Alle modalità prescelte dalle parti quali la vendita o appropriazione il legislatore applica le cautele del marciano, laddove demanda alle determinazioni pattizie la nomina di un esperto indipendente che operi la stima del bene volta ad evitare un ingiustificato arricchimento del creditore[6].

L'iniziativa di apertura del legislatore comunitario all'autonomia privata nella realizzazione del credito garantito si pone nel solco di una linea di tendenza già ben radicata nell'ordinamento italiano, ove il processo di rinnovamento si segnala per il passaggio dalla tutela esecutiva coattiva all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata. La rilevata convergenza di approcci seguiti dal legislatore comunitario e interno si esplicita, dunque, nella concessione al creditore di strumenti che (in caso di inadempimento) rafforzano la tutela del diritto di credito o aprono la possibilità di esercizio di forme di autotutela esecutiva.

Nell'ambito interno, numerosi sono gli interventi legislativi nel settore delle garanzie del credito che hanno inciso sui rapporti tra autonomia privata, responsabilità patrimoniale e procedimento esecutivo. Ciò detto, è bene sottolineare in limine che le importanti trasformazioni che sta sperimentando il settore delle garanzie del credito sono calate in uno scenario di crisi economica e pertanto contrassegnate da interventi legislativi emergenziali, settoriali e dunque non di portata sistematica.

L'itinerario di rinnovamento, articolato in un quadro eterogeneo e frammentario di regole sull'escussione della garanzia si è posto all'attenzione degli studiosi, impegnati nella definizione del significato dei diversi statuti normativi e della loro portata sistematica.

[6] Per un primo commento, v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1039.

Pertanto, compito dell'interprete è verificare se tale particolarismo legislativo sia riconducibile ad un ordine giuridico coerente e logico, secondo gli indirizzi costituzionali, al contrario correrebbero il rischio di non riuscire a tradursi nella realizzazione di valori e principi ordinamentali[7]. Si abbia riguardo infatti che nel rapporto di finanziamento, garantire l'accessibilità al credito da parte delle imprese, è interesse meritevole di tutela essendo espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 cost. Così come, il medesimo interesse sottende la tutela del lavoro, sancita dall'art. 35 cost.[8]

Alla luce di queste prime osservazioni il metodo della ricerca, una volta individuate chiaramente le direttive entro le quali il legislatore sta realizzando interessi meritevoli di tutela, dovrà indagare sulla coerenza sistematica di tali soluzioni e verificare che esse siano di agevole applicazione concreta. Si partirà dal delineare il percorso che ha caratterizzato le trasformazioni del settore delle garanzie del credito al fine di evidenziare che la garanzia pignoratizia e quella ipotecaria hanno oramai perso la loro tipica. Esse non sono più funzionalizzate a garantire l'adempimento, quanto piuttosto all'esercizio dell'autotutela satisfattiva del creditore.

Data la centralità ed il ruolo propulsivo svolto dalle garanzie del credito nel mercato della produzione e dei capitali, non stupisce che i legislatori e l'autonomia privata siano fortemente impegnate nel loro ammodernamento.

Il percorso di revisione del diritto delle garanzie reali è originato da spinte provenienti dal basso, dalle regole della prassi o dai lavori delle organizzazioni sovranazionali, quali le

[7] Sull'autonomia privata quale strumento di attuazione dei principi fondamentali, ma anche di sintesi tra i valori e le regole liberamente stabiliti e i principi prioritari, indicati nella Carta Costituzionale, si v. ampiamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ult. ed. V. anche P. PERLINGIERI e M. MARINARO, Art. 42, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, p. 296. Sul rapporto tra principi e regole, si v. pure G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona, in La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), Roma-Bari, 2013, p. 204. Più in generale, sull'autonomia dei privati garantita nella misura in cui la stessa risulti funzionale o, per meglio dire, preordinata al perseguimento di altri valori, direttamente tutelati dalla Carta Costituzionale, quali l'iniziativa economica privata (art. 41 cost.) e la proprietà (art. 42 cost.), v. L. MENGONI, P*ersona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in. G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, Padova, 1996; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.

[8] Già autorevolmente affermato da G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, p. 70 e ss. Si v. anche R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali* a cura di R. Nania, P. Ridola, I, Torino, 2001, p. 69 ss.; più recentemente S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2011. Sul rapporto tra principi e regole, più recentemente G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, cit., p. 204.

associazioni indipendenti che lavorano per l'unificazione del diritto privato. Per lungo tempo l'autonomia privata ha rappresentato il traino del processo evolutivo.

Se sul piano negoziale, l'autonomia privata si è cimentata nella costruzione di modelli di garanzie reali e personali idonei a soddisfare le istanze innovative del mercato; sul piano legislativo, invece, gli interventi di settore hanno rappresentato l'esito di linee evolutive già molto radicate nella prassi.

Posto che ad individuare una regolamentazione comune per ridurre le differenze di regime giuridico tra gli ordinamenti (si pensi ai regimi di pubblicità negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*), si è cimentata soprattutto la dottrina attraverso le organizzazioni internazionali Uncitral e Unidroit[9], tali lavori si sono tradotti in Convenzioni, strumenti dimostratisi in realtà inadeguati ai fini della creazione di una normativa uniforme per via dei lunghi tempi di attuazione e in quanto contenenti regole che hanno effettività solo se ratificate da tutti i Paesi[10].

Senza dubbio allora una spinta significativa alla realizzazione di un sistema comune di garanzie mobiliari è giunta dalle regole di armonizzazione[11] a seguito dell'emanazione della Direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria[12].

Il recepimento nel nostro ordinamento ha introdotto regole che, ancorché applicabili alle sole garanzie costituite su strumenti finanziari, non erano da considerarsi quali semplici leggi di settore. In altro scritto sostenni che la portata innovativa di tali regole avrebbe determinato dirompenti ricadute sul piano sistematico[13].

---

[9] Sul tema ampiamente ALB. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.

[10] R. GOODE, *Transcending the Baudaries of Earth and Space: The Unidroit Convention in International Interest in Mobile Equipment,* in *Uniform Law Review*, 1998, p. 373 e ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; A. FRIGNANI, *Le garanzie internazionali e la convenzione di diritto uniforme Uncitral del 1995*, in *Dir. impr.*, 2005, p. 531.

[11] G. FERRARINI, *The Growing Number of Calls for the Creation of Non-Possessory Security Interest in Continental Europe: an Italian View, Convegno Unidroit (International Bar Association), Current Trends in the Modernization of the Law Governing Personal Property Security*, Roma, 1994; B.C. SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 576 ss.; A. FRIGNANI, *Le garanzie internazionali e la convenzione di diritto uniforme Uncitral del 1995*, cit., p. 531.

[12] A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 263; N. CIPRIANI, *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in AA. Vv, *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista,* Milano, 2006, p. 251; E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria nella prospettiva europea*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *Aggiornamento*, III, 1, Torino, 2007, p. 300.

[13] Sia consentito un rinvio al mio, *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006.

Basti qui solo accennare che, mentre il dibattito sulla compatibilità con le regole dell'ordinamento delle alienazioni in funzione di garanzia era incandescente, il d.lgs. n. 170 del 2004, all'interno dell'ampio *genus* di contratti di garanzia finanziaria, tipizza figure contrattuali che programmano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie in funzione di garanzia, sottraendo la fattispecie all'applicazione del divieto del patto commissorio.

Si pensi ancora all'introduzione di regole che accordano al creditore il potere di realizzare il *collateral* attraverso l'appropriazione degli strumenti finanziari, purché ciò sia previsto nel contratto di garanzia finanziaria e all'accordo tra le parti sia demandata la valutazione degli stessi.

Da tali regole si percepì che ampio è lo spazio conferito all'autonomia privata, sol che si abbia riguardo alla circostanza che sono i patti contrattuali a disciplinare le modalità di escussione della garanzia. Inoltre, l'espressa deroga al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. condusse taluni a ritenere che la scelta di *opt in* del legislatore interno avrebbe costituito un *vulnus* alla sua portata generale. Ad oggi, in realtà, la disciplina introdotta dal d.lgs. 170 rimane l'unica a disapplicare il divieto del patto commissorio.

Tuttavia, la previsione di una forma di autotutela consensuale autorizzata dalla legge ha aperto la via ad una rimeditazione di quell'orientamento ostile all'assoggettamento del debitore ai poteri di autotutela del creditore che sarebbe desumibile, secondo larga parte della dottrina, proprio dal divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.[14].

Premesso che il nostro ordinamento, segnatamente il nostro codice civile, non contiene alcun riferimento esplicito all'autotutela, con tale espressione si intende generalmente indicare tutte quelle situazioni eccezionali nelle quali è consentito al soggetto interessato di realizzare *ex se* la difesa delle proprie ragioni senza fare ricorso all'autorità giudiziaria[15].

[14] Il d.lgs. 170 che (art. 4, comma 1) al verificarsi di un evento determinate l'escussione della garanzia finanziaria dà facoltà al creditore pignoratizio di: a) vendere le attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) di appropriarsi delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) di utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

[15] Lo sforzo ricostruttivo-sistematico della nozione di autotutela ha distinto quella convenzionale da quella unilaterale, avendo riguardo al fatto che la prassi col tempo ha generato diverse forme di autotutela. Inoltre, se ne individuato tre diverse funzioni: accertamento, satisfattoria e cautelare. Si parta da E. BETTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 523. *Ex multis*, v. A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937. A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della*

Invero, tradizionalmente l'autotutela è venuta in rilievo in termini negativi, come divieto al privato di farsi giustizia da sé e ciò discenderebbe dalla necessità di reprimere forme primitive di giustizia privata quali la vendetta o il sequestro del debitore.

A ben vedere numerosi sono gli interventi normativi che derogano alla mediazione pubblica nella fase esecutiva smantellando, di fatto, la concezione incline a ravvisare la presenza nel sistema di un divieto generale di giustizia privata. Pertanto la dottrina più recente ha sottoposto a critiche queste ricostruzioni teoriche sostenendo che non c'è alcuna disposizione che, in materia di diritti disponibili, sancisca l'esercizio esclusivo della giurisdizione da parte dello Stato[16]. Le spinte, verso la valorizzazione di forme di mediazione esterne al processo, confluite peraltro nelle recenti riforme legislative contenenti previsioni pattizie di modalità di soddisfazione secondaria del credito ha sottoposto a revisione critica[17] anche le ricostruzioni che considerano l'autotutela, quale istituto eccezionale e ammissibile solo se espressamente previsto dalla legge[18].

## 2. *Il percorso di rinnovamento del diritto delle garanzie reali. Le alienazioni in funzione di garanzia e il divieto del patto commissorio*

L'urgenza di un cambio di passo era avvertita anche da un altro fenomeno: la fuga del mercato del credito dalle garanzie reali verso le garanzie personali, dimostratesi certamente più duttili alle già richiamate esigenze di speditezza e di facile realizzazione del credito.

---

*ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 249; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 15.

[16] Incentrata, per un verso, sull'art. 2907 c.c., ove si afferma che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria, per altro, sugli artt. 101 e 102 cost., i quali affidano al potere giudiziario l'esercizio della funzione giurisdizionale.

In tema, v. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm*., 1931, II, p. 689; C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1971, p. 1027 ss.; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it*., 1990, I, c. 1440; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 263.

[17] Sulle posizioni della giurisprudenza nel dialogo con la dottrina, si v. F. PARENTE, *Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Camerino-Napoli, 2016, p. 408. Per un'approfondita analisi del fenomeno dell'autotutela nelle regolamentazioni negoziali, si v. A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019.

[18] E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 529.

Del resto, il sintomo evidente è la diffusione di clausole tendenti a erodere l'operatività della regola di accessorietà. Si ponga mente al contratto autonomo di garanzia, in cui l'autonomia privata è riuscita a elaborare schemi negoziali che consentono la elisione del vincolo di accessorietà e la scissione della garanzia dal rapporto di valuta[19]. Ma si abbia, altresì, riguardo alle vicende interpretative che hanno interessato la sorte della fideiussione *omnibus*. Non è un caso allora che il mercato si sia rivolto per lungo tempo ai suddetti schemi negoziali a scapito dell'impiego delle garanzie reali, considerato che sia il pegno che l'ipoteca presentano problemi legati al principio di accessorietà, di specialità e, non da ultimo, alla lentezza nelle procedure di realizzazione.

Il contributo dell'autonomia privata al rinnovamento delle garanzie reali è contrassegnato dall'affermarsi delle garanzie atipiche e dei contratti a scopo di garanzia, vale a dire di tutti quei contratti a causa neutra, di alienazione, deposito o riporto, che l'autonomia privata, utilizzando la categoria del contratto indiretto, ha piegato a una funzione di garanzia.

Quanto alle prime, la giurisprudenza ne ha più volte negato validità sulla base della mancanza di una loro astratta configurabilità, in ossequio al principio del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia. Di conseguenza l'autonomia privata è riuscita a guadagnare spazi molto stretti, sempre costretta a muoversi soltanto entro i limiti degli schemi contrattuali già esistenti. Quanto alla compatibilità delle alienazioni in funzione di garanzia con il divieto del patto commissorio, è ben noto che la giurisprudenza ha attribuito al divieto una portata più ampia di quella desumibile dal tenore letterale degli artt. 2744 e 1963 c.c. considerandole norme materiali, nel senso che esprimono il divieto di un determinato risultato. Ragion per cui la nullità ha finito col travolgere tutti gli schemi contrattuali che, pur se in taluni casi astrattamente leciti, perseguissero il risultato vietato dall'ordinamento. Di qui le Corti hanno applicato la sanzione della nullità al patto commissorio autonomo, al patto commissorio obbligatorio, nonché a quello immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore[20].

---

[19] G. CHINÉ, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, p. 93 ss.; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1994, p. 69 ss. Sulle recenti evoluzioni della prassi, per tutti N. CIPRIANI e G. CAZZETTA, *Le clausole "in deroga" nella fideiussione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 421.

[20] Si v. recentemente A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 14.

È noto che la ragione giustificatrice di tale divieto è stata lungamente indagata dalla dottrina proprio al fine di stabilire l'estensione del suo perimetro applicativo, senza tuttavia giungere a soluzioni condivise[21].

La sua *ratio* si è appuntata, ora sull'esigenza di difendere il debitore da illecite coartazioni da parte del creditore[22]; ora sulla esigenza di salvaguardia della *par condicio creditorum*[23]; ora nell'impedire che il creditore, facendo propria la cosa data in garanzia, consegua un indebito vantaggio in danno al debitore, nonché in danno all'intera comunità ove il patto si diffondesse diventando clausola di stile[24]; ora individuata congiuntamente nella tutela del debitore contro le pressioni del creditore e nella salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*[25]. Infine la tesi prima richiamata è fondata sul rispetto di un presunto principio di ordine pubblico che riserverebbe allo Stato i poteri di realizzazione coattiva della pretesa creditoria[26].

Se si vuole andare più a fondo, però, assieme alle suddette ragioni, occorre evidenziare che a condizionare fortemente il processo di rinnovamento del diritto delle garanzie reali è la costante tutela degli interessi del ceto creditorio. Se è vero che al momento dell'entrata in vigore del codice civile del '42 l'esigenza era assicurare al creditore una efficiente tutela del suo diritto, è altrettanto innegabile che il nostro ordinamento ha tutelato il creditore nella dimensione collettiva piuttosto che in quella individuale.

Per argomentare quanto detto, vanno analizzate le due principali categorie di creditori che compongono il ceto ed i relativi interessi protetti dall'ordinamento.

Anzitutto i privilegiati, per i quali l'interesse protetto è stato, per un verso, assicurare l'opponibilità ai terzi del vincolo, onde consentire l'esercizio del diritto di prelazione (la rilevanza esterna del pegno lo connota del requisito di assolutezza); per altro verso, consentire agli stessi di utilizzare i rimedi conservativi della garanzia con la revocabilità degli atti di alienazione compiuti dal debitore sul bene oggetto della garanzia, se posti in essere in pregiudizio della realizzazione delle pretese creditorie.

---

21 A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*,1990, I, p. 219.
22 F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir comm.*, 1960, I, p. 94.
23 V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ. Scialoja -Branca* (a cura di), artt. 2740-2899, II ed., Bologna-Roma, 1955, p. 53.
24 C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957.
25 S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 316.
26 E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689.

La tutela dei chirografari, invece, è garantita dal paritario soddisfacimento sul patrimonio del debitore che rappresenta un punto di riferimento delle aspettative del creditore: è la responsabilità patrimoniale a garantire in concreto la posizione attiva del credito di tale categoria. Di qui il convincimento che la realizzazione coattiva da parte del creditore è garantita dall'adeguatezza (la capienza) del patrimonio inteso da sempre in senso statico. Ne discendono le suddette problematiche legate all'immobilità dell'oggetto della garanzia.

Quanto alla garanzia generica è utile sottolineare che essa, così come è improntata nella nostra disciplina codicista, delineata dall'art. 2740 c.c. e dalle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale (artt. 2740-2744 c.c.), è preordinata all'esecuzione forzata nel senso che il creditore non gode di poteri sostanziali per la tutela del suo diritto soggettivo, quanto piuttosto di poteri processuali che, peraltro, sono attribuiti dalla legge agli organi giurisdizionali[27]. Dunque la tutela accordata dalla responsabilità patrimoniale non garantisce più l'efficienza del mercato del credito. Di qui le problematiche legate alla realizzazione coattiva del diritto di credito che, passando per un processo esecutivo di lunga durata, non soddisfa più le esigenze del sistema e di qui, la generale tendenza verso la disintermediazione giudiziaria.

Quanto alla regola della *par condicio creditorum*, scolpita nell'art. 2741 c.c., occorre ricordare che, proprio nello stesso periodo, essa veniva elevata al rango di vero proprio principio in virtù di una reiterata interpretazione giurisprudenziale estensiva.

Vero è che la *par condicio* col tempo è stata attuata dalla legislazione speciale in misura sempre più limitata, tanto da non potersi più considerare un "dogma" incontestabile nel nostro ordinamento giuridico. Certamente la nuova prospettiva che degrada il suddetto principio a regola operazionale "o principio debole"[28] ha consentito di rimeditare il rapporto tra garanzie del credito e par condicio.

[27] Interessanti le riflessioni sul sistema della responsabilità patrimoniale alla luce della disciplina sull'insolvenza di F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ*, 2015, p. 59.
[28] Così definito da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, T. RUMI e F. PIRAINO, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 42.

D'altro canto va evidenziato che la possibilità accordata al creditore dalla legge di soddisfare il proprio interesse in via individuale, sia esso in forma di autotutela satisfattoria consensuale che tramite esecuzione forzata in autotutela, trova il suo principale ostacolo nelle regole del concorso.

Pertanto la questione va rimeditata quando ci si sposta nel perimetro dell'attività di liquidazione. Si pensi alla procedura di liquidazione ai fini all'esdebitazione del debitore civile; si abbia riguardo, inoltre, alla procedura di liquidazione dell'impresa insolvente, in entrambe le situazioni tornano ad operare le regole del concorso. Con ciò si intende affermare che la rilevanza di nuovi interessi da tutelare, in particolare degli interessi del mercato creditizio, la cui efficienza è come più volte rilevato legata all'accelerazione del recupero del credito attraverso l'autotutela, deve contemperare la tutela dell'interesse del ceto creditorio alla integrità della garanzia generica.

Ciò premesso, alla luce anche della recente introduzione della disciplina del pegno non possessorio, occorre domandarsi in che misura l'obiettivo di ammodernamento delle garanzie reali e delle forme di realizzazione ad esse connesse sia stato effettivamente raggiunto.

### 3. *L'affermazione dei "modelli marciani"*

Si è prima rilevato che l'ampliamento del perimetro applicativo del divieto del patto commissorio e l'ossequio al principio del numero chiuso dei diritti reali di garanzia si è manifestato con l'atteggiamento restrittivo delle corti nei confronti delle figure di garanzia create in concreto dalla prassi. Ciò di per sé aveva generato delle diseconomie, in quanto la declaratoria di nullità dei trasferimenti in garanzia travolgeva l'intera operazione di finanziamento con effetti assai controproducenti, sia in capo al debitore, costretto a restituire immediatamente il finanziamento, che per il creditore il quale subiva la perdita degli interessi sul finanziamento.

Di qui il lavoro della dottrina che, sulla scorta del dibattito già sorto in Germania, ha operato una distinzione tra la parte della disciplina del rapporto che assolve a una funzione di garanzia (vale a dire il contratto di pegno cui accede il patto) da quella del patto commissorio vero e proprio che assolve (solo in ipotesi di inadempimento del debitore), tramite il

trasferimento della proprietà del bene, a una funzione solutoria[29]. Le tesi hanno avuto il sicuro pregio di arginare la declaratoria di nullità dell'intera pattuizione, limitandolo al solo meccanismo di definitiva appropriazione del bene.

Tuttavia la citata impostazione non è riuscita a mettere in discussione la valenza generale del divieto del patto commissorio.

A ben vedere, l'unica eccezione all'ostracismo delle corti nei confronti delle alienazioni in funzione di garanzia è da sempre rappresentata dalla cessione del credito a scopo di garanzia[30]. La compatibilità di tale figura col divieto di patto commissorio è riconosciuta, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, sulla base dell'assunto che le modalità con le quali l'alienazione in funzione di garanzia viene a realizzarsi raggiunge un risultato affine a quello posto in essere dalla convenzione marciana[31]. Quest'ultima, strutturandosi in un accordo col quale il debitore acquista la proprietà della cosa ricevuta in garanzia in caso di inadempimento del debitore, impegnandosi a versargli la differenza tra ammontare del credito e valore del bene, dietro stima di un terzo, è considerato meccanismo lecito in quanto realizza il controllo della misura dell'assoggettamento del debitore alla responsabilità patrimoniale.

Di qui il precipitato logico che il patto marciano si sarebbe potuto utilizzare, quale meccanismo di riequilibrio economico all'interno del rapporto. La tesi ha trovato recente riscontro anche nelle pronunce giurisprudenziali secondo le quali, ogni qual volta la pattuizione contenga la previsione della stima secondo criteri oggettivi, la convenzione è valida, elevandosi così il patto a correttivo di quei negozi invalidi per violazione del patto commissorio[32].

Ecco che la via del marciano è la strada battuta anche dalla legislazione speciale che sempre più spesso vi ricorre per legittimare il potere del creditore di escutere privatamente la garanzia. Si può allora affermare che la convenzione marciana costituisce un'applicazione dell'autotutela esecutiva nel senso che sarà ammissibile il trasferimento del bene (o la vendita;

---

[29] N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.

[30] F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; A.A. DOLMETTA e G.B PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 282 s.; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, *in Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 361.

[31] Sul tema ampiamente F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 253.

[32] Circa i tratti qualificanti del marciano individuati dalla giurisprudenza, si veda la pronuncia della Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, p. 791, con nota di M. SPADARO, Sale and lease back*, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore.*

o l'appropriazione) solo utilizzando un meccanismo che, a seguito dell'inadempimento verifichi l'equivalenza tra la concreta soddisfazione del creditore e quanto egli aveva diritto ad ottenere in base al rapporto obbligatorio[33].

Si osservi anzitutto che mentre la disciplina dell'escussione ipotecaria è largamente affidata al processo esecutivo (tranne le specifiche deroghe previste dalla legislazione speciale), le garanzie pignoratizie si sono rivelate più flessibili in quanto presentano già una disciplina nella trama del codice che può essere letta in chiave di autotutela esecutiva.

Per quanto concerne il pegno, il nostro ordinamento non ha mai stigmatizzato l'autotutela satisfattoria, si pensi, all'interno del nostro codice, alla vendita coattiva stragiudiziale, di cui agli artt. 2796 e 2797 c.c. e all'assegnazione in pagamento di cui all'art. 2798 del c.c.; alla vendita e la compera in danno, rispettivamente disciplinati dagli artt. 1515 e 1516 e dall'art. 1796 c.c.

Anche la *datio in solutum ex* art. 1197 c.c.[34] è ricondotta all'autotutela esecutiva e spesso comparata con la figura del patto commissorio per sottolineare che la prima è ritenuta ammissibile in quanto l'esecuzione (la dazione) è immediata e non genera alcuna sottomissione da parte del debitore alle coartazioni del creditore.

Si pensi, ancora alla figura del pegno irregolare, ove l'autotutela privata a carattere convenzionale è assai marcata differenziandosi dal pegno tradizionale perché la proprietà del bene fungibile (del *tantundem eiusdem generis*) non passa al creditore a seguito dell'inadempimento, per di più, si consente al debitore di pretendere la parte eccedente l'ammontare dei crediti garantiti[35].

Anche nella recente legislazione speciale si rinviene una trama di disposizioni nelle quali la realizzazione coattiva dei diritti in via di autotutela è ammessa. Con riferimento all'ipoteca, si abbia riguardo al d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, di attuazione della Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali; la normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario, modificata a seguito della l. 2 aprile 2015,

[33] *Ex multis*, v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, T. RUMI e F. PIRAINO, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 8; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 995; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sotto tipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I; p. 1398; A.A. DOLMETTA, *Alla scoperta del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 811.
[34] In tema, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, rist., Napoli, 2019.
[35] G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 155.

n. 44; alla disciplina contenuta nel nuovo art. 48 *bis* TUB sul finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore.

Infine, con riferimento alle garanzie pignoratizie, oltre alla già citate disposizioni in materia di garanzia finanziaria, quelle in materia di pegno non possessorio con legge 119 del 2016, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 recante: «Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione». Queste ultime ammettono la possibilità per le parti di convenire ben quattro modalità di realizzazione della garanzia in autotutela, in caso di inadempimento, su beni mobili che rimangono nella titolarità e nel possesso del debitore.

4. *Il pegno non possessorio: brevi cenni ai caratteri morfologici*

Nel segno di un adeguamento delle garanzie mobiliari al mutato quadro economico-sociale può dunque ascriversi la l. 119 che introduce all'art. 1 l'istituto del pegno non possessorio al quale, in realtà, non è ancora stato dato attuazione in mancanza del decreto ministeriale che istituisce il Registro dei pegni non possessori. Occorrerà dunque ancora attendere prima di dare un giudizio sulla reale valenza applicativa dell'istituto. Di qui il tentativo di porre rimedio allo stallo attraverso l'azione congiunta dell'Associazione bancaria italiana e della Confederazione generale dell'industria italiana che nel febbraio 2018 hanno sottoscritto un "Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia" al fine di favorirne l'attuazione[36].

Il pegno non possessorio è figura senza dubbio innovativa, in quanto, oltre a creare una figura di pegno slegata dallo spossessamento del creditore, racchiude in sé i caratteri del pegno rotativo, del pegno *omnibus*, costituibile su beni e crediti futuri[37]. I connotati sono in

[36] Ciò è originato dal Consiglio di Stato che, con provvedimento 2880 del 14 dicembre 2018, ha sospeso l'adozione del parere richiesto, reputando necessario un supplemento di istruttoria da parte del Ministero dell'economia e delle finanze. In particolare, il Consiglio di Stato ha formulato alcuni rilievi, evidenziando, tra l'altro, l'opportunità di una audizione degli *stakeholder*, considerato l'impatto della normativa sul traffico dei beni di impresa, gli effetti della garanzia nonché le esigenze di certezze sottese alla circolazione del bene vincolato.

[37] Tra i primi commenti S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, p. 7; E. BROGI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa- Il sole 24 ore*, luglio 2016, p. 4; F. MURINO, *Prime considerazioni sul cd pegno non possessorio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 234; F. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583; F.

verità assai peculiari, nonostante il rinvio residuale alla disciplina codicistica del pegno operato dal comma 10 *bis*, art. 1 della legge, tanto che taluni lo hanno ricondotto alla matrice del pegno classico, quale sottotipo di pegno, altri hanno affermato che avrebbe natura e funzione differenti[38].

La disciplina è connotata da limitazioni soggettive e oggettive. Il debitore deve rivestire la qualifica di imprenditore iscritto al Registro delle Imprese ed è necessario che i beni o i crediti dati in garanzia siano inerenti all'esercizio d'impresa. Il credito garantito può essere presente e futuro, determinato o determinabile, e con la previsione dell'importo massimo garantito.

In assenza di spossessamento, la conoscenza legale verso i terzi è assicurata dall'iscrizione al Registro dei beni non possessori, istituito presso l'Agenzia delle Entrate. Da quel momento il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi (sulla opponibilità alle procedure esecutive e concorsuali, si v. oltre) e prevale su eventuali contestuali atti costitutivi, sì che l'opponibilità nei confronti dei terzi, così come i conflitti tra più creditori pignoratizi, è regolata dal grado e dunque dall'iscrizione nel registro dei pegni non possessori.

L'iscrizione deve indicare il creditore, il credito garantito, il debitore, l'eventuale terzo datore di pegno, la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito. Inoltre, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento di un bene determinato occorre altresì la specifica individuazione di tale bene. L'iscrizione ha una durata di dieci anni, per cui prima della scadenza del decimo anno si potrà rinnovare per mezzo di una nuova iscrizione.

È evidente che si sostituisce la registrazione al tradizionale meccanismo della *traditio* e del possesso della *res*, il che costituisce evidentemente una deroga alla disciplina di cui all'art. 2786 c.c. che richiede lo spossessamento per far sorgere l'effetto tipico in capo al creditore dello *ius praelationis*.

La disciplina in commento recepisce il consolidato orientamento per cui l'assenza dello spossessamento non determina la nullità del vincolo bensì la sua inopponibilità ai terzi. La giurisprudenza ha più volte affermato che lo spossessamento non è presupposto indefettibile

---

DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei beni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 6.

[38] Sul punto E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari,* in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 257; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 703.

ai fini della valida costituzione del pegno, coerentemente con l'affermazione normativa del concetto della indisponibilità che comporta, non già la sottrazione del bene al suo titolare, ma la conservazione del suo valore economico. Dunque il futuro Registro sarà chiamato a svolgere una funzione di pubblicità sempre più accessibile a tutti[39].

Il contratto costitutivo del pegno non possessorio deve assumere la forma scritta a pena di nullità con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito. La forma scritta è requisito sostanziale dell'atto costitutivo differenziandosi così dalla disciplina generale che all'art. 2787, comma 2, c.c. prescrive la forma scritta e l'identificazione del credito garantito e dei beni assoggettati alla garanzia solo ai fini della prelazione.

Nel pegno non possessorio il carattere dell'assolutezza è fortemente ridimensionato in quanto il debitore, salvo patto contrario, mantiene il potere di disposizione del bene attraverso l'alienazione o la sua trasformazione. In tali casi opera il meccanismo della rotatività per cui il pegno si trasferisce al corrispettivo della cessione o al prodotto trasformato senza che ciò determini la novazione della garanzia. Attraverso la sostituibilità dell'oggetto della garanzia si consente, dunque, la prosecuzione del rapporto in virtù dell'originario contratto costitutivo del pegno in risposta alle già richiamate esigenze di impiegare produttivamente o economicamente i beni oggetto di garanzia[40].

5. *Le quattro modalità di realizzo della garanzia in autotutela previste dal comma 7, art. 1 della legge n. 119*

Il legislatore attribuisce al creditore il potere di agire in autotutela esecutiva attraverso quattro modalità, quali la vendita in danno del bene; l'escussione o la cessione dei crediti; l'appropriazione dei beni oggetto del pegno ed infine, la possibilità della locazione del bene

[39] Fino ad ora il legislatore speciale a salvaguardia dell'effettività della garanzia, ha proposto molteplici meccanismi segnalativi ai terzi del vincolo, proponendo forme diverse di pubblicità. Si pensi alla normativa speciale sui prosciutti a denominazione di origine controllata, la l. 4 luglio 1985, n. 401, estesa poi anche ai prodotti lattiero caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura di cui all'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122.

[40] In tema ampiamente R. DI RAIMO*, Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale,* in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, p. 5.

oggetto del pegno con l'imputazione dei canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita.

Le ultime due modalità possono essere concordate solo pattiziamente tra debitore e creditore alla stipula del contratto di pegno innestandosi così nel più generale indirizzo evolutivo che utilizza l'autonomia privata quale strumento per realizzare il fine dell'autotutela. Senza dubbio la portata delle disposizioni è innovativa rispetto alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria in quanto introduce la modalità della locazione.

Arrivati a questo punto dell'indagine, si intende verificare se la disciplina del pegno non possessorio sia effettiva nell'accordare al creditore l'utilizzo di poteri esecutivi predisposti a tutela dell'interesse alla celere soddisfazione del singolo creditore. A tal fine è opportuno confrontare le modalità ordinarie di esecuzione del pegno previste dal codice, in particolare la vendita coattiva stragiudiziale di cui all'art. 2797 c.c. con quelle di cui al comma 7, art. 1 della l. 119 per verificare fino a che punto le regole introdotte accelerano e semplificano il realizzo[41].

Diversamente da quanto previsto dall'art. 2797 c.c., il creditore può agire in escussione del pegno senza l'obbligo di intimazione di pagamento a mezzo di ufficiale giudiziario e senza munirsi di titolo esecutivo che l'art. 1, comma 7 *bis* identifica con il contratto di pegno.

Tuttavia, a generale tutela del debitore, lo stesso comma prevede il suo diritto di essere informato della escussione a mezzo Pec o intimazione notificata (qui naturalmente non esiste precetto in quanto trattasi non già di esecuzione forzata quanto piuttosto di esecuzione privata). Differentemente dall'esecuzione ordinaria, qui l'intimazione è assimilabile a un atto unilaterale di messa in mora avente natura di atto sostanziale e non processuale in quanto, a differenza dell'art. 480, comma 1, c.p.c. che deve contenere l'avvertimento che in mancanza di adempimento si procederà a esecuzione forzata. Di conseguenza nella disciplina *de qua* è il mancato adempimento che consente al creditore di accedere ad una delle modalità di realizzazione di cui al comma 7 della legge.

Il debitore potrà presentare opposizione entro cinque giorni dalla intimazione nella forma del procedimento *ex* artt. 702 *bis* c.p.c. Tuttavia, diversamente da quanto previsto al

41 I. LOMBARDINI, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del pegno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1153.

comma 2 dell'art. 2797 c.c., l'opposizione non blocca l'esecuzione (salvo che il giudice non emetta un provvedimento di urgenza che blocchi la procedura).

Il debitore ha inoltre il diritto di essere informato per iscritto delle modalità con le quali è avvenuta l'escussione. Da quest'ultima decorre il breve termine di tre mesi per poter agire in giudizio per il risarcimento dei danni per l'eventuale violazione dei criteri e delle modalità fissati dalle parti per l'escussione oppure se il prezzo di vendita o di cessione o se il canone di locazione non corrisponda ai valori di mercato (art. 1, comma 7, lett. a, b, c, d).

Va altresì posto in evidenza che mentre normalmente l'azione esecutiva stragiudiziale viene preclusa allorché sul bene oppegnorato sia iniziata un'azione esecutiva ordinaria da parte di altri creditori, il comma 7 *quater* stabilisce il diritto del creditore pignoratizio di presentare un'istanza autorizzativa al giudice ad escutere il bene. Il giudice stabilirà con proprio decreto i tempi e le modalità di escussione. L'eventuale eccedenza rispetto al soddisfacimento del proprio credito andrà corrisposta alla procedura esecutiva, fatti salvi i crediti con prelazione di grado *potiore*. Va segnalato che il legislatore nulla prevede nell'ipotesi in cui sul bene oppegnorato sia stata azionata una procedura esecutiva prima della data d'iscrizione nel Registro (necessario a rendere il pegno opponibile ai terzi). In tali casi gli interpreti ritengono che troverà normale applicazione l'art. 2748, comma 1, c.c., che prevede la prevalenza del pegno sull'eventuale privilegio speciale in concorso[42].

Per quel che concerne nello specifico la vendita, essa è effettuata direttamente dal creditore mediante procedure competitive, all'incanto o anche affidata a soggetti autorizzati alla vendita senza incanto, che possono anche non essere soggetti specializzati alla vendita. Le procedure devono essere pubblicizzate sul portale delle vendite pubbliche.

Con specifico riguardo poi all'appropriazione il legislatore, utilizzando le cautele del marciano, prevede l'obbligo in capo al creditore di restituzione della differenza tra l'importo del credito garantito e il valore del bene. Anche qui l'autotutela esecutiva vede l'arretramento del controllo pubblico in favore di un ampliamento dell'autonomia privata, laddove (diversamente dalla disciplina dell'assegnazione in pagamento di cui all'art. 2798 c.c.) non è richiesto al creditore la domanda giudiziale per procedere al realizzo. Occorrerà tuttavia, a tutela

[42] Così, S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 9.

del debitore, che le parti convengano pattiziamente i criteri e le modalità di realizzo della garanzia.

Infine al creditore è dato concedere in locazione il bene con imputazione del ricavato alle spese, agli interessi e al capitale senza una previa domanda giudiziale.

È allora evidente che il confine fra qualificazione del fenomeno dei patti sulla escussione stragiudiziale come vicenda di autonomia privata o potere di autotutela è davvero molto labile[43].

6. *Opponibilità della garanzia alle procedure concorsuali e rilevanza dell'interesse collettivo della massa dei creditori*

L'art. 1, all'ottavo comma, prevede che nell'ipotesi di fallimento del debitore il creditore pignoratizio possa procedere alla realizzazione del credito secondo le modalità di cui al comma 7 solo dopo essere stato ammesso al passivo. Egli ha quindi l'onere di far valere il proprio diritto mediante specifica domanda *ex* art. 93 l. fall. dovendo dimostrare sia l'*an* del credito che la sua natura privilegiata, allegando il contratto costitutivo del pegno e la sua iscrizione presso il Registro[44].

A differenza dell'art. 53 l. fall. non è invece richiesta l'autorizzazione alla vendita da parte del giudice delegato, cosicché il creditore, previa ammissione al passivo, potrà procedere direttamente all'escussione della garanzia.

Immediatamente qui viene in rilievo quanto evidenziato con riferimento al momento liquidatorio nel quale cambia radicalmente la prospettiva con la quale il legislatore affronta il rapporto tra le garanzie del credito e la *par condicio creditorum*.

La norma, nel porre quale espressa condizione procedurale l'obbligo in capo al creditore procedente di insinuarsi al passivo, lo assoggetta alle regole del concorso formale. Ciò vuol dire che il creditore garantito da pegno non possessorio, al pari di quello garantito dal pegno "tradizionale", potrà iniziare o proseguire azioni esecutive individuali solo in forma endo-concorsuale dovendo prima attendere il decreto che rende definitivo lo stato passivo.

---

43 L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, p. 38 e s.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, p. 3.

44 Le regola sull'accertamento del passivo sono sostanzialmente riprodotte nel nuovo codice della crisi d'impresa agli artt. 201 ss.

Occorre infatti aver riguardo che quando si entra nel perimetro delle procedure di liquidazione, oltre all'interesse del singolo creditore al celere soddisfacimento del diritto viene in rilievo anche l'interesse collettivo della massa dei creditori, posto che la vendita atomistica di alcuni cespiti potrebbe seriamente compromettere il valore economico della massa attiva. Con tutta probabilità i controlli degli organi della procedura al regolare svolgimento delle operazioni di vendita o altre modalità saranno più incisivi, in quanto preordinati a evitare che il complesso aziendale, disgregato attraverso la vendita atomistica, comporti un pregiudizio delle ragioni di questi ultimi.

Per di più, il legislatore del pegno non possessorio non ha inserito una norma aperta che equipara il pegno non possessorio al pegno classico, ma si è limitato a un rinvio residuale alla disciplina del codice civile. Donde, in mancanza di un espresso rinvio a talune norme della l. fall., *in primis* all'art. 53, comma 3[45] vi è un difetto di coordinamento tra le due procedure, sollevando l'interrogativo della compatibilità delle regole contenute nel comma 8 con la procedura fallimentare.

In altro scritto sostenni che le disposizioni avrebbero inciso negativamente sul celere realizzo del credito, in quanto si accorda la possibilità al creditore di conseguire dalla escussione una somma che può dirsi "direttamente satisfattiva" ma non certo "immediatamente e definitivamente satisfattiva". Si ritiene che egli potrà trattenere la somma ricavata fino a concorrenza del suo credito restituendo *medio tempore* alla curatela solo il *surplus* realizzato, ma che il creditore dovrà attendere le risultanze del riparto finale, una volta cioè approvato il piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, affinché la somma possa essere definitivamente acquisita[46].

Difatti, trovando applicazione il disposto dell'art. 2777 c.c. a norma del quale i crediti per spese di giustizia enunciati dagli artt. 2755 e 2770 c.c. sono preferiti ad ogni altro credito anche pignoratizio o ipotecario, secondo le regole del concorso, dovendo il creditore contribuire (proporzionalmente al proprio credito insinuato) alle spese della procedura fallimentare

[45] A norma del quale il Giudice Delegato può autorizzare il Curatore a riprendendone le cose sottoposte a pegno pagando il creditore.
[46] Sia consentito il rinvio al mio *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: Profili evolutivi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 762.

(quali il compenso del Curatore per l'accertamento del passivo e la predisposizione dei riparti), potrebbe concretamente accadere che tali spese non siano ancora note al momento della acquisizione della somma in sede di vendita. In tale ipotesi, allora il Curatore potrebbe maturare, al momento del riparto finale, il diritto a una restituzione di ulteriori somme rispetto a quelle percepite in sede provvisoria.

Il raffronto con la disciplina sui *Financial Collateral* che, nella medesima ottica della funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva, consentendo al creditore pignoratizio di opporre al fallimento un contratto di garanzia finanziaria sol che rechi i requisiti della forma scritta e della data certa anteriore al fallimento, evidenza una scelta più incisiva rispetto a quelle operate in materia di pegno non possessorio. L'assenza di una simile previsione è controbilanciata dall'azione di irragionevolezza commerciale, esperibile dagli organi della procedura, attraverso la quale si realizza un controllo *ex post* che trova qui la sua spiegazione nella prospettiva della generale tutela della *par condicio creditorum*.

Si pone allora il dubbio se con il realizzo del pegno non possessorio 'endo-concorsuale' possa parlarsi di un'autotutela in senso proprio, ovvero se esso, pur affidando al soggetto creditore il realizzo nelle modalità dell'art.1, comma 7, non rimanga a tutti gli effetti una procedura coattiva.

Solo la futura applicazione darà risposta agli interrogativi posti, posto che le soluzioni del giudice dovranno conciliare le nuove disposizioni con l'ottica liquidatoria. Centrale, come detto, lo sforzo sistematico degli interpreti volto a sopperire la frammentarietà della disciplina individuando un comune indirizzo che guidi l'applicazione analogica delle singole disposizioni, onde evitare irragionevoli disparità di trattamento.

*Abstract*

Recovery of collateral, both within the EU and the individual member States, has developed through legislations which accelerated extrajudicial collateral enforcement with the aim of increasing access to credit in favour of companies and consumers. After having out-

lined how the Italian legislation on collateral recovery allows the enforcement of non-possessory pledge, the purpose is to verify to which extent the objective of updating actual collateral and relative enforcement has been achieved.

Napoli, aprile 2020.

FLAVIA STEFANELLI*

# *Atti di destinazione: meritevolezza, rimedi e criticità dell'art. 2645 ter c.c.* **

*Sommario*: 1. Destinazione patrimoniale e profili strutturali dell'atto di destinazione. – 2. Natura della norma e degli effetti del vincolo di destinazione. Profili di criticità e recenti orientamenti giurisprudenziali (Cass. n. 29727/2019). – 3. Il giudizio di meritevolezza negli atti di destinazione. – 4. *Segue.* Azione di accertamento della meritevolezza, (im)meritevolezza degli interessi e responsabilità del notaio. – 5. Vincoli di destinazione in funzione successoria. Criticità ed incertezze alla luce dei primi interventi giurisprudenziali.

## 1. *Destinazione patrimoniale e profili strutturali dell'atto di destinazione*

Il tema dei patrimoni destinati senza personificazione, da quello antico della fondazione di fatto sino alla più recente forma disciplinata dall'art. 2645 *ter* c.c., si collega strettamente all'evoluzione normativa che ha visto il legislatore sempre più aperto alla possibilità di accedere a forme di responsabilità limitata senza costringere il privato necessariamente a ricorrere alla costituzione di una nuova persona giuridica.

Il primo e più antico fenomeno di segregazione patrimoniale lo si ravvisa, infatti, nella persona giuridica, in un'ipotesi dunque di sdoppiamento soggettivo che crea la differenziazione di un patrimonio individuale o collettivo destinato ad uno scopo morale o economico.

Lo sdoppiamento patrimoniale senza duplicità soggettiva, di cui l'art. 2645 *ter* c.c. ne rappresenta la più recente previsione, e la moltiplicazione «dei casi di separazione tra titolarità formale e responsabilità patrimoniale»[1] rappresentano un fenomeno delicato di deroga

* *Dottoranda di ricerca in "Diritto Civile e Diritto Privato Comparato" presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017, p. 427.

al principio di cui all'art. 2740 c.c., in virtù del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e, dunque, con tutto il suo patrimonio e non solo con una parte di esso (principio di universalità prospettica).

Sotto il profilo storico la vicenda della proprietà nell'interesse altrui coinvolge sia la «dinamica dei formanti» sia «aspetti connessi alla circolazione dei modelli giuridici» e «alla mentalità dei giuristi»[2].

Con l'art. 2645 *ter* c.c., disposizione introdotta dall'art. 39 *novies* d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, fa ingresso per la prima volta nella nostra terminologia legislativa la locuzione "atto di destinazione", segnando un importante punto di arrivo di quel cammino intrapreso dall'ordinamento verso la specializzazione e la separazione dei patrimoni[3].

Tale figura nasce in Germania dalle elaborazioni della teoria pandettistica dei patrimoni destinati ad uno scopo[4] e rappresenta un momento di svolta nella disciplina della segregazione patrimoniale[5], aprendo il varco ad una lettura meno rigida dell'unitarietà della garanzia patrimoniale del debitore *ex* art. 2740 c.c. e bilanciando la tutela del credito con la

[2] A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 415.

[3] M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 467 ss.; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2019, *passim*; G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1054 ss.

[4] È a A. BRINZ, *Lehrbuchder Pandekten*, Band I, Erlangen, 1884, § 59, p. 222, che si deve l'elaborazione della categoria del "patrimonio destinato ad uno scopo" (*Zweckvermögen*). All'origine della teoria v'è la necessità di astrarre il regime giuridico dei beni dalle regole della titolarità ed appartenenza all'interno di sistemi che non avevano altri soggetti di diritto se non le persone fisiche. Il distacco dalle precedenti teorie avviene solo quando, risolto il problema della concettualizzazione della persona giuridica, si giunge ad elaborare il patrimonio destinato ad uno scopo come l'articolazione riconducibile ad uno stesso soggetto. Così, E.L. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Band I, Weimar, 1886, § 21, p. 141, opera una distinzione fra patrimoni indipendenti e patrimoni dipendenti destinati ad uno scopo e appartenenti a persone fisiche, ipotesi dalla quale si originerà poi la categoria dei patrimoni separati (*Sondergut*), per indicare la massa di beni facenti parte del patrimonio di un soggetto e destinati ad una finalità parziale. In Italia, in un primo momento, la categoria dei patrimoni separati ha carattere meramente descrittivo, mancando al livello normativo gli elementi necessari per fondarla. Solo quando si inizieranno a cogliere i caratteri comuni alle varie figure normative, quali la limitazione della responsabilità patrimoniale, la peculiarità nelle forme di gestione e l'incidenza sulla libera circolazione dei beni destinati, si giungerà ad una più compiuta costruzione della categoria. Sul punto, cfr. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Dottrine generali.* Parte I, *Il diritto - I soggetti - Le cose*, Roma, 1921, p. 865 ss.; A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1959, p. 19 ss. Su tale evoluzione cfr. B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. not.*, 2012, p. 319 ss.

[5] I patrimoni separati sono quel complesso di beni che formano un nucleo a sé stante nel patrimonio del debitore e che, in forza di uno specifico vincolo di destinazione, sono sottratti alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservati al soddisfacimento di determinati creditori. Cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 189.

valorizzazione dell'autonomia privata che «non si risolve più in divieti ma nell'esigenza di informare i terzi sui vincoli che possono pregiudicare la loro posizione»[6]. Sembra così essere stato risolto anche il problema della compatibilità dell'atto di destinazione con la previsione di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., in virtù del quale «le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge».

Tale disposizione ha suscitato fin da subito un vivo interesse in dottrina e giurisprudenza, generando un'eterogeneità di opinioni. Questo ha senza dubbio causato una serie di problemi interpretativi, tali da indurre alcuni studiosi a considerare il dettato legislativo di infelice stesura ed incompleto[7].

Nella sua formulazione generale, com'è noto, l'art. 2645 *ter* c.c., prevede la possibilità in capo ad un soggetto di costituire, mediante un atto in forma pubblica, un vincolo di destinazione temporaneo (di un periodo non superiore a novanta anni o per tutta la durata della persona fisica beneficiaria) su uno o più beni immobili o mobili registrati determinati, istituito dal medesimo titolare per la realizzazione di interessi che siano meritevoli di tutela, riferibili ad un soggetto determinato ed opponibili a terzi tramite la trascrizione. La disposizione normativa analizza tanto i profili che ineriscono il perfezionamento della fattispecie quanto gli effetti che la stessa produce.

L'atto di destinazione non è, nella sua configurazione tipica, programmaticamente traslativo, come invece lo è il *trust*, consentendo al contrario la separazione dal restante patrimonio della massa destinata ad uno scopo, che rimane tuttavia in capo allo stesso destinante. Ha dunque un solo effetto: i beni vincolati, pur essendo esclusi dal principio della responsabilità patrimoniale, rimangono nella titolarità del conferente medesimo. Il vincolo si risolve, infatti, nell'amministrazione dei beni destinati in vista della realizzazione dello scopo, senza comportare il necessario trasferimento della massa destinata dal costituente al beneficiario, né l'attribuzione della proprietà o di altro diritto reale.

---

[6] M. BIANCA, *Atto di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 220 ss.

[7] Per una critica alla redazione della disposizione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in AA.VV. (a cura di G. Vettori), *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter cod. civ.)*, in *Riv. not.*, 2009, p. 47 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 165 ss.; A. ZOPPINI, Postilla ad A. Fusaro, *La posizione dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quaderni della fondazione Italiana del Notariato*, Varese, 2006, p. 39 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 162 ss.

È bene tuttavia rilevare che l'art. 2645 *ter* c.c. non vieta al destinante di far circolare il bene, non traducendosi il vincolo di destinazione in una condizione di inalienabilità. L'unico limite che la norma in questione pone attiene all'opponibilità del vincolo di destinazione trascritto: la tecnica della separazione patrimoniale consente di considerare i beni vincolati disponibili solo per i debiti contratti perché volti alla realizzazione della determinata finalità, mentre restano sottratti all'aggressione da parte dei creditori estranei alla vicenda destinataria[8].

La novità dell'art. 2645 *ter* c.c. sta nell'aver introdotto una figura generale della destinazione di beni ad uno scopo. L'indeterminatezza strutturale induce a ritenere che la stessa rappresenti «la matrice di una serie di istituti attraverso i quali si realizza un fenomeno di destinazione di beni ad uno scopo»[9] e «generalizzerebbe, tra l'altro, la possibilità della prevalenza della destinazione rispetto al divieto di cui all'art. 1379 c.c.»[10].

L'influenza esercitata dalle ricostruzioni tradizionalmente operate in relazione alla struttura del *trust* ha sicuramente indotto a propendere per la natura unilaterale recettizia dell'atto di destinazione, tesi che si considera senz'altro da preferire[11]. Tuttavia, ad una più attenta riflessione, si fa spazio qualche dubbio. Sembra, infatti, quasi impossibile ritenere che esista una sola opzione corretta in favore o della struttura unilaterale o di quella contrattuale dell'atto di destinazione. Non bisogna dimenticare che a fronte di una destinazione c.d. statica, in virtù della quale l'effetto della destinazione si produce nella sfera giuridica dello stesso conferente, senza che ad esso si accompagni alcun effetto traslativo, esiste anche una forma di destinazione c.d. dinamica che si caratterizza perché all'effetto di destinazione del bene allo scopo si affianca l'effetto traslativo del bene vincolato dal conferente al gestore del patrimonio separato. Alla luce di tale distinzione risulta immediatamente evidente che, sebbene sia indubitabile la struttura unilaterale nel caso di destinazione statica, qualche perplessità potrebbe sorgere nell'ipotesi di destinazione c.d. dinamica, necessitando quest'ultima di una struttura bilaterale. È peraltro vero che l'ammissibilità di un atto bilate-

[8] M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 470 ss.; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., p. 330 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1719 ss.

[9] M. BIANCA, *Atto di destinazione e separazione*, cit., p. 227 ss.

[10] A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645 ter e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, p. 583 ss.

[11] R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1723 ss.; A. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, in *Diritto e Dintorni*, 2018, p. 1006 ss.

rale troverebbe ostacolo nel carattere volutamente generico della categoria dei beneficiari della destinazione e nel riferimento a qualsiasi interessato fra i soggetti che possono agire per la realizzazione degli interessi indicati[12].

2. *Natura della norma e degli effetti del vincolo di destinazione. Profili di criticità e recenti orientamenti giurisprudenziali (Cass. n. 29727/2019)*

Uno dei profili ermeneutici di maggiore complessità posto dall'art. 2645 *ter* c.c. ha riguardato la natura giuridica della norma, data la commistione nella disciplina complessiva di aspetti pubblicitari, essendo la norma volta a regolare anche gli effetti della trascrizione, e di aspetti sostanziali, relativi sia all'atto che all'evento[13].

Qualche dubbio sorge anche per la *sedes materiae* che il legislatore ha previsto per gli atti di destinazione: l'art. 2645 *ter* c.c. si trova, infatti, collocato nel Titolo I del Libro sesto, che il nostro codice civile dedica alla trascrizione. Ciò ha portato una parte della dottrina, oramai minoritaria, a ritenere che la norma abbia una natura meramente pubblicitaria. La novella del 2006 svolgerebbe, secondo tale tesi, un ruolo meramente ricognitivo di strumenti già previsti, regolando sul piano pubblicitario effetti dei negozi tipici di destinazione già previsti nel nostro ordinamento giuridico[14].

A sostegno di questa tesi si adduce tanto la collocazione sistematica della disposizione quanto il principio di tipicità dei diritti reali e della *par condicio creditorum ex* art. 2741 c.c.

Appare tuttavia preferibile la tesi, oramai largamente maggioritaria in dottrina, in virtù della quale l'art. 2645 *ter* c.c. debba essere letto come norma di diritto sostanziale. Quest'ultima introduce uno strumento più duttile e diverso rispetto alle preesistenti ipotesi di separazione patrimoniale.

L'art. 2645 *ter*, sebbene sia collocato in tema di trascrizione, regolamenta in termini minimali gli elementi sostanziali volti a delineare la fattispecie presupposta, quali i soggetti,

12 A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645 ter e il trust*, cit., p. 587 ss.
13 A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1085 ss.; C. CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, in *Riv. not.*, 2018, p. 1327 ss.
14 U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010, *passim*; P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è dunque una norma sugli effetti*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 630 ss.; R. BONINI, *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter*, Napoli, 2015, *passim*.

l'oggetto, la durata, la forma, la meritevolezza dell'interesse perseguito[15]. Le norme sulla trascrizione individuano degli schemi tipici che il legislatore disciplina altrove (si pensi alla compravendita).

Quanto all'oggetto è necessario precisare che il legislatore fa espresso riferimento ai beni trascrivibili. Sono esclusi pertanto dal novero dei possibili beni oggetto di destinazione quelli mobili.

Quanto, invece, ai soggetti, ai fini dell'instaurazione del meccanismo di cui all'art. 2645 *ter* c.c. è necessario che sussista un dualismo soggettivo tra disponente e titolare dell'interesse. Se, infatti, nelle intenzioni del disponente dovesse riconoscersi l'obiettivo di destinare un proprio bene ai fini della realizzazione di un interesse proprio, non si riuscirebbero a cogliere coerenza e legittimità dell'impiego dello strumento dell'atto di destinazione. Le ipotesi di autodestinazione, anzi, creerebbero l'elevato rischio della venuta ad esistenza di atti di destinazione che abbiano quale unica finalità l'elusione del principio sancito dall'art. 2740, comma 2, c.c., risultando strumentalizzati esclusivamente ad aggirare le ra-

[15] In tal senso, per tutti, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 166, ove rileva: «nel contesto della trascrizione è stata "paracadutata" una disciplina che, per quanto riguarda il profilo pubblicitario, si sarebbe dovuta limitare a dettare una o due regole, del tipo di quelle dettate dall'art. 2649 c.c., norma per certi versi funzionalmente analoga. Viceversa l'art. 2645 ter è, prima ancora che norma sulla pubblicità, e, quindi, sugli effetti, norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato dunque, previa scissione, di figurare in un diverso contesto di disciplina sostanziale». Resterebbe aperta un'altra opzione. Si potrebbe ritenere che con la norma in discorso si sia voluto risolvere l'annoso problema della trascrizione dei *trusts* introdotti nel nostro ordinamento - per gli Autori che seguono questa tesi - dalla legge di recepimento della convenzione internazionale sul trust. In realtà sul punto per adesso è sufficiente rilevare come non rivesta interesse ai fini della soluzione del presente problema, avendo l'art. 2645 *ter* c.c. introdotto alcuni frammenti di disciplina, in particolare quelli relativi alla durata massima del vincolo e all'interesse perseguito tali da restringere l'effetto opponibile dei *trusts* eventualmente posti in essere nel nostro ordinamento a quelli previsti dalla norma in parola. Anche a voler ritenere, cioè, che la norma abbia una mera valenza pubblicitaria rivolta a rendere opponibile un *trust* posto in essere nel nostro ordinamento, resterebbe indubitabile che con essa si siano sanciti dei frammenti di disciplina che condizionano sostanzialmente la validità dei negozi destinatori che possono essere posti in essere nel nostro ordinamento. Cfr. A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo*, cit., p. 1090 ss.; M. BIANCA, *L'emersione del modello della destinazione dei beni ad uno scopo*, in M. BIANCA e A. DE DONATO (a cura di)*, Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2013, p. 74 ss.; A. DE DONATO, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, *ivi*, p. 83 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1074 ss.; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 467 ss.; F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 546 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 2369 ss.; A. TORRONI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. not.*, 2013, p. 471 ss.; A. LANCIANI, *Vincoli di destinazione (art.2645-ter c.c.). Redazione del contratto problemi e possibili clausole,* in *Riv. not.*, 2007, p. 294; G. RISPOLI, *Commento* a Trib. Vicenza, decr. 31 marzo 2011, in *Corr. mer.,* 2011, p. 808; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 797.

gioni dei creditori personali e violando il principio di responsabilità generica che grava in capo al debitore[16].

Un altro aspetto controverso, che si presta a diverse interpretazioni, è quello che concerne l'effetto del vincolo di destinazione.

Una parte della dottrina si pronuncia a favore della realità del vincolo, facendo venire in rilievo come dalla disciplina dell'art. 2645 *ter* c.c. non si ricavi alcuna regola di condotta a carico del destinante: l'istituto in esame consisterebbe in una conformazione particolare dei diritti del proprietario. Secondo tale tesi il vincolo gravante sul conferente è direttamente rivolto a realizzare l'interesse e non vi è, come nei rapporti obbligatori, un elemento oggettivo di pretesa che «media tra comportamento ed interesse ma è l'interesse stesso e la sua realizzazione che diventa elemento di una relazione diretta con il comportamento del soggetto vincolato»[17].

Altri argomenti a sostegno di questa tesi sono prevalentemente di natura testuale. Il dettato normativo fa riferimento al "conferente" lasciando pensare ad una disposizione attributiva e non meramente destinatoria. In più, lo stesso conferente viene annoverato tra coloro che sono legittimati ad agire per la realizzazione del programma di destinazione[18].

La stessa giurisprudenza di merito ha avallato la natura reale del diritto vantato dal beneficiario, sostenendo la necessità che l'istituto in esame comporti un passaggio della titolarità dei beni che ne sono oggetto[19].

Appare più convincente ritenere obbligatoria la natura del vicolo di destinazione. L'atto di destinazione è infatti produttivo di un diritto di credito in capo al beneficiario, la

---

16 R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1736 ss.

17 A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo*, cit., p. 1085 ss.

18 R. BONINI, *Destinazione di beni ad uno scopo*, cit., p. 5 ss.

19 Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, in *Giur. it.*, 2014, p. 242: «Il vincolo di cui all'art. 2645 *ter* c.c., norma da interpretare restrittivamente per non svuotare di significato il principio della responsabilità patrimoniale del debitore *ex* art. 2740 c.c., non può essere unilateralmente 'auto-destinato' su di un bene già in proprietà con un negozio destinatorio puro, ma può unicamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa»; Trib. Reggio Emilia, 27 gennaio 2014, *ivi*, 2014, p. 236; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013: «La disposizione dell'art. 2645 *ter* c.c. non riconosce, sul piano sostanziale, la possibilità dell'auto-destinazione unilaterale: sotto il profilo testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta 'auto-destinazione' patrimoniale a carattere unilaterale; poi, sotto il profilo sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740, co. 2, c.c.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione traslativa»; Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur.it.*, 2012, p. 2274 ss.

cui peculiarità è data dall'opponibilità ai terzi in virtù della trascrizione del vincolo. La novità della novella del 2006 sta nell'effetto segregativo che costituisce, al tempo stesso, un ampliamento dell'art. 2740, comma 2, c.c.

Elementi che corroborano la tesi del carattere obbligatorio sono anche la collocazione della norma fuori dal contesto degli articoli 2643 e 2645 c.c.: qualora si fosse trattato di un vincolo reale, il legislatore avrebbe inserito la disciplina nelle norme che definiscono la circolazione dei diritti reali. In più, in termini di diritto reale, non avrebbe avuto senso l'esclusione dei beni mobili ed il sindacato di meritevolezza sull'interesse perseguito con la destinazione[20].

L'atto di destinazione, modificando l'ordinario contenuto del diritto dominicale e limitando i poteri del proprietario al fine di funzionalizzarli all'attuazione dello scopo indicato, determina l'insorgenza di obbligazioni, in capo al disponente ed in favore del beneficiario, idonee per la redazione e la realizzazione del programma di destinazione[21].

Osta dunque alla realità l'assenza di una disciplina organica e l'esclusione dei beni mobili, scelta coerente con la necessaria trascrizione del vincolo.

I beni vincolati vengono quindi gestiti, a seconda di quel che le parti prevedono nell'atto, dal conferente, dal beneficiario o eventualmente da un terzo gestore, la cui amministrazione può essergli affidata mediante mandato, atto separato od anche mediante un contratto di affidamento fiduciario[22].

L'attività gestoria eventualmente necessaria al perseguimento della destinazione è pertanto attuabile da molteplici soggetti. Questo segna anche una profonda differenza con lo schema del *trust*: l'istituto anglosassone è incentrato sull'affidamento gestorio e comporta un trasferimento, elemento essenziale nel *trust* che è solo eventuale per l'art. 2645 *ter* c.c. I

[20] F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, cit., p. 165. In tal senso, R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1740 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, p. 15; A. DE DONATO, *L'interpretazione dell'art. 2645-ter. Prime riflessioni della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dal Trust all'atto di destinazione*, cit., p. 322; R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012, *passim*; M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645 ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, p. 190; F. ALCARO, *Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*, in *Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato.*

[21] A. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, cit., p. 1011 ss.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 17 ss.

[22] M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, *passim.*

due istituti si distinguono anche per l'oggetto, l'ampiezza della separazione patrimoniale, i requisiti di forma e di durata ed il ruolo del disponente. Come è noto, il *trust* può essere disposto per il perseguimento delle finalità più diverse, non vi sono limitazioni di oggetto né la forma prevista è l'atto pubblico *ad substantiam*.

Difatti, sebbene ci sia stato chi abbia intravisto nella disposizione un tentativo di ricostruzione di un *trust* all'italiana[23], le sfumature che non permettono la sovrapposizione tra *trust* ed atto di destinazione risultano ben chiare. Qualcuno ha visto nell'atto di destinazione il «surrogato nazionale del trust», ma si tratta senza dubbio di un «surrogato alquanto distante dall'originale»[24]. I due istituti condividono una duplice caratteristica, quali l'essere una tecnica per governare la specializzazione della responsabilità patrimoniale e realizzare una forma di titolarità di diritti nell'interesse altrui, ma si tratta di analogie estremamente generiche tenuto conto che tali intenti possono realizzarsi mediante una pluralità diversificata di fattispecie tra loro eterogenee, sia di diritto nazionale che di diritto sovranazionale[25].

Per di più, non può non farsi cenno ad un rilevante problema che incontra l'istituto anglosassone in Italia. Nel nostro ordinamento manca la previsione di una specifica azione esperibile dal beneficiario dell'atto di destinazione quando lo scopo non viene raggiunto, mentre il beneficiario del *trust* ha a disposizione il *tracing*, un *actio in personam* che gli garantisce il recupero del bene[26].

L'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione non basta a fare di esso un rapporto comparabile con il trust. Dunque, è senza dubbio preferibile la tesi secondo cui, producendo la fattispecie dell'atto di destinazione anche effetti obbligatori, il beneficiario vanta nei confronti del gestore/conferente «un vero e proprio diritto di credito»[27].

In ordine alla natura del vincolo di destinazione è intervenuta la Cassazione, affermando che «l'atto di costituzione del vincolo sui propri beni ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., benché non determini il trasferimento della proprietà né la costituzione su di essi di diritti

---

[23] L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 622 ss.
[24] A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 419.
[25] A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust ed atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, p. 993 ss.
[26] G.C. RINALDI, *Il riconoscimento del trust ed i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 279 ss.; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario*, cit., p. 997 ss.
[27] F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, cit., p. 180 ss.; A. FUSARO, *L'atto di destinazione*, cit., p. 1014 ss.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, 2007, p. 114 ss.

reali in senso proprio, è comunque idoneo a sottrarre i beni vincolati all'azione esecutiva dei creditori, ha effetti connotati dal carattere della "realità" in senso ampio, essendo oggetto di trascrizione, ed è conseguentemente idoneo a pregiudicare le ragioni creditorie, come nelle analoghe, anche se non identiche, situazioni della costituzione del fondo patrimoniale e della costituzione e dotazione dei beni in "trust"»[28].

Dato atto della disputa concernente la natura obbligatoria o reale del vincolo di destinazione e della tesi privilegiata della prevalenza degli effetti obbligatori e non realitraslativi, occorre fin da subito fare una precisazione. Il nodo cruciale che interessa gli atti di destinazione riguarda non tanto la natura del vincolo, dibattito di certo degno di nota ma che resta su un piano di astrattezza, quanto il ruolo della trascrizione prevista dall'art. 2645 *ter* c.c.

La riflessione sull'art. 2740 c.c. e sulla separazione e destinazione patrimoniale appare strettamente connessa all'operatività della trascrizione del vincolo costituito perché nei confronti dei terzi il negozio istitutivo e la separazione sono opponibili solo se si è provveduto a tale adempimento, data la necessità di garantire il legittimo affidamento dei creditori, rendendoli edotti della destinazione dei beni in favore dei beneficiari[29].

Nel nostro ordinamento, diversamente da quanto accade nei sistemi anglosassoni e tedeschi[30], la funzione della trascrizione è prevalentemente dichiarativa, essendo rivolta, così come segnalato inequivocabilmente dall'art. 2644 c.c., alla risoluzione dei conflitti tra più aventi causa di diritti incompatibili sulla medesima *res*. Naturalmente non mancano ipotesi specifiche e tipiche di trascrizione con una funzione diversa, ma si tratta di ipotesi eccezionali[31].

L'effetto della trascrizione dell'atto di destinazione è quello di isolare i beni dal resto del patrimonio del soggetto che vi procede per far sì che vengano utilizzati per il fine da

[28] Cass., 15 novembre 2019, n. 29797, in *Iusexplorer on line*.
[29] A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645 ter e il trust*, cit., p. 591 ss.
[30] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Napoli, 2014, p. 602 ss.
[31] Si pensi all'art. 2651 c.c. a fini di pubblicità notizia che riguarda la sentenza da cui risulta estinto per prescrizione un diritto reale di godimento ovvero acquistato per usucapione il diritto di proprietà o un altro diritto reale; oppure all'ipotesi di pubblicità sanante in materia di nullità contrattuale; oppure all'art. 2652 cc. Cfr. B. GRASSO, *L'articolo 2645 ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1191 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, *passim*.

perseguire, nonché per evitare l'aggressione da parte dei creditori del titolare ed in generale tutte quelle vicende che afferiscono al resto del patrimonio. Il dettato normativo della disposizione fa dipendere l'opponibilità ai terzi dalla trascrizione, strumento che permette di dare concreta attuazione al vincolo di destinazione[32].

Pertanto, a prescindere dalla natura obbligatoria o reale, qualora il vincolo di destinazione non sia trascritto, questo non sarebbe più opponibile ai terzi perché nelle ipotesi *sub* art. 2645 *ter* c.c. si è in presenza di una pubblicità avente efficacia dichiarativa. Questa tesi, benché messa in dubbio da una parte minoritaria della dottrina che si fa sostenitrice della natura costitutiva della trascrizione[33], è più aderente al dato letterale della norma e più coerente con il sistema normativo italiano nel quale l'efficacia dichiarativa è la regola mentre quella costitutiva rappresenta un'eccezione[34].

### 3. *Il giudizio di meritevolezza negli atti di destinazione*

Il carattere innovativo dell'atto di destinazione patrimoniale disciplinato dall'art. 2645 *ter* c.c. ha una portata dirompente rispetto alle altre ipotesi di segregazione patrimoniale perché codifica un meccanismo di separazione rispetto al quale non opera *ex lege* una tipizzazione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ma riconosce al privato il potere di selezionare autonomamente, sulla base e nel rispetto di precisi criteri e parametri di meritevolezza, un determinato assetto di interessi meritevole di tutela, derogando all'essenziale sistema di unità del patrimonio ed al regime universale della responsabilità patrimoniale[35]. Trattandosi di un atto atipico è chiaro che il parametro della meritevolezza assume un ruolo determinante.

---

32 R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 1739.

33 G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 584 ss.

34 M. BIANCA e M. D'ERRICO, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, *passim*; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, IX, Torino, 2004, *passim*; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 323 ss.

35 Gli altri istituti di disgregazione patrimoniale, si pensi al fondo patrimoniale od al fondo di previdenza ed assistenza, si presentano tipici in senso funzionale perché è il legislatore ad individuare sia le finalità del vincolo, sia i soggetti a cui sono riferiti. Cfr., M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. notariato*, 2006, p. 1176 ss.; G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2019, p. 69 ss.; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2018, *passim*.

Una parte della dottrina[36] sostiene che la meritevolezza coinciderebbe con la liceità e che pertanto sarebbe possibile destinare uno o più beni immobili o mobili registrati, con il conseguente effetto di separazione patrimoniale che deriva dalla trascrizione del relativo atto, per realizzare qualunque interesse che non sia contrario a norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico.

Tuttavia, la tesi che riconduce la meritevolezza alla liceità, seppur autorevolmente sostenuta[37], è stata contrastata in quanto non pienamente convincente[38]. Proprio riflettendo sulla portata del giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322 co. 2, c.c., richiamato nel testo dell'articolo 2645 *ter* c.c., non è possibile appiattire tale valutazione su quella di non illiceità. Tale soluzione non solo contrasterebbe con l'indicazione specifica della riferibilità degli interessi a disabili e PA, ma condurrebbe anche ad una soluzione lesiva del principio di responsabilità patrimoniale: secondo questa tesi qualunque atto semplicemente non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume diverrebbe automaticamente, senza ulteriori controlli, opponibile a qualunque terzo creditore[39].

D'altra parte è ragionevole ritenere che ove si assumesse la mera liceità come ragione fondante la fattispecie generale di destinazione si creerebbe un'insanabile frattura rispetto alle fattispecie tipiche di destinazioni presenti nel nostro ordinamento, dalle quali si evince in maniera chiara ed evidente che la separazione patrimoniale, tutelando interessi qualificati

---

[36] A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni generali*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale*, cit., p. 21 ss.; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter,* in M. BIANCA., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Roma, p. 176 ss.; G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione,* in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, *Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato*, *Roma, Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, Milano, 2003, p. 250 ss.; A. PICCIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust*, 2008, p. 306 ss.; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale*, cit., p. 53 ss.; C. FRATTA PASINI, *Il nuovo articolo 2645 ter del codice civile (le preoccupazioni del mondo bancario),* in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, p. 62. In giurisprudenza, Trib. Trieste, decr. 7 aprile 2006, cit.; nonché Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Atti di destinazione e trust*, 2007, p. 411 ss., nonché *Dir. fam.*, 2008, p. 194, con nota di G. FREZZA.

[37] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 16.

[38] A. FUSARO, *L'atto di destinazione*, cit., p. 1009 ss.

[39] G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione*, cit., p. 15 ss. Sul punto, cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, cit., p. 168 ss., U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale*, cit., p. 60 ss.; L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, Padova, 2012, *passim*; M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, cit., p. 1181 ss.; S. ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del Codice Civile. L'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.* 2010, p. 621 ss.; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, cit., p. 337 ss.

e selezionati, non può essere riconosciuta a tutela di qualsivoglia interesse, purché non irrilevante e lecito[40].

Affermare un siffatto pensiero e sostenere che l'effetto di separazione possa conseguirsi in ragione della destinazione di un bene al perseguimento di una qualunque finalità, purché non contraria a norme imperative, buon costume ed ordine pubblico, significherebbe dover riconoscere «una illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina dei casi di separazione già specificamente previsti dalla legge, in considerazione di destinazioni da quest'ultima direttamente individuate»[41].

Per tali ragioni, il giudizio di meritevolezza degli interessi *ex* art. 2645 ter c.c. richiede un *quid pluris* rispetto al mero giudizio di liceità e non di futilità. Occorre poter attribuire un autonomo significato al giudizio di meritevolezza, diverso rispetto all'ordinario giudizio di congruità e di liceità della causa del negozio[42].

Si potrebbe sostenere, come è stato fatto, che il concetto di finalità destinatoria sia riconducibile all'idea di pubblica utilità[43]. In realtà, tale ultima tesi pare non essere pienamente condivisibile. L'art. 2645 *ter* c.c. non richiede la doverosità morale e non presuppone il perseguimento di interessi pubblici, sociali o superindividuali.

D'altra parte se è vero che non basta che l'interesse sia meramente lecito, non bisogna neanche giungere all'approdo estremo ed antitetico dell'interesse considerato meritevole solo quando rispondente a utilità sociale.

Si perverrebbe ad un'interpretazione dell'art. 2645 *ter* c.c. avulsa dal dettato letterale e si restringerebbe oltremodo il campo di applicazione della norma, la cui *ratio*, avuto riguardo alla struttura aperta della fattispecie, sembra muoversi in tutt'altra direzione e schiudere l'adito ad un ampio, per quanto responsabile, dispiegarsi dell'autonomia privata.

Secondo un'interpretazione conforme a Costituzione, non è rilevante l'interesse che presuppone necessariamente il perseguimento di interessi pubblici o socialmente utili, non conta se l'interesse sia «generale o individuale (distinzione di per sé fuorviante ed imprecisa)

---

40 M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, l'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 36 ss.; G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1054 ss.

41 G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 327 ss.

42 Sull'autonomia del giudizio di meritevolezza, cfr. anche E. MINERVINI, *La "meritevolezza" del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Napoli, 2019, p. 13 ss.

43 F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, cit., p. 170 ss.

ma se esso sia o no attuativo di valori fondamentali (salute, famiglia, impresa, lavoro, dignità e personalità umana, risparmio). Ciò che conta non è la natura quantitativa dell'interesse ma il profilo qualitativo e la sua eventuale comparazione con altro interesse»[44].

Appare dunque in primo luogo imposto un controllo in ordine al rapporto di congruità e di adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito, sul fondamento di una valutazione comparativa tra l'interesse avuto ad oggetto con la destinazione (l'interesse del beneficiario) e l'interesse dei terzi creditori[45].

Il giudizio di meritevolezza assolve ad una funzione di bilanciamento tra gli effetti dell'atto di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. ed il pregiudizio potenzialmente arrecato alla posizione di terzi, principalmente creditori, con la conseguenza che sarebbe da ritenersi meritevole di tutela, e dunque ammesso dall'ordinamento, unicamente l'atto di destinazione che sia rivolto alla soddisfazione di interesse di rango superiore rispetto a quelli sacrificati[46].

Tale bilanciamento d'interessi, secondo una lettura costituzionalmente orientata di tali norme, realizza un "equilibrio di valori" dei quali la civiltà moderna si fa carico senza con ciò pregiudicare assetti di interessi da sempre oggetto di particolari attenzioni e tutela come quelli creditizi[47]. D'altronde non va dimenticato che il diritto privato è patrimoniale e pertanto le pretese creditorie devono poter trovare il giusto riguardo e la corretta tutela.

L'atto di destinazione incide sul diritto di proprietà del disponente e sottopone il bene ad un particolare regime di circolazione e responsabilità. Il confronto dell'art. 2645 *ter* con gli artt. 42 cost. e 2740 c.c. induce ad una peculiare lettura del parametro di meritevolezza richiamato dalla norma.

Le finalità non lucrative dell'atto di destinazione devono integrare un valore preminente rispetto alla tutela dei diritti dei creditori. Questa tesi, sebbene dibattuta, ha trovato numerose condivisioni non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza. Basti pensare che

---

44 G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione*, cit., p. 18. Sul punto, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006: «Non si subordina un interesse privato ad un interesse pubblico: si limita o si nega la tutela del primo qualora dal complesso delle regole e principi rilevanti per l'ipotesi concreta risulti che un altro interesse, riferibile sempre a individui, deve prevalere».

45 A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., pp. 421-423, il quale ha anche giustamente precisato in modo esplicito che non si possono ovviamente destinare beni quando «si hanno creditori alle calcagna» né quando «si tratti di fare beneficenza con i soldi altrui».

46 A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo*, cit., p. 1091 ss.

47 S. ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del Codice Civile. L'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2010, p. 647 ss.

recentemente è possibile leggere, nel *corpus* di una sentenza di merito (Trib. Savona, 27 febbraio 2018, n. 240), che «gli interessi idonei a sorreggere una vicenda destinatoria *ex* art. 2645 *ter* c.c. ed il conseguente effetto di separazione patrimoniale, sono solo quelli che godono di una particolare protezione legislativa (se non costituzionale), gli unici che possono giustificare la compressione dell'interesse del ceto creditorio. Altri interessi possono essere enucleati purché non meramente egoistici e dotati di adeguata copertura normativa»[48].

Proprio per tali ragioni, ammettere che un interesse, solo perché lecito, sia sufficiente a giustificare la creazione di un vincolo di destinazione creerebbe il rischio di un uso fraudolento di tale strumento, volto ad eludere le pretese creditorie[49].

Questa considerazione presta il fianco comunque a delle criticità: bilanciare gli interessi significherebbe rimettere in qualche modo la valutazione di meritevolezza alla discrezionalità e all'arbitrio dell'autorità giudiziaria e renderebbe forse poco pertinente il riferimento fatto dal legislatore all'art. 1322, comma 2, c.c.

Il giudizio di meritevolezza richiamato dal dettato normativo ha una propria autonomia rispetto al concreto giudizio causale proprio perché si muove sul piano dell'astrattezza. Nella valutazione degli interessi meritevoli per i vincoli di destinazione forse sarebbe più opportuno un giudizio concreto e dunque un giudizio che nel valutare il bilanciamento rispetto alle pretese creditorie sia funzionale alla realizzazione di dati interessi apprezzabili secondo l'ordinamento giuridico, secondo una valutazione in termini di giustizia, congruità, ragionevolezza, equo contemperamento ed equilibrio degli interessi privati, senza che ciò significhi imporre una funzionalizzazione ad interessi pubblici, collettivi, generali, superiori a quelli privati.

Da ciò si deduce che, con la previsione di beni destinati ad uno scopo e costituiti in patrimonio separato, il legislatore abbia inteso ampliare l'autonomia privata, pur essendo consapevole della necessità di fissare uno standard di meritevolezza che possa giustificare una deroga a principi consolidati nel diritto patrimoniale (ex artt. 2740 e 2741 c.c.), in ragione del preminente interesse dell'atto di destinazione.

---

48 Trib. Savona, 27 febbraio 2018, n. 240, in *Trust e attività fiduciarie*, 2018, p. 637 ss.
49 F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, cit., p. 165 ss.

In tal caso il riferimento presente nell'art. 2645 *ter* c.c. all'art. 1322, comma 2, c.c. potrebbe risultare impreciso, a meno che non si acceda all'idea di un giudizio di bilanciamento di interessi che si mantenga comunque avulso dal caso concreto affrontato, gravando tale arduo compito valutativo in capo al giudice.

4. *Segue. Azione di accertamento della meritevolezza, (im)meritevolezza degli interessi e responsabilità del notaio*

L'art. 2645 *ter* c.c. non prevede per i creditori forme di tutele *ad hoc*, ma non altera la disciplina generale dell'azione revocatoria e dei suoi presupposti. I creditori in possesso di un titolo anteriore alla trascrizione dell'atto di destinazione potranno comunque, laddove ne sussistano le condizioni, difendere i propri interessi attraverso l'azione revocatoria[50].

In assenza dei presupposti dell'*actio pauliana* (si pensi all'ipotesi in cui la capienza del patrimonio residuo del destinante al momento della stipulazione sia successivamente venuta meno in un arco temporale maggiore dei cinque anni dalla stipulazione) non si può escludere a priori né un'azione di simulazione, né un'azione di riduzione, né un'azione di accertamento della meritevolezza, volta a far valere l'immeritevolezza degli interessi, laddove l'interesse del singolo creditore risulti in concreto prevalente rispetto a quello perseguito con la destinazione.

Per controbilanciare l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. ed il fenomeno di indebolimento della garanzia patrimoniale generica, il legislatore ha introdotto uno strumento di esecuzione anticipata come rimedio a tutela dei creditori.

In particolare, con l'art. 2929 *bis* c.c. ha previsto che il creditore, qualora sia leso e pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di un vincolo di indisponibilità o di alienazione a titolo gratuito di beni mobili registrati o beni immobili, può trascrivere il pignoramento, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, ed iniziare un'azione esecutiva, purché si tratti di un credito anteriore.

[50] Ai fini della revocabilità dell'atto, come è ben noto, è particolarmente rilevante la sussunzione dello stesso nell'ambito dell'onerosità o della gratuità. Nel primo caso, oltre alla conoscenza in capo al debitore del pregiudizio arrecato alle ragioni creditorie, è altresì necessario che siffatta conoscenza sia condivisa dal terzo acquirente; nel secondo, invece, è sufficiente il *consilium fraudis*. Sul punto, cfr. R. BONINI, *Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata: la tutela dei creditori rispetto agli atti di destinazione*, in *Giur. it.,* 2016, p. 232 ss.

I presupposti affinché possa ritenersi operativo tale rimedio sono dunque l'esistenza di un creditore anteriore, di un titolo esecutivo che consenta il pignoramento, la trascrizione dell'atto pregiudizievole entro l'anno ed i presupposti oggettivi dell'atto (e cioè che lo stesso costituisca o vincoli di destinazione o un'alienazione di beni mobili registrati o immobili a titolo gratuito e successiva al sorgere del credito).

Tale strumento non può essere considerato un'azione revocatoria anticipata. La revocatoria è un rimedio conservativo volto ad ottenere l'inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole, non ha natura né esecutiva né restitutoria ma conservativa.

Il rimedio di cui all'art. 2929 *bis* c.c., invece, è un pignoramento *per saltum*, la cui formula ben coglie l'essenza di un'inopponibilità derivante non dalla sentenza costitutiva di revoca ma dalla legge. Si determina, dunque, per effetto dell'applicazione della nuova disposizione, un'inefficacia temporanea *ex lege* relativa, che affligge tutti i negozi di destinazione o traslativi a titolo gratuito, ove pregiudizievoli perché compiuti in frode all'art. 2740 c.c.

In più, diversamente dall'azione revocatoria, sono esclusi gli atti a titolo oneroso, non valendo per costoro la presunzione *iuris tantum* di un pregiudizio, mentre la pretermissione dei creditori posteriori si spiega con la considerazione che la forma di tutela riservata a costoro resta affidata alla trascrizione e alla revocabilità ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Quanto al pregiudizio del creditore, questo con riferimento all'azione revocatoria viene inteso quale mero pericolo di insolvenza o mera variazione qualitativa della garanzia patrimoniale.

Nell'ipotesi del nuovo 2929 bis c.c. deve invece ritenersi che il pregiudizio del creditore debba essere inteso in maniera più rigorosa, quale concreta inadeguatezza del soggetto debitore a realizzare le pretese creditorie. Deve pertanto ritenersi che se il patrimonio del debitore è capiente, il creditore non risulta in concreto pregiudicato e non è dunque legittimato ad esercitare l'azione. Questo maggior rigore trova una sua giustificazione: si tratta in questo ultimo caso di un'azione esecutiva mentre l'azione revocatoria è un'azione di cognizione. Va precisato tuttavia che non si tratta di rimedi esclusivi bensì concorrenti.

È necessario inquadrare le ipotesi nelle quali, a prescindere dalla revocatoria, è possibile esperire un'autonoma azione di accertamento della meritevolezza, strumento che più di

ogni altro bilancia ragionevolmente l'interesse dei creditori e le esigenze di sicurezza dei traffici e di circolazione dei beni[51].

L'azione di meritevolezza opera sia nei casi in cui la minima unità strutturale della destinazione non è conseguita da un effetto traslativo sia nelle ipotesi di mancata proporzionalità e adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito[52]. Una volta accertato che l'interesse perseguito sia cristallizzato in un atto conforme a norme imperative, ordine pubblico e buon costume e qualora l'interesse sia immeritevole o venga accertata la prevalenza dell'interesse del creditore rispetto a quello del beneficiario, l'atto di costituzione del vincolo risulterà viziato da un'inefficacia relativa della separazione patrimoniale e i beni vincolati saranno esecutabili.

Il controllo di meritevolezza richiesto dall'art. 2645 *ter* c.c. è finalizzato all'effetto della segregazione patrimoniale: un negozio di destinazione lecito e meritevole sarebbe opponibile ai terzi, un negozio lecito, ma che non supera il controllo di meritevolezza, sarebbe valido tra le parti ma inopponibile nei confronti dei terzi.

Ne deriverebbe l'affermazione secondo cui «in caso di mancato superamento del controllo *ex* art. 2645 *ter* c.c., non c'è la nullità ma la sola inopponibilità ai terzi dell'effetto di destinazione e, quindi, del vincolo gravante sui beni per il perseguimento dello scopo»[53].

Il tema dell'accertamento della meritevolezza si connette ad un'altra questione di rilevante centralità che riguarda il soggetto deputato a tale giudizio sugli interessi in gioco. Nonostante la previsione dell'atto pubblico *ad substantiam* abbia indotto a ritenere che il sogget-

---

[51] G. IACCARINO, *La circolazione dei beni oggetto del vincolo di destinazione*, in *Notariato*, 2018, p. 170 ss.

[52] "Si pensi al coniuge che, dopo sei anni dalla realizzazione di un atto di destinazione non traslativo a favore della p.a. per interessi culturali, si trovi in una situazione di indigenza e obbligato, al contempo, a prestare in tutto o in parte gli alimenti a favore di un figlio, di un genitore o di un coniuge in stato di bisogno e incapace di provvedere (a causa dell'età, della salute) alle proprie esigenze primarie di vita (artt. 433, 438 c.c.). Ciò ovviamente si giustifica ancor più qualora il credito alimentare risulti insuscettibile di essere soddisfatto, in tutto o in parte, da un obbligato di grado ulteriore (come statuisce l'art. 441, comma 2, c.c.). Il superamento del giudizio di meritevolezza, ai fini dell'opponibilità ai terzi, al momento della stipulazione (perché ad esempio si configura una residua capienza del patrimonio del destinante), non esclude il buon esito di una successiva azione di accertamento della meritevolezza da parte del soggetto titolare del credito alimentare, il quale, ovviamente, potrà soddisfarsi sul bene destinato nei limiti del valore del credito. Ciò anche se non sussistano i presupposti di un'azione revocatoria perché, ad esempio, sono passati più di cinque anni dalla data dell'atto di destinazione (art. 2903 c.c.)". Cfr. G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza degli atti di destinazione*, cit., p. 21.

[53] G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione*, cit., p. 14; C. CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, cit., p. 1323 ss.

to deputato sia il notaio rogante, riflettendo più attentamente risulta chiaro come la valutazione *ex* art. 1322, comma 2, c.c. spetti in realtà al giudice.

Il notaio, che deve sempre agire secondo buona fede e diligenza professionale in quanto professionista qualificato, ha il dovere di effettuare il controllo di liceità e meritevolezza *ex* art. 1322 c.c. e ha l'obbligo di informare le parti della probabile non meritevolezza *ex* art. 2645 *ter* c.c. dell'atto sul piano dell'opponibilità ai terzi. Tuttavia non sarà ritenuto responsabile, in quanto non competente, ai sensi dell'art. 28 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) in caso di non meritevolezza dell'atto *ex* art. 2645 *ter* c.c.

La previsione di una forma pubblica dell'atto certamente invoglia a richiedere l'intermediazione di un pubblico ufficiale. Questi sarà deputato a «sussumere in via generale, *ex ante* e nella fase fisiologica ciò che il giudice sussumerà nella fase patologica *ex post*»[54]. Al notaio spetteranno obblighi informativi[55] per quel che concerne la selezione preventiva degli interessi coinvolti, cercando di adeguare la volontà delle parti alla compatibilità giuridica.

### 5. *Vincoli di destinazione in funzione successoria. Criticità ed incertezze alla luce dei primi interventi giurisprudenziali*

Uno dei profili applicativi più dibattuti in dottrina ed in giurisprudenza, che recentemente si è affacciato sulla scena giuridica italiana, destando perplessità, attiene al campo del diritto successorio[56].

La prima pronuncia giurisprudenziale di merito in tema di vincoli testamentari di destinazione risale appena al 18 maggio 2013 con una sentenza del Tribunale di Roma.

Il primo precedente delle corti italiane ha sancito che: «È inefficace il vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. istituito mediante testamento pubblico. Esso è altresì inefficace per assenza di causa quando la destinazione sia prevista a favore dei beneficiari della proprietà gravata»[57].

---

[54] S. PEPE, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, in *Riv. not.*, 2017, pp.1128-1129.
[55] M. FEOLA, *La responsabilità civile nelle professioni legali*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Napoli, 2014, p. 361 ss.
[56] S.T. BARBARO, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017, *passim*.
[57] Considerazione in fatto: "Tizia con un testamento pubblico dell'aprile 2007 ha, tra l'altro assegnato i tre quarti dell'immobile nobiliare di sua proprietà alle figlie Caia, Sempronia e Mevia e la restante quota al

Il 2 maggio 2019 la Terza Sezione della Corte d'Appello di Roma, con sentenza n. 2838, è intervenuta confermando la decisione di primo grado. Nella motivazione di tale ultima pronuncia si legge che «la costituzione di un vincolo di destinazione per testamento è inammissibile perché l'art. 2645 *ter* c.c., non soltanto non contiene alcun richiamo al testamento ma fa riferimento all'art. 1322, comma 2, c.c. che disciplina i rapporti a struttura contrattuale e non si applica agli atti *mortis causa*».

Risulta evidente che le uniche pronunce in materia di vincoli di destinazione in funzione successoria propendono per una generale inammissibilità. Tale orientamento fa leva anzitutto su un'interpretazione letterale della norma, un'interpretazione volutamente formalistico-restrittiva. Ancora, a sostegno della tesi dell'inammissibilità vi sarebbero come argomenti la collocazione sistematica e l'interpretazione teleologica della norma che impedirebbero al giudicante di accogliere la tesi dell'ammissibilità in quanto si limiterebbe troppo la responsabilità *ex* art. 2740 c.c.

Sebbene le poche pronunce giurisprudenziali siano concordi nelle argomentazioni, la dottrina maggioritaria, analizzando il tema in maniera attenta, ha ragionevolmente sollevato delle perplessità. Il vincolo di destinazione potrebbe trovare la sua fonte in un atto sia *inter vivos* sia *mortis causa*.

Quanto all'interpretazione che escluderebbe il testamento dagli atti capaci di produrre l'effetto di destinazione, si può rilevare che la scelta senz'altro più generica del legislatore, che utilizza il termine "atti", e non contratti, fa riferimento alle «più disparate giustificazioni causali e strutture negoziali»[58].

Il legislatore ha garantito alla norma una sfera di applicazione più ampia ed è evidente che la causa successoria così come può reggere attribuzioni patrimoniali gratuite, che trova-

coniuge Mevio. Ha inoltre costituito sul medesimo stabile un vincolo di destinazione, che si sarebbe estinto il 31 dicembre 2035, allo scopo di garantire il mantenimento, l'istruzione e l'educazione delle figlie nonché, ricorrendone il bisogno, il mantenimento del coniuge. Nello stesso rogito ha istituito il divieto di alienazione, anche *mortis causa*, sia di scioglimento della comunione incidentale. L'amministrazione del suddetto immobile è stata demandata ad un comitato i cui componenti sono stati designati dalla testatrice. Apertasi la successione di Tizia, il marito Mevio, anche nella veste di genitore esercente la potestà genitoriale sulle figlie minorenni, ha impugnato il succitato negozio nella parte in cui istituisce il vincolo ex art. 2645 ter c.c. in quanto ritenuto immeritevole di tutela. Nello stesso tempo ha lamentato la nullità delle clausole che limitano la disponibilità dell'immobile". Sul punto, cfr., R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 786.

[58] U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 841 ss.

no giustificazione nella volontà testamentaria del *de cuius*, così può reggere anche la destinazione opponibile a terzi *ex* art. 2645 *ter* c.c. L'interpretazione restrittiva adoperata dai giudici ha «plasmato una norma non scritta, né voluta, né pensata dal legislatore, che sottrae irragionevolmente dalla categoria degli atti pubblici i negozi a titolo di morte»[59].

Appare tuttavia evidente, come è già emerso, che l'art. 2645 *ter* c.c. sia una norma sostanziale e non meramente pubblicitaria. Pertanto, se si assume come non decisiva la collocazione sistematica ai fini della qualificazione della norma come materiale, non sarebbe ragionevole escludere il testamento dagli atti di destinazione sulla base di detta argomentazione[60].

Un altro argomento avanzato dai giudici si fonda sulla carenza di meritevolezza degli interessi sottesi alla disposizione testamentaria con cui viene imposto il vincolo di destinazione sull'immobile. In realtà, ad un'analisi più attenta, è plausibile ritenere che l'attribuzione di un immobile per testamento, vincolata al perseguimento di un interesse familiare del beneficiario, è meritevole di tutela per l'ordinamento perché è rivolta al soddisfacimento di bisogni familiari.

La causa di pianificazione successoria già basterebbe di per sé a sorreggere l'attribuzione del bene e l'imposizione del vincolo. Come giustamente sostenuto, un conto «è trasferire beni ad un soggetto vincolandoli semplicemente al soddisfacimento dei suoi interessi, creando così una separazione patrimoniale che risulta priva di causa; altro conto è vincolarli al soddisfacimento delle esigenze familiari sue e dei figli minori, causa reputata meritevole di tutela già dalla disciplina codicistica del fondo patrimoniale»[61].

Il vincolo di destinazione presupporrebbe il consenso di colui al quale vengono trasferiti i beni secondo quella che è la disciplina degli oneri ereditari e destinatori, un po' come accade nell'accettazione da parte dei coniugi della costituzione del fondo patrimoniale. In più, la destinazione è opponibile ai terzi solo se siano adempiute le formalità pubblicitarie necessarie e per tale ragione non è possibile vincolare le quote d'eredità ma solo beni immobili, mobili registrati o vicende giuridiche passibili di trascrizione.

---

[59] R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 786 ss. Sul punto, U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., p. 840 ss.
[60] S. PEPE, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, cit., p. 1121 ss.
[61] U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., p. 842 ss.

Pertanto, sebbene la giurisprudenza nelle sue pochissime sentenze abbia confermato una tesi di inammissibilità, sulla scorta delle considerazioni fatte è condivisibile la possibilità di una disposizione testamentaria che attribuisca beni assoggettandoli ad un vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c.

Tra l'altro non possono trascurarsi le attuali direzioni del diritto successorio. L'autonomia testamentaria sta assumendo un ruolo sempre più decisivo soprattutto nella pianificazione delle sorti delle proprie vicende patrimoniali *post mortem*.

Si pensi alle proposte di ridimensionamento del divieto dei patti successori, in un contesto europeo in cui diversi paesi - come la Germania - non conoscono questa limitazione, alle sempre più numerose ipotesi di successioni anomale o ancora al reg. UE n. 650/2012 che dà la possibilità ad un cittadino italiano che risiede in Germania di poter validamente stipulare patti successori. In questa ottica di estensione dell'autonomia testamentaria si rafforza anche la possibilità di consentire al testatore di imprimere su beni ereditari vincoli di destinazione più efficaci[62].

Ben più avanti sembrano essere gli ordinamenti dei Paesi anglosassoni che, grazie a secoli di giurisprudenza di *equity*, hanno forgiato il trust testamentario come strumento esperibile per imprimere ai beni attribuiti un vincolo non meramente obbligatorio ma opponibile a terzi.

Tra l'altro, proprio in materia successoria, i paesi di *common law* hanno conosciuto un'altra fattispecie di titolarità interinale e strumentale di diritti, assai vicina al trust: la successione ereditaria non è diretta dal de cuius all'erede ma i beni vengono trasferiti provvisoriamente ad un *personal representative*, una sorta di curatore dell'eredità giacente (anche se non si tratta di un ufficio di diritto privato bensì di un soggetto che acquista provvisoriamente la titolarità dei beni ereditari). Quest'ultimo provvede a liquidare le passività dell'eredità e a trasferire poi all'erede l'eventuale residuo attivo. Anche in questo caso abbiamo un *legal owner* che gestisce i beni nell'interesse di un altro soggetto (l'erede, accostabile al *beneficial owner* del trust) e non è un caso che spesso il ruolo di *personal representative* venga assunto dal *trust corporation*[63].

---

62 U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., p. 833 ss.

63 R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 816 ss.; V. ZOPPINI, *Le successioni nel diritto comparato*, nel *Trattato dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 32 ss.; M.

Alla luce dell'analisi fatta, emerge in maniera inequivoca che il quadro sancito dagli artt. 2740 e 2741 c.c. ha subito un'evoluzione interpretativa in vista di un rafforzamento sempre maggiore dell'autonomia privata. Tali principi sono stati, nel tempo, erosi sia per effetto di innovazioni del codice, sia per effetto di legislazione speciale. Oggi si può dire tramontato il dogma della connessione biunivoca ed assoluta tra titolare dei rapporti giuridici e suo patrimonio quale garanzia generica. Così come è oramai più corretto parlare di statuto "delle proprietà" e non "della proprietà" (in ragione dei diversi interessi e valori che vengono in gioco, cui ogni "proprietà" viene funzionalizzata e conformata), anche il patrimonio si fraziona, secondo la strumentalità e la funzionalizzazione assiologica degli specifici beni[64]. Più che di responsabilità personale e illimitata, bisognerebbe discutere di responsabilità limitata a "i patrimoni", che fanno capo alla stessa persona (fisica o giuridica), secondo la funzionalizzazione di ciascuno di questi. Di conseguenza su ognuno di essi si rifletterà il principio della *par condicio creditorum*.

L'art. 2645 *ter* c.c. finisce con l'essere il coronamento finale di tale *iter*, che è culminato nel suo naturale epilogo, riconoscendo la generalizzata possibilità per i soggetti di funzionalizzare e segregare beni del proprio patrimonio. Il correttivo rispetto ad abusi e derive è dato dalla forma pubblica, con conseguente controllo *ex ante* da parte di un pubblico ufficiale e successiva trascrizione, e dal filtro di ammissibilità di tali vincoli con il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti[65].

*Abstract*

The possibility of splitting assets, even in absence of a double subjectivity, marks an important step towards the specialization, functionalization and segregation of assets in private law. The new art. 2645*ter* of the Italian Civil Code represents a good instance in this respect. The provision aims at balancing credit protection and patrimonial liability, on the one hand, with the enhancement of private autonomy, on the other hand. Nonetheless, it

LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in AA.VV., *Contatti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2017, p. 129 ss.

64 S. PUGLIATTI, *Le proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*.

65 S. PEPE, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, cit., p.1117 ss.

shows several shortcomings, as regards its effects, legal nature or judicial remedies. Thus, it is worth highlighting that the regulation is innovative in character, since it does not prescribe any specific objective for the establishment of special-purpose assets, as the case-law in matter of succession has recently acknowledged. At the same time, the legislation provides some counterweights, in order to avoid abuses of the right. In fact, special-purpose limitations have been made subject to an admissibility test, which asses their substantive legitimacy. This test, however, raises several controversies in literature.

Napoli, ottobre 2020.

UGO PIOLETTI *

# *Diritto penale internazionale e diritto interno.*
# *Crimini di guerra, crimini contro l'umanità e responsabilità apicale***

*Sommario*: 1. - Diritto internazionale e diritto interno nella repressione dei crimini di guerra e contro l'umanità. 2. - Responsabilità dei preposti e compartecipazione nel reato nei crimini di guerra e contro l'umanità. *Joint Criminal Enterprise* e *Command Responsability*.

## 1. *Diritto internazionale e diritto interno nella repressione dei crimini di guerra e contro l'umanità*

Nella rappresentazione dei rapporti fra diritto interno ed internazionale corrispondente alla situazione che ha caratterizzato la storia europea - e dei paesi che si sono orientati alla cultura giuridica dell'Europa - nel periodo intercorso tra la pace di Vestfalia fino al primo e, soprattutto, al secondo conflitto mondiale, diritto interno e diritto internazionale rappresentavano due sistemi giuridici distinti. Nel diritto interno i soggetti di diritto ed i destinatari delle sanzioni erano costituiti dalle persone fisiche[1], nel diritto internazionale essi,

* *Docente di Diritto Penale presso l'Università degli studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Si afferma comunemente che il diritto interno conosce, quali centri di imputazione, oltre alle persone fisiche, anche le persone giuridiche. Le persone giuridiche sono, però, solo centri di imputazione parziali, e non veri e propri soggetti di diritto come le persone fisiche. Le persone giuridiche realizzano uno "schermo" o un "privilegio" accordato ad alcune persone fisiche (questa è anche, del resto, l'origine storica della "persona giuridica" in senso moderno: cfr. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, 76 ss.; ASCARELLI, MIGNOLI [a cura di PORTALE], *Letture per un corso di diritto commerciale comparato*, Milano, 2007; VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964). Si tratta di uno schermo e di un privilegio che lo stesso ordinamento permette di superare attraverso una serie di istituti, anche penali, facendo così emergere la responsabilità di fondo della persona fisica. Infatti, il soggetto come persona dotata di responsabilità (o, per usare l'espressione di HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1820, § 100, "dotata di ragione"), non può che essere l'"individuo umano in carne ed ossa" (cfr. le osservazioni di PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, p. 53, sulla responsabilità degli enti).

invece, erano solo ed esclusivamente gli Stati[2]. L'assenza di un'entità fornita del monopolio della forza nei confronti dei soggetti di diritto era, e rimane ancora, uno dei tratti salienti che differenziano il diritto internazionale dal diritto interno.

---

Il soggetto, infatti, non è "creato" dal diritto ma "trovato" dallo stesso. La soggettività, anche quella giuridica, non è a disposizione del legislatore che, a riguardo, ha solo limitate possibilità d'intervento. Proprio per tale motivo la persona giuridica non può agire - e, quindi, essere considerata responsabile - se non attraverso un organo che è necessariamente rappresentato da una o più persone fisiche. Ciò significa che perché una persona giuridica possa essere considerata responsabile è sempre necessario trovare un'azione libera (i.e. addebitabile) di una persona fisica. Tale necessario collegamento con la persona fisica "responsabile" o "libera" ricorre anche in relazione alle persone giuridiche Stati nel diritto internazionale (che pure sono ancora gli unici soggetti del diritto internazionale inteso come ordinamento autonomo dal diritto interno, il cd. diritto internazionale pubblico) che per agire, e quindi, per essere ritenuti responsabili, necessitano di una condotta libera di un soggetto responsabile per la loro gestione. Sotto questo aspetto fondamentale, diritto interno e diritto internazionale, altrimenti radicalmente distinti in punto di soggettività formale, partecipano (e non potrebbe essere altrimenti) della stessa realtà giuridica di fondo. Sia consentito sul punto rinviare, anche per ulteriori riferimenti, al nostro *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia, 2015, p. 77 ss; 98 ss.; 156 ss.; 170 ss.
Diversa è, invece, la situazione in relazione al concetto di Stato (e sue articolazioni) nel diritto interno quale persona giuridica, allorché tale concetto, identificandosi con la potestà pubblicistica, esprima la forza vincolante (e, come tale, quindi, squisitamente pubblicistica) del diritto. Sul punto sia consentito rinviare ancora, anche per ulteriori riferimenti, al nostro *Lineamenti*, cit., p. 199 ss.

[2] Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti (Soggettività internazionale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 1 ss.; ID., *La persona internazionale dello Stato*, in *Dig. delle discipl. pubblicistiche*, Torino, 2008, p. 1 ss. Come rileva F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 191, "il diritto internazionale conosceva solamente la responsabilità internazionale degli Stati in coerenza col fatto che esso disciplina i rapporti e i comportamenti degli Stati e non quelli degli individui, che rimanevano esclusivo appannaggio del diritto interno". Proprio per distinguere la nozione di diritto internazionale "classico", come diritto che regola i rapporti fra Stati, da quella "universale", quale diritto dei popoli o *ius gentium*, alcuni Autori preferiscono usare la nozione di "diritto internazionale pubblico", una nozione che è da ricondurre all'espressione inglese di *public international law* e che ha iniziato ad affermarsi con il trionfo degli Stati nazionali e dell'idea giuspositivista del diritto a partire dal XIX secolo (cfr., soprattutto sulle differenziazioni terminologiche e sulla loro origine, HERDEGEN, *Völkerrecht*, XV ed., München, 2016).
Anche la suddivisione tra diritto interno ed internazionale, infatti, è un prodotto storico in quanto, prima dell'affermarsi dell'ordine vestfalico, la situazione ordinamentale europea non era rappresentata della coesistenza di entità statuali e nazionali dotate ciascuna di una sovranità autonoma e di un autonomo ordinamento giuridico, ma, piuttosto, era rappresentata dalla coesistenza (con un'espressione attuale si potrebbe anche chiamare una coesistenza "multilivello") di diversi ordinamenti giuridici che si sovrapponevano tra di loro ed interferivano (non sempre in maniera armonica) l'uno con l'altro (si pensi, per richiamare l'esempio forse più significativo, alla coesistenza e concorrenza fra un diritto "imperiale" ed un diritto "papale" fino all'alba dell'Europa moderna; Cfr. BERMANN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, 1983, *passim*). Per tale motivo la nozione stessa di diritto internazionale non può essere fissata in un significato collocato al di fuori della storia. Ad es., precedentemente all'affermarsi degli stati nazionali sovrani, in periodi di coesistenza, a diversi livelli, di diversi ordinamenti giuridici sullo stesso territorio e potenzialmente applicabili agli stessi soggetti, il concetto di *ius gentium* quale diritto universale esprimeva la necessità di trovare dei fondamenti giuridici comuni in tale situazione di interferenza e sovrapposizione (cfr., ancora, sugli usi dei concetti di "diritto internazionale", "diritto internazionale pubblico", anche nelle diverse tradizioni giuridiche e terminologiche europee, HERDEGEN, *op. cit.*). Dopo la parentesi degli Stati sovrani, dopo gli sconvolgimenti cagionati da due guerre mondiali e, forse, dopo l'affermarsi della globalizzazione, il bisogno e la necessità di uno *ius gentium* (in una situazione che è tornata ad essere "multilivello"), inteso come un "diritto dell'umanità", della "società globale", sta riemergendo.

Il diritto interno, quello nazionale, si caratterizza (e, in un certo senso, si definisce) per la presenza dell'entità superindividuale Stato che monopolizza l'uso della forza e che, come tale, è l'unica titolare del potere coercitivo necessario per l'applicazione delle sanzioni giuridiche[3]. Tale entità monopolista della forza mancava e manca tuttora nel diritto internazionale dove, almeno finora, manca un "super-Stato" o "Stato globale". L'applicazione del diritto e delle sue sanzioni si affida nel diritto internazionale, sia esso di fonte consuetudinaria o pattizia[4], o all'accettazione spontanea da parte degli Stati (come, ad es., nel caso delle pronunce del Tribunale internazionale del diritto del mare)[5], oppure (con significativo parallelismo rispetto a quanto avveniva negli ordinamenti "interni" arcaici)[6] alla pura e sem-

[3] G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIV ed., Bologna, 2012, p. 3, accosta il concetto di diritto a quello di un generale "potere giuridico" e rileva che "il potere giuridico" (i.e. il diritto) "presuppone l'esistenza di un apparato militare al proprio servizio".

[4] La vera fonte del diritto internazionale è sempre immanente e, quindi, se si vuole, consuetudinaria. Il patto, l'accordo tra nazioni, trova la propria forza non già nell'accordo in sé, ma in una regola sottostante ed immanente. Così come, del resto, nel diritto interno, il negozio giuridico, l'autonomia negoziale dei privati, trova la propria forza o vigenza non già nella volontà dei privati in quanto tale ma nell'ordinamento che garantisce l'accordo stesso mediante la sua "forza militare".
CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed, Napoli, 2018, p. 3, distingue fra un diritto internazionale "generale", rappresentato da norme consuetudinarie che vincolano tutti gli Stati, ed un diritto internazionale "particolare", rappresentato da norme pattizie che vincolano solo gli Stati avvinti da un trattato o accordo internazionale e rileva, a questo proposito, che "l'accordo internazionale è subordinato alla consuetudine così come nel diritto statale il contratto è subordinato alla legge".

[5] Il Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS, *International Tribunal for the Law of the Sea*) è stato istituito nel 1996, in base alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (III Convenzione internazionale sulla legge del mare di Montego Bay) e vincola le 149 nazioni aderenti alla Convenzione.

[6] Gli ordinamenti arcaici erano espressione di una società differenziata in maniera "segmentaria" o "orizzontale" (cfr. LUHMANN, *Sozialsystem Familie*, in *Soziologische Aufklärung*, vol. 5, *Konstruktivistische Perspektive*, Opladen, 1988, p. 196 ss.; ID., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1997, p. 609 ss.). Tali società - e tali ordinamenti giuridici - erano rappresentati da una serie di gruppi "familistici", composti, in quanto tali, da soggetti imparentati fra loro, e contigui tra loro sul territorio. Si trattava (e si tratta ancora, dove tali strutture sopravvivono) di una società dove un valore autonomo della soggettività del singolo individuo non era ancora emerso perché il vero soggetto di tali sistemi sociali era costituito dal gruppo dei consanguinei. Le norme, o aspettative, di tale ordinamento si rivolgevano a questi ultimi soggetti i quali, in assenza di uno Stato e di un giudice, si facevano giustizia da sé medesimi. In questo sistema esisteva, pur tuttavia, un diritto; si trattava di un diritto immanente (se si vuole, consuetudinario) che vigeva in virtù della forza dei fatti, ossia in virtù della circostanza che esso fosse applicato dalla comunità dei predetti soggetti.
Tale sistema "orizzontale", sia esso caratterizzato da famiglie oppure da gruppi di persone avvinte tra di loro da legami di interesse o di "fedeltà", non si è del tutto estinto e, anche se non rappresenta più l'ideologia o la semantica ufficiale della società, esiste tutt'oggi (sia pure, quasi sempre, "sottotraccia") in tutti i luoghi ed in tutti i contesti dove sopravvivono sacche ed aree di arretratezza (spesso, ma non sempre, connotate da modalità criminali o comunque illecite), e ciò anche in paesi formalmente avanzati o apparentemente evoluti.

plice autotutela dei singoli Stati, così come avviene, ma, soprattutto, avveniva, nella giustizia "punitiva" (ma anche "risarcitoria", o nell'attività "preventiva") tra Stati[7].

Anche a seguito dell'istituzione di un organismo universale quale l'ONU tale situazione non sembra essere stata, almeno formalment superata (si vedrà in seguito qual è, invece, l'evoluzione sostanziale di tale situazione), poiché l'esecuzione delle sanzioni e delle misure disposte dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU rimane affidata agli Stati nazionali che, oltretutto, agiscono almeno apparentemente in virtù di un "negozio" internazionale, su delega degli altri Stati.

La visione classica del diritto internazionale come un ordinamento dove gli unici soggetti (e, quindi, gli unici destinatari di sanzioni) sono gli Stati, è entrata in crisi, come si è detto, dopo il secondo conflitto mondiale, quando gli organi giudicanti istituiti *ad hoc* dagli Stati vincitori della guerra, come il Tribunale di Norimberga e quello di Tokyo, hanno applicato uno *ius gentium* di natura penale direttamente ad individui[8]. Questi organi giusdicenti

[7] Nel diritto internazionale classico la guerra intrapresa da uno Stato contro un altro poteva avere un significato preventivo, ma anche punitivo (o di ritorsione), oppure anche "risarcitorio", come nel caso della riconquista di territori illegittimamente sottratti; si pensi alla guerra intrapresa dal Regno Unito contro l'Argentina per la riconquista delle isole Falkland (o Malvine) nel 1982, oppure alla c.d. prima guerra del Golfo condotta da una coalizione di trentacinque Stati sotto l'egida dell'ONU e guidata dagli USA al fine di restaurare la sovranità del Kuwait precedentemente invaso ed annesso dall'Iraq.
Soprattutto dopo il secondo conflitto mondiale, una guerra di ritorsione deve ritenersi vietata dal diritto internazionale anche se il confine tra una guerra di ritorsione ed una guerra di "prevenzione" (praticata, anche di recente, da alcuni Stati, ma la cui legittimità è discussa) non è facile da tracciare. Dopo il secondo conflitto mondiale, la Carta dell'ONU ha vietato l'uso unilaterale della forza armata e, pertanto, attualmente, secondo l'opinione maggioritaria, agli Stati non competerebbe più lo *ius ad bellum* contemplato dal diritto internazionale classico, con l' eccezione della legittima difesa e delle azioni militari autorizzate da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (cfr. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI ed., Torino, 2017, *passim*, che sottolinea, tra l'altro, il divieto delle rappresaglie armate). Si tratta, però, di una *law in the books* perché, invece, dalla *law in action* sembrerebbe emergere una realtà diversa ed una assai minore discontinuità della situazione attuale rispetto al diritto internazionale classico. Cfr., per es., con riferimento al c.d. esercizio del diritto di autodifesa, anche preventiva, A. CASSESE, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 993 ss. Sul punto è il caso di ricordare che, come ribadito anche dalla Corte EDU, il significato giuridico di un fatto (nel diritto interno così come nel diritto internazionale) non può discendere dalla qualificazione attribuita allo stesso dai soggetti interessati ad una sua qualificazione, ma dev'essere colto nella sua oggettività da un soggetto terzo.

[8] Anche l'attività dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo ha degli antecedenti, anche se rappresentati da una *law in the books* e non già da una *law in action*. Sono stati, infatti, considerati reati di guerra nel processo di Norimberga quelle fattispecie definite nella Convenzione dell'Aja prima del primo conflitto mondiale: uccisione o maltrattamento di prigionieri di guerra; esecuzione di ostaggi; deportazione ai lavori forzati, ecc. Sono stati considerati delitti contro l'umanità la persecuzione e lo sterminio degli ebrei e lo "sterminio degli esseri non degni di vivere", ossia quei delitti contro la vita che vengono perseguiti in tutti gli stati civili. Nella categoria

hanno utilizzato ed applicato un diritto diverso sia da quello internazionale classico "inter-statuale" che da quello classico statuale nazionale. Essi, inoltre, non hanno agito sulla base di una legittimazione pattizia, ma in ragione di una giustificazione giuridica "universale", sulla base, cioè, di un diritto "immanente" da considerare comune tutta l'umanità[9].

*Ex facto oritur ius*, ed infatti gli elementi da cui è nato il "nuovo" diritto sono rappresentati dalle condanne e dalle successive esecuzioni penali pronunciate da tali organi di giustizia internazionali. Esse hanno modificato, in maniera probabilmente irreversibile, l'assetto ordinamentale di tutto il mondo ed hanno introdotto all'interno degli ordinamenti nazionali un sistema "a più livelli", laddove il livello più elevato è rappresentato dai limiti

---

dei delitti contro la pace è stata considerata la guerra d'aggressione, una fattispecie, peraltro, fin ad allora non ancora prevista nei trattati.

Come Convenzione dell'Aja si considerano una serie di trattati internazionali stipulati in occasione delle Conferenze di pace dell'Aja tenutesi nel 1899 e nel 1907 tra le maggiori potenze dell'epoca, e che prevedono le più importanti regole che caratterizzano il diritto internazionale di guerra. Tali norme costituiscono tutt'oggi uno dei fondamenti del diritto internazionale umanitario.

Le Conferenze dell'Aja erano state convocate su iniziativa dello Zar di Russia Nicola II e su invito della Regina olandese Guglielmina. Esse erano mosse dall'intento di sollecitare il disarmo e la risoluzione pacifica dei conflitti internazionali. Tali iniziative sono il frutto del movimento pacifista del XIX secolo che ha avuto inizio, a sua volta, con l'illuminismo. Le Conferenze dell'Aja hanno rappresentato il primo tentativo da parte della comunità degli Stati di abrogare la guerra come istituzione. Con esse si voleva vietare il ricorso alle armi ed obbligare gli Stati ad una risoluzione di tipo giuridico - o giudiziario - delle controversie internazionali.

[9] Si sostiene, da parte della prevalente dottrina, che "la caratteristica precipua del diritto penale internazionale" risiede "nella circostanza che (…) la fonte dell'incriminazione è da individuare direttamente nel diritto internazionale" e non, evidentemente, nel diritto interno (SATZGER, *Die Ausweitung der (Mit-) Täterschaft - Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?*, in *FS Volk*, München, 2009, p. 650). Si può condividere tale affermazione solo con la precisazione che tale nozione di diritto internazionale non coincide con quella del diritto internazionale "classico" o "pubblico", ma, invece, essa viene riferita ad un "diritto delle genti" immanente e globale. L'Autore citato, del resto, afferma, sostanzialmente in tal senso che, "per quanto concerne il diritto sostanziale, le fattispecie del diritto penale internazionale sono solo quelle poche che poggiano su un consenso da parte della comunità degli stati in relazione ai valori da tutelare" (SATZGER, *op. loc. cit.*). Si tratta appunto, dei delitti "internazionali" di genocidio, quelli contro l'umanità ed i delitti di guerra, in relazione alle quali previsioni incriminatrici si sostiene generalmente che esse discendono, a causa della mancanza di un'autorità legislativa sovrastatuale, dal diritto consuetudinario (cfr., per tutti, DANNER, MARTINEZ, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2015, p. 77 ss.). L'immanenza delle disposizioni penali internazionali *de quibus* è idonea a privare di rilevanza il problema della violazione del divieto di retroattività che altrimenti si potrebbe porre con l'applicazione dello *ius positum* di origine pattizia. È usuale, infatti, il richiamo alla circostanza che, comunque, anche le previsioni normative presupposto della punibilità dei reati appartenenti al diritto penale internazionale devono aver trovato riconoscimento giuridico consuetudinario internazionale già al momento della commissione del fatto (cfr. ancora SATZGER, *op. cit.*, p. 651). Sulla recezione del diritto penale internazionale nel diritto interno tedesco e sulla sistematizzazione delle diverse fattispecie incriminatrici, v. BÖSE, *Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts durch das Völker- und Europarecht Ein Uberblick - Teil 1*, in *ZIS*, 2019, p. 1 ss.; *Teil 2*, ivi, 2019, p. 85 ss.

non superabili imposti alle potestà normative dei singoli ordinamenti nazionali e rappresentati dal divieto universale di commettere crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

Si può pertanto dire che sia stata la materia penale, o se si vuole, la sanzione penale, con l'efficacia simbolica che la contraddistingue, a dare l'avvio ad un nuovo diritto che può essere considerato al contempo internazionale ed interno, un diritto "multilivello" nel quale si realizza una commistione fra soggettività giuridiche statuali (proprie del tradizionale diritto internazionale) e soggettività giuridiche individuali (proprie del tradizionale diritto interno).

Il sistema ordinamentale "a più livelli" è proseguito, anche nei settori non penali, nella dimensione europea, dove le norme applicate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte EDU hanno, nel loro complesso, una fonte pattizia interstatuale, sicché i destinatari delle sanzioni sono fondamentalmente gli Stati ma, attesa la circostanza che le decisioni sono richieste e sollecitate da persone fisiche che hanno un interesse alle decisioni medesime ed alla comminatoria delle sanzioni, e che tali decisioni e sanzioni, pur rivolte agli Stati contraenti, riverberano i loro effetti sulle persone fisiche interessate, si può dire che si realizzi un ordinamento diverso dai tradizionali ordinamenti qualificati, rispettivamente, come "nazionali" e come "internazionale".

Il modello di giustizia penale internazionale introdotto dai Tribunali di Norimberga e di Tokyo è stato in parte ripreso dalla Corte penale internazionale, istituita a seguito dello Statuto di Roma stipulato il 17 luglio 1998, e dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia istituito il 25 maggio 1993[10]. Questi organi giudicanti con competenze penali individuali di natura internazionale si fondano su una base pattizia, assente (o meramente apparente) nei Tribunali di Norimberga e di Tokyo.

La Corte penale internazionale, istituita a seguito dello Statuto di Roma del 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1° luglio 2002, può procedere solo nei confronti di persone accusate di crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità, oppure crimini di aggressione,

[10] A tale elenco si deve aggiungere il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (ICTR *International Criminal Tribunal for Rwanda*), istituito l'8 novembre 1994 con risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per giudicare i responsabili di crimini contro l'umanità commessi nel territorio del Ruanda oppure da cittadini ruandesi negli Stati limitrofi al Ruanda dal 1º gennaio al 31 dicembre 1994. Il Tribunale ha cessato la propria attività il 31 dicembre 2015.

che siano stati commessi sul territorio di uno Stato contraente oppure che siano stati commessi da parte di uno o più residenti nello stesso. Essa, pertanto, agisce su "delega" di singoli Stati che si sono vincolati tra di loro contrattualmente, e solo all'interno dei limiti di detta delega, ed appare pertanto, almeno a prima vista, come espressione innanzitutto del diritto interno dei singoli Stati piuttosto che di un genuino o "originario" diritto internazionale con effetti interni *erga omnes*.

Il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia istituito il 25 maggio 1993, in forza della risoluzione n. 827 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU[11], agisce su delega di un organismo, l'ONU, che formalmente ha origine pattizia. Le potestà dell'ONU, peraltro, si stanno sempre più svincolando da tale origine negoziale ove si consideri che praticamente tutte le nazioni del globo hanno aderito a tale organizzazione. A questo punto è da rilevare che, se un contratto o un trattato internazionale vincola tutti i soggetti è probabile che esso non possa essere più considerato un contratto vero e proprio, ma si sia trasformato in un'istituzione pubblicistica; che esso, in altri termini, abbia dato luogo ad un'istituzione "sovrana" e non più "derivata".

Naturalmente il percorso che si sta delineando è da considerare ancora all'inizio. Se infatti ci si sofferma sul profilo dell'esecuzione della sanzione punitiva - ossia sul momento coercitivo, ovvero la "forza militare"[12] senza la quale non si può affermare la giuridicità di un ordinamento - appare con evidenza che tale "forza" sia rimasta ancora nelle mani dei singoli Stati. Le pene detentive inflitte dal Tribunale, infatti, possono essere eseguite solo in uno Stato e da uno Stato designato dal Tribunale stesso tra quelli che hanno manifestato al Consiglio di Sicurezza la propria disponibilità a ricevere i condannati.

Si può pertanto dire che, dal punto di vista formale, a più di settant'anni dalla cessazione dell'attività del Tribunale di Norimberga, manchi tuttora un vero e proprio "super Stato", uno "Stato globale" dotato di potestà punitiva piena o diretta nei confronti degli in-

[11] Detto Tribunale ha pronunciato la sua ultima sentenza il 29 novembre 2017 ed ha cessato la propria attività il 31 dicembre 2017.
[12] G. U. RESCIGNO, *op. loc. cit.*

dividui, mentre può dirsi esistente, anche se agli albori, un ordinamento giuridico penale mondiale relativo ai crimini di guerra e contro l'umanità[13].

Se, infatti, si considera la fonte del diritto applicato dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, si può rilevare che i reati descritti in maniera sintetica dagli artt. da 1 a 5 dello Statuto, qualora non previsti in convenzioni che siano da un lato precedenti la commissione dei fatti sottoposti a giudizio e da un altro vincolanti per gli Stati sottoposti alla giurisdizione (e, conseguentemente, per i residenti nei medesimi), per non incorrere nella censura relativa alla violazione del divieto di retroattività devono semplicemente considerarsi dei meri "richiami" a ciò che, per utilizzare l'espressione prevista dall'art. 7, comma 2, CEDU, era "ritenuto crimine secondo i principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili", ossia, appunto, ad un diritto (penale) non solo immanente ma anche vincolante a livello globale[14].

Questo significa che, a partire dall'esempio costituito dai Tribunali di Norimberga e di Tokyo, non solo a livello dell'Europa "allargata" o "grande Europa"[15], ma, oramai, a livello globale, almeno in relazione alla punizione dei crimini di guerra e contro l'umanità, la tradizionale distinzione fra diritto "interno" e "internazionale" e la stessa nozione di sovranità statuale fondata su un concetto "totalizzante" di nazione stanno entrando in crisi. Quanto al rapporto tra struttura nazionale dell'ordinamento interno, e pattizia o consuetudinaria - ma pur sempre su base volontaristica - dell'ordine internazionale, qualcosa è oramai mutato. Non siamo certamente ancora giunti ad un ordinamento "mondiale" e neanche alla kantiana "federazione di Stati" o persino ad una "repubblica mondiale" sottoposta

[13] Sempre più di frequente si parla, significativamente, di un diritto penale "globale". Cfr. BÖSE, *The Evolution of Criteria for Global Criminal Law Enforcement: Towards a Network of Jurisdictions?*, in MARTIN, MORENO (a cura di), *Ius Puniendi y Global Law*, Valencia, 2019.

[14] Per questo motivo si è soliti ripetere, da un lato, che la fonte di tali incriminazioni è da individuare direttamente nel diritto internazionale, e dall'altro che le fattispecie di tale diritto penale internazionale sono solo quelle poche che poggiano su un consenso da parte della comunità degli Stati in relazione ai valori da tutelare e che esse discendono, a causa della mancanza di un'autorità legislativa sovrastatuale, nel diritto consuetudinario. V., anche per i riferimenti, *supra*, nt. 9.

[15] V. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 62 ss., i quali ricordano i due quadri istituzionali della "piccola Europa" (Unione europea e Corte di Giustizia di Lussemburgo) e della "grande Europa" (Consiglio d'Europa e Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo), con i relativi assetti normativi.

ad un ordinamento giuridico unitario[16], ma ad un suo apparire in forma embrionale ed ancora parziale, ed è stato proprio il diritto penale o, se si vuole, l'esigenza punitiva legata alla violazione delle più elementari aspettative normative condivise a livello globale, a determinarne l'insorgenza.

2. *Responsabilità dei preposti e compartecipazione nel reato i crimini di guerra e contro l'umanità.* Joint Criminal Enterprise *e* Command Responsability

*Ex facto oritur ius*, e come si è visto, i fatti che hanno determinato l'emergere di tale nuova situazione ordinamentale sono stati, da un lato, quelli estremamente gravi commessi a danno di milioni di persone nella seconda guerra mondiale e, dall'altro, le successive pene comminate nei confronti dei responsabili dai Tribunali di Norimberga e di Tokio. Tale tipo di reati, a causa della loro estrema gravità determinata anche e soprattutto dall'ingente numero di persone vittime degli stessi, vengono attualmente sempre più spesso chiamati come fatti di "macrocriminalità"[17].

La caratteristica saliente di tali reati - che giustifica il loro regime "internazionale" - non risiede solo nella loro estrema gravità ma anche nella circostanza che gli autori degli stessi agiscono in concorso con soggetti titolari di pubblici poteri a livello apicale. In questi fenomeni di "macrocriminalità" lo Stato, o alcuni suoi apparati, vengono utilizzati da coloro che dispongono del potere di comando per commettere i reati internazionali, ossia crimini di guerra o contro l'umanità. Tale caratteristica dei crimini internazionali giustifica l'autonomo regime di accertamento e repressione rispetto alle potestà del singolo Stato al quale i pubblici ufficiali che hanno commesso gli illeciti appartengono[18]. Ad oggi, infatti, "la

[16] KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795, in *Gesammelte Schriften, Preussische Akademie der Wissenschaften* (a cura di), Vol. VIII, p. 356.

[17] Sul punto, v. il saggio pubblicato in questo fascicolo, di SWOBODA, *Juristische Aufarbeitung kollektiver Gewalt im Kontext von bewaffneten Konflikten und Unrechtsregimen. Am Beispiel der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien in den Jahren 1991-1995, 2017* (conferenza tenuta presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino il 26 giugno 2017). Cfr. anche KRÄMER, *Individuale und kollettive Zurechnung im Strafrecht*, Tübingen, 2015, *passim*.

[18] Cfr. PALAZZO, *op. cit.*, p. 192. Proprio la funzione apicale o di comando rivestita dai colpevoli di tali reati all'interno dello Stato di appartenenza è, il più delle volte, idonea, come tale, a neutralizzare le possibilità di risposta dell'ordinamento di appartenenza degli autori dei fatti illeciti, e rende quindi necessario l'intervento internazionale nei loro confronti.

giustizia penale internazionale si concentra essenzialmente sui crimini internazionali caratterizzati da una dimensione statuale o comunque collettiva"[19].

Come rilevato, ancorché la fonte del diritto penale applicato da questi organi giudiziari sia stata ricercata all'interno degli usuali parametri rappresentati dai trattati internazionali, si avverte come tale fonte pattizia sia solo lo "schermo formale" della fonte effettiva di tale diritto penale rappresentato da un diritto immanente e, come tale, non scritto, che avvince una comunità di Stati.

L'esistenza di tale diritto immanente sovranazionale ha ricevuto una significativa conferma nel diritto - scritto - la cui fonte si identifica nella Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo la quale, com'è noto, nel secondo comma dell'art. 7, supera il principio *nulla poena sine lege* "*scripta*" in quanto tale ostacolo può essere superato al fine di giudicare e punire "una persona colpevole di una azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, era *ritenuta crimine secondo i principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili*"[20].

Il diritto riconosciuto dalle nazioni "civili" (fino a poco tempo identificabili con quelle partecipanti alla comunità delle nazioni che seguivano i principi della civiltà occidentale) [21] non rappresenta la somma (e neanche la media) degli ordinamenti positivi (siano essi scritti o non scritti) dei singoli Stati (sia pure di quelli appartenenti alla comunità degli Stati "civili") bensì costituisce un diritto autonomo ed originario; l'alba, appunto, di un diritto "globale" che non è più il tradizionale diritto internazionale che conosce come unici sog-

[19] PALAZZO, *ibidem*.

[20] Il corsivo è nostro.

[21] È peraltro da segnalare che la diffusa critica alla dominanza ideologica e "valoriale" dell'Occidente (al di là dell'apprezzabile intenzione nella direzione del superamento di un atteggiamento coloniale dei paesi occidentali nei confronti degli altri paesi) corra il pericolo di andare oltre il segno finendo per sfociare in un relativismo lontano dalla realtà. Si deve, infatti, considerare che un nucleo di valori (quali, soprattutto, il rispetto della dignità del singolo individuo) sono probabilmente radicati nella natura di ogni essere umano, e ciò sia perché tali valori universali sono da considerare come un'espressione di una società globale (cfr. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., *passim*), sia perché essi sono espressione di una natura umana radicata nella natura delle cose (cfr. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, *passim*; WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *FS Niedermeyer*, Göttingen, 1953, p. 259 ss.; di recente, PELLICCIOLI, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*, Pisa, 2015) oppure, ancora, nella struttura organica del cervello umano. Cfr., soprattutto con riferimento alle strutture del linguaggio, BERWICK, CHOMSKY, *Why only us. Language and evolution*, Cambridge Mass., London, 2016, p. 15 ss. e *passim*.; con riferimento al meccanismo punitivo, JOHNSON, *Good is watching you. How the fear of God make us human*, Oxford, 2016, p. 189 ss.; DYSON, *The Prisoner's Dilemma*, in *Institute Letter*, *Princeton Institute of Advanced Study*, 2012: "Humans are born with genes that reward us with intense pleasure when we punish traitors. Punishing traitors is the group's way of enforcing cooperation. We evolved cooperation by evolving a congenital delight in punishing sinners".

getti gli Stati, ma un diritto al contempo interno ed internazionale, espressione di un ordinamento "globale" che prevede come soggetti destinatari dei precetti (ai quali sia possibile applicare sanzioni) tutti gli individui "in carne e ossa".

Lo sviluppo di un vero e proprio diritto interno sovranazionale, al di là della sua apparizione in forma embrionale, costituisce un percorso lento e faticoso. Gli Stati tutelano la propria sovranità e, per questo motivo, i Tribunali penali internazionali successivi a quelli di Norimberga e di Tokyo applicano un diritto la cui fonte è ancora formalmente quella pattizia internazionale. Attraverso la genericità delle formulazioni delle disposizioni normative contenute nei trattati e negli statuti di tali Tribunali, tuttavia, fa ingresso nel diritto statuale, sia pure di fonte pattizia, il nuovo diritto sovranazionale interno di fonte "universale" ed "immanente".

Non solo le previsioni incriminatrici vengono riempite di contenuto da un "comune sentire" sovranazionale rappresentato da Corti composte da giuristi provenienti da diverse tradizioni culturali, ma anche i criteri che sovrintendono all'imputazione dei fatti di reato traggono origine da un ordinamento nuovo e, come tale, diverso ed autonomo dai singoli ordinamenti nazionali[22].

Particolarmente rilevanti, in questo contesto, sono le norme in tema di compartecipazione criminosa in quanto i "macroreati" oggetto del giudizio dei tribunali internazionali rappresentano illeciti penali commessi in concorso fra soggetti dotati di potere politico, amministrativo o militare ed un numero di esecutori materiali spesso non esiguo, laddove il compito dei Tribunali penali internazionali è proprio quello di accertare la responsabilità dei pochi soggetti che hanno agito in posizione apicale e non tanto dei molti che hanno, invece, operato quali esecutori materiali.

Attraverso i nuovi istituti della responsabilità penale "di comando", *Command Responsibility* o *Superior Responsibility*[23], e della *Joint Criminal Enterprise*[24], il nuovo diritto penale inter-

[22] Com'è stato rilevato, non sono solo le fonti delle fattispecie incriminatrici a caratterizzare la particolarità del diritto penale internazionale; anche la parte generale del diritto penale internazionale, infatti, non scaturisce da atti normativi di provenienza nazionale ma è, invece, il frutto di un collegamento fra diverse tradizioni giuridiche ed è da ricondurre per la maggior parte ad un diritto giurisprudenziale (cfr, per tutti, AMBOS, *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, in *JICJ*, 2006, p. 660 ss.; SATZGER, op. cit., p. 652 s.).

[23] A fondamento di tale responsabilità vi è l'omissione del dovere di controllo e di impedimento di crimini di guerra da parte delle truppe sottoposte al proprio imperio da parte i un comandante politico o militare. Si ri-

nazionale (ma forse sarebbe meglio dire sovranazionale) modifica i parametri e le faticose conquiste raggiunte dalla dogmatica giuridica penale in tema di concorso di persone nel reato[25]. La tradizionale disciplina della compartecipazione criminosa e la sua dogmatica, che

tiene che tale responsabilità sussista anche se il comandante non abbia avuto conoscenza dei fatti commessi dai soggetti lui sottoposti, ma avrebbe dovuto averla. Sul punto si rinvia a SWOBODA, *op. cit.*; v. anche MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007.

[24] Questa discussa figura di imputazione al singolo soggetto di un'impresa collettiva ha "la funzione di superare le difficoltà probatorie nella prova dell'apporto causale" in ipotesi di concorso di persone del reato in relazione a crimini di guerra e contro l'umanità. Non dev'essere provato che l'imputato ha posto in essere un contributo causale per la realizzazione di un elemento del reato perché è, invece, sufficiente che egli abbia in qualsiasi modo contribuito non già al reato ma all'impresa collettiva. Fondamento dell'imputazione è, pertanto, lo "scopo criminale comune" (*common criminal purpose*). Vengono ritenuti responsabili per i crimini di guerra o contro l'umanità tutti coloro che abbiano in qualsiasi modo sostenuto (non necessariamente con modalità significative) gli scopi di tale organizzazione. Non è neanche necessario che tale entità collettiva abbia una organizzazione formale. Sul punto v. SWOBODA, *op. cit.*; cfr. anche KRÄMER, *op. cit.*, p. 222 ss. e *passim*; BOCK, *Zurechnung im Volkerstrafrecht*, in *ZIS*, 2017, p. 410 ss.

[25] In particolare, per quanto attiene ai profili sostanziali relativi alla compartecipazione criminosa, la condanna da parte dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo degli imputati di reati di guerra commessi durante il secondo conflitto mondiale si fondava sull'utilizzo dell'istituto, noto negli ambienti anglo americani, della *conspiracy*. Essa viene definita tradizionalmente come l'accordo di almeno due persone finalizzato alla commissione di un reato. La condotta delittuosa si identifica con la conclusione del *pactum sceleris* ed il profilo soggettivo nell'intenzione di commettere la condotta criminale (MEIERHENRICH, *Conspiracy in International Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2006, p. 341 ss.). Anche alla dottrina di lingua inglese, peraltro, non sfugge come l'anticipazione della punibilità realizzata da tale istituto, ossia la circostanza che la punibilità si realizza già per il solo fatto dell'accordo, indipendentemente dalla commissione del fatto, rappresenti un profilo problematico di tutta la dottrina della *conspiracy* (Cfr. sul punto MEIERHENRICH, *op. loc. cit.*).

Il concetto di *conspiracy* è stato accostato, nelle sentenze pronunciate dal Tribunale di Norimberga, a quello di "organizzazione criminale" o criminosa. Nella sentenza del 1° ottobre 1946 si legge, infatti, che "un'organizzazione criminale è paragonabile ad una cospirazione nella misura in cui alla base di entrambi i concetti risiede la collaborazione per scopi criminali". Deve esistere un gruppo di persone che si è accordato e si è organizzato per la realizzazione di uno scopo comune" (IMT *Judgment*, in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nurenberg*, 14 Novembre 1945 - 1 October 1946, Vol. I, p. 171, cit. da SATZGER, *op. cit.*, p. 653).

La ragione dello sviluppo della teoria dell'"organizzazione criminosa" da parte del Tribunale di Norimberga è stata identificata da molti Autori nell'intento di evitare processi troppo lunghi e complessi ed altresì nella possibilità offerta dalla predetta dottrina di consentire l'individuazione dei soggetti da ritenere responsabili di fatti che sono stati materialmente commessi da un numero elevato di persone in quelle persone alle quali si può ricondurre la concezione o la diffusione dell'ideologia nazionalsocialista, così come l'esecuzione del relativo programma politico, nonché nelle persone che hanno organizzato e diretto le istituzioni legate a tale ideologia ed a tale politica. In tal modo, ogni membro di tale "organizzazione criminosa" poteva essere considerato colpevole indipendentemente dalla prova della realizzazione di un fatto concreto o di più fatti concreti i quali, come detto, erano stati commessi materialmente da un numero elevato di persone (Cfr., per tutti, SMITH, *The American Road to Nuremberg - the Documentary Record 1944 - 1945*, Stanford, 1982, p. 36). Com'è stato rilevato, questo pensiero sottende non solo l'Accordo o Statuto di Londra (Conferenza di Londra del 1945) che ha fornito i fondamenti giuridici per la condanna dei criminali di guerra principali nel processo di Norimberga, ma anche della *Control Council Law No. 10* che è stata posta a fondamento dei successivi processi penali celebrati in Germania da parte degli Alleati (cfr. soprattutto, l'art. II, § 2, lit. e; § 1, lit. d): v. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *JICJ*, 2004, p. 38 ss.

caratterizzano il diritto penale "interno" o "nazionale", hanno, tra l'altro, la funzione di delimitare la responsabilità a titolo di compartecipazione onde evitare che essa "dilaghi" oltremisura, coinvolgendo un numero troppo elevato di persone.

La dottrina dell'"autoria", tradizionale nei codici europei, ma non seguita dal codice penale italiano vigente, si concentra sull'esecuzione materiale dell'azione "tipica" e, in qualche modo, certamente non del tutto soddisfacente[26], risponde alla sopra ricordata esigenza di selezione. Anche la "tecnica"[27] c.d. dell'"autore unitario", seguita dal codice penale italiano vigente, oltre che da altri codici europei, quale, ad es., quello austriaco, attraverso la delimitazione della cerchia dei responsabili mediante il parametro (apparentemente "scientifico" ed oggettivo) della causalità, e quello psicologico del dolo, tenta di rispondere alla predetta esigenza.

Gli istituti del diritto penale internazionale richiamati allentano, invece, i vincoli sia causali che psicologici della responsabilità penale a titolo di concorso ed operano una selezione della responsabilità "verso l'alto" nel senso che i gravi crimini - i "macroreati" - di guerra e contro l'umanità vengono addebitati solo a coloro che si trovano nelle posizioni di comando o apicali.

---

Poiché, però, la predetta impostazione, che si muove nella direzione dell'affermazione di una sorta di "colpa collettiva", si poneva in contrasto con le garanzie ed i principi riconosciuti anche dalla potenze vincitrici, quali, per es., la dignità umana, il principio dell' *in dubio pro reo*, il principio di colpevolezza, lo stesso Tribunale Militare Internazionale di Norimberga si è sforzato di restringere il criterio dell'"organizzazione criminale" sottolineando che "la responsabilità penale è personale e che devono essere evitate punizioni di massa": IMT, *Der Nürnberger Prozess*, Vol. XXII, p. 568, *Judgement of the International Military Tribunal (Nuremberg)*, 41 AJIL (supplement), 1947, p. 172 ss. Per tale motivo è stato affermato che "il Tribunale Internazionale Militare di Norimberga ha rifiutato il principio di una colpa collettiva a favore della responsabilità individuale" (SATZGER, *op. cit.*, p. 654).

[26] La materialità dell'esecuzione dell'azione tipica è sempre più considerato un criterio insoddisfacente, nella sua rigidità, al fine di distinguere l'autore o gli autori (ossia il soggetto o i soggetti gravati dalla maggiore responsabilità) rispetto alla cerchia dei compartecipi e, proprio per superare le aporie naturalistiche che gravano sulla tradizionale nozione di *autoria*, la dottrina che si è confrontata con le legislazioni che prevedono modelli differenziati di compartecipazione ha proposto il concetto di "signoria sul fatto"; cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, IX ed., Berlin, New York, 2015, *passim*.

[27] Sulle diverse tecniche normative che caratterizzano i diversi modelli di disciplina adottati nei codici penali europei in tema di concorso di persone nel reato v. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987. Sulla permanenza di logiche di fondo strutturali e sulla loro vigenza nella struttura normativa del concorso di persone nel reato, al di là delle diverse finalità politico criminali perseguite dai differenti legislatori storici ed al di là dei diversi modelli di disciplina adottati nei vari codici europei, v. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

Si tratta di un'impostazione che, se collocata al di fuori dell'eccezionalità, rischia di modificare i tradizionali parametri del diritto penale liberale introducendo una sorta di *dolus generalis* e di responsabilità da posizione[28], ovvero una forma di responsabilità che sembra attagliarsi più alla responsabilità politica che a quella giuridica e, segnatamente, a quella giuridica penale. È stata significativamente segnalata l'analogia fra tale tipo di responsabilità penale internazionale e quella degli enti[29] (sostanzialmente, delle imprese), quale responsabilità caratterizzata da una "colpa di organizzazione"[30] che finisce per sottendere una responsabilità apicale "da posizione", laddove il soggetto apicale di un'impresa che abbia commesso un reato nell'interesse dell'impresa, o che abbia omesso di vigilare sulla commissione di reati da parte di terzi, viene colpito non solo mediante la pena personale, in caso di commissione diretta del fatto, ma anche, in ogni caso, nell'ipotesi di mera "colpa da organizzazione", per omessa organizzazione ed omessa vigilanza, mediante le sanzioni patrimoniali – comunque punitive – che hanno ad oggetto l'impresa dallo stesso gestita. Anche in queste ipotesi con un allontanamento dai canoni, non solo liberali, ma anche costituzionali, della responsabilità da fatto proprio colpevole (e del divieto di *bis in idem* sostanziale) in favore di una responsabilità da posizione ed anche per fatto altrui.

*Abstract*

The original distinction between national and international law has entered into crisis after the tragic events of World War II and the convictions imposed by the Tribunals of Nuremberg and Tokyo for war crimes and crimes against humanity. Because of these

[28] Cfr. le osservazioni critiche di SATZGER, *op. cit.*, p. 649 ss.

[29] Secondo MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2015, p. 882, sussiste un "filo rosso" tra la responsabilità da reato degli enti e la responsabilità penale degli Stati. Sulle problematiche poste dall'esclusione di una responsabilità penale sia in capo alle persone giuridiche che in capo agli Stati nello Statuto di Roma, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 175; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, p. 3 ss.; MANNA, *op. cit.*, p. 880 ss.

[30] Sui criteri di attribuzione della responsabilità concepiti dal legislatore italiano con la riforma introdotta dal d.lgs. n. 231 del 2001, v. DE SIMONE, *Il <<fatto di connessione>> tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 33 ss., il quale rileva, tra l'altro, che "il modello «italiano» è ancora ben lungi dal potersi definire un autentico modello di responsabilità originaria o per fatto proprio" (p. 56).

events, a new global law was born and this law is different from the previous national and international public law. In this new legal order there isn't still a global State, but there is a new global source of law represented by an immanent criminal law recognized by all the countries of the globe. The criminal offences under the international criminal law are also new, as well as the criteria for imputation, with particular reference to the ascription of responsibility for war crimes, aggression and crimes against humanity to the political or military leaders of a State, according to criteria that are different from those of national criminal law in matters of criminal complicity.

Camerino, marzo 2020.

SABINE SWOBODA*

# *Juristische Aufarbeitung kollektiver Gewalt im Kontext von bewaffneten Konflikten und Unrechtsregimen*

## *Am Beispiel der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien in den Jahren 1991-1995***

*Zusammenfassung*: A. Einleitung; − B. Der Konflikt im ehemaligen Jugoslawien; − B.1. Zerfall der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien; − B.2. Die Besonderheiten von Makrokriminalität, − B.3. Gewalt in der Gemeinde Prijedor als Beispiel für komplexe kollektive Gewaltzusammenhänge; − C. Die möglichen Formen individuell-strafrechtlicher Zurechnung von Verantwortung; − C.1. Ausgewählte Zurechnungsmodalitäten des gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts; − C.2. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Strafnormen im nationalen Recht; − D. Ergebnis.

### A. *Einleitung*

Welche Schwierigkeiten bereitet die Aufklärung großangelegten Regimeunrechts und von Bürgerkriegsverbrechen noch Jahre nach den Taten? Wie macht man einzelne strafrechtlich für Massengewalttaten verantwortlich? Strafrechtliche Verantwortung ist im Chaos des Kriegs oder in Machtstrukturen eines Unrechtsregimes oft nur schwer zuzuordnen. Dafür sorgen ein diffuses Dickicht von Befehls- und Machtstrukturen und ein Klima der Angst und der Heimlichkeit, so dass Informationen über die Strukturen und die internen Zuständigkeiten kaum nach außen dringen. Im Folgenden sollen anhand von Völkerrechtsverbrechen aus

* *Professor an der Ruhr-Universität Bochum.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Vortrag vor der Juristischen Fakultät der Universität Camerino, Italien, gehalten am 26. Juni 2017 (Relazione tenuta presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 26 giugno 2017); eine ausführliche Wiedergabe der Forschungsergebnisse ist veröffentlicht bei Swoboda, ZStW 128 (2016), 931.

der Zeit des jugoslawischen Bürgerkriegs in den Jahren 1991-1995/1996 die wesentlichen Aufklärungsprobleme dargestellt werden. Herangezogen werden als Beispiele Fälle des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag (ICTY) oder der Sonderabteilungen für Kriegsverbrechen in Belgrad und Sarajevo. Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Frage, wie man die Verantwortlichen aus höheren Machtpositionen mit den Verbrechen in Verbindung bringen kann.

## B. *Der Konflikt im ehemaligen Jugoslawien*

### 1. *Zerfall der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*

Am 25. Juni 1991 begann mit der Unabhängigkeitserklärung der Teilrepubliken Slowenien und Kroatien der nicht mehr aufzuhaltende Zerfall der "Sozialistischen Föderativen Republik – SFR Jugoslawien".[1] Die übrigen Teilrepubliken Jugoslawiens, Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Serbien und Montenegro und zuletzt sogar der Kosovo, eigentlich ein Gebiet Serbiens, folgten – teilweise sofort, teilweise Jahre später – nach.

In Slowenien dauerte der Konflikt 1991 nur 7 Tage, doch in Kroatien eskalierte die Gewalt. Serbische Freischärlertruppen riefen die unabhängige Republik „Serbische Krajina" aus. Dort begannen die ersten „ethnische Säuberungen", die das „Kennzeichen" des Jugoslawienkonflikts wurden. Nach Referenden in Bosnien und Herzegowina über die Unabhängigkeit[2] erklärte die Teilrepublik am 3. März 1992 ihre Unabhängigkeit. Es folgten ethnische Spannungen bis hin zu offenen gewaltsamen Zusammenstößen[3] und die fast vierjährige Belagerung Sarajevos.[4] Die bosnischen Serben wollten unter der Führung ihres Präsidenten *Radovan Karadžić* aus dem zerfallenden Staatsgebilde ein „serbisch dominiertes Rest-Jugoslawien" retten und die von ihnen in der Krajina und in Ostkroatien dominierten Gebiete über

[1] Vgl. *Hösch, Edgar*, Die Geschichte der Balkan-Länder von der Frühzeit bis zur Gegenwart, 5. Auflage, 2008, S. 405 ff.
[2] Zu den Referenden *Calić, Marie-Janine*, Geschichte Jugoslawiens im 29. Jahrhundert, 2010, S. 312; *Hösch* (Fn. 2) S. 407-408.
[3] *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 December 2003, para. 196 m. w. N.
[4] Der Terror durch das Sarajevo Romanija Korps wird für den Zeitraum vom 10. September 1992 bis 10. August 1994 ausführlich geschildert im erstinstanzlichen Urteil des ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, (Fn. 4) paras. 198 et seq.

eine Landbrücke mit dem serbischen Mutterland verbinden.[5] Es gab von höchster politischer Ebene Anweisungen, wie auf den als serbisch betrachteten Gebieten die nichtserbischen Bevölkerungsgruppen aus den Amtspositionen gedrängt werden sollten, um die bosnisch-serbischen nationalpolitischen Ziele umzusetzen. Im Zuge der unmittelbar hierauf einsetzenden ethnischen Vertreibungen errichteten bosnischen Serben an zahlreichen Orten in Bosnien und Herzegowina erste Konzentrations- und Gefangenenlager, darunter die berüchtigten Lager in Trnopolje, Keraterm und Omarska bei Prijedor. Die Lager dienten offiziell als Sammelstelle. Dort sollten Gefangene nach Belastungskategorien eingeordnet werden, beginnend mit der Kategorie „A" für unschuldig" bis „C" für Personen, die als feindlich gesinnt eingestuft wurden, weil sie aktiv die Politik der Parteien der anderen Ethnien unterstützt oder selbst an Kämpfen gegen serbische Einheiten teilgenommen hatten. Tatsächlich waren die Lager aber mit ihrer Errichtung sofort auch Folter- und Todeslager. In ihnen oder bei ihrer Räumung wurden berüchtigte Massaker begangen, darunter insbesondere die Erschießungen in „Raum 3" in Keraterm oder die Erschießung von über hundert Männern an den Klippen von Korićani am Berg Vlašić. Das Lager Trnopolje war zudem Ausgangspunkt für Deportationsfahrten für nichtserbische Vertriebene. Sie waren während der Fahrten oft Opfer von Gewaltdelikten und Ausplünderungen wurden. Die Lager bestanden oft nur wenige Monate. Nachdem sie ihren Zweck, der ethnischen Säuberung zu dienen, erfüllt hatten, wurden sie geschlossen. Weitere berüchtigte Gewalttaten waren im Juli 1995 der „Völkermord von Srebrenica" in Ost-Bosnien. Bosnisch-serbischen Streitkräfte überrannten am 11. Juli 1995 die eingerichtete UN-Schutzzone in Srebrenica und töten über 8.000 muslimische Männer und Jungen. Weitere 25.000 vor allem muslimische Zivilisten (Kinder, Frauen, alte Männer) wurden aus der Enklave deportiert.[6] Es gab den gesamten Krieg über Massenvergewaltigungen und erzwungene Schwangerschaften und im August 1995 die „Operation Sturm" einen kroatischen Vertreibungsangriff gegen die Serben in der kurzlebigen „Serbischen Republik

[5] *Hösch* (Fn. 2) S. 277; zu den strategischen Zielen der bosnischen Serben s. auch ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 41-43. Zu darüber hinausgehenden (uneingelösten) Absprachen zwischen der kroatischen und der serbischen Führung, sich auf Kosten der Muslime auf eine Teilung Bosnien-Herzegowinas zu einigen; *Calic* (Fn. 3) S. 313 f.

[6] Zu den Ereignissen s. den Stand der Aufarbeitung im Jahr 2001 im Urteil des ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. Case No.: IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 31 et seq., zu den Opferzahlen s. paras. 80-87, zu den Deportationen para. 519. Diese Basisfakten wurden von den Parteien nicht mit der Berufung angefochten und sind damit unbestritten rechtskräftig geworden.

Krajina". Operation Sturm gilt mit bis zu 200.000 Vertriebenen als letzte große ethnische Säuberungsaktion des Krieges.

Am 1. November 1995 kam es auf massiven Druck der U.S.A. hin zu Friedensgesprächen auf der Wright-Patterson Airforce-Base in Dayton, Ohio. Sie führten zum „Daytoner Friedensabkommen" für Bosnien und Herzegowina, das am 25. November 1995 zwischen dem serbischen Präsidenten Slobodan Milošević, dem kroatischen Präsidenten Franjo Tuđjman und dem bosnischen Präsidenten Alija Izetbegović vereinbart und am 14. Dezember 1995 in Paris von allen Seiten unterzeichnet wurde.[7]

Das politische Leben in Bosnien und Herzegowina wird bis heute von den Daytoner Bedingungen bestimmt. Schon seit 22 Jahren überwacht der „Hohe Repräsentant" für Bosnien und Herzegowina gemäß Artikel 1 Abs. 2 des Anhangs 10 des Daytoner Friedensabkommens[8] die Umsetzung der Generellen Rahmenvereinbarung des Friedensabkommens und leitet den zivilen Wiederaufbau an.[9] Auf ihn gehen zahlreiche Gesetze zur Justizreform zurück, darunter auch das heute gültige Strafgesetzbuch für Bosnien und Herzegowina (nachfolgend: „StGB BiH 2003") und die Strafprozessordnung (nachfolgend: „StPO BiH 2003").[10] Auch die Errichtung des Gerichts für Bosnien und Herzegowina (nachfolgend: „Gericht BiH"), dessen Arbeit hier vorgestellt werden wird, geht auf eine Entscheidung des Hohen Repräsentanten aus dem Jahr 2000 zurück.[11]

## 2. *Die Besonderheiten von Makrokriminalität*

Bei diesen schweren Gewaltverbrechen in Kriegszeiten handelt sich um „Makrokriminalität". Nach der Definition von Herbert Jäger zählen zur „Makrokriminalität" „die in ihren destruktiven Wirkungen besonders gravierenden und gefährlichen Großformen kollektiver Gewalt…".[12] Makrokriminalität befasst sich mit Verbrechen, die ein Kollektiv begeht bzw.

[7] Veröffentlicht als Dokument des UN General Assembly bzw. des UN-Generalsekretärs unter den Nr. A/50/79C bzw. S/1995/999, 30. November 1995.
[8] Id., Annex 10, dort S. 111.
[9] Für Informationen dazu s. http://www.ohr.int/?lang=en (zuletzt besucht am 10.2.2017).
[10] OHR, 24th Report by the High Representative for Implementation of the Peace Agreement to the Secretary-General of the United Nations, 10. March 2003; veröffentlicht unter http://www.ohr.int/?p=47359 (zuletzt besucht am 10.2.2017).
[11] Dieses Mal auf Wolfgang Petritsch; vgl. HR Decision on Law Establishing the State Court of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina", 29/00.
[12] *Jäger, Herbert*, Makrokriminalität, 1989, S. 11.

die aus einem Kollektivzusammenhang heraus begangen werden, mit Massen- oder Gruppengewalt. Der einzelne erbringt seinen Beitrag nicht unbedingt unmittelbar zur Tatausführung, sondern nur zum kollektiven Zusammenhang. Er fördert den kollektiven Gewaltkontext, der die Verbrechen ermöglicht.

Kollektivgewalttaten sind geprägt von hohen Eskalationsrisiken. Die Täter handeln unter Konformitäts- und Gruppendruck. In der Gruppe verändern sich auch die normalen gesellschaftlichen Normen und Werte. Es kommt zur Erosion von Normen und Moral, jedenfalls gegenüber denen, die als Feinde definiert werden. Aggressions- und Verbrechenshemmungen werden abgebaut, das Unrechtsbewusstsein schwindet. Das Gewissen wird durch die in der Gruppe akzeptierten Gewaltnormen zum Schweigen gebracht.

Bei der strafrechtlichen Aufklärung muss das Strafrecht dann durch diese Kollektivstrukturen hindurch auf den Einzelnen zugreifen und sein individuelles Zutun zum Verbrechen hinter den kollektiven Zusammenhängen sichtbar zu machen. Das Strafrecht kann keine Kollektivschuldzuweisungen vornehmen, sondern muss die Verzahnung der Täter und des gesamte kollektiven Unrechtszusammenhangs aufbrechen und den Einzelnen dafür bestrafen, was er konkret als Individuum zur kollektiven Dynamik beigetragen hat. Das verlangt akribische Aufklärungsarbeit; und diese wiederum wird nach bewaffneten Konflikten oft dadurch erschwert, dass es kaum noch möglich ist, die „Wahrheit" ans Licht zu bringen, also eine realistische Version des Geschehens, die nicht von der „Wahrheitsmatrix", in der die Zeugen und Beschuldigten leben, verzerrt ist. Die Wahrheit der im Konflikt agierenden ist in der Regel durch ihr eigenes Narrativ vom Konflikt verfremdet. Dieses Narrativ dient der Selbstrechtfertigung bzw. dazu, die eigenen politischen Ziele alternativlos erscheinen zu lassen. Zudem leben diese Narrative von der Schuldzuweisung an andere. Für glaubhafte Aussagen über die Verteilung von Verantwortung in einem Regime braucht man aber gerade Insiderzeugen oder Originalregimedokumente, damit diese aus eigener Anschauung von den Verwicklungen des Regimes in die Verbrechen berichten. Nur wie bringt man Insider, die oft selbst tief in die Gewalt verstrickt waren, dazu, hier glaubhaft Auskunft zu geben? Eine diffuse Verantwortungsverteilung, vor allem wenn eine Vielzahl unterschiedlicher Gruppen

in die Verbrechen involviert war, erlaubt zudem, Fakten so zu schildern, dass die Hauptverantwortung die anderen trifft. „Wahrheit" ist in diesen Nachkonfliktuntersuchungen also ein biegsames Konzept.

### 3. *Gewalt in der Gemeinde Prijedor als Beispiel für komplexe kollektive Gewaltzusammenhänge*

Der Bosnienkonflikt ist von sehr komplexen Gewaltzusammenhängen geprägt. Die ethnischen Säuberungen und Gewaltverbrechen in den Lagern, Gefängnissen und bei den Überfällen auf einzelne Orte wurden durch eine Vielzahl zueinander parallel agierender militärischer und ziviler Strukturen verübt. Zu den Akteuren zählten z. B. die Jugoslawische Volksarmee JNA, die ab 1991/1992 zunehmend von Serben dominiert wurde; die kroatische Armee „HV", bestehend aus den Einheiten der kroatischen Territorialverteidigung, die bosnische Armee, bestehend aus Einheiten der generalmobilisierten bosnischen Territorialverteidigung[13] und ferner über 80 paramilitärische Gruppen,[14] denen viele Verbrechensexzesse zur Last gelegt werden und die zum Teil gerade dazu geformt worden waren, um die „Drecksarbeit" der militärischen Säuberungen zu erledigen. Zu diesen Formationen zählten z. B. die militärischen Flügel der Parteien, lokale Paramilitärs oder Sondereinheiten der Polizei.[15]

Neben diese militärischen und paramilitärischen Einheiten treten die lokalen Verwaltungsstrukturen, die im Hintergrund die Logistik für die ethnischen Säuberungen schufen. Verbrechensbegünstigend wirkte sich dabei aus, dass die zivilen Verwaltungsstrukturen im früheren Jugoslawien historisch stark von der Parteipolitik beeinflusst waren. Jahrzehntelang hatte die kommunistische Partei (der „Bund der Kommunisten") die Tätigkeitsagenda der

[13] ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.,* Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 122.
[14] Id., para. 121; im Urteil ICTY, *Prosecutor v. Kraijišnik*, Case No. IT-00-39-T, Trial Judgement, 27 September 2006, paras. 208 et seq., ist von bis zu 60 paramilitärischen Formationen in ganz BiH die Rede, die von der bosnisch-serbischen Versammlung und Präsidentschaft zunächst gerne zur Territorialeroberung eingebunden wurden. Die paramilitärischen Formationen bestanden vor allem aus Personen mit krimineller Vergangenheit, deren Hauptinteresse das Plündern zu sein schien. Nachdem die serbischen Territorien weitgehend gesichert waren, wurden diese paramilitärischen Formationen für die bosnisch-serbische Regierung zunehmend zum Problem. Diejenigen, die sich dem Befehl der VRS unterstellen ließen, wurden der VRS angegliedert. Andere Gruppen versuchte man zu entwaffnen, um die eigenen Gebiete zu „befrieden".
[15] Letter dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674, 24 May 1994, Annex, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), para. 122.

Verwaltung bestimmt. Rechtsinstrumente verkümmerten. Im Krieg nahmen dann die ethnisch-nationalen Parteien den Platz der Kommunisten ein und nutzten die aufgrund ihrer politischen Prägung widerstandsunfähigen Strukturen in den Verwaltungsbehörden zur Umsetzung der eigenen Säuberungspolitik. Die zivilen Krisenstäbe auf Gemeindeebene erlangten dabei besondere Bedeutung. Sie sollten ursprünglich nur im Krisenfall die Arbeit von Gemeinde- und Exekutivräten übernehmen, bis die gewählten Gremien wieder einsatzbereit sind, wurden im Krieg aber zum ständigen und wichtigsten Gemeindeorgan. Sie besaßen aufgrund des hohen Maßes an Verwaltungsautonomie der Gemeinden[16] beträchtliche Exekutivbefugnisse.

Als Beispiel für einen Prozess der Machtergreifung über die Usurpation von zivilen Verwaltungsinstanzen soll der Fall „*Milomir Stakić*" geschildert werden, der sich mit der Machtergreifung durch bosnische Serben in der Gemeinde Prijedor in Nordbosnien befasste.[17] Prijedor erlebte im November 1990 seine erste freie Gemeinderatswahl nach dem Ende des Sozialismus. Die Wahl ergab eine multiethnische Gemeinderatsversammlung, in der die Posten gleichmäßig zwischen den Ethnien verteilt wurden. Keine Ethnie hatte die absolute Mehrheit. Als aber klar wurde, dass die muslimischen und kroatischen Bewohner Prijedors in den Referenden im November 1991 für die Unabhängigkeit Bosniens und Herzegowinas stimmen würden, entschied der lokale Parteivorstand der der nationalistisch-serbischen Partei (SDS), die serbische Machtübernahme und die Etablierung unabhängiger Gemeindeorgane in Prijedor vorzubereiten.[18] Die serbischen Abgeordneten formten eine unabhängige Gemeinderatsversammlung der Serben in Prijedor sowie einen lokalen Krisenstab und eine „Regierung", also „Schattenstrukturen", die den (noch amtierenden) Verwaltungsorganen auf Gemeindeebene entsprachen.[19] Zur Vorbereitung der Machtübernahme wurden alle (serbischen) Polizei- und Verteidigungseinheiten und die Angestellten auf Verwaltungsposten wurden dem „Krisenstab" der Serben unterstellt. Auch entstanden in Prijedor zahlreiche verborgene serbische Polizeistationen, so dass am Ende mehr als 1.500 bewaffnete

[16] *Roppe/Kieres*, Council of Europe, Congress of Local and Regional Authorities, Report on Local and Regional Democracy in the Federal Republic of Yugoslavia – CG (8) 24 Part II, Explanatory Memorandum, sec. II.
[17] Id., paras. 49-101.
[18] Id., paras. 58-59.
[19] Id., paras. 61, 64

Männer für die serbische Machtübernahme bereitstanden.[20] Die Machtübernahme erfolgte in der Nacht vom 29. auf den 30. April 1992. Gruppen der serbischen Armee und serbische Polizeieinheiten besetzten strategisch wichtige Gebäude und errichteten Checkpoints.[21] Das Rathaus wurde abgeriegelt. Die rechtmäßigen Amtsinhaber auf zentralen Gemeindeposten wurden durch Serben ersetzt.[22] Die Schattenstrukturen übernahmen die Macht. Der Angeklagte *Milomir Stakić* ersetzte so den Präsidenten der richtigen Gemeinderatsversammlung.[23] Den frei gewählten Amtsinhabern wurde der Zutritt zum Rathaus und zu anderen kommunalen Einrichtungen versperrt.[24] Mangels bewaffneten Widerstandes war die Machtübernahme in Prijedor in wenigen Stunden vollzogen.

Nur etwa zwei Wochen später begründete die neue Gemeinderatsversammlung (der Serben) durch Beschluss den Krisenstab (später „Kriegspräsidentschaft") der Gemeinde Prijedor.[25] Der Krisenstab war eine gesetzlich vorgesehene Einrichtung. Er sollte die Gemeinderatsaufgaben wahrnehmen, wenn der Gemeinderat selbst aufgrund einer Krise keine Sitzungen abhalten konnte und sofort sämtliche Verteidigungs- und Sicherheitsfunktionen auf dem Gemeindegebiet übernehmen. Der Krisenstab koordinierte die Aktivität der Einheiten der Territorialverteidigung und *Milomir Stakić* wurde sein Präsident.[26] In der konkreten Krisensituation aber wurde der Krisenstab in Prijedor zum politischen Motor der Vertreibungspolitik.

Ab jetzt verschlechterten sich für die nichtserbische Bevölkerung in Prijedor die Lebensbedingungen. Sie wurde zur Abgabe ihrer Waffen aufgerufen, während gleichzeitig eine Generalmobilmachung der Serben stattfand.[27] Nichtserben verloren ihre Arbeitsstellen in staatlichen und kommunalen Einrichtungen, aber auch in privaten Unternehmen.[28] Nichtserben wurden auch gezwungen, ihre Häuser mit einem weißen Laken deutlich zu markieren.[29]

[20] Id., para. 65. Bereits 1992 waren die ersten geheimen Reservepolizisten eingesetzt worden. Im Juni 1992 standen so z. B. 148 aktive und offiziell benannte Polizisten einer Zahl von 1608 Reservepolizisten gegenüber, die von den Machthabern benannt worden waren; zu den Zahlen Id., para. 117.
[21] Id., paras. 70-74.
[22] Id., para. 75.
[23] Id., para. 76.
[24] Id., para. 80.
[25] Id., paras. 88, 100.
[26] Id., para. 90-91.
[27] Id., para. 85.
[28] Id., paras. 125-127.
[29] Id., para. 128.

Versuche der muslimischen Bevölkerung, ihre wichtigsten Wohnviertel mit bewaffneten Straßensperren zu schützen, scheiterten am Artilleriebeschuss der Serben.[30] Die muslimischen Einwohner mussten ihre Häuser verlassen und wurden zum Teil in die Konzentrationslager Trnopolje, Omarska und Keraterm transportiert. Dort begannen (zumindest in Omarska und Keraterm) die Befragungen zur Prüfung, ob die Gefangenen unschuldig, mit den gegnerischen Parteien assoziiert oder sogar feindlich tätig waren.[31] Von Trnopolje aus starteten in der Folge die Deportationsfahrten, mit denen die ethnische Säuberung in Prijedor zum Abschluss gebracht wurde. Sie wurden teilweise von Polizeieinheiten, teilweise von Soldaten oder paramilitärischen Einheiten begleitet (die Anordnung zur Begleitung traf der Krisenstab, aber auch die nationalen Krisenstäbe auf Landesebene konnten dazu Anweisung geben). Vor allem die paramilitärischen Einheiten werden für schwere Gewalttaten und Plünderungen auf den Deportationsfahrten verantwortlich gemacht. Aber das größte Massaker, die Erschießung von über 150 Deportierten (vielleicht Personen aus der Einstufungskategorie „C" = feindliche Kämpfer, doch starben auch weitere Männer, die zufällig auf dem Konvoi mitfuhren) wurde an den Klippen von Korićani von einer Sondereinheit der Polizei (vielleicht auf Anweisung des Polizeipräsidenten in Prijedor, vielleicht aber auch aufgrund einer Entscheidung der befehlsgebenden Mitglieder der Einheit) verübt.[32]

Das Beispiel Prijedor zeigt, wie vielfältig und komplex die Verflechtungen zwischen zivilen und militärischen Organen bei der Organisation von Gewalt, ethnischen Säuberungen und sonstigen Diskriminierungen waren. Oft lässt sich gar nicht mehr rekonstruieren, von welchem Gremium eine Anordnung ausging, zumal auch in Prijedor die Gremien zum Teil personengleich konstituiert waren. Der Krisenstab in Prijedor bestand zum Beispiel im Wesentlichen aus denselben Personen, die auch den lokalen Volksverteidigungsrat bildeten.[33] Der Verteidigungsrat war ein Gremium, das nach dem Willen des jugoslawischen Gesetzgebers im Kriegsfall als Koordinator zwischen zivilen und militärischen Instanzen dienen

[30] Id., para. 85.
[31] Id., paras. 129 et seq.
[32] Zum Verfahren gegen die Einsatzkräfte s. die Urteile im Verfahren Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et a*l., X-KR-08/549, zu finden unter http://www.sudbih.gov.ba/predmet/2574/show (zuletzt besucht am 10.2.2017).
[33] Id., para. 86.

sollte.[34] Er hatte keine direkte Befehlsgewalt über das Militär und durfte keine Exekutiventscheidungen treffen,[35] aber in seiner koordinierenden Funktion ermöglichte er eine enge Verflechtung von Zivil- und Militärorganen. Deswegen ist nach außen hin mitunter kaum erkennbar, wer welche Attacken angeordnet oder welche Säuberungsaktionen befohlen hatte.

### C. *Die möglichen Formen individuell-strafrechtlicher Zurechnung von Verantwortung*

Es gibt nun einige rechtliche Möglichkeiten, dieses Chaos, das für den Kontext von Völkerrechtsverbrechen üblich ist, rechtlich einzufangen.

Das Völkerstrafrecht bietet – insbesondere in der Form des Völkergewohnheitsrechts – eine Fülle von individuellen Zurechnungsformen, die gerade das Handeln im Kollektiv erfassen. Diese Zurechnungsinstrumente sind aus gewohnheitsrechtlicher Übung der Staaten entwickelt worden, so dass man für den folgenden Überblick über die Instrumente keine ausdifferenziert völkerrechtliche Täterschafts- und Teilnahmesystematik erwarten darf. Es gibt zum Beispiel keine erkennbare Abstufung zwischen eigenhändiger Täterschaft, Beitrag zu einem gewalttätigen Kollektiv, Planungstäterschaft oder Anstiftung. Viele Täterschafts- und Teilnahmeformen finden nebeneinander Anwendung. Dieser Vortrag konzentriert sich auf zwei Formen der Beteiligung: Die Täterschaft durch Teilnahme an einem *Joint Criminal Enterprise*, und die Verantwortung des militärischen oder zivilen Kommandanten aus der sog. „*superior responsibility*".

#### 1. *Ausgewählte Zurechnungsmodalitäten des gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts*

*Joint Criminal Enterprise* und *superior responsibility* findet man als Abbild des Völkergewohnheitsrechts in Artikel 7(1) und (3) des Statuts des Jugoslawientribunals bzw. Artikel 6(1), (3) des Statuts des Ruandatribunals.

[34] Ibid.
[35] Ibid.

*a. „Joint Criminal Enterprise" in den Kategorien JCE I bis JCE III*

*Joint Criminal Enterprise* in den Kategorien JCE I, JCE II und JCE III oder auch die Beteiligung an einer kriminellen Unternehmung ist eine Art „systemisches Zurechnungsmodell". Es dient dazu, Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung von Kausalzusammenhängen zu überbrücken.[36] Hier muss nicht nachgewiesen werden, dass der Angeklagte persönlich und unmittelbar zur Erfüllung der Tatbestandselemente beigetragen hat.[37] Der Nachweis individuellen „Verschuldens" bezieht sich vielmehr darauf, dass er Beiträge zum verbrecherischen Kollektiv geleistet hat.[38] Zurechnungsgrund ist der „*common criminal purpose*", die gemeinsame kriminelle Zwecksetzung. Zugerechnet werden Verbrechen, die aufgrund oder im Zusammenhang mit diesem *common criminal purpose* verübt wurden. Als für diese Verbrechen verantwortlich gelten alle, die den verbrecherischen Zweck des Kollektivs irgendwie (nicht zwingend wesentlich) unterstützt haben.[39] Eine besondere äußere Organisationsform der Gruppe ist dafür nicht erforderlich.

Es gibt drei Kategorien des JCE. Sie unterscheiden sich nur auf der subjektiven Tatseite. D. h. die objektiv vorhandene Personenmehrheit, die sich mit einer kriminellen Zweckabrede zusammengetan hat, ist in allen Kategorien dieselbe. Aber ob das einzelne Gruppenmitglied für ein aus der Gruppe heraus begangenes Verbrechen nach JCE I, II oder III oder gar nicht strafbar gemacht werden kann, bestimmt sich danach, ob der einzelne diese Taten selbst realisieren wollte, oder ob er sie vielleicht nur als unvermeidliche Konsequenz der Zweckumsetzung akzeptiert hat, oder ob er diese Verbrechen der anderen nur mit Eventualvorsatz als mögliche, aber eigentlich nicht erwünschte Folge der Umsetzung der kriminellen Zwecke ansah.

(i) Bei der ersten Kategorie eines JCE (JCE I) muss der angeklagte Beteiligte des JCE einen (substantiellen) Beitrag zum vereinbarten kriminellen Zweck leisten und das von

[36] Grundlagen in ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-95-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT- IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 97.
[37] ICTY, *Prosecutor v. Tadić* (Fn. 37) para. 191; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.* (Fn. 37) para. 80; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 31, 81.
[38] *Van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 101.
[39] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Auflage, 2014, § 7 Rn. 11.

der Gruppe begangene Verbrechen auch im Einzelnen in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Zudem muss ein JCE I-Täter etwaige besondere Verbrechensabsichten in eigener Person aufweisen.[40]

(ii) Bei JCE II oder JCE III werden dem Gruppenmitglied dagegen auch Verbrechen zugerechnet, die eigentlich nicht zum Kern der kriminellen Zweckabrede zählten, die aber im Zuge der Umsetzung der verbrecherischen Vereinbarung aus der Gruppe heraus, also von anderen Mitgliedern des JCE begangen wurden. Die Begehung dieser Verbrechen muss dabei entweder typische Konsequenz der Umsetzung des kriminellen Zwecks gewesen sein oder die gemeinsame kriminelle Unternehmung hat die Taten zumindest indirekt mit begünstigte.[41] Das nach JCE II oder III angeklagte Gruppenmitglied muss diese Verbrechen nicht konkret, d. h. nicht im Detail vorhergesehen haben. Es muss auch nicht etwaige notwendige besondere Tatabsichten in eigener Person aufgewiesen haben. Es genügt für die Verantwortlichkeit des JCE-Mitglieds vielmehr, dass andere Mitglieder des JCE diese Verbrechen im Zusammenhang mit der kriminellen Unternehmung begangen haben und dass die Verbrechen dabei entweder beiläufige Konsequenz der Zweckabrede waren (JCE II) oder dass sie jedenfalls vorhersehbar aus der Umsetzung der kriminellen Zweckabrede resultierten (JCE III):

- Beim sogenannten JCE II, dem „systemischen" *Joint Criminal Enterprise*, das auf die Beteiligung an Verbrechen in Konzentrations- und Arbeitslagern oder Gefängnissen angewandt wird, genügt zur Darlegung der subjektiven Tatseite, wenn der Beteiligte generell davon Kenntnis hatte, dass im Lager und im Rahmen der gemeinsamen kriminellen Zweckabrede Gefangene methodisch misshandelt wurden und er dieses System dennoch bewusst förderte. Von den einzelnen Gräueltaten braucht der Täter konkret nichts mitbekommen zu haben.[42] Beweiserleichternd tritt hinzu, dass der individuelle Vorsatz, das System zu fördern, aus einer hierarchisch herausgehobenen Position des Angeklagten in der Lagerorganisation

[40] Z. B. die Diskriminierungsabsicht bei der Straftat der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder die Völkermordabsicht bei Völkermordtaten; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-198-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 97.
[41] ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac* (Fn. 38) para. 32.
[42] ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 228; *Haan*, ICLR 5 (2005), 173-174, 186-190; *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 188, 201.

abgeleitet werden kann.[43] Für Angeklagte in herausgehobener Position kommt es zur Beweislastumkehr zu ihren Lasten.[44]

- Ein Mitglied eines *Joint Criminal Enterprise* wird nach JCE III für Exzesstaten anderer Gruppenmitglieder verantwortlich gemacht, soweit er nur generell die kriminellen Zwecke und Pläne der Unternehmung unterstützte und sich dabei bewusst war, dass das Risiko solcher Exzesstaten bestand. Der Täter nach JCE III soll die Exzesstaten zumindest mit *dolus eventualis* vorhergesehen bzw. sie „sehenden Auges" (via *adverted recklessness*) in Kauf genommen haben.[45]

Bei so viel Beweiserleichterung fordern die Kategorien JCE II und III aber natürlich Kritik auf der Basis des Schuldprinzips heraus. Vor allem das JCE III erscheint in Grenzfällen wie „eine dem Schuldprinzip widersprechende Erfolgshaftung" ausgestaltet.[46] Andererseits sind die Konstruktionen JCE II und JCE III ausgezeichnet geeignet, Gewaltverbrechen zu erfassen, die aus Kollektiven heraus begangen wurden, ohne dass Beweisschwierigkeiten zu Details (z. B. zur Frage, wer Haupttäter war oder wie der Einzelne die konkrete Tat gefördert hat) eine Verurteilung verhindern. Bei JCE II und III genügt, dass der Täter bewusst mit einem verbrecherischen Kollektiv kooperiert hat. Er darf sich später nicht mehr von dessen Verbrechen distanzieren.

### *b. „Command Responsibility" – Vorgesetztenverantwortung*

Die Figur der Vorgesetztenverantwortung ist für Verbrechen gedacht, die aus militärischen und paramilitärischen Strukturen heraus begangen werden. Der Vorgesetzte hat die Pflicht zur verantwortungsvollen Führung (*responsible command*) der Truppe.[47] Er ist hinsichtlich der ihm unterstellten Militärangehörigen und Personen in seinem Befehlsbereich ver-

[43] ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 203, 220; *Prosecutor v. Kvočka* (Fn. 37) para. 101.
[44] Krit. *Haan*, ICLR 5 (2005), 189-190, 199; *Satzger*, Volk-Fs, 2009, S. 668; *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 96.
[45] *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 228.
[46] *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 689, 81, 85-88; *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Auflage, 2013, Rn. 424; *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 107.
[47] Vgl. für den bewaffneten internationalen Konflikt Artikel 87 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer.

pflichtet, Verletzungen des humanitären Völkerrechts im bewaffneten Konflikt zu verhindern oder bereits begangene Taten den zuständigen Behörden anzuzeigen.[48] Der Kommandant muss seine Soldaten anleiten, ausbilden und überwachen, damit diese die Regeln des humanitären Völkerrechts einhalten, und er muss diejenigen strafrechtlich oder disziplinarisch verfolgen, die die Regeln humanitärer Kriegsführung verletzen. Das gilt gewohnheitsrechtlich auch für Kommandanten in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten.[49] Voraussetzung für eine strafrechtliche Haftung des Vorgesetzten ist:

(i) die Existenz eines Über-Unterordnungsverhältnisses, in dessen Rahmen der Vorgesetzte „effektive Kontrolle" über seine Untergebenen ausüben kann (gemeint ist *de facto* Kontrolle, eine Vorgesetzteneigenschaft *de jure* ohne effektive Kontrolle genügt nicht)[50];

(ii) die Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis des Vorgesetzten von bevorstehenden oder bereits begangenen Verbrechen der Untergebenen; und

(iii) dass es der Vorgesetzte unterlassen hat, angemessene und notwendige Maßnahmen zur Prävention bzw. Unterbinden der Straftaten oder zur Strafverfolgung der Täter zu ergreifen[51].

Die Kenntnis des Vorgesetzten von den begangenen oder bevorstehenden Verbrechen darf zwar aus Indizien und aus den Umständen des Einzelfalls abgeleitet werden, ist aber für jede Tat nachzuweisen.[52] Es genügt für den Eintritt der Strafbarkeit aber auch, wenn es der Vorgesetzte aufgrund eigener Fahrlässigkeit versäumt hat, Hinweisen auf Straftaten seiner Untergebenen nachzugehen; d. h. wenn er es fahrlässig versäumt hat, sich Kenntnis von den bereits verübten oder noch bevorstehenden Verbrechen zu verschaffen.[53]

*Command Responsibility* hat als Zurechnungsfigur auch Bedeutung für zivile Über- und Unterordnungsverhältnisse, soweit der zivile Vorgesetzte ähnlich einem militärischen Kom-

48 ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Case No. IT-03-66-T, Trial Judgement, 30 November 2005, para. 519.
49 *Prosecutor v. Hadžihasanović*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, paras. 16-18; krit. *Zahar/Sluiter*, International Criminal Law, 2008, p. 335.
50 ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.,* Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 197.
51 ICTY, *Prosecutor v. Kordić und Čerkez,* Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, paras. 839-840; *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, paras. 484-485.
52 ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Case No. IT-03-66-T, Trial Judgement, 30 November 2005, para. 524.
53 ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.* (Fn. 53) para. 525.

mandanten effektive Kontrolle über seine Untergebenen ausüben kann und die Völkerrechtsverbrechen der Untergebenen gerade im „dienstlichen Zusammenhang", also im Zuständigkeits- und Einflussbereich des zivilen Vorgesetzten begangen wurden.[54] Zivile Vorgesetzte haben oft keine Disziplinierungsbefugnisse, können aber dennoch angehalten werden, einen Tatverdacht oder das Wissen um begangene Verbrechen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu melden, soweit sie davon ausgehen dürfen, dass die Meldung tatsächlich Straf- oder Disziplinarermittlungen zur Folge hat.[55]

Command Responsibility setzt nicht voraus, dass der Vorgesetzte besondere Tatabsichten in eigener Person aufweist.[56] Die Strafverfolgungsbehörden müssen nur belegen, dass die Haupttäter die entsprechenden Absichten hatten. In der Praxis der Strafverfolgung ist das eine spürbare Beweiserleichterung für die Anklage.

### *2. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Strafnormen im nationalen Recht*

Die besonderen Zurechnungsformen des Völkerstrafrechts, so wie sie das Internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien anwendet, führten im Fall von *Milomir Stakić* zu einer Verurteilung wegen Mordes als Kriegsverbrechen und Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen in Form eines *Joint Criminal Enterprise I* zu 40 Jahren Freiheitsstrafe. Dabei war dem Gericht wichtig, dass *Milomir Stakić* als hochrangige zivile Führungsperson in Prijedor die Machtübernahme und die Vertreibung der bosnischen Muslime aus der Gemeinde, ihre Inhaftierung in Lagern, Angriffe auf ihre Wohngebiete und die Deportationen mit geplant und vorangetrieben hatte. Dass er selbst von sich behauptete, nicht von den Misshandlungen in Omarska, Keraterm und Trnopolje gewusst zu haben bzw. dass dafür allein die Polizei und Militärs und Paramilitärs verantwortlich waren, war irrelevant. Das Gericht machte *Stakić* sogar für das Massaker an den Klippen von Korićani (Korićanske Stijene Massaker) veranwortlich, bei dem während einer Deportationsfahrt aus

[54] ICTY, Case *Prosecutor v. Delalić et al* (Fn. 51) para. 399; ICTY; *Prosecutor v. Brđjanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 281; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A, Appeals Judgement, 3 July 2002, paras 52-53; *Mettraux, Guënael*, The Law of Command Responsibility, 2009, p. 190-191.
[55] ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin* (Fn. 55) para. 281.
[56] ICTY, *Prosecutor v. Brđanin* (Fn. 55) paras. 719-721.

dem Lager Trnopolje heraus gut 150 muslimische Männer aus der Gruppe der deportierten Gefangenen ausgesondert, zu einer Schlucht gefahren, und am Rande der Schlucht von Polizeieinheiten systematisch ermordet worden waren. Dabei war er nicht am Ort des Massakers gewesen, hatte keinen Befehl zur Aussonderung der Opfer erteilt oder zu ihrer Erschießung. Doch er hatte die Deportationen organisiert und diesen konkreten Buskonvoi sogar das Lager Trnopolje verlassen sehen. Zentraler Vorwurf war, dass *Stakić* das Gewaltumfeld und die Strukturen (mit) geschaffen hatte, die zu diesen Deportationen und den Verbrechen während der Fahrt führten.[57] Das Jugoslawientribunal griff für das Massaker in Koricanskije Stijene auf die Zurechnungsform des JCE III zurück. Dabei waren die Richter überzeugt, dass ein solches Massenverbrechen wie das Massaker an den Klippen von Korićani nicht ohne das Wissen des Angeklagten hätte verübt werden können und dass er zumindest billigend in Kauf genommen hatte, dass die Gefangenen bei den Deportationsfahrten Opfer von schwersten Verbrechen wurden. *Stakić* hätte die Verbrechen jedenfalls vorhersehen können. Er wusste, dass die Deportierten de facto vogelfrei waren. Er kannte das Klima der Gewalt auf den Deportationsfahrten, die oft von paramilitärischen Einheiten begleitet wurden, deren einziges Interesse das Plündern war. Das genügte, um *Stakić* auch für das Massaker über JCE III mit verantwortlich zu machen.[58]

Man mag von der Legitimität des Völkerstrafrechts halten was man will. Man mag auch von dem diffusen Zurechnungsinstrument *Joint Criminal Enterprise* halten was man will, aber man muss zugeben, dass dieses Instrument die kollektiven Zusammenhänge von Massengewalt weitrechend erfasst und trotz aller Beweislücken einem Strafgericht sinnvolle oder zumindest nachvollziehbare Zurechnungsmöglichkeiten bietet.

Aber wie ist es im innerstaatlichen Recht. Stehen solche Zurechnungsmodalitäten überhaupt innerstaatlich zur Verfügung?

Zunächst ist als grobe Grundregel festzuhalten: In Kroatien und Serbien kann eine Aburteilung der Völkerrechtsverbrechen aus dem Jugoslawienkrieg nur auf der Basis des zur Tatzeit geltenden StGB der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien erfolgen bzw. auf der Basis der nahezu textgleichen Nachfolgegesetze, die noch während des Kriegs in

[57] ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) para. 601.
[58] ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) para. 602.

Kraft traten. Zu nennen sind insoweit das StGB der Bundesrepublik Jugoslawien von 1992[59] oder des Grundstrafgesetzbuchs der Republik Kroatien von 1993.[60]

In Bosnien und Herzegowina ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts BiH auch eine Aburteilung auf der Basis völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestände und Zurechnungsmodalitäten möglich. Aber die neuen Normen nutzt bisher nur das Gericht BiH. Die Strafgerichte in der Respublika Srpska, in der Föderation Bosnien und Herzegowina und im Distrikt Brčko wenden die alten Strafrechtsgrundlagen des StGB SFRJ an. Zudem muss auch das Gericht BiH die alten Strafrechtsgrundlagen des StGB SFRJ anwenden, wenn der Strafrahmen der alten Straftatbestände im konkreten Einzelfall für den Angeklagten zu einer günstigeren Strafe führt.[61]

Schuld an dieser Fragmentierung des Strafrechts ist das Verfassungsrecht der jeweiligen Nachfolgestaaten. Die Verfassungen von Kroatien und Serbien verlangen z. B. zwingend, dass das anwendbare Strafrecht zur Tatzeit niedergeschrieben war. Ungeschriebenes Völkerstrafrecht ist als Verurteilungsgrundlage keine Option. Die im Vertrag von Dayton für Bosnien und Herzegowina niedergelegte Verfassung dagegen lässt auch im Strafrecht die Möglichkeit zu, ungeschriebene völkerstrafrechtliche Tatbestände ins nationale Recht einfließen zu lassen. Die Rechtsordnung von Bosnien und Herzegowina ist damit einzigartig. Traditionelle nationale und völkergewohnheitsrechtliche Zurechnungsmodalitäten stehen im StGB BiH von 2003 nebeneinander; und weil es die völkergewohnheitsrechtlichen Strafzurechnungsregeln ihrem Wesenskern nach schon zur Tatzeit in ungeschriebener Form als Völkerstrafrecht gab, werden sie nun in Gestalt der Regeln, wie sie im StGB BiH von 2003 niedergeschrieben wurden, auch auf die Taten aus den Jahren 1991-1996 angewandt.[62]

---

[59] Official Gazette FRY, No. 38/90, No. 37/93., abrufbar unter: http://adattar.adatbank.transindex.ro/Szerbia/Krivicni_zakon_Jugoslavije.pdf, (zuletzt besucht am 13. September 2016)

[60] Official Gazette of Croatia „Narodne Novine" No. 31/93 (Criminal Code of Republic of Croatia -Consolidated text (Official Gazette No. 32/93), abrufbar unter: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_31_569.html, (zuletzt besucht am 13. September 2016)

[61] So die Forderung aus EGMR, Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, Application No. 2312/08 and 34179/08, Judgement, 18 July 2013, paras. 68-69.

[62] Also „rückwirkend" und wegen der Existenz der früheren völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zugleich nicht „rückwirkend"; Kommentar zum StGB BiH, Artikel 180. StGB BiH, S. 592-598.: https://de.scribd.com/doc/205326166/148864268-KZ-BiH-Sa-Komentarom (zuletzt besucht am 25. August 2016).

*a. Die Zurechnungsmodalitäten des StGB SFRJ von 1976*

Wenn man nicht das Völkerstrafrecht anwenden kann, das ich soeben vorgestellt habe, was würden die Gerichte in Bosnien und Herzegowina dann anwenden? Das alte jugoslawische Strafgesetzbuch von 1976 sah ein System von Täterschaft und Teilnahme vor, das unserem System in Deutschland recht ähnlich ist. Es gab eine Tatteilnahme als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe (Artikel 22 bis 25 StGB SFRJ 1976). Für die wenigen Völkerstraftaten, die dieses Strafgesetzbuch kannte – nur Kriegsverbrechen und Völkermord – gab es noch zusätzlich die Möglichkeit, denjenigen als Täter zu bestrafen, der diese Verbrechen „anordnet".

Ich konzentriere mich hier auf die wenigen Zurechnungsmodalitäten, die in der Praxis wirklich relevant geworden sind und die vielleicht im Fall von *Milomir Stakić* anwendbar gewesen wären. Relevant sind die unmittelbare Täterschaft, die Mittäterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe zu einem Völkerrechtsverbrechen eines anderen Haupttäters. Täter konnte nach dem StGB SFRJ nur sein, wer den objektiven Tatbestand der Straftat durch Tun und Unterlassen eigenhändig/durch eigene Pflichtversäumnis verwirklichte. Es galt ein extrem restriktiver Täterbegriff. Wer den Tatbestand nicht eigenhändig erfüllte, war nur Komplize, wobei die Idee von „Komplizenschaft" die Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe umfasste. Ein „Mittäter" war also dem Begriff nach „Täter", aber systematisch nur Teilnehmer.[63] Täter und Teilnehmer wurden nach dem Maß der jeweils eigenen Schuld bestraft (Art. 25 Abs. 1 StGB SFRJ).[64]

Mittäter war, wer aufgrund einer vorhergehenden Vereinbarung über die Arbeits- oder Rollenverteilung bei der Tat irgendeinen Beitrag zur gemeinschaftlichen Verwirklichung der Tat erbrachte. Der Beitrag musste nicht wesentlich sein, aber im Rahmen der verabredeten

[63] Eine vorsätzliche oder schuldhafte Straftatbegehung durch den Haupttäter verlangte weder das StGB SFRJ noch verlangt dies heute das StGB RS. Das liegt daran, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit als Kategorien im ehemaligen Jugoslawien und im Nachfolgestaat Serbien Aspekte der Schuld waren; *Damnjanović, V.*, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 211-212; *Jovančević*, Roxin-FS, 2011, S. 1659 (1669).

[64] Was zugleich bedeutet, dass es auch die fahrlässige Mittäterschaft gab und sogar vorsätzliche Teilnahme an einer fahrlässigen Haupttat denkbar war; vgl. z. B. für die ähnliche Rechtslage im heutigen serbischen Strafrecht *Damnjanović, V.*, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 219; für das frühere jugoslawische Strafrecht *Jovančević*, Roxin-FS, 2011, S. 1659 (1671-1672).

Rollenverteilung und mit Bezug zur Taterfüllung erbracht werden.[65] Auf den Zeitpunkt der Taterbringung kam es nicht an. Fahrlässige Mittäterschaft war möglich.

*Milomir Stakić* wäre für die meisten Verbrechen, die in Prijedor an Nichtserben verübt wurden und die er über die „Kriegspräsidentschaft" mit organisiert hatte, sicher als Mittäter verurteilt worden. Gleichgültig, welche Straftaten von den serbischen Kämpfern in Prijedor begangen wurden: All die Zerstörungen, Vertreibungen und Deportationen, sie alle gingen zentral auf Pläne der Kriegspräsidentschaft zurück. Die Kriegspräsidentschaft hat die Zielvorgaben geliefert und die Gewalt organisiert. Über die Ziele der Kriegspräsidentschaft (z. B. Umsiedelung der nicht-serbischen Bevölkerung; Machtergreifung durch die Serben) ließe sich zudem nachweisen, dass *Stakić* die im Zuge der ethnischen Säuberungen begangenen Verbrechen größtenteils wollte oder als Mittel zum Zweck billigend in Kauf nahm. Kurzum, für die Mehrzahl der Verbrechen in Prijedor selbst, aber auch für eine große Zahl der Straftaten in den Gefangenen- und Deportationslagern Omarska, Trnopolje und Keraterm wäre er ohne Zweifel auch vor einem nationalen Strafgericht zum Mittäter erklärt worden.

Aber würde dies auch für Verbrechen gelten, die ungeplant in den Lagern oder auf den Deportationsfahrten geschahen. Hier geht es um Verbrechen, die jenseits der konkreten Ziele des Vertreibungsprogramms und aufgrund einer eskalierenden Situationsdynamik erfolgten. Könnte man Stakić zum Mittäter an dem Massaker an über 150 muslimischen Männern an den Klippen von Korićani erklären. Die Tat scheint auf eine nicht erklärbare Eskalation zurückzugehen, die im Nachhinein auch von Akteuren vor Ort verdammt und bereut wurde. Der Entschluss zu dem Massaker fiel möglicherweise sehr kurzfristig und mit wenig Vorplanung (nach Medienberichten auf Anordnung des Polizeipräsidenten in Prijedor, aber das hat bisher kein Gericht verlässlich bestätigt)[66]. Vielleicht handelte es sich bei den erschossenen Männern um Gefangene, die als „feindliche Kämpfer" in Kategorie „C"[67] eingeordnet

[65] Komentar KZ BiH (Kommentar zum StGB BiH), S. 178, https://de.scribd.com/doc/148864268/KZ-BiH-Sa-Komentarom (zuletzt besucht am 26. August 2016); *Novoselec*, Roxin-FS, 2011, 1643 (1650-1651).

[66] Diese Vermutung widerspricht zudem den Angaben von Zeugen im Verfahren gegen Zoran Babić et al., die angaben, dass Simo Drljača die Sondereinheit der Polizei, die das Massaker verübte, sofort einbestellte und beschimpfte und dass gerüchteweise von höherer Stelle die Verhaftung der Mitglieder der Einheit geplant gewesen sein soll; Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et al.*, Case No. S1 1 K 003472 12 Kžk, Second Instance Judgement, 15 February 2013, paras. 371-373.

[67] Diese umfasste Mitglieder der SDA, der muslimisch-nationalistischen Partei, und Muslime, die an den Angriffen auf Prijedor teilgenommen haben sollen oder sie finanziert haben sollen; Urteil ICTY, *Prosecutor v. Kraijišnik* (Fn. 15) para. 494.

worden waren,[68] aber diese Vermutung hat sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt, weil so viele andere Männer wohl nur zufällig mit in die Opfergruppe gerieten. Keines der Opfer war angesichts der bereits erlebten längeren Lagerhaft noch kampffähig oder gefährlich; und dass die Sondereinheit der Polizei, die das Massaker verübte, direkt nach der Tat zunächst fliehen musste und dann aufgelöst wurde, belegt, dass jedenfalls die wichtigsten militärischen und politischen Verantwortungsträger der Region die Tat nicht gewollt hatten.[69] Sie war offenbar nicht von ganz oben geplant. Könnte *Milomir Stakić* wirklich als (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Mittäter für dieses Massaker verurteilt werden, obwohl das Gericht nur nachweisen kann, dass er die Deportationsfahrten generell mit organisiert hat und dass er diesen konkreten Deportationskonvoi aus dem Lager Trnopolje abfahren sah? Es müsste doch wenigstens nachweisen, dass er die mutmaßliche Order des Polizeipräsidenten oder jedenfalls den Plan der Anführer der verantwortlichen Sondereinheit der Polizei kannte, dass er also wusste, dass es zu diesen Morden kommt. Aber da nicht einmal klar ist, wer das Massaker erdachte, ist auch *Stakićs* Kenntnis des Tatplans nicht nachzuweisen.

Es gab in den Sammellagern zudem spontane Massaker an Gefangenengruppen, die möglicherweise von nichtlokal agierenden Akteuren verübt wurden. Das Massaker in Raum 3 im Lager Keraterm am 20. bis 21. Juli 1992 ist ein Beispiel dafür. An diesen Tagen beobachteten die Gefangenen, wie fremde Soldaten mit roten Baretten ins Lager kamen. Eine Maschinenpistole wurde vor Raum 3 aufgestellt, der zu diesem Zeitpunkt mit Gefangen aus einer ethnischen Säuberungsaktion im Gebiet Brdo gefüllt war. Die Gefangenen in Raum 3 hatten zum Zeitpunkt des Massakers schon fünf Tage keine Verpflegung bekommen. War ihr Tod also vorab von höherer Stelle geplant? In der Nacht des Massakers hörten die anderen Gefangenen Gewehrsalven und Schreie und am nächsten Morgen lagen Haufen von Körpern vor Raum 3 und die Wände waren voller Blut. Die Wächter behaupteten, die Gefangenen hätten sich gegenseitig getötet.[70] Was in dieser Nacht geschah, lässt sich mangels aussagebereiter Zeugen nicht rekonstruieren. Wie es zu diesem Massaker kam, wer den Ent-

[68] Urteil ICTY, *Prosecutor v. Kraijišnik* (Fn. 15) para. 494.
[69] Gerade auch der Polizeichef Simo Drljača soll die verantwortliche Polizeieinheit wegen des Massakers gemaßregelt haben; Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et al.*, (Fn. 67), paras. 371-373.
[70] ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) paras. 204-207.

schluss fasste, wer die Soldaten mit den roten Baretten waren; – all das konnte das Jugoslawientribunal nicht klären. Waren die Soldaten mit den roten Baretten für das Massaker verantwortlich? Wie verträgt sich diese Feststellung aber mit dem Wissen, dass die Gefangenen aus Brdo auch von den Wachdienstleuten in Keraterm tagelang unversorgt in den heißen Raum 3 gesperrt worden waren?[71] Ein ähnliches Massenmorden soll im Übrigen auch in Omarska an Gefangenen aus Brdo stattgefunden haben.[72] Man könnte *Milomir Stakić* vorwerfen, dass er mit seiner Organisationsleistung die günstigen Tatumstände geschaffen hatte, in denen die Täter auf die Opfer im Lager Keraterm trafen, aber wie ist seine Verbindung zu dieser Eskalation der Gewalt gegen einzelne Opfer?

Der mittäterschaftliche Tatplan gibt die Grenzen der strafrechtlichen Zurechnung vor. Für Exzesse eines Mittäters haften die anderen Mittäter nicht, es sein denn, sie stimmen noch während der Tatbegehung der Durchführung der Exzesstat zu. Das zumindest ist die Grundregel zur vorsätzlichen Mittäterschaft. Allerdings darf sich der Tatbeitrag eines Mittäters nicht nur in allgemeinen Unterstützungsleistungen ohne konkreten Bezug zur Haupttat erschöpfen. Der Mittäter muss seinen Beitrag wie abgesprochen mit Blick auf die Tatbestandserfüllung erbringen. Wie will man dies im Fall des Massakers in Raum 3 in Keraterm nachweisen? Was genau war die Absprache, auf die sich die Mittäterschaft beziehen könnte? Daher ist für *Milomir Stakić* insoweit allenfalls eine Verurteilung wegen Beihilfe denkbar. Aber ist die Organisation von Deportationen wirklich eine spezifische Beihilfe zu einem Massaker, für das wahrscheinlich andere Täter die Verantwortung tragen? Täter zumal, die wohl nicht einmal zum Organisationsgefüge in Prijedor gehörten, sondern von außen kamen und in dem Gefangenenlager einfach nur eine günstige Tatgelegenheit fanden? Das frühere jugoslawische Recht hätte übrigens auch eine fahrlässige Mittäterschaft bestrafen können. *Milomir Stakić* hätte also gegebenenfalls Fahrlässigkeitsmittäter sein können, wenn er keinen Vorsatz zu den Gewaltexzessen gehabt hatte. Aber gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft auch dort, wo es kein fahrlässiges Delikt gibt? Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt es im Völkergewohnheitsrecht (in der Regel) nur in Vorsatzform. Deswegen hätte die fahrlässige Mittäterschaft dann mutmaßlich nur als fahrlässige Mittäterschaft zur

[71] Sud BiH, *Prosecutor v. Mejakić et al.*, Case No. X-KR/06/200, First Instance Judgement, 30 May 2008, p. 138 (englische Version); in der zweiten Instanz wurden diese Feststellungen nicht aufgehoben.
[72] Sud BiH, *Prosecutor v. Mejakić et al*(Fn. 72), pp. 13, 111 (englische Version).

Tötung nach nationalem Strafrecht verurteilt werden können, also nicht als Mitmachen bei einem Völkerrechtsverbrechen, sondern als fahrlässiger Mittäterschaftsbeitrag zu einer vorsätzlichen Tötung durch andere.

Das Jugoslawientribunal hatte es da mit der Zurechnungsform des *Joint Criminal Enterprise* erheblich leichter, eine Verantwortung von *Milomir Stakić* für das Massaker zu begründen. Dies vor allem, weil JCE III anders als die Mittäterschaft den Beitrag zum Unrechtskollektiv genügen lässt und nicht konkrete Beiträge zur Tatbegehung selbst verlangt. Von *Milomir Stakić* war neben der Förderung der Unrechtsorganisation in Prijedor nur verlangt, dass er Exzesse wie die Morde in den Lagern und auf den Deportationsfahrten als mögliche Folgen seiner Organisation vorhersah; - und dass das so war, davon waren die Richter des Tribunals überzeugt.

Festzuhalten bleibt damit für die Strafrechtsordnungen in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien zunächst einmal Folgendes: In allen Nachfolgestaaten stehen zumindest Zurechnungsmodalitäten zur Verfügung, die man als typisch kontinentaleuropäische Täterschafts- und Teilnahmeformen bezeichnen kann. Das bedeutet aber auch, dass Anklagen auf der Basis dieser Täterschafts- und Teilnahmeformen auf ähnliche Beweisschwierigkeiten stoßen, wie man sie in Deutschland bei der Aufarbeitung der Verbrechen des Nationalsozialismus kennengelernt hat. Wie rechnet man Verbrechen zu, wenn man zwar nachweisen kann, dass ein Angeklagter bei Straftaten anwesend war, aber nicht klar ist, ob er auch mit gehandelt hat?[73] Was, wenn man zwar belegen kann, dass der Einzelne unterstützend für eine Gruppe tätig geworden ist und dass aus der Mitte der Gruppe heraus Verbrechen begangen wurden, doch wenn man nicht mehr rekonstruieren kann, was der Angeklagte im Einzelnen für die konkrete Tatbegehung getan hat?[74]

[73] Vgl. den Fall zu Oradour sur Glane; OLG Köln, Beschl. v. 12.6.2015 – 2 Ws 127/15, JR 2016, 263 (266 ff.).
[74] Wenn er einem System zuarbeitet, in dem jede Unterstützungsleistung nur für die Straftaten des Systems verwendet wird, kann man nach heutiger Ansicht Beihilfe bejahen, vgl. das nicht rechtskräftige Urteil zum Fall Ivan Demjanjuk, LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08, paras. 1202-1207; Rechtsprechung grundsätzlich übernommen von OLG Köln, Beschl. v. 12. 6. 2015 – 2Ws 127/15, JR 2016, 263 (266), m. insoweit zust. Anm. *Schuhr*.

*b. Wie wäre der Fall Stakić wohl vor dem Gericht BiH auf Basis des StGB BiH von 2003 entschieden worden?*

Das Erstaunliche an der Rechtsordnung in Bosnien und Herzegowina ist, wie gesagt, dass diese Rechtsordnung auch die völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsmodalitäten kennt und auf die Taten von 1991-1996 für anwendbar erachtet. Zumindest nach der Lesart des Gerichts BiH und des Verfassungsgerichts BiH ist das Völkergewohnheitsrecht bereits 1991 Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung gewesen. Das Gericht BiH könnte damit über Artikel 180(1) StGB BiH von 2003 die völkerstrafrechtlichen Zurechnungsmodalitäten neben den überkommenen bosnischen Formen von Täterschaft und Teilnahme anwenden. Bei einer Aburteilung vor dem Gericht BiH wäre *Milomir Stakić* also unzweifelhaft wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen in Form eines JCE I bzw. hinsichtlich der Exzesstaten in Form eines JCE III verurteilt worden. Aber diese Lösung wählt, wie gesagt, nur das Gericht BiH. Andere Gerichte der Region verweigern die Anwendung des neuen StGB BiH von 2003. Sie hätten *Milomir Stakić* daher möglicherweise hinsichtlich der Exzesstaten freigesprochen.

*c. Zusätzliches Chaos nach der Entscheidung des EGMR in Maktouf und Damjanović*[75]

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der Sache *Maktouf und Damjanović v. Bosnien und Herzegowina* hat für zusätzliche Komplikation in der ohnehin schon fragmentierten Rechtslage in Bosnien und Herzegowina gesorgt. Die Verfassung des Staates Bosnien und Herzegowina verweist in zentralen Elementen, insbesondere im Abschnitt über die Menschenrechte, unmittelbar auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese Verweisungstechnik hat für Bosnien und Herzegowina die negative Konsequenz, dass der Staat den Inhalt seiner Verfassung nicht selbst abschließend interpretieren kann. In den Abschnitten, in denen die Verfassung auf die EMRK verweist, entscheidet im Zweifelsfall allein der EGMR, wie die verbindliche Auslegung dieser Regelungen lautet (vgl. Artikel 19 EMRK). Als problematisch hat sich die Auslegung des Rück-

[75] ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013; besprochen bei *Damnjanović*, ZIS 2014, 629.

wirkungsverbots in Artikel 7 Abs. 1 und seiner Ausnahme in Artikel 7 Abs. 2 EMRK erwiesen. Beide Normen gelten über die Verweisungstechnik unmittelbar auch in Bosnien und Herzegowina. Ursprünglich gingen das Gericht BiH und das Verfassungsgericht BiH davon aus, dass Artikel 7 Abs. 2 EMRK die Anwendung sämtlicher zur Tatzeit bekannter völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestands- und Zurechnungsnormen auf die Verbrechen aus der Zeit von 1991-1995 erlaube. Hinsichtlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit hat der EGMR im Fall *Boban Šimšić v. Bosnia and Herzegovina* diese Annahme auch bestätigt.[76] Dann aber kam die Entscheidung des EGMR in *Maktouf und Damjanović v. Bosnien und Herzegowina*. Darin befand der EGMR, dass die Strafgerichte dann, wenn sie Völkerverbrechenstatbestände anwenden, die bereits zur Tatzeit als nationale Straftatbestände im nationalen Strafgesetzbuch vorhanden waren, zumindest die Strafen aus diesen alten Tatbeständen entnehmen müssten, sofern die dann verhängten Strafen niedriger sind als die, die den neuen nationalen Strafnormen entnommen werden können, die das damalige Völkerstrafrecht verkörpern. Diese weisen gegenüber den alten nationalen Regelungen erheblich höhere Strafrahmen aus. D. h. das Gericht muss im Zweifel den Straftatbestand und das Strafrecht wählen, aus dem sich die mildeste Strafe im Einzelfall ergibt. Im Fall des alten jugoslawischen StGB betrifft diese Konstellation die Tatbestände des Völkermords und der Kriegsverbrechen, die nach dem ersatzlosen Wegfall der früher in Jugoslawien gültigen Todesstrafe im Nachhinein nur noch einen Höchststrafrahmen von bis 15 und bei besonders schweren Fällen 20 Jahren Freiheitsstrafe aufweisen (Artikel 38 Abs. 1 und 2 StGB SFRJ 1976) und Mindeststrafrahmen ab fünf Jahren Freiheitsstrafe. Das sind aber für schwerste Formen dieser Verbrechen, vor allem für schwerste Formen des Völkermords, zu niedrige Strafrahmen. Einen Ersatz für die früher hierauf angewandte Todesstrafe gibt es nicht.

Das Erstaunliche am Urteil *Maktouf und Damjanović* ist, dass der EGMR das Gebot fundamentaler Gerechtigkeit, das in Artikel 7 Abs. 2 EMRK als Ausnahme zum Rückwirkungs- und Bestimmtheitsgebot in Artikel 7 Abs. 1 EMRK formuliert ist, unter das Primat des Rückwirkungsverbots in Artikel 7 Abs. 1 EMRK stellt, weil er der Überzeugung ist, dass

[76] ECHR, *Boban Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, Application No. 51552/10, Decision, 4th Section, 10 April 2012, paras. 24-25; bestätigt in ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (Fn. 76) para. 55.

diese Ausnahmenorm vor allem dazu diente, die Strafurteile von Nürnberg und andere rückwirkende Verurteilungen wegen schwerster Verbrechen aus dem Zweiten Weltkrieg nach Völkerstrafrecht zu legitimieren. Grundsätzlich aber soll es weiterhin Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot geben für schwerste Verbrechen, die nach Völkerstrafrecht strafbar, im nationalen Tatortrecht aber straflos sind, doch für diese Ausnahmen gilt, wenn es frühere nationale Straftatbestände gab, das Prinzip der Meistbegünstigung.[77] Das Gericht muss also im Einzelfall die unter Vergleich der alten und „neuen" Strafnormen günstigste Strafe verhängen.

Allein diese Aussage des Urteils erscheint schon in sich widersprüchlich. Erst soll die Ausnahme gelten, um fundamentale Gerechtigkeit zu verwirklichen, aber dann wird die Ausnahme grundsätzlich unter das Primat des (im Strafrahmen möglicherweise unzureichenden) Tatzeitrechts gestellt. Die Liste der Kritikpunkte an dem Urteil ist aber noch länger. So hat der EGMR nur Aussagen zur Strafzumessung getroffen und dabei nicht geklärt, ob wegen des Primats des Rückwirkungsverbots auch bereits existierende alte Straftatbestände und vor allem alte Zurechnungsmodalitäten des nationalen Rechts vorrangig sind. Dann wären die völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsnormen auf die Verbrechenstatbestände, die es bereits früher gab – Kriegsverbrechen und Genozid – nicht anwendbar. Auf die damals noch nicht im nationalen Strafrecht niedergeschriebenen Straftatbestände wie die Verbrechen gegen die Menschlichkeit könnte man dagegen *Joint Criminal Enterprise* und *Command Responsibility* nach Artikel 180 StGB BiH anwenden und damit den Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit viel weiter ziehen als zum Beispiel beim Verbrechen des Völkermords. All das aber führt zu einer Ungleichbehandlung der Angeklagten und verschärft die Fragmentierung des nationalen Rechts. Hinzu kommt, dass der EGMR im konkreten Fall das für den Angeklagten günstigste Recht falsch ermittelt und damit falsche Orientierungsmaßstäbe für die nationalen Gerichte geschaffen hat.[78]

Für eine hypothetische Verurteilung von *Milomir Stakić*, der wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit abzuurteilen gewesen wäre, hätte sich diese zusätzliche Komplikation beim Gericht BiH nicht ausgewirkt. Doch bei Kriegsverbrechen und Völkermord wendet

[77] ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, (Fn. 76) para. 68.
[78] Einzelheiten dazu bei *Damnjanović*, ZIS 2014, 629 (633-636); *Swoboda*, ZStW 128 (2016), 932 (975-989).

das Gericht BiH seit der Entscheidung des EGMR im Juli 2013 nur noch die alten nationalen Tatbestände aus dem früheren jugoslawischen Strafgesetzbuch an, kombiniert ausschließlich mit den strafrechtlichen Zurechnungsmodalitäten des alten StGB SFRJ von 1976. Unmittelbare Folge des Urteils *Maktouf und Damjanović* war auch, dass das Verfassungsgericht BiH etwa zwanzig Strafverurteilungen aufgrund Verletzung von Artikel 7 Abs. 1 EMRK aufgehoben und neue Strafzumessungsentscheidungen angewiesen hat. Da dieses Korrekturverfahren gesetzlich nicht geregelt war, führte die Aufhebung der Urteile teilweise dazu, dass Angeklagte auf freien Fuß gesetzt werden mussten.[79]

### D. *Ergebnis*

Der Beitrag zeigte anhand des Falls *Milomir Stakić*, wie sich nach dem Zerfall des ehemaligen Jugoslawiens vor allem in Bosnien und Herzegowina regional und überregional organisierte hochkomplexe Gewaltstrukturen entwickelten und wie schwer es fällt, im Nachhinein diese personellen Verflechtungen aufzuklären. Zentrale Aufklärungsarbeit hat das Jugoslawientribunal in Den Haag geleistet, aber jetzt liegt die Aufarbeitung wieder in den Händen der Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens. Dort zeigt sich, dass das nationale Strafrecht ohne völkerstrafrechtlichen Einfluss nicht immer hinreichende rechtliche Verfolgungsinstrumentarien bereithält, um den Zugriff auf den einzelnen durch die kollektiven Gewaltstrukturen hindurch zu gewährleisten. Insbesondere der Nachweis der Beteiligung über die klassischen Strafzurechnungsmodalitäten von Täterschaft und Teilnahme fällt schwer. Das Strafrecht in Bosnien und Herzegowina ist insoweit eine Ausnahme, als dass zumindest vor dem Gericht BiH die Möglichkeit besteht, sowohl das zur Tatzeit geltende frühere jugoslawische Strafrecht von 1976 als auch ein neues, stark völkerstrafrechtlich geprägtes Strafrecht anzuwenden. Das Besondere an diesen völkerstrafrechtlichen Zurechnungsinstrumenten ist, dass auch Exzesstaten, die aus der kriminellen Tätigkeit eines Kollektivs heraus geschehen und für alle Beteiligte am Kollektiv mit Eventualvorsatz vorhersehbar waren, demjenigen als eigene Straftaten zugerechnet werden können, der nur am Unrecht des Kollektivs mitwirkt bzw. dieses unterstützt. Das bedeutet für die Aburteilung von Personen aus den

[79] *Kaptanović*, The Impact of the ECtHR Ruling in the Case of *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*: Transition Justice in B-H, Part I, 5 March 2015; https://lancslaw.wordpress.com/2015/03/05/transitional-justice-in-b-h/ (zuletzt besucht am 08. September 2016).

höheren Rängen der Befehlshierarchien wie *Milomir Stakić*, dass ihnen auch Verbrechen zugerechnet werden können, bei denen es schwierig ist, irgendeine persönliche Beteiligung am konkreten Tatgeschehen nachzuweisen. Es genügt aber für die Zurechnung, dass der Angeklagte *Stakić* das Unrechtssystem geschaffen und organisiert hat, aus dem heraus diese Gewaltexzesse gegen die vom Unrechtssystem festgehaltenen Opfer geschahen.

Die in Bosnien und Herzegowina geschaffene Strafrechtsordnung wäre also grundsätzlich in der Lage, mit ihren Rechtsinstrumenten und finanziellen Ressourcen die Aufklärungsarbeit des Jugoslawiengerichts mit dessen Zurechnungsinstrumenten fortzusetzen. Allerdings ist die Rechtslage in Bosnien und Herzegowina aufgrund eines Nebeneinanders von altem nationalen Strafrecht und neuen völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen und aufgrund der Weigerung der meisten Strafgerichte, die völkergewohnheitsrechtlichen Rechtsgrundlagen anzuwenden, hochkomplex; und zu dieser Komplexität hat das Urteil EGMR in *Maktouf und Damjanović* von 2013 mit fehlerhaften Vorgaben zur Ermittlung der mildesten Strafe noch beigetragen. Der Beitrag kann keine Bestlösung für die Aufklärungsarbeit vorzeichnen, will aber zumindest vermitteln, wie wichtig internationale Unterstützung für die Aufarbeitung schwersten Regime- und Kriegsunrechts ist. Nach der Auflösung von Unrechtsregimen fehlt es oft nicht nur an politischem Willen, die Systemverbrechen aufzuarbeiten, es fehlen auch die strafrechtlichen Instrumentarien für eine wirksame Aufarbeitung von Kollektivgewalt. Vor allem aber ist die akribische Puzzlearbeit, die Ermittler leisten müssen, um die individuelle Verantwortung von Personen nachzuweisen, die aus einem Kollektiv heraus handelten, ohne internationale Unterstützung kaum zu leisten. Es fehlen Ressourcen und die Strafermittler sind in der Aufklärung von Makrokriminalität nicht erfahren. Zudem erscheinen faktische Amnestien in den ersten Jahren nach dem Umbruch politisch oft als Vorteil, um den mühsam wiedergewonnenen Frieden zu erhalten. All das macht eine spätere Aufklärung oft unmöglich. Das Fazit lautet damit leider: Wenn Staaten nicht mehr als Schutzordnungen funktionieren, dann gibt es meist auch im Nachhinein kein Recht zu gewinnen. Das Wichtigste wäre, Staaten gar nicht erst implodieren zu lassen.

*Abstract*

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia had to deal with the problem of the difficulty of obtaining information on the responsibilities of those in leadership positions during the armed conflict in the former Yugoslavia. In the article particular attention is paid to the question of how to connect those responsible from higher power positions with the crimes. These serious violent war crimes are "macro-crimes". "Macro-crime" deals with crimes committed by a collective or committed in a collective context, with mass or group violence. The individual does not necessarily make his contribution directly to the execution of the crime, but only to the collective context. International criminal law offers - especially in the form of customary international law - a wealth of individual forms of attribution, which capture the actions of the collective. These attribution instruments have been developed from the customary practice of the states, so that for the following overview of the instruments one cannot expect a differentiated system of offenses and participation under international law. The paper focuses on two forms of participation: the perpetrator by participating in a joint criminal enterprise, and the responsibility of the military or civilian commander from the so-called "superior responsibility".

Camerino, marzo 2020.

Mª Amalia Blandino Garrido*

# *Incidenza della dottrina nella giurisprudenza sul controllo di trasparenza delle clausole non negoziate individualmente***

*Sommario*: 1. Approccio. - 2. Meccanismi legali di controllo delle clausole non negoziate individualmente: controllo di integrazione o adesione e controllo del contenuto o dell'abusività – 3. L'esclusione del controllo sul contenuto delle clausole in relazione agli elementi essenziali del contratto. - 4. Il dovere di "trasparenza sostanziale": l'applicazione giurisprudenziale di un costrutto della dottrina scientifica. - 5. Portata della "trasparenza sostanziale": né mero controllo formale né valutazione del contenuto della clausola. - 6. L'integrazione delle clausole non trasparenti come criterio determinante per la nullità di pieno diritto.

## 1. *Approccio*

Il continuo incremento delle azioni legali che impugnano la validità delle cosiddette "clausole floor", cioè, quelle che fissano un limite percentuale minimo alla variabilità dell'interesse nei prestiti ipotecari, ha dato origine a una innovativa giurisprudenza della Prima Sezione della Corte Suprema, suffragata da approcci e soluzioni che provengono direttamente dalla dottrina scientifica.

In particolare, il controllo delle clausole che riguardano gli elementi essenziali del contratto si è basato, partendo da un'elaborazione proveniente dalla ricerca giuridica, sull'adempimento di standard di trasparenza più rigorosi rispetto a quelli meramente formali relativi alla formulazione e concretizzazione delle clausole. Tale necessità di "trasparenza sostanziale", applicabile alle clausole non negoziate individualmente relative all'oggetto o al prezzo

* *Profesora Titular di Diritto Civile dell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

del contratto, non è nemmeno assimilabile al controllo di abusività o al controllo sul contenuto, che si regge sull'importante squilibrio tra i diritti e gli obblighi che derivano dal contratto per le parti, contrario alla buona fede e dannoso per il consumatore.

L'approccio della dottrina rispetto alla "trasparenza sostanziale" è stato utilizzato inoltre, in diverse risoluzioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'interpretazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che all'art. 4.2 esclude dal controllo del contenuto quelle stipulazioni relative alle prestazioni essenziali formulate in modo trasparente.

Il trattamento riservato dai nostri tribunali a questo nuovo meccanismo di controllo delle clausole non negoziate individualmente richiede un'opera di revisione che consenta di motivare in modo adeguato certe lacune e incongruenze, ed è perciò essenziale durante tale adempimento prendere in considerazione le proposte della dogmatica giuridica.

## 2. *Meccanismi legali di controllo delle clausole non negoziate individualmente: controllo di integrazione o adesione e controllo del contenuto o dell'abusività*

L'efficacia delle clausole non negoziate individualmente e, di conseguenza, il loro carattere vincolante rispetto all'accettante (che si tratti o meno di consumatore o utente), viene subordinata nell'ordinamento spagnolo all'adempimento di "requisiti di integrazione" o "adesione" stabiliti sia dalla Legge n. 7/1998, relativa alle Condizioni Generali dei Contratti del 13 aprile 1998 (d'ora in poi, LCGC)[1], che ha trasposto la Direttiva 93/13/CEE nel diritto interno, e al Testo Consolidato della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti e altre leggi integrative, approvato dal Regio Decreto Legislativo 1/2007, del 16 novembre (TRLCU)[2]. All'interno di questi requisiti formali, ce ne sono alcuni che richiedono l'adempimento di presupposti di accessibilità nella stesura e nella formulazione delle clausole; altri, in compenso, garantiscono la trasposizione su un supporto materiale delle stipulazioni sia per metterle a disposizione che per trasmetterle alla parte accettante. Di conseguenza, ai sensi degli artt. 5, §§ 1 e 5, e 7 LCGC, «la formulazione delle clausole generali dovrà soddisfare i criteri di trasparenza, chiarezza, concretezza e semplicità» e «diventeranno parte del

[1] BOE n. 89, del 14 aprile 1998.
[2] BOE n. 287, del 30 novembre 2007.

contratto solo quando l'accettante ne accetta l'integrazione», In modo che «non verranno integrate al contratto le (...) condizioni generali (...) che l'accettante non ha avuto una possibilità concreta di conoscere in modo completo al momento della stipula del contratto» o «risultino illeggibili, ambigue, oscure e incomprensibili». Da parte sua, l'art. 80.1.a) TRLCU richiede «concretezza, chiarezza e semplicità nella formulazione» delle clausole che il consumatore accetta, e aggiunge nel comma b) i requisiti di «accessibilità e comprensibilità». Ci troviamo davanti a dei doveri meramente formali di rendere note all'accettante le clausole, che si riflettono di conseguenza sugli elementi essenziali del contratto.

Nei contratti stipulati tra un imprenditore e un consumatore, il TRCLU stabilisce un sistema di controllo, quello di abusività che interviene per valutare il contenuto delle clausole, in particolare, nel caso in cui determinino uno squilibrio di tipo normativo, relativamente alle posizioni giuridiche delle parti contraenti, contrario alla buona fede (art. 82.1). Le stipulazioni che si vengono dichiarate abusive devono causare un danno al consumatore, in modo tale che sia rilevante solo lo squilibrio contrattuale prodotto a scapito di tale parte, non del predisponente[3]. Restano, in questo modo, escluse dal contratto tutte le clausole non negoziate il cui contenuto favorisce in modo palesemente ingiustificato il predisponente rispetto all'accettante (il consumatore)[4].

La natura abusiva delle clausole disposte nel nostro ordinamento segue il criterio, in modo esclusivo, dell'esistenza di uno squilibrio tra i diritti e i doveri delle parti contraenti contrario alla buona fede. La nostra normativa non prevede in compenso, una norma di recepimento dell'art. 4.2 della Direttiva 93/13/CEE, che colleghi la mancanza di trasparenza delle clausole rispetto all'oggetto o al prezzo, con l'abusività.

### 3. *L'esclusione del controllo sul contenuto delle clausole in riferimento agli elementi essenziali del contratto*

Quando le clausole disposte fanno riferimento agli elementi essenziali del contratto, viene sollevata la questione di stabilire quale sia il meccanismo di controllo applicabile. Nella

[3] R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la D.A. primera. Tres: Art. 10 bis.1 LCU*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación,* coordinati da Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, pag. 757.
[4] R. BERCOVITZ, *Comentario al artículo 8*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...cit.,* pag. 261.

misura in cui, ai sensi della Direttiva 93/13/CEE, le clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto nonché la relazione tra prezzo e prestazione, ovvero, se l'entità del primo è adatta alla qualità o alla specie del bene o del servizio oggetto del contratto, o viceversa, vengono escluse dal controllo di abusività, a meno che venga accertata la non conformità con i requisiti di trasparenza (art. 4.2 e Considerando diciannovesimo). Si distingue, così, tra clausole relative all'oggetto principale del contratto o alla sua perequazione con il prezzo da pagare (che, in linea di principio, sono trasparenti, restano escluse dal controllo di abusività) e le clausole normative (soggette al controllo di abusività).

Ai sensi della direttiva comunitaria, una clausola che regola gli elementi essenziali in modo non trasparente, impedendo alla parte accettante di conoscerne contenuto e portata, verrà sottoposta a una valutazione in merito alla sua abusività ai sensi dell'art. 3.1 della norma comunitaria[5]. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha considerato che le clausole vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto «esulano dalla valutazione del loro carattere abusivo soltanto qualora il giudice nazionale competente dovesse considerare, in seguito ad un esame caso per caso, che esse sono state formulate dal professionista in modo chiaro e comprensibile»[6]. Di conseguenza, per garantire, in particolare, gli obbiettivi riguardanti la tutela dei consumatori perseguiti dalla Direttiva, qualsiasi trasposizione alla legislazione nazionale del suddetto art. 4.2, deve avvenire in modo completo, affinché il divieto di apprezzare il carattere abusivo delle clausole analizzate possa fare riferimento soltanto a quelle formulate in modo chiaro e comprensibile[7]. La Corte di Giustizia ha precisato, inoltre,

[5] Cfr. Comunicazione della Commissione. Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (Testo rilevante ai fini del SEE) (2019/C 323/04), Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27 settembre 2019, pagg. 22-24.

[6] Sentenza CGUE del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad di Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Associazione Spagnola degli Utenti dei Servizi Bancari: l'«Ausbanc»), C-484/08, § 32.

[7] In questo senso, i §§ dal 36 al 39 della citata sentenza n. 484 della CGUE del 3 giugno 2010, C-484/08, chiariscono che nella sentenza del 10 maggio 2001, Commissione/Paesi Bassi, C-144/99, la Corte di Giustizia ha dichiarato che il Regno dei Paesi Bassi era venuto meno agli obblighi incombenti a norma della direttiva non già per non aver trasposto l'art. 4, n. 2, di quest'ultima, ma unicamente per averne assicurato una trasposizione incompleta, cosicché la normativa nazionale in parola non poteva raggiungere i risultati voluti da tale disposizione. Infatti la suddetta normativa escludeva qualsiasi possibilità di controllo giurisdizionale delle clausole che descrivevano le prestazioni essenziali nei contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore, anche quando la formulazione di tali clausole era oscura e ambigua, talché al consumatore era assolutamente impedita la possibilità di far valere il carattere abusivo di una clausola vertente sulla definizione dell'oggetto principale del contratto e sulla perequazione tra il prezzo e i servizi o i beni da fornire.

che un giudice di uno Stato membro è sempre tenuto a controllare la chiarezza e la comprensibilità di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, anche se lo Stato membro interessato, nella fattispecie la Spagna, non ha trasposto tale disposizione nel suo ordinamento giuridico[8].

Come già anticipato, il recepimento della Direttiva 93/13/CEE nell'ordinamento spagnolo non ha incorporato l'art. 4.2 del testo comunitario. Ciò nonostante, la nozione di clausola abusiva, che fino a quel momento si riferiva al giusto equilibrio «delle controprestazioni»[9], dopo il recepimento della Direttiva nella Legge dei Consumatori, si fondamenta sul «giusto equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti» o sul «significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti derivante dal contratto»[10]. L'approvazione nel 2007 del TRCLU, pur mantenendo la definizione generale di clausola abusiva basata sul «significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti» (e non sulle «controprestazioni»)[11], non è stata nemmeno sfruttata dal legislatore spagnolo per salvare dal controllo dei contenuti, mediante una disposizione esplicita, le clausole sugli elementi essenziali. Nel diritto comparato, è possibile riscontrare una diversità di criteri tra gli Stati membri rispetto al recepimento del citato art. 4.2 della Direttiva[12].

La mancanza di recepimento del menzionato art. 4.2 della direttiva potrebbe essere considerato come un modo di garantire al consumatore un livello di protezione più elevato (art. 8 della Direttiva.) poiché ammette la possibilità che il giudice possa pronunciarsi in merito al carattere abusivo di quelle clausole che facciano riferimento all'oggetto principale del contratto, a prescindere che siano o meno trasparenti, È stata messa in dubbio, comunque,

---

[8] Sentenza CGUE del 3 marzo 2020, M.G.M.G. c. BANKIA, S. A. C-125/18.

[9] Art. 10.1.c) della Legge generale n. 26/1984, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti del 19 luglio 1984 (BOE n. 176, del 24 luglio 1984), nella stesura originale.

[10] Artt. 10.1.c) e 10 bis LCU del 1984, in seguito alla riforma realizzata dalla LCGC, che recepisce nel nostro ordinamento la Direttiva comunitaria

[11] Artt. 80.1.c) e 82.1 TRLCU.

[12] Richiama l'attenzione su questa diversità tra gli Stati Membri la Relazione della Commissione sull'applicazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 Aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori [COM(2000) 248 definitivo]. Di conseguenza, come indicato nel rapporto citato, gran parte degli Stati membri non ha recepito questa limitazione del campo d'applicazione (DK, E, FIN, L, P, S, EL). Tra gli ordinamenti che hanno recepito l'art. 4.2. possiamo citare quello italiano (nell'iniziale art. 1469-*ter,* secondo paragrafo, del *Codice Civile,* e anche nell'art. 34.2 del *Codice del Consumo*), quello inglese (art. 6, comma 2, della *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999) o quello francese (art. 132-1. Settimo paragrafo, del *Code de la consommation*).

la compatibilità di tale misura con il principio del libero mercato, visto che proprio l'art. 8 sottolinea che tali disposizioni più severe devono essere «compatibili con il Trattato».

Il dibattito della dottrina sollevato dal silenzio del legislatore spagnolo in merito ai requisiti delle clausole predisposte sull'oggetto e sul prezzo[13], ha convissuto per diversi anni con una giurisprudenza titubante che oscillava tra sottoporle al controllo o escluderle da qualsiasi valutazione giudiziaria. Esisteva, inoltre, il problema di che tipo di controllo esercitare sulle clausole che regolano le prestazioni essenziali del contratto.

La questione che se nel nostro ordinamento il controllo speciale di abusività possa pregiudicare le clausole che disciplinano l'oggetto principale del contratto è stata risolta nella sentenza del TJUE del 3 giugno 2010[14]. In tale sentenza, la Corte del Lussemburgo, rileva che gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva 93/13/CEE, «debbono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale (la spagnola), che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile»[15].

Sulla base di tale criterio, la STS n. 401/2010, del 1 luglio[16] ha stabilito, rispetto alla possibilità di sottoporre le clausole relative all'oggetto principale del contratto al giudizio di

[13] In Spagna, la tesi che sostiene che le clausole sugli elementi essenziali vengono escluse dal controllo giudiziario è stata inizialmente accolta da M. ROYO MARTÍNEZ (*Contratos de Adhesión*, in *ADC*, t. II. fasc. I, gennaio-marzo, 1949, pagg. 61 e ss) e F. DE CASTRO (*El negocio jurídico,* Madrid, 1985, pagg. 45-46; *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, in *ADC*, 1961, pagg. 297 e ss.). Successivamente è stata condivisa da diversi autori, tra i quali ricordiamo J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación,* Madrid, 1991, pagg. 69 e ss; X. O'CALLAGHAN, *Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)*, in *Estudios sobre Consumo*, n° 54, 2000, pag. 91; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario a la D.A. Primera*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación,* dir. da Menéndez Menéndez e Díez-Picazo e coordinati da Alfaro, Madrid, 2002, pag. 894 e S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

[14] Sentenza CGUE del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad di Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), C-484/08.

[15] La CGUE sottolinea il fatto che la Direttiva ha effettuato solo un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive, riconoscendo al contempo agli Stati membri la possibilità di garantire un livello di protezione per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva stessa (§ 28). Successivamente la Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, modifica la Direttiva 93/13/CEE e inserisce l'art. 8 bis con la finalità che gli Stati membri informino la Commissione qualora dovessero adottare disposizioni che «estendono la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione».

[16] RJ 6554.

abusività, che «il fatto che gli Stati dell'Unione non abbiano l'obbligo di controllo rispetto al carattere abusivo delle clausole chiare e comprensive, è molto diverso dall'affermare che tale controllo non possa essere esercitato in Spagna»[17].

Nonostante la strade che questa decisione della CGUE spianava al richiamo del carattere abusivo delle clausole sugli elementi essenziali del contratto, la Corte Suprema, adottando approcci che provengono dalla nostra dottrina scientifica, ha deciso di non perseguire direttamente la giustizia e il bilanciamento dei benefici degli elementi essenziali del contratto, ma di focalizzare il controllo di tali stipulazioni sulla cosiddetta "trasparenza sostanziale". Inizia a consolidarsi, in questo modo, la dottrina giurisprudenziale che, supportata dalle ricerche di giuristi prestigiosi, colloca la "trasparenza sostanziale" delle clausole non negoziate che riguardano gli elementi essenziali in un autentico meccanismo di controllo rispetto a quello meramente formale o di inclusione.

4. *Il dovere di "trasparenza sostanziale": l'applicazione giurisprudenziale di un costrutto della dottrina scientifica*

L'aumento delle impugnazioni delle cosiddette "clausole floor", che, poiché incidono sulla determinazione dell'interesse remunerativo variabile, rappresentano un elemento essenziale del contratto[18], ha comportato una ripensamento rispetto all'approccio della nostra Suprema Corte in merito al controllo esercitabile sulle clausole relative agli elementi essenziali del contratto. Entra, effettivamente, in scena la "trasparenza sostanziale", che funziona come un filtro che permette di accertare la nullità di una clausola che riguarda il prezzo o l'oggetto del contratto.

Tale costrutto della trasparenza, elemento di controllo dell'oggetto principale del contratto, collegato alla valutazione del carattere abusivo della clausola, era stato già elaborato tempo addietro dalla dottrina scientifica. Nel nostro paese, occorre sottolineare che i creatori

[17] Sulla base di questo stesso criterio, la STS n. 663/2010, del 4 novembre (RJ 8021) ha ritenuto che il controllo giudiziario fosse applicabile alle clausole litigiose, imposte ai consumatori nei contratti di prestito e di concessione di credito stipulati con l'entità convenuta, in base alle quali l'interesse variabile doveva essere determinato tramite una formula di arrotondamento per eccesso nelle frazioni di punto percentuale comunque applicabili.
[18] La STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088), indica che le clausole floor formano parte dell'oggetto principale del contratto, e dispone quanto segue: «Nel caso sottoposto alla nostra decisione, le clausole floor sono parte imprescindibile del prezzo che il mutuatario deve pagare. Definiscono l'oggetto principale del contratto».

di tale dottrina sono diversi autori, tra cui J. Alfaro Águila Real[19], I. González Pacanowsca[20], J. M. Miquel González[21] e J. Pagador López[22], benché la tesi migliore deve essere attribuita a F. Pertíñez Vílchez[23]. Quest'ultimo sosteneva che le clausole relative agli elementi essenziali del contratto (prezzo e controprestazione) avrebbero potuto essere considerate abusive se, per mancanza di trasparenza nell'inclusione nel contratto, avessero causato una modifica surrettizia delle aspettative del consumatore in merito all'equilibrio economico del contratto, cioè, della relazione tra prezzo e controprestazione[24]. Inoltre, Pertíñez Vílchez nella sua opera ammoniva sul fatto che la trasparenza richiesta per la validità delle clausole relative agli elementi essenziali del contratto era superiore a quella che veniva originata dal mero adempimento dei requisiti di integrazione, quindi ciò che conta è che il consumatore possa adottare

[19] J. ALFARO ÁGUILA-REAL, nella sua opera, *Las condiciones generales de la contratación…cit.*, pagg. 241-257 ha realizzato un'analisi della regola, che proviene dalla giurisprudenza tedesca, delle clausole sorprendenti, che ricollegava alla mancanza di trasparenza, e concludeva indicando che, in genere, le clausole sorprendenti sono quelle che fanno riferimento agli elementi essenziali del contratto o alle circostanze relative alla stipula dello stesso e non quelle che si riferiscono agli elementi accidentali. Andando oltre, all'interno del suo lavoro *El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas,* nel *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra,* Barcellona, 2008, pagg. 10-11. afferma che «quando una clausola prestilata che regola gli elementi essenziali del contratto non sia stata redatta in modo chiaro e trasparente, cioè, non permetta al consumatore di conoscerne contenuto e portata, dovrà essere sottoposta al controllo del suo contenuto per stabilire se altera in qualche modo le aspettative del consumatore in merito agli elementi.

[20] Questa autrice richiamava l'attenzione sul grande rilievo ottenuto dal cosiddetto "principio di trasparenza", Specialmente in merito alle condizioni generali che servono per la descrizione, determinazione ed eventuale alterazione degli elementi essenziali del contratto. Commentava inoltre, che una delle possibili conseguenze giuridiche che la mancanza di trasparenza avrebbe potuto generare, sarebbe stata la costituzione di un caso di clausola abusiva, «causa di uno squilibrio, per trarre in inganno in merito all'insieme dei diritti e degli obblighi che incombono sull'accettante, o per precludergli la scelta ottimale tra le offerte di mercato» *(Comentarios al artículo 5, Requisitos de incorporación*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, pagg. 186-187). Tale argomentazione viene successivamente sviluppata nel *Comentario al artículo 82*, in *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias,* dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2009, pagg. 973-978.

[21] In merito alla trasparenza degli elementi essenziali, J. M. Miquel González sosteneva che «completa la missione di garantire che il cliente conosca o possa conoscere l'onere finanziario che complessivamente implica il contratto per lui e la prestazione che riceverà dall'altra parte, o, se si vuole, l'equivalenza delle prestazioni, nella misura in cui il contratto venga eseguito come previsto» (*Comentario a la Disposición Adicional Primera*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación,* dir. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo y coord. Alfaro, Madrid, 2002, pag. 914). Successivamente ribadisce la propria tesi per il TRLCU nel *Comentario al artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas,* in *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* dir. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pagg. 725-726.

[22] *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid/Barcellona, 1999 e *Condiciones generales y cláusulas abusivas,* in *La defensa de los consumidores y usuarios,* dir. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, Madrid, 2011, pagg. 1411-1413.

[23] F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia,* Navarra, 2004, pagg. 109-153.

[24] F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *op. cit.,* pag. 142.

la propria decisione di contrattare in piena cognizione di causa[25]. La considerazione della trasparenza come meccanismo per controllare gli elementi essenziali del contratto deriva, inoltre, da proposte accademiche come il Draft Common Frame of Reference (DCFR)[26].

Il cosiddetto controllo di trasparenza, nell'aspetto materiale, è stato esplicitamente riconosciuto dalla STS n. 406/2012, del 18 giugno[27], di cui è stato relatore l'Ecc.mo. Sig. D. Francisco Javier Orduña Moreno, docente di Diritto Civile dell'Università di Valencia. Il cosiddetto controllo di trasparenza, secondo la sentenza, ha come oggetto che «il cliente conosca o possa conoscere l'onere finanziario che complessivamente implica il contratto per lui e, a sua volta, la prestazione economica che riceverà dall'altra parte».

Tale dottrina giurisprudenziale è stata in seguito sviluppata dalla Seduta Plenaria della Corte Suprema con l'emblematica sentenza n. 241/2013, del 9 maggio[28], che risolve un procedimento ingiuntivo intrapreso da un'associazione di consumatori contro diverse entità finanziarie per aver incluso tra le condizioni del prestito ipotecario dei limiti minimi alle variazioni su tassi d'interesse ("clausola floor"). La sentenza parte dal presupposto che le "clausole floor" sono parte imprescindibile del prezzo che il mutuatario deve pagare, di conseguenza, definiscono l'oggetto principale del contratto[29]. Per la Corte Suprema, che una condizione generale definisca l'oggetto principale di un contratto e che, di regola, non possa essere veri-

25 F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *op. cit.,* pag. 141.

26 Ai sensi dell'Art. II.-9:402, comma (2), del DCFR, nei contratti stipulati tra un imprenditore e un consumatore, una clausola predisposta può essere considerata abusiva per mancanza di trasparenza, cioè, poiché si tratta di una clausola illeggibile, incomprensibile, ambigua, troppo generica, ecc. Di conseguenza, se la clausola viola il dovere di trasparenza imposta dal primo comma, "non sarà vincolante" per il consumatore *(Art. II-9:408: "Effetti delle clausole abusive"*, in *Draft Common Frame of Reference. Full edition,* pubblicato da C. VON BAR and E. CLIVE, vol. I, München, 2009, Art. II.-9:402, pag. 630). Nei casi rimanenti, cioè, nei contratti stipulati tra imprenditori o tra privati, l'inadeguata formulazione o comunicazione di una clausola viene relegata al criterio di apprezzamento della possibile abusività (Art. II.-9:407). La regola, sconosciuta alla normativa comunitari e nei PECL, prevede che, nei contratti dei consumatori, l'apprezzamento dell'abusività delle clausole oscure o incomprensibili non impone che si proceda a un'analisi, in particolare, del contenuto di regolamentazione di ciascuna clausola. Troviamo un precedente di tale regola nel § 307 (1).2 del BGB tedesco, che definisce un "irragionevole svantaggio" che i termini non risultino chiari e comprensibili. *V.,* Mª. A. BLANDINO GARRIDO, *Libro II. Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos,* in *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia,* coord. Vaquer Aloy, Bosch Capdevila e Sánchez González, volume I, Barcellona, 2012, pagg. 645 e ss.

27 RJ 8857. Il ricorso per cassazione derivava da un'azione legale tramite la quale veniva sollecitata la dichiarazione di nullità di un contratto di prestito ipotecario a interesse fisso del 20,50% annuo.

28 RJ 3088.

29 §§ 189 e 190.

ficata l'abusività del suo contenuto, non significa che il sistema non possa sottoporla al doppio controllo di trasparenza[30]. Tali clausole, secondo la Corte Suprema, verranno considerate abusive, non per mancanza di reciprocità con il limite massimo sulla variazione del tasso d'interesse, le "clausole cap", dello stesso contratto, ma per una carenza di trasparenza che genera un'alterazione surrettizia dell'onere economico del contratto[31]. Si distingue, in questo modo, tra una "trasparenza formale" o "documentale", sufficiente ai fini dell'integrazione delle clausole in un contratto (anche se sottoscritto tra professionisti e imprenditori) e una "trasparenza sostanziale", che richiede che «l'informazione fornita permetta al consumatore di percepire che si tratta di una clausola che definisce l'oggetto principale del contratto, che incide o può incidere sul contenuto della sua obbligazione di pagamento ed essere in possesso dell'informazione reale e adeguatamente completa del ruolo che gioca o può giocare nell'economia del contratto»[32].

La Corte Suprema individua con la sentenza n. 241/2013, del 9 maggio una serie di criteri che hanno permesso di formare il giudizio di valore che le clausole analizzate non erano trasparenti. Tali parametri sono i seguenti: assenza di una simulazione di scenari possibili; mancanza di informazione del costo comparativo per garantire la variazione dell'interesse o di altri prestiti; informazione insufficiente nella fase di negoziazione rispetto ai limiti della variabilità dell'interesse minimo; l'entità bancaria non ha attribuito a tale clausola l'importanza determinante che aveva per l'economia del contratto, considerato che una formulazione chiara della stessa non era sufficiente; infine, le clausole comparivano mascherate tra informazioni immensamente esaustive che ne ostacolavano l'identificazione gettando ombre su ciò che, esaminato separatamente, sarebbe risultato chiaro. Specialmente in quei casi in cui le sfumature che introducevano l'oggetto avvertito dal consumatore come il principale poteva essere alterato in modo rilevante[33]. Tuttavia, la Corte Suprema, nell'Ordinanza del 3 giugno 2013[34], chiarisce che non si tratta di una elenco esauriente di circostanze da prendere in considerazione escludendone altre né che non si possa concludere che la presenza isolata

[30] §197.
[31] F. Pertíñez Vílchez, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *InDret* 3/2013, pag. 4.
[32] § 211, STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).
[33] §§ 212 e 225 e settimo comma del dispositivo della STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).
[34] RJ 3617.

di una, o alcune, sia sufficiente per considerare non trasparente la clausola ai fini del controllo di abusività eventuale.

La Corte Suprema, nella sentenza pronunciata dalla Seduta Plenaria l'8 settembre 2014[35], con relatore il Magistrato Sig. Orduña Moreno, torna a incidere sul percorso del controllo della trasparenza e sottolinea che «si caratterizza per essere un controllo di legalità al fine di stabilire, in primo luogo, che la clausola contrattuale disposta si riferisce in modo diretto alla comprensione reale, non formale, degli aspetti fondamentali del contratto nel quadro della regolamentazione stabilita, in modo che il consumatore e utente venga a conoscenza e comprenda le conseguenze giuridiche che, in base al prodotto o la servizio offerto, ne conseguono, sia in merito alla gravosità o al sacrificio patrimoniale che implica in realtà il contratto stipulato per il consumatore, sia alla posizione giuridica che effettivamente presuppone sulle questioni fondamentali originate dall'oggetto e dall'esecuzione del contratto».

Enfatizzano in seguito, rispetto al controllo della trasparenza le sentenze della Corte Suprema del 24 e 25 marzo, 29 aprile e 23 dicembre 2015[36], 8 giugno 2017[37] o 4 febbraio 2020[38], tra molte altre, mentre nella sentenza n. 138/2015, del 24 marzo si indica[39] che «non è possibile utilizzare le clausole che, benché grammaticalmente comprensibili e redatte con caratteri leggibili, implichino in modo surrettizio un'alterazione dell'oggetto del contratto o dell'equilibrio economico in merito al prezzo e alla prestazione, che possa passare inosservata agli occhi dell'accettante medio». È importante sottolineare, inoltre, che, in base alla consolidata e uniforme giurisprudenza, i controlli di trasparenza e abusività sono inammissibili quando l'accettante è privo della qualità giuridica di consumatore[40].

La dottrina della "trasparenza sostanziale" applicabile agli elementi essenziali del contratto è stata utilizzata, inoltre, dalla giurisprudenza comunitaria. Per quanto riguarda l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, la Corte ha sottolineato che tale obbligo «non

35 STS 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660). Questa sentenza annovera l'opinione divergente del Magistrato Sig. Sancho Gargallo.
36 RJ 845, RJ 735, RJ 2042 y RJ 25714.
37 Per tutte, la STS 367/2017 del 8 giugno (RJ 2509) e quelle citate al suo interno.
38 RJ 440.
39 RJ 845.
40 SSTS n. 367/2016, del 3 giugno (RJ 2306); 30/2017, del 18 gennaio (RJ 922); 41/2017, del 20 gennaio (RJ 926); 57/2017, del 30 gennaio (RJ 371); 587/2017, del 2 novembre (RJ 4558); 639/2017, del 23 novembre (RJ 6184); 414/2018, del 3 luglio (RJ 2779); 23/2020, del 20 gennaio (RJ 66) e 80/2020, del 4 febbraio (RJ 218), tra le altre.

potrebbe essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime, ma, al contrario, poiché il sistema di tutela istituito dalla suddetta direttiva si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, dunque, di trasparenza, introdotto dalla medesima direttiva, deve essere interpretato in modo estensivo […]» di modo che il «consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criterio precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che ne derivano»[41].

Nella recente sentenza pronunciata il 3 marzo 2020[42], la Corte di Giustizia europea, sulla stessa lunghezza d'onda, precisa la portata del controllo di trasparenza in merito a una clausola di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un consumatore e un professionista, la quale prevede che il tasso di interesse che il consumatore deve pagare varii in funzione dell'indice di riferimento fondato sui mutui ipotecari delle casse di risparmio spagnole. La Corte statuisce che, al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza ai sensi della Direttiva, una clausola che fissa un tasso d'interesse variabile contenuta in un contratto di mutuo ipotecario «deve non solo essere intelligibile sul piano formale e grammaticale, ma anche consentire che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie». In precedenza, la Corte Suprema, nella sentenza della Seduta Plenaria del 14 dicembre del 2017[43], si era pronunciata in senso contrario, poiché aveva ritenuto, dopo aver analizzato la clausola che la stessa oltrepassava il canone di trasparenza, sia da un punto di vista formale che sostanziale.

41 Sentenza CGUE, 21 marzo 2013, RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, C-92/11; 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzalogbank Zrt, C-26/13; 26 febbraio 2015, Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA, C-143/13; 23 aprile 2015, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA., C-96/14; 28 luglio 2016, Verein für Konsumentenforschung c. Amazon, C-191/15; 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e altri, C-154/15, C-307/15 y C-308/15; e 20 settembre 2017, Ruxandra Paula Andriciuc e altri c. Banca Românească SA, C-186/16.
42 Sentenza CGUE del 3 marzo 2020, M.G.M.G. c. BANKIA, S. A. C-125/18.
43 RJ 5167.

5. *Portata della "trasparenza sostanziale": né mero controllo formale né valutazione del contenuto della clausola*

La "trasparenza sostanziale" delle clausole che stabiliscono il prezzo e l'oggetto del contratto, secondo una giurisprudenza consolidata non si esaurisce nell'adempimento di un mero controllo formale o di integrazione che attiene alla formulazione, all'aspetto e alla disponibilità delle stipulazioni (artt. 5.5 e 7.b) LCGC e 80.1 TRLCU)[44]. Di conseguenza, che la clausola risulti chiara, concreta e semplice al momento di leggerla, è rilevante ai fini di considerarla integrata al contratto, ma non è sufficiente per ritenere che la condizione generale sia trasparente nel senso, che la giurisprudenza della CGUE e della nostra Corte Suprema, attribuisce a tale requisito[45]. La chiarezza e la trasparenza nella formulazione non comporta, in definitiva, che il consumatore abbia inteso, vista l'informazione fornita dal predisponente, che ruolo rivestirà la stipulazione durante la vita del contratto.

Il controllo di trasparenza non si limita soltanto ai requisiti previsti dalla normativa amministrativa in merito alla trasparenza bancaria. I requisiti stabiliti dal Decreto Ministeriale del 5 maggio 1994 sulla trasparenza delle condizioni finanziarie dei prestiti ipotecari e nel vigente Decreto EHA/2899/2011, del 28 ottobre, sulla trasparenza e sulla tutela del cliente dei servizi bancari, che abroga il precedente, sono insufficienti per assicurare la trasparenza delle clausole. Di fatto, la Corte Suprema ha dichiarato la nullità della "clausola floor" nonostante non sia stata accertata l'inosservanza del citato Decreto del 1994[46].

L'adempimento di questo speciale dovere di trasparenza non riguarda l'intervento del notaio, con la lettura della scrittura pubblica e prendendo atto che non esistono discrepanze tra le condizioni finanziarie dell'offerta vincolante del prestito e le clausole finanziarie dell'atto sottoscritto[47].

---

44 La STS 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088) ha stabilito che l'adempimento dei requisiti di trasparenza documentale della clausola che è stata presa in considerazione separatamente, requisiti richiesti per l'integrazione delle condizioni generali del contratto, è insufficiente per eludere il controllo di abusività di una clausola non negoziata individualmente, malgrado descriva o si riferisca alla definizione dell'oggetto principale del contratto, qualora non sia trasparente (§ 215). Sulla stessa linea, STS n. 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660) o 593/2017, del 7 novembre (RJ 4759);

45 STS n. 186/2018, del 5 aprile (RJ 1659), Fondamento di Diritto quinto, § 2.

46 STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).

47 In tal senso, le SSTS n. 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660). 36/2018, del 24 gennaio (RJ 182) e 186/2018, del 5 aprile (RJ 1659),

La giurisprudenza incrementa le esigenze previste dalla trasparenza e impone al predisponente il dovere di informazione qualificato che permette all'accettante di «venire a conoscenza in modo semplice sia dell'onere finanziario che implica in realtà il contratto stipulato, cioè, il sacrificio patrimoniale effettuato in cambio della prestazione economica che vuole conseguire, sia l'onere giuridico dello stesso, ovvero, la chiara definizione della posizione giuridica sia per quel che riguarda gli elementi tipici del contratto stipulato, sia per l'assegnazione dei rischi che comporta lo sviluppo dello stesso»[48]. Tale dovere di "trasparenza sostanziale" implica, in questo modo, che il consumatore disponga, prima della stipula del contratto, di un'informazione comprensibile sulle condizioni contrattate e le conseguenze di tale stipula[49].

Il trattamento riservato dai nostri tribunali a questo nuovo meccanismo di controllo delle clausole non negoziate si è tradotto, di recente, in diritto positivo, con l'approvazione della Legge 5/2019, del 15 marzo, sulla regolamentazione dei contratti di credito immobiliare, tra i cui obiettivi c'è quello di rafforzare la trasparenza e la comprensione dei contratti e delle clausole che li compongono. Come indicato nelle Motivazioni, «tra le novità della Legge viene stabilita una regolamentazione dettagliata della fase precontrattuale (...) con l'obiettivo di garantire che il mutuatario abbia a propria disposizione l'informazione necessaria per poter comprendere in modo integrale l'onere finanziario e giuridico del prestito che sta contrattando e che, di conseguenza, possa essere considerato soddisfatto il principio di trasparenza nel suo aspetto sostanziale». A tal fine, la Legge stabilisce l'obbligo del creditore, dell'intermediario del credito o del rappresentante legale designato, di fornire al mutuatario o potenziale mutuatario, con un preavviso di almeno dieci giorni di calendario rispetto al momento della firma del contratto, una serie di documenti e di spiegazioni (art. 14): allo stesso tempo, prevede che il mutuatario dovrà comparire dinanzi a un notaio nominato da lui ai fini di ottenere una consulenza diretta appropriata (art. 15).

[48] Per tutte si veda, la STS 367/2017 del 8 giugno (RJ 2509) e quelle citate al suo interno.
[49] La STS n. 48/2020, del 22 gennaio (RJ 58) considera soddisfatti i requisiti di informazione precedente alla conclusione del contratto nei confronti di una "clausola floor", ragion per cui respinge l'impugnazione presentata sulla base della mancanza di trasparenza.

*6. L'integrazione delle clausole non trasparenti come criterio determinante per la nullità di pieno diritto*

L'effetto dell'inadempimento del dovere di trasparenza riguardante le clausole relative all'oggetto contrattuale, come si evince dall'art. 4.2 della Direttiva 93/13/CEE, è il rispetto del controllo di abusività[50]. In quest'ottica, la giurisprudenza spagnola ha stabilito che l'integrazione di una clausola in violazione del dovere di trasparenza non ne determina "di per sé" il carattere abusivo, però permette di sottoporre quelle stipulazioni che contribuiscono a definire l'oggetto principale del contratto al giudizio di abusività[51]. Il controllo di trasparenza qualificato porta, così, in base alla giurisprudenza della Corte Suprema, a quello di abusività.

Sarebbe necessario puntualizzare, comunque, in che cosa consista l'importante sbilanciamento, contrario alla buona fede, a danno del consumatore, che provoca la mancanza di trasparenza[52]. La STS n. 138/2015, del 24 marzo[53] stabilisce che «tali condizioni generali possono essere dichiarate abusive se il difetto di trasparenza provoca in modo surrettizio un'alterazione non tanto dell'equilibrio oggettivo tra prezzo e prestazione, che in linea di massima non può essere controllato dal giudice, ma dall'equilibrio soggettivo del prezzo e della prestazione, ovvero, così come il consumatore ha potuto interpretare in considerazione delle circostanze concomitanti nella contrattazione». In particolare, in merito alle "clausole floor", che, come già detto, sono state quelle che i nostri tribunali hanno esaminato con maggior frequenza, la giurisprudenza afferma che «la mancanza di trasparenza nel caso di questo tipo di condizioni generali provoca uno squilibrio sostanziale a danno del consumatore, che è

[50] Sulle conseguenze determinate dall'inadempimento del dovere di trasparenza nell'ordinamento italiano *v.* F. DI GIOVANNI, «*Clausole abusive*»*: difetto di trasparenza e valutazione di vessatorietà delle clausole predisposte nei contratti del consumatore,* in *Responsabilità, Comunicazione, Impresa,* 1996-1. pagg. 41-56 e G. MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e Diritto Privato,* 2000-3. pagg. 751-803.

[51] La STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088) e quelle successive che ne hanno applicato la dottrina mettono in relazione la mancanza di trasparenza con il carattere abusivo delle clausole. Nella sentenza n. 71/2020, del 4 febbraio (JUR 50358), la Corte Suprema delibera che «per quanto riguarda le conseguenze della mancanza di trasparenza, abbiamo già ribadito con diverse risoluzioni che è possibile che una condizione generale inserita in un contratto stipulato con un consumatore, pur non essendo trasparente, non sia abusiva, visto che la mancanza di trasparenza non implica necessariamente che le condizioni generali risultino sbilanciate».

[52] Cfr. F. Pertíñez Vílchez, *Falta de transparencia…cit.*, pag. 5. Per A. CAÑIZARES LASO (*Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*, in *Revista de Derecho Civil,* vol. II. n. 3, luglio-settembre, 2015, Estudios, pag. 95), non sembra necessario stabilire un automatismo che colleghi la mancanza di trasparenza alla condizione di clausola abusiva, dal momento che il controllo del contenuto presuppone un'analisi della clausola il cui parametro di giudizio è la buona fede e lo squilibrio dei diritti e dei doveri delle parti che forse non tutta la mancanza di trasparenza causa.

[53] RJ 845. Fondamento di Diritto terzo, § 3.

oggettivamente incompatibile con i requisiti di buona fede, che consiste nell'impossibilità di rispecchiare fedelmente l'impatto economico che comporta ottenere il prestito con clausola floor nel caso in cui l'indice di riferimento subisca una contrazione, per cui oltretutto il consumatore si vede privato della possibilità di fare un confronto adeguato tra le diverse offerte esistenti sul mercato (tra tutte si rimanda alla sentenza n. 367/2017, del 8 giugno[54], e quelle citate al suo interno).

Da parte sua, la CGUE, nella sentenza del 26 gennaio 2017[55], stabilisce che il carattere abusivo di una clausola relativa all'oggetto del contratto che non soddisfi i requisiti di trasparenza dell'art. 4.2 della Direttiva dipenderà dal risultato del confronto tra il prezzo del contratto e il prezzo medio di mercato nel momento in cui si è concluso il prestito.

Di recente, il legislatore spagnolo, nell'interesse della sicurezza giuridica e per venire incontro alla richiesta della dottrina scientifica[56], ha adottato una decisione esplicita in merito alle conseguenze determinate dall'inadempienza del dovere di trasparenza. Effettivamente, la Legge 5/2019, del 15 marzo, sulla regolamentazione dei contratti di credito immobiliare ha direttamente collegato il vizio di trasparenza con la nullità di pieno diritto delle clausole, stabilendo che «le condizioni integrate in modo non trasparente nei contratti a danno dei consumatori saranno considerate nulle di pieno diritto»[57]. Tale norma, a mio modo di vedere in modo adeguato, definisce i limiti del controllo di trasparenza rispetto al controllo di contenuto o di abusività, e in questo modo, constatato che l'integrazione di una clausola del contratto è stata realizzata senza soddisfare i requisiti del dovere di "trasparenza sostanziale", tale stipulazione dovrà essere considerata automaticamente nullo di pieno diritto, a prescindere dal fatto che il contenuto intrinseco sia o meno conforme alla buona fede e all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti. Con la normativa vigente, quindi, la conseguenza giuridica

54 RJ 2509.

55 Banco Primus S.A. c. Jesús Gutiérrez García, C-421/14.

56 Sulla necessità di questa riforma legale, cfr. S. CÁMARA LAPUENTE, *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Ottobre 2013), Vol. 5, Nº 2, pagg. 226 e ss e N. FENOY PICÓN, *El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. III, pag. 1043.

57 Tali termini trovano attualmente riscontro negli artt. 5.5 della LCGC e nel paragrafo secondo dell'art. 83 del TRLCU, a seguito della riforma attuata dalla Legge 5/2019 (disposizioni finali quarta e ottava).

derivata dall'inadempienza del dovere di trasparenza delle clausole relative all'oggetto principale del contratto è questa: la dichiarazione di nullità di pieno diritto senza necessità di effettuare un giudizio posteriore di abusività[58].

Viene stabilito in questo modo, un criterio di distinzione tra le clausole normative, che verranno considerate nulle di pieno diritto qualora il loro contenuto sia abusivo, e quelle relative all'oggetto principale del contratto, che verranno anch'esse sanzionate con la nullità qualora non dovessero soddisfare i requisiti di "trasparenza sostanziale". In definitiva, la clausola non trasparente verrà ritenuta nulla di pieno diritto, indipendentemente dallo squilibrio generato.

*Abstract*

The jurisprudence, adopting the postulates developed by scientific doctrine, some time ago, made "substantial transparency" a fundamental element to control the clauses that illustrate the main object of the contract. The flaw of transparency, beyond the non-fulfillment of formal requirements, prevents the consumer from correctly assessing the extent of the compromise that is assumed by entering into the contract. This doctrinal and jurisprudence construct is reflected in Law 5/2019, of 15th March, on the regulation of real estate credit agreements, the purpose of which is to guarantee the principle of transparency in the material aspect. The legal reform punishes the lack of transparency with full law nullity, regardless of any assessment of the unfairness of the clauses.

Cadice, novembre 2020.

[58] Questa è l'interpretazione adottata dalla Corte Suprema, nella sentenza n. 121/2020, del 24 febbraio (RJ 486), sebbene, con un pronunciamento *obiter dicta*.

LETICIA CABRERA CARO*

# *La giurisprudenza come scienza***

*Sommario*: 1. Introduzione - 2. La Scienza e la scienza giuridica. - 2.1. Il riduzionismo dallo scientifico al quantificabile. - 2.2. La revisione dell'ideale della sistematizzazione deduttiva. - 3. La Scienza giuridica moderna e l'eliminazione del pluralismo epistemologico. - 4. La giurisprudenza non è scienza. - 5. La scientificità della conoscenza giuridica: La giurisprudenza è scienza. - 6. Il metodo ermeneutico come metodo scientifico.

## 1. *Introduzione*

Dal momento in cui Ulpiano, nel Digesto, definì la Giurisprudenza come "la scienza del giusto e dell'ingiusto"[1], fino alla conferenza che l'eminente giurista tedesco, Julius von Kirchmann, tenne nel 1847 intitolata "La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza", molti sono stati gli autori che si sono presi cura di negarne o affermarne il carattere scientifico. Scrivere pertanto, della giurisprudenza come scienza giuridica significa affrontare uno degli aspetti più discussi del Diritto.

In parte, tale polemica può essere stata alimentata dal fatto che né il concetto di scienza, né il concetto di Diritto hanno trovato unanime consenso nel corso dei secoli. È abbastanza difficile mettersi d'accordo sul carattere scientifico di una conoscenza quando non esiste nemmeno il consenso sull'oggetto di tale conoscenza. È possibile che, per questa ragione, si

* *Profesora Titular di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Il presente lavoro è una sintesi della ricerca condotta all'interno del Progetto I+D JURISDOC: Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro DER2016-74971-P (IP Mª. Dolores Cervilla Garzón). Una precedente versione dello stesso è stata oggetto di dibattito in seno al I Congresso Internazionale Giurisprudenza e dottrina. Un matrimonio di convenienza? Capua (Caserta-Italia), 8 e 9 ottobre del 2019.

[1] DIGESTO, 1,1,1.

arrivi a giustificare l'esistenza, da molto tempo, di detrattori e difensori della scientificità del Diritto[2]. Probabilmente quindi, in questo momento, è opportuno cominciare con un breve ripasso storico delle ragioni che hanno motivato tale discussione.

## 2. *La Scienza e la scienza giuridica*

Malgrado il concetto di scienza non abbia riscosso unanimità nel corso dei secoli, questo termine è stato sempre identificato con l'idea di conoscenza o, ancor più in concreto, con l'idea di una conoscenza la cui acquisizione soddisfa una serie di caratteristiche[3]. Tali caratteristiche hanno subito, con il passare del tempo, progressive modifiche, anche se, senza alcun dubbio, il mutamento più significativo, è avvenuto durante il XVI e XVII secolo. In questa epoca, il concetto di scienza si legò più strettamente all'esigenza di precisione, rendendo questa caratteristica una delle più importanti della scienza moderna[4]. La grande trasformazione del concetto di scienza pertanto, avvenne durante il periodo noto con il nome di Rivoluzione Scientifica[5]. Per cui si intende il periodo di tempo che comincia con la pubblicazione del *De Revolutionibus orbium coelestium*, di Niccolò Copernico, nel 1543, fino alla pubblicazione del *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, di ISAAC NEWTON, nel 1687[6]. La Rivoluzione Scientifica non cambiò solamente i concetti tradizionali di Fisica e Astronomia, ma modificò anche lo stesso concetto di persona e influenzò profondamente il concetto di

[2] MARGARITA CASTILLA BAREA, "De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho", in *Teoría y Derecho*, 17 (2015), pag. 200 e ss. Inoltre CARLOS MUÑOZ ROCHA IN, *Fundamentos para la Teoría General del Derecho*. Plaza y Valdés, Barcellona, 2004, pag. 97.

[3] ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", *in Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 21 (2018), pag. 79.

[4] JESÚS BALLESTEROS sottolinea come fin dagli inizi, il termine "moderno" è stato associato all'esigenza di precisione, di rigore. Definire la scienza come "moderna" significa dunque riconoscerne l'infallibilità, ovvero, riconoscere che le conoscenze che contiene sono necessarie ed esatte. JESÚS BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2000, pag. 17.

[5] GIOVANNI REALE E DARIO ANTISERI, *Historia del pensamiento filosófico y científico. Vol. II. Del Humanismo a Kant*. Herder, Barcellona, 1992, pag. 171. Inoltre Paolo Rossi in, *Aspetti della rivoluzione scientifica*. Morano Editore, Napoli, 1971 e NICOLÁS ABAGGNANO, *Historia de la Filosofía. Vol. II. La filosofía del Renacimiento. La filosofía moderna de los siglos XVII y XVIII*. Trad. J. Estelrich y J. Pérez. Ed. Hora, Barcellona, 1981, pagg. 150 e 151.

[6] Il *De Revolutionibus* di Copernico venne pubblicato pochi mesi prima della morte dell'autore. Rispetto alla riluttanza di Copernico al momento della pubblicazione dell'opera, così come sulle vicissitudini di tale processo e delle successive riedizioni nel corso degli anni, sono molto interessanti gli appunti e i commenti di MIGUEL ÁNGEL GRANADA, "NICOLAS COPERNIC, De revolutionibus orbium coelestium / Des révolutions des orbes célestes. Edizione critica, traduzione e note di Michel-Pierre Lerner, Alain-Philippe Segonds e Jean-Pierre Verdet, con la collaborazione di Concetta Luna, Isabelle Pantin, Denis Savoie e Michel Toulemonde, 3 voll. (pagg. xxviii+859, viii+536, xviii+783), Les Belles Lettres, Parigi 2015", in *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, Nº 40 (2017) pagg. 357-376.

Diritto. E tale trasformazione ebbe luogo, non tanto per le nuove scoperte che la scienza aveva rivelato, ma per la diffusione del metodo, tipico delle scienze sperimentali, a rami o discipline che oggi chiameremmo "sociali" (umanistiche)[7].

Sulla base del nuovo concetto di scienza che si impone a partire dal XVI secolo, poggia la metodologia aristotelica, ovvero, il metodo che Aristotele chiamò induttivo-deduttivo, con alcune modifiche apportate durante il Medioevo da Roberto Grossatesta e Ruggero Bacone[8]. Il metodo aristotelico consisteva, soprattutto, partendo dall'osservazione dei fenomeni che si volevano rendere espliciti, durante una prima fase detta induzione, nel giungere alla formulazione dei principi esplicativi degli stessi. Quindi, in una fase successiva (fase di deduzione), venivano elaborati, da questi principi, dei teoremi che spiegavano i fenomeni esaminati[9]. Tuttavia, la Rivoluzione Scientifica ha portato con sé un profondo rinnovamento di tale metodologia. Ed è risaputo che, l'autore che ha contribuito con le modifiche più importanti al metodo aristotelico è stato Galileo Galilei, il padre della scienza moderna[10]. Tra queste, quelle che più hanno influenzato la Scienza giuridica sono state il riduzionismo della scienza alle qualità quantitative degli oggetti e l'eliminazione della verità necessaria degli assiomi nella sistematizzazione della conoscenza.

---

[7] La conferma della diffusione e del successo di questo metodo tipico della scienza moderna viene dalla testimonianza del giurista rinascimentale Pietro Andrea Gambari (1480-1528), alias GAMMARUS BONONIENSIS, che, influenzato con tutta probabilità dalle esigenze metodologiche dell'epoca, metteva in discussione il carattere scientifico del Diritto. PIETRO ANDREA GAMBARI, "De veritate ac excellentia legelis scientia" in *Tractatus Universi Iuris*. Venetii, 1584, Vol. I, 21-20. Fol. 133.

[8] GROSSATESTA E BACONE, oltre a portare un cambio nella definizione del metodo induttivo-deduttivo aristotelico (che definirono Metodo Risolutivo e Compositivo) aggiunsero una terza tappa alla ricerca: i principi indotti per "risoluzione", dovevano essere sottoposti a un ulteriore controllo e messi a confronto con l'esperienza successiva. Si veda JOHN LOSEE, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*. Trad. A. Montesinos. Alianza Universidad, 3ª ed. Madrid, 1981, pag. 16.

[9] Ibidem.

[10] Sul ruolo di Galileo nella formazione della scienza moderna, è possibile consultare l'opera di ALEXANDRE KOYRÉ, *Estudios galileanos*. Siglo XXI, Madrid, 1980 e *Estudios de Historia del pensamiento científico*. Trad. E. Pérez Sedeño e E. Bustos. Siglo XXI, Madrid, 1977, pagg. 181 e ss. Oltretutto, è possibile trovare una descrizione esaustiva delle scoperte dell'epoca e del diverso modo di confrontarsi con la natura rispetto al periodo storico precedente, in LAWRENCE M. PRINCIPE, *La Revolución Científica: una breve introducción*. Trad. Miguel Paredes Larrucea, Alianza editorial, Madrid, 2011.

2.1. *Il riduzionisimo dallo scientifico al quantificabile*

Leucippo e Democrito[11], oltre ad essere stati i primi autori a sostenere l'esistenza, nella materia, di particelle indivisibili chiamate atomi, sono stati anche pionieri in quella che viene definita la "demarcazione preliminare delle scienze". Tale demarcazione consiste nel comprendere che la conoscenza scientifica si deve limitare a quelle qualità degli oggetti che possono essere formulate o esplicitate in termini matematici o geometrici[12].

In linea con tale considerazione, Galileo capì che, per acquisire una conoscenza oggettiva degli oggetti, questa doveva limitarsi alle qualità suscettibili di quantificazione: forma, grandezza, numero, posizione e quantità di moto. Il resto delle qualità sensibili, come gli odori, i sapori, i colori e i suoni, potevano fornire solo una conoscenza soggettiva, perché esistono soltanto nella mente di chi le percepisce. Di conseguenza, la conoscenza scientifica non potrebbe mai basarsi su di loro. Ovviamente, tale metodo, che si impose a partire dal XVII secolo in tutti i campi del sapere, causò un predominio del quantitativo sul qualitativo, riducendo le possibilità di una conoscenza scientifica, alla possibilità di manifestarla in termini matematici o geometrici.

In che modo la demarcazione preliminare delle scienze ha influenzato la scienza giuridica? Nella misura in cui, come conseguenza di tale limitazione, ontologia e teleologia tipiche del pensiero greco, che avevano dominato fino ad allora le scienze e la conoscenza, vennero definitivamente allontanate dall'ambito scientifico e, in definitiva, dal paradigma della razionalità[13]. A partire dalla Rivoluzione Scientifica, lo scienziato non si interroga più né sul *che*

---

11 LEUCIPPO fu il maestro di DEMOCRITO, uno dei filosofi della natura più influenti e fruttuosi dell'epoca. La figura di Leucippo è di dubbia esistenza, sappiamo però che Democrito nacque intorno al 460 a.C. ad Abdera, una colonia ionica al nord dell'Egeo, JESÚS MOSTERÍN, *Historia de la Filosofía.Vol.3. La filosofía griega presocrática.* Alianza editorial, Madrid, 1995, pagg. 148-154.

12 "LEUCIPPO E DĒMÓKRITOS sono stati i primi a stabilire la distinzione tra qualità primarie od oggettive degli oggetti e qualità secondarie, che esistono solo nella sfera soggettiva del soggetto che le percepisce. Figura e dimensione sono qualità primarie, oggettive, esistono sia negli atomi che nelle sostanze composte. Peso e leggerezza, durezza e morbidezza esistono solo nei composti, ma sono comunque qualità oggettive, che dipendono dalla proporzione dell'atomo e di vuoto nel composto (...) Il resto delle qualità sensibili - colore, suono, sapore, odore, calore, ecc - sono qualità secondarie, soggettive, che esistono solo in quanto alterazioni o impressioni del soggetto che le percepisce". JESÚS MOSTERÍN, *Historia de la Filosofía. cit.,* pagg. 148-149.

13 Mentre gli aristotelici credevano che le proprietà qualitative svelassero l'essenza delle cose (l'essere), Galileo sosteneva che i rapporti quantitativi fossero la vera chiave per comprendere la realtà. Francisco Carpintero mette in risalto come il predominio del quantitativo sul qualitativo ebbe un effetto immediato sul linguaggio utilizzato per le costruzioni razionali proprie della Modernità: "In questo modo, parole come sostanza, idea, universale, apparvero ipso facto eccessive e prive di senso, mentre venivano spudoratamente sostituite da parole quali fenomeno, percezione, dato atomico o linguaggio di validità intersoggettiva. Dietro a questa apparente

*cosa* delle cose (ovvero l'oggetto dell'ontologia), né sul *perché* delle cose (oggetto della teleologia), ma si interessa soltanto del *come* dei fenomeni che cerca di esplicitare[14]. Per questa mentalità, le risposte a tutte le domande che si sono posti gli esseri umani sul mondo sono insite nella natura; bisogna solo decifrare il linguaggio e il linguaggio della natura è il linguaggio matematico-geometrico[15].

Tuttavia, la scienza giuridica non può agire partendo dai parametri di razionalità imposti dal nuovo metodo scientifico. Perché la scienza giuridica, il Diritto, ha come protagonista per antonomasia la persona, concetto che non può essere spiegato partendo da premesse puramente quantitative. Renato Cartesio, che fu il primo a trasferire l'astrazione galileiana nella filosofia del diritto[16], ha potuto solo ritenere che l'essere umano sia suddiviso in due sostanze antagoniste e contrapposte tra di loro: la *res extensa*, ovvero quella parte che, in quanto soggetta alle coordinate del tempo e dello spazio, può essere spiegata tramite i nuovi parametri della razionalità, e la *res cogitans,* che si identifica con la razionalità e che è quella che costituisce veramente la persona ma che, contemporaneamente, non rientra in nessuna spiegazione scientifica perché non quantificabile[17]. Dal momento che la persona non può essere compresa attraverso parametri matematico-geometrici, la conoscenza del diritto e, soprattutto, il suo carattere scientifico, venne fortemente compromessa[18].

semplicità terminologica operavano dei contesti di giustificazione parecchio incongruenti". FRANCISCO CARPINTERO, 'Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia (Primera parte)", in *Dikaiosyne*, 23 (2009), pag. 55.

[14] "Galileo si rendeva conto che non poteva provare che affermazioni quali «i corpi non soggetti tendono verso la Terra con lo scopo di raggiungere la loro 'sede naturale'», fossero false. Ma capì anche che questo tipo di interpretazioni potevano essere eliminate dalla fisica perché non «spiegano» i fenomeni", JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 62. Sul ripudio dell'ontologia e della teleologia greca, si rinvia a Jesús Ballesteros, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica.* Tecnos, Madrid, 2002, pagg. 24 e ss. Anche ALEXANDRE KOYRÉ IN, *Estudios de Historia del pensamiento científico*, cit., pag. 42.

[15] WILLIAM R. SHEA, *La revolución intelectual de Galileo*. Trad. C. Peralta. Ariel, Barcellona, 1993, pag. 78.

[16] GIOELE SOLARI, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1904, pag. 9. Inoltre HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material.* Trad. F. González Vicén. 3ª ristampa, Aguilar, Madrid, 1979, pag. 114. Cartesio condivideva con Galileo la demarcazione preliminare delle scienze, come spiega nelle *Meditazioni Metafisiche.* RENATO CARTESIO, *Meditaciones metafísicas*. Trad. M. García Morente, 11ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pagg. 112-113.

[17] RENATO CARTESIO, *Discurso del método.* Trad. M. García Morente, 11ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pagg. 49-50. Anche in Renato Cartesio, *Meditaciones metafísicas*, cit., pagg. 139-140.

[18] FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*. Dykinson, Madrid, 2018, pagg. 19 e 20.

2.2. *La revisione dell'ideale della sistematizzazione deduttiva*

L'ideale della sistematizzazione deduttiva, così come la demarcazione preliminare delle scienze, viene dall'Antichità greca. Tale ideale attraversa tutta la storia della scienza ed è presente in Aristotele, Euclide o Archimede[19]. Consiste nel comprendere che la conoscenza scientifica deve necessariamente essere costituita da un sistema di asserti organizzati in modo che la verità dei teoremi venga dedotta dalla necessaria verità di tali asserti. Questo ideale, in origine comprendeva tre aspetti o considerazioni: prima di tutto, che gli assiomi o teoremi dovessero essere correlati deduttivamente. In secondo luogo, che gli stessi assiomi fossero verità autoevidenti e, per ultimo, che i teoremi concordassero con le osservazioni. Tuttavia, a causa dell'attacco subito dalla filosofia aristotelica durante il XVII secolo, l'ideale di sistematizzazione deduttiva andò incontro a un'importante trasformazione: Galileo eliminò il requisito essenziale della verità necessaria degli assiomi e ribadì il concetto di astrazione e idealizzazione dei primi principi[20]. Influenzato dal personale orientamento pitagorico e platonico[21], capì che il ruolo principale dello scienziato consisteva nel saper astrarre le qualità degli oggetti da studiare che dovevano essere considerate o prese in considerazione e quelle che dovevano essere rifiutate. Di conseguenza, durante quell'epoca si cominciò a non richiedere più la verità necessaria degli assiomi. In alternativa era sufficiente, per salvare le apparenze, che le conseguenze deduttive degli assiomi convenissero con le osservazioni. Lo stesso Galileo fece uso di tali astrazioni nelle formulazioni relative al pendolo ideale e alla caduta libera nel vuoto, enunciando delle tesi che non prendevano in considerazione l'attrito dell'aria. A suo giudizio, le discrepanze tra quanto ricavato per deduzione, in modo sistematico, partendo dai primi principi e la realtà, non erano importanti[22].

Aristotele era cosciente che, in tutta la scienza, dovevano esistere dei principi che non potessero essere ottenuti per deduzione di altri principi fondamentali. Era cosciente della

[19] JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 34.
[20] JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 69.
[21] Ibidem. Anche ALEXANDRE KOYRÉ IN, *Estudios galileanos.* cit., pagg. 88 e 200 e, dello stesso autore *Estudios de Historia del pensamiento científico,* cit., pag. 195.
[22] "Galileo ribadì l'importanza dell'astrazione e dell'idealizzazione per la fisica, estendendo così la portata delle tecniche induttive. Nelle sue ricerche, impiegò idealizzazioni quali per esempio «la libera caduta nel vuoto» e il «pendolo ideale». Queste idealizzazioni non sono esemplificate direttamente nei fenomeni". JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 64.

necessità che esistessero, all'interno di una scienza, alcuni principi non dimostrabili, perché altrimenti finiremmo in un regresso all'infinito delle argomentazioni. Tuttavia pretendeva che i primi principi o assiomi fossero costituiti da verità autoevidenti o da verità plausibili. Però, a partire dalla Rivoluzione Scientifica, tali esigenze metodologiche vennero eliminate e l'ideale della sistematizzazione deduttiva, che avrebbe dovuto caratterizzare tutta la conoscenza scientifica, si ridusse soltanto alla possibilità di derivare tutto il contenuto di una branca della conoscenza da un unico punto di vista. Con questo veniva garantito che la scientificità della conoscenza ottenuta era che il processo logico-deduttivo fosse ben fatto dal punto di vista della logica formale. Il fatto che gli assiomi in quanto tali non fossero plausibili o, persino, fossero falsi, venne ritenuto irrilevante. Non tolse nulla né alla scientificità né alla veridicità del ragionamento.

Per quel che riguarda la scienza giuridica, la revisione dell'ideale di sistematizzazione deduttiva portò alla sostituzione della casuistica tipica della mentalità romanista, con l'elaborazione di grandi costruzioni teoriche che cercavano di spiegare, partendo dalle ipotesi sullo stato di natura, l'insieme di obblighi e diritti che emanavano nello Stato[23]. Furono teorie onnicomprensive della realtà del diritto, (almeno questa era l'intenzione) elaborate secondo i parametri della *nuova scentia*[24].

### 3. *La Scienza giuridica moderna e l'eliminazione del pluralismo epistemologico*

Il nuovo metodo scientifico, come abbiamo detto, si impose velocemente e raggiunse un prestigio tale da essere considerato l'unico metodo capace di garantire l'oggettività della conoscenza, in definitiva, l'unica strada per trovare una verità scientifica[25]. La conoscenza scientifica (intesa esclusivamente come quella che proveniva dall'applicazione del nuovo metodo) venne identificata con la razionalità, il che significava che, qualora qualche aspetto della

[23] FRANCISCO CARPINTERO, "Historia y Justicia, según los juristas de formación prudencial", in *Annuario di Filosofia del Diritto,* IX (1992), pag. 362.

[24] "(…) la mentalità predominante in Occidente si rese conto che anche la vita dell'essere umano doveva essere spiegata in base alle capacità di questo metodo scientifico. Da lì proviene il *mos geometricus seu arithmeticus* tipico di buona parte delle pubblicazioni di giusnaturalismo (oggi diremmo della filosofia del diritto) dell'Età Moderna". FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX,* cit., pag. 11.

[25] Per uno studio più dettagliato del metodo scientifico moderno e la conseguente ripercussione sulla Biologia, sulla Medicina e sulla Salute, e su altri campi della scienza e della tecnologia, è possibile consultare: A. RUPERT HALL, "El método científico y el producto de la ciencia", in *Historia Económica de Europa.* Endersa, Jaen, 1977, pagg. 135-223.

realtà non fosse riuscito ad adattarsi ai nuovi parametri metodologici, sarebbe stato espulso dal razionale. La trascendenza di questo fatto, in ambiti diversi rispetto al mondo della fisica o dell'astronomia, viene sottolineata da Reale e Antiseri: "La filosofia smette di essere la scienza dell'essere, per trasformarsi in dottrina della conoscenza. Diventa così innanzitutto gnoseologia" [26].

L'immediata conseguenza di tale successo fu l'eliminazione del pluralismo epistemologico applicato fino a quel momento e che difendeva l'esistenza di diversi tipi o metodi di conoscenza, in funzione della materia che si intendeva studiare. Addirittura, per il pluralismo epistemologico era evidente che il metodo di conoscenza veniva, in un certo senso, imposto dall'oggetto che si voleva conoscere. Invece il metodo matematico o geometrico, valido ed efficace nelle scienze sperimentali, si dimostrava incapace di spiegare altri oggetti propri di ciò che potremmo definire, utilizzando un linguaggio più attuale, le scienze umanistiche o sociali[27].

Quando i parametri metodologici della Rivoluzione Scientifica si imposero nella scienza giuridica, provocarono un profondo rinnovamento dei concetti che storicamente erano serviti per costituire una buona base dell'argomentazione giuridica, come i concetti di stato di natura e di diritto naturale[28]. E utilizzarono tali concetti, in apparenza tradizionali, per trasformare l'intera scienza del diritto[29].

---

[26] GIOVANNI REALE E DARIO ANTISERI, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, cit., pag. 320.

[27] A tale proposito, EUDALDO FORMENT, cita ROBERT HUG BENSON in *L'alba di tutto*, scrive: "Grazie all'influenza della «cosiddetta scienza fisica», i filosofi: «chiedevano perciò che tutto ciò che era meramente spirituale venisse provato, come loro stessi dicevano, e in questo modo volevano dire che era necessario sottometterlo alle stesse leggi fisiche». Il metodo delle scienze naturali, la scienza che studia solo un campo ridotto della realtà, era considerato unico ed egemone". EUDALDO FORMENT, *El personalismo medieval*. Edicep, Valencia, 2002, pagg. 16 e 17.

[28] JAIME BRUFAU PRATS, *La actitud metódica de Pufendorf y la configuración de la "Disciplina Iuris Naturalis"*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pag. 16. Il diritto naturale e la legge naturale sono stati gli argomenti più utilizzati come fondamento della giustizia da tempo immemore. Di fatto, una delle prime testimonianze che registra l'esistenza di una legge che orienta gli uomini al momento di elaborare le proprie leggi, si trova nell'opera di Sofocle, *Antigone*. E perfino Socrate, contemporaneo di Sofocle, malgrado difendesse fino alla morte l'ordine sociale, era un deciso sostenitore della fede nelle leggi non scritte, alcune delle quali erano al di sopra degli uomini, che vi si dovevano sottomettere. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, *Historia del pensamiento Político. Raíces del pensamiento político de Occidente*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pag. 67.

[29] Lo stato di natura e il diritto naturale passarono da argomenti comuni del ragionamento a diventare la pietra angolare, il punto di partenza di tutte le deduzioni sistematiche che caratterizzarono la scienza del diritto moderno. Analogamente, FRANCISCO CARPINTERO: "Di fronte alle difficoltà per partire solo dai soggetti, Hobbes, Locke e altri dovettero inquadrare un contesto della giustificazione che fosse precedente e superiore ai soggetti.

Il metodo scientifico sottolineò maggiormente l'aspetto formale, perché durante quegli anni si impose l'ideale della sistematizzazione deduttiva citata in precedenza. Di conseguenza, in quell'epoca era chiaro che la riflessione non fosse affatto rigorosa a meno che non fosse concatenata con una serie di principi e conclusioni tutti quanti provenienti da una prima e ovvia. "Questo si ottiene quando attraverso il metodo della dimostrazione e della conseguenza rigorosa, si uniscono alla certezza primordiale, in modo immediato, altri principi e, attraverso tale concatenazione, vengono attraversati tutti gli anelli del conoscibile, senza che nessun componente di questa catena possa distinguersi dall'insieme. Né possa essere spiegato da solo"[30].

Tuttavia, partendo da ipotesi che non sono nemmeno plausibili, da ipotesi evidentemente false, come l'idea dello stato di natura, si giunge a conclusioni altrettanto false. Lo stato di natura, sul quale si basarono tutte le teorie politiche e giuridiche del XVII e XVIII secolo, ovvero, che costituì l'ipotesi di partenza di tali costruzioni razionali, era un'astrazione, frutto dell'immaginazione degli autori[31]. In definitiva, un'ipotesi che non solo non costituiva una verità evidente, ma non raggiungeva nemmeno il livello di plausibilità richiesto dal nuovo metodo scientifico. Tuttavia, si estese in modo tale, penetrò a tal punto nelle coscienze di quei secoli, che già alla fine del XVIII secolo non si preoccupavano neanche più di giustificarlo in modo argomentativo. Semplicemente, lo davano per scontato[32].

In definitiva, Il nuovo metodo scientifico causò nella scienza giuridica un'invasione di costruzioni razionali provenienti tutte quante da un primo principio ipotetico, ovvero, irreale,

---

La prima pietra di questo rudimentale piano della giustificazione venne trovato nella nozione romana e medioevale di «stato di natura». FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pag. 22.

30 ERNST CASSIRER, *La Filosofía de la Ilustración*. Trad. Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, Messico 1984, pag. 21.

31 FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX,* cit., pag. 69.

32 Una delle idee comuni del giusnaturalismo moderno è quella di operare una distinzione tra uno stato di natura (*status natura*) e uno stato civile (*status civilis*) Attraverso tale idea, l'uomo non veniva considerato per natura un essere sociale, ma anzi esattamente il contrario: l'individuo, nel suo stato naturale, è un essere isolato dai suoi simili e solo per una ragione di utilità individuale, si associa con gli altri e costituisce lo stato civile. Ogni autore lo descrisse in modo diverso perché, in ultima analisi, non era altro che un'ipotesi necessaria per far partire la catena di deduzioni che avrebbero costituito il sistema giuridico e politico. Si rinvia a J. HERVADA, *Síntesis del Historia de la Ciencia del derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 2006, pag. 85. Anche, FRANCISCO CARPINTERO, *Historia del Derecho natural. Un ensayo*. Messico UNAM, 1999, pagg. 32 e 33.

da cui discendeva l'insieme di norme emanate dallo Stato, tutte dedotte logicamente dal diritto naturale vigente in quello stato di natura. Da un punto di vista metodologico, tali costrutti erano razionali nella misura in cui le conclusioni trovavano posto nel sistema. Non importava se le conclusioni ottenute non fossero conformi alla realtà. Potremmo dire che, durante il secolo XVII e buona parte del XVIII, la verità teorica venne sacrificata in virtù del metodo o della verità ottenuta in modo matematico o geometrico.

Per certi versi, è ragionevole pensare che la conoscenza scientifica possa partire da quello che, in linea di principio, non sono altro che prime ipotesi che, in seguito (nel caso in cui lo scopo sia fare in modo che tale conoscenza venga accolta dallo scientifico) devono essere dimostrate nella pratica. Vale a dire, qualsiasi scienziato cerca l'universalità, una legge che spieghi il fenomeno che osserva e, contemporaneamente, che dia risposte a tutti quei fenomeni che accadono o che emergono in modo simile o analogo nella realtà. E, a tal fine, è necessario che il suo ragionamento prenda spunto da un'intuizione, formulata come un'ipotesi. Così fecero Democrito, Anassagora, Platone, Aristotele, Tommaso d'Aquino, Giovanni Scoto Eriugena, Guglielmo di Occam, Galileo, Cartesio, Newton, Leibniz, Einsten, Heisenberg, Planck e Gödel, giusto per citare coloro che, in tale contesto, risultano essere più rilevanti. Come ricorda Francisco Carpintero: "Effettivamente, Il percorso dello scienziato è questo: in un primo momento il ricercatore afferma di aver analizzato quanto studiato. Ma non è sufficiente che il ricercatore sostenga che sta suddividendo il problema nei suoi elementi fondamentali, perché i dati elementari prodotti o scoperti durante l'analisi variano in base all'obiettivo e alla percezione di ogni ricercatore; successivamente è necessario scegliere il criterio analitico più adatto alla circostanza, e il primo momento di tale criterio o funzione è costituito da un'ipotesi; qualora l'ipotesi serva per raggiungere il risultato desiderato o per spiegare nuovi movimenti e reazioni, viene ritenuta scientificamente accettabile. Si noti che di solito il ricercatore non scopre questi fattori ultimi ma li produce -poiché rilevanti per il caso in questione- attraverso la tecnica applicata, perché la tecnica è l'istanza che riconcilia la persona con la materia e il tempo"[33].

In quest'ottica, ciò che permette alla conoscenza scientifica di progredire, indipendentemente dal campo in cui opera (scienze sperimentali o scienze sociali), è il fatto di sollevare

[33] FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna.* cit., pag. 41.

un'ipotesi plausibile e metterla a confronto con la pratica, con la realtà. Di conseguenza, per raggiungere l'obiettività o la precisione a cui mira qualsiasi conoscenza scientifica, ciò che conta non è tanto il punto di partenza, che sarà sempre unilaterale, quanto la conclusione raggiunta[34]. In definitiva, le ipotesi (quando sostituiscono gli assiomi o i primi principi evidenti) sono valide nella scienza se vengono messe a confronto con la realtà, altrimenti, diventano ideologie. Questa idea viene magistralmente espressa da Gregorio Robles: "(...) non è lo stesso partire da un'idea come se fosse vera che partire da un'idea sapendo che è una menzogna"[35]. Il Prof. Robles fa riferimento al ruolo giocato dalle finzioni (nel senso "vaihingeriano" del termine) nel Diritto e, portando come esempio il punto e la linea retta (che nella realtà non esistono ma servono per spiegare la geometria), stabilisce dei chiari limiti al loro utilizzo: "La teoria costruita su determinate finzioni dovrà essere messa a confronto con l'esperienza attraverso la quale tale teoria è stata elaborata"[36]. Così riconoscere, come ipotesi iniziale di un ragionamento scientifico, che i corpi non cadono, ma vengono espulsi, risulterebbe totalmente inammissibile. Allo stesso modo che, nella teoria del pensiero giuridico-politico della Modernità, partire da uno stato di natura dell'individuo che non è né stato, né naturale: "Dietro ogni "finzione", dietro ogni artificio intellettuale per l'interpretazione della realtà, c'è, soprattutto se si tratta di una realtà politica, una volontà di interpretarla in un certo modo. La "finzione" nella teoria politica non è neutra, non è solamente logico-descrittiva. La finzione è ideologia, va controllata a distanza per giustificare un determinato modello di società"[37].

E il modello di società proposto da questi teorici era una società basata sull'uguaglianza astratta degli individui che la compongono. In questo modo, l'unico fondamento di qualsiasi legittima obbligazione si ridusse al patto. Questi autori non accettarono nessuna fonte di obbligazione legittima al di fuori della volontà individuale. In tal senso, la trasposizione del metodo matematico o geometrico alla Scienza del diritto della Modernità non fu tanto la *causa*

[34] Hegel valutava con molta chiarezza questo fatto: "Qualsiasi principio di comprensione è unilaterale di per sé; e questa unilateralità viene dimostrata perché vi si oppone un altro principio di comprensione. Ma questo principio è dell'unilateralità stessa". G.W.F. HEGEL, Introducción a la historia de la filosofía. Trad. Eloy Terrón, Aguilar, Madrid, 1989, pag. 68.
[35] GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual.* Civitas, Madrid, 1992, pag. 48.
[36] Ibidem.
[37] GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual.* cit., pagg. 49 e 50.

delle conclusioni ottenute, ma piuttosto il *medio* o lo strumento che utilizzarono per basare e diffondere le loro idee preconcette di uguaglianza naturale e libertà naturale. Volevano proclamare un'antropologia incentrata sull'individuo libero, indipendente e uguale e perciò utilizzarono il nuovo metodo scientifico per giustificarlo[38].

L'uniformità del metodo scientifico, di conseguenza, ha generato un'invasione di teorie astratte sullo Stato e sul Diritto che ha sommerso la scienza giuridica dei secoli XVII e XVIII. L'intero diritto venne spiegato dal solo punto di vista dell'individuo libero dallo stato di natura che scende a patti con i suoi simili per costruire uno stato sociale che ne garantisce i diritti naturali[39].

Tali teorie sono risultate assai utili per superare l'Ancien Régime[40], però hanno riempito le università di teorie astratte e metafisiche, che hanno finito per causare insofferenza nel giurista che in genere, è più occupato a spiegare le ragioni per cui deve difendere o meno un interesse oppure ad argomentare per poter dimostrare per quali ragioni certi fatti rientrano nell'enunciato di una norma, piuttosto che ad applicare un metodo al proprio ragionamento. In tale contesto, appare ragionevole che, negli anni successivi, durante il XIX secolo, il positivismo giuridico si imponesse come una sorta di reazione contro quelle che venivano considerate spiegazioni inutili. Il positivismo, il cui aspetto più caratteristico è la profonda separazione che marca tra Diritto e Morale, ritiene che il giurista debba limitarsi a sistematizzare o ad analizzare il Diritto posto (*positum*) o dato, senza compiere nessuna valutazione etica, perché qualsiasi valutazione etica fatta cadrà inevitabilmente nel lato della soggettività, ovvero

[38] Il riferimento rispetto a questa pretesa politica è Hobbes. "Per il filosofo inglese, la definizione di Diritto in termini di volontà del potere sovrano non costituisce un'affermazione scientifica, frutto di esigenze metodologiche empiristiche e matematizzanti che, peraltro, anch'egli sostiene. Al contrario, tale definizione rientra nel quadro di una filosofia politica. È la necessità di garantire quei valori per cui esiste la comunità politica, principalmente l'ordine, la sicurezza personale e la vita dei cittadini, ciò che richiede, secondo Hobbes, il rifiuto di un'idea di Diritto che lo vincoli alla giustizia o ingiustizia, più precisamente, all'equità e all'iniquità, dal momento che per lui non esiste una giustizia prima della legge" PEDRO SERNA, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", in *Persona y Derecho*, 37 (1997), 300.

[39] In questo senso, appare esemplare per esempio, l'opera di John Locke, che dedusse la necessità di pagare le tasse, le relazioni gerarchiche militari e, anche tutto il diritto di famiglia, dalla protezione della proprietà considerata come un diritto naturale. FRANCISCO CARPINTERO, in tal senso, sostiene che: "Gli esseri umani, che non potevano fuggire di fronte all'uniformità universale, dovevano essere coinvolti scientificamente da quel loro elemento costitutivo in ultima analisi, e la filosofia sociale doveva partire da una sola nota dell'umano: la socialità di Pufendorf, la proprietà privata in Locke e la benevolenza e la simpatia di Hume". FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna.* cit., pag. 129.

[40] LETICIA CABRERA, *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing.* Università di Cadice, 2001, pag. 211.

qualcosa di incompatibile con il rigore scientifico. Ecco perché, la scienza del diritto, negli anni del trionfo del positivismo giuridico, viene relegata al ruolo di scienza della legislazione, poiché si intese che al di fuori di quello contenuto nelle leggi non esisteva altro diritto. Non c'è da stupirsi che, nel bel mezzo di tale critica, si levasse la voce di Von Kirchmann che dichiara con fermezza il carattere non scientifico della giurisprudenza.

4. *La giurisprudenza non è scienza*

Von Kirchmann condivideva questa idea, la negazione del carattere scientifico della giurisprudenza, in primo luogo, con la "mutevolezza del diritto naturale come oggetto della giurisprudenza"[41]. Effettivamente, a differenza di quanto accade in altri campi, in cui le cose restano, nel diritto, le istituzioni si evolvono in continuazione, ma, tale evoluzione, lungi dall'essere qualcosa di positivo, ha causato un effetto assai negativo sulla scienza giuridica, che rimane sempre un passo indietro in questa evoluzione[42]. Per Von Kirchmann, quando la giurisprudenza, dopo annosi tentativi, "ha finalmente scoperto il vero concetto, la legge, di una delle sue istituzioni, già nel frattempo la realtà è diventata un'altra. Il passo della scienza è sempre in ritardo su quelli dei processi evolutivi; e mai le è dato raggiungere il presente"[43].

Tutte le scienze hanno leggi vere e leggi false, leggi che si sostituiscono le une alle altre quando vengono scoperti nuovi fenomeni. Così, alla Fisica di Aristotele fece seguito quella di Galileo. Newton rettificò Galileo e, successivamente venne superato da Einstein. Tuttavia, osserva Von Kirchmann, non succede lo stesso nella giurisprudenza. Le leggi della scienza giuridica sono le leggi positive del diritto che "cinte di violenza e di pene, esse incombono, vere o false che siano, sul loro oggetto; il diritto naturale deve rinunciare alla propria verità e piegarsi ad esse. Mentre in tutti gli altri campi il conoscere lascia intatto l'essere, ritraendosi rispettosamente davanti a quest'ultimo, nel campo del diritto, si ottiene tutt'altro, per mezzo della legge positiva. Il conoscere, anche quello falso e difettoso, sopraffà l'essere"[44]. Per il

[41] J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. Antonio Truyol Serra. 3ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pag. 14.
[42] "Il sole, La luna, le stelle, brillano oggi come millenni or sono, la rosa fiorisce oggi come nel paradiso; il diritto, in compenso, è da allora diventato un altro. Il matrimonio, la famiglia, lo Stato, la proprietà, hanno attraversato le strutture più diverse. Il nome più noto per questa mutevolezza è l'evoluzione progressiva verso le singole istituzioni del diritto". J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 15.
[43] J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 16.
[44] J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 25.

giurista tedesco, la legge positiva è il prodotto della mera arbitrarietà del legislatore, per questa ragione, per quel che riguarda la verità della legge positiva, il giurista, in quanto scienziato, non ha niente da dire. Può solo limitarsi a indirizzare la propria ricerca verso la parte della legge positiva che sbaglia, alla parte in cui la legge è falsa, e da lì considerare il mestiere del giurista come qualcosa di esecrabile: "La legge positiva, ha trasformato i giuristi in vermi che si nutrono soltanto di legno putrido; allontanandosi da tutto ciò che è sano, essi si annidano soltanto nel marcio e vi tessono le loro tele. In quanto la scienza del diritto assume come proprio oggetto il contingente, diventa contingente essa stessa; tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia"[45].

In realtà, questa dura critica è più indirizzata all'oggetto della scienza giuridica che al metodo con cui è stata elaborata nel corso della storia, ovvero, punta dritto contro la particolarità del diritto come oggetto della conoscenza scientifica, che appare traballante e in costante ricostruzione, in definitiva, che appartiene al campo del contingente e non del necessario o apodittico. Da qui Von Kirchmann trae come conseguenza che, mentre è possibile che una scienza di natura si sostenga sulle leggi e i principi costanti, lo stesso non succede con il Diritto. Tuttavia il fatto che un metodo scientifico sia valido per una realtà (la natura) ma non per l'altra (quella del diritto), non significa necessariamente negare il carattere scientifico dello studio del Diritto. In tal senso, già dall'antichità si osservava che, "(...) nella sua sfera, ogni cosa nella vita, ha un sorta di evidenza che le è propria"[46]. Per questo, è possibile distinguere diversi tipi di prove (prove morali, prove artistiche, prove filosofiche e prove empiriche) secondo la materia su cui ricade il ragionamento che si vuole confrontare. Ed è per questo che non è affatto appropriato mischiare o trasferire le prove di validità da una branca della conoscenza a un'altra. Eudaldo Forment, citando Benson, ci porta l'esempio di quanto assurdo sarebbe pretendere "le prove chimiche della bellezza di un quadro, o la dimostrazione delle qualità morali di un amico, utilizzando gli stessi termini che si impiegherebbero per definire qualcosa in relazione alla luce o al suono, o, infine, le prove matematiche dell'amore materno[47]. In definitiva, come sostenuto già a suo tempo da Tommaso d'Aquino, non possiamo cercare lo stesso grado di verità in tutte le cose. E nelle cose contingenti, come

[45] J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 29.
[46] EUDALDO FORMENT, *El personalismo medieval.* cit., 17.
[47] Ibidem.

le questioni umane, è sufficiente la certezza che qualcosa sia vero nella maggior parte dei casi, sebbene possa fallire in alcuni altri[48].

Alla fine, dietro tutto questo desiderio di imporre un paradigma metodologico uniforme a tutto il campo scientifico, si cela un profondo complesso di inferiorità, come ci ricorda Margarita Castilla, di fronte all'indiscusso successo del metodo scientifico proprio delle scienze sperimentali: "C'è anche chi qualifica come «caccia di prestigio» i ripetuti tentativi della conoscenza giuridico di abbellirsi con la parola «scienza», Mentre altri, come Bobbio (o anche Latorre e Fix-Zamudio) denunciano in questa ricerca un certo «complesso di inferiorità» da parte degli studiosi del Diritto rispetto a coloro ai quali, in virtù del fatto che professano altre scienze paradigmatiche, non viene messa in discussione la condizione di scienziati[49]. La domanda da porsi adesso è se sia o meno possibile parlare di un metodo specifico, proprio del Diritto, che possa essere definito scientifico.

### 5. *La scientificità della conoscenza giuridica: La giurisprudenza è scienza*

Dal mio punto di vista, ritengo che esiste un settore della realtà umana, a cui il Diritto appartiene, che può essere studiato scientificamente, ovvero, attraverso un metodo che, oltre ad essere contemporaneamente tipico della realtà alla quale viene applicato, permette la spiegazione di tale realtà con sufficiente rigore e obiettività da meritare la qualifica di scientifico[50]: "In ogni caso, il fatto è che l'attività scientifica non procede in modo non sistematico ma al contrario, lo fa con un metodo proprio che applica all'oggetto di studio che serve per dare attendibilità alla conoscenza così ottenuta"[51].

---

48 TOMMASO D'AQUINO, Summa Theologiae, I-II, q. 96, art. 1. resp.3.

49 MARGARITA CASTILLA BAREA, "De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho", cit., pag. 200. Sulla stessa linea, ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, scrive: "Risulta particolarmente nociva la tendenza a trasferire in modo automatico alle scienze umane e sociali le definizioni normative di scienza predominanti nelle scienze naturali, con l'obiettivo di proiettare una, sbagliata, immagine di precisione: «Così qualcuno, partendo da un concetto arbitrario di conoscenza, ha negato il grado di scienza, con una miopia innegabile, alla storiografia praticata dai più grandi maestri», WILHEM DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, (Trad. Eugenio Imaz), Messico Fondo de Cultura Económica, 1949 [Originale pubblicato nel 1883], pag. 13", ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 80.

50 OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, "La ciencia jurídica y su objeto", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pag. 14. Disponibile su *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27825/25145* (Data visita: 03-10-2019).

51 Ibidem. Analogamente, Margarita Castilla sostiene: "(...) si può sostenere che il Diritto sia una scienza e contraddire apertamente che sia un'arte -e così avremmo sia scienziati che artisti!- però non si può negare che

Come sostiene Octavio R. Acedo, d'accordo con Rodríguez-Arias Bustamante, la conoscenza del Diritto può essere affrontata solo da due grandi punti di vista: dal punto di vista della pratica forense, ovvero la conoscenza che affronta la giurisprudenza, e dal punto di vista della conoscenza teorica, non tanto volta a valorizzare determinati comportamenti umani, ma piuttosto a ordinare le nozioni di diritto in virtù di un criterio scientifico[52]. Tuttavia, tale distinzione "è piuttosto il risultato dell'astrazione, dal momento che, nella pratica, entrambe convergono e si intersecano"[53]. Si nutrono a vicenda. E questa particolarità nell'oggetto della conoscenza giuridica è ciò che definisce, a sua volta, l'esistenza di un metodo proprio della conoscenza giuridica. "Così come la scienza del Diritto si nutre delle leggi che offre la pratica, la giurisprudenza al momento della sua applicazione, ottiene criteri e luci dall'elaborazione della dottrina che la scienza fa del Diritto. Vale a dire, che devono trovarsi in un'intima compenetrazione, poiché un'elaborazione scientifica del Diritto, distante dalla realtà sociale, ci conduce irrimediabilmente a un'astrazione pura, mentre invece, al contrario, un eccessivo interesse per l'applicazione del diritto che non prenda in considerazione le nozioni che ci possa offrire la scienza, ci condurrà a un casuismo giuridico che in nessun modo può darci una visione completa e adeguata del campo del Diritto"[54].

A suo tempo, Francesco Carnelutti ha asserito che la funzione della Scienza del Diritto è "la scoperta delle regole dell'esperienza giuridica"[55]. Il problema è che l'esperienza giuridica non è suscettibile di essere interpretata sulla base di un codice iniziale che orienti e determini i risultati, che è quello che pretendeva la metodologia giuridica moderna. Vale a dire, il problema è, come osservato nella citata conferenza di Von Kirchmann, che la coscienza collettiva ha sostituito il concetto di scienza con quello di tecnica e ha voluto spiegare i processo

il Diritto sia una materia di studio, una disciplina, un oggetto della conoscenza suscettibile di essere esaminato dalla ragione, sottoposto all'analisi del suo contenuto secondo una propria metodologia consolidata nel crogiolo dei tempi e in costante evoluzione, spiegato e migliorato di continuo nei suoi processi, testato sul banco di prova dell'esperienza forense e, infine, superato da solo ogniqualvolta si materializza in un determinato ordinamento giuridico". MARGARITA CASTILLA BAREA, "De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho", cit., pag. 205.

52 OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, "La ciencia jurídica y su objeto", cit., pag. 15.

53 Ibidem.

54 Ibidem.

55 FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*. Trad. Carlos G. Posada e Ángel Ossorio. Comares, Granada, 2003. pag.

umani (e il Diritto forma parte essenziale dell'umano) attraverso quello che Carpintero descrive come uno "(...) schema riduttivo che prevede un codice iniziale che orienta la direzione dei problemi in modo che vengano riconosciuti come tali, e che orienta anche la direzione delle risposte che devono essere date ai problemi"[56]. Quando la scienza viene sostituita dalla tecnica, la conseguenza più immediata è quella di negare qualsiasi possibilità di una scienza giuridica oltre l'esegesi o di una dogmatica asservita ai testi legali. In definitiva, è assai difficile esimersi dal cadere nella critica di Von Kirchmann e ritenere che la giurisprudenza non è scienza.

L'esperienza giuridica è una realtà in continua costruzione. Non è qualcosa di immobile o statico, ma, al contrario, comporta una correlazione costante tra i testi normativi e l'interpretazione della realtà a cui vengono applicati. Qualcosa che Antonio Álvarez ha spiegato molto bene. Partendo dalla definizione di conoscenza come "un nesso di adeguatezza tra la realtà oggetto dell'indagine e le rappresentazioni o proposizioni che avanziamo su di lei" [57], insiste che, per conseguire una conoscenza scientifica, è imprescindibile come requisito non partire dalla pura soggettività o dalla deformazione della realtà con l'obiettivo di adattarla ai desideri del ricercatore o degli altri attori sociali[58]. D'altro canto, quando si vuole formulare un ragionamento sulla realtà studiata o che si vuole spiegare, questi possono assumere la forma di giudizi di fatto o di giudizi di valore. La differenza tra i due è semplice: i primi sono puramente descrittivi, si limitano a constatare la realtà così come appare (per esempio: "Pietro è alto"), mentre i secondi prevedono la formulazione di un'opinione indotta nel soggetto dall'oggetto contemplato ("Pietro è molto simpatico")[59]. È opinione diffusa ritenere che i giudizi di valore siano puramente soggettivi e, di conseguenza, arbitrari, perché non possono essere verificati nella realtà a meno che non diventino giudizi di fatto (per esempio, "Marta dice che Pietro è molto simpatico") Tuttavia, come evidenziato da Álvarez del Cuvillo, "la realtà è più complessa di questa semplice separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, soprattutto a causa del valore intersoggettivo -né "oggettivo" né "soggettivo"- di qualsiasi

[56] FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna.* cit., pag. 27.
[57] ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 81.
[58] Ibidem.
[59] ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 82.

esperienza umana e di tutte le forme di conoscenza[60]. Perciò, diventano particolarmente utili i giudizi ermeneutici, che sono quelli che si sviluppano nello spazio intermedio tra i giudizi di fatto e i giudizi di valore. In altre parole, i giudizi ermeneutici sono quelli che si ottengono dall'argomentazione[61]: "i Giudizi ermeneutici non possono "essere verificati" in termini "oggettivi", però non sono neppure "puramente soggettivi" o arbitrari, perché fanno riferimento a uno spazio comune di significati condivisi (sono, pertanto, di carattere "intersoggettivo")"[62].

6. *Il metodo ermeneutico come metodo scientifico*

Il Diritto, l'esperienza giuridica, viene alla luce attraverso ragionamenti che sono, nella maggioranza dei casi, giudizi ermeneutici, in cui si procede per mezzo dello stretto vincolo tra dottrina (conoscenza teorica del Diritto) e giurisprudenza (conoscenza pratica del Diritto), il cui intreccio appare indispensabile per l'interpretazione necessaria (implicita o esplicita) che caratterizza il metodo giuridico[63]. Ed è questa la condotta rivendicata dall'Ermeneutica giuridica per la scienza del diritto. Si tratta di un processo circolare perché "la comprensione delle parti è necessaria per intuire il tutto e allo stesso tempo, la comprensione del tutto permette di cogliere il senso delle parti. Il "circolo ermeneutico" presuppone che l'interpretazione sia sempre un processo incompiuto che può arricchirsi grazie al contributo del contesto"[64].

---

[60] Ibidem.

[61] "I giudizi di fatto possono essere percepiti come giudizi ermeneutici quando è necessario rinegoziare il significato delle categorie che li compongono; da parte loro, i giudizi di valore possono essere ricostruiti come giudizi ermeneutici quando si vuole andare oltre l'esperienza puramente soggettiva e avviare un dialogo che contribuisca a una maggior comprensione della realtà". Antonio Álvarez del Cuvillo, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 83.

[62] Ibidem.

[63] ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 82. Analogamente, Octavio R. ACEDO sottolinea: "È necessario insistere sulla necessità del riconoscimento scientifico di queste due forme di conoscenza del Diritto, poiché tra di loro esiste uno scambio, un rapporto reciproco necessario affinché la vita giuridica possa realizzarsi, come scienza e applicazione". OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, "La ciencia jurídica y su objeto", cit., pag. 15.

[64] ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 87. "L'idea di un'Ermeneutica destinata a regolamentare lo studio delle Scienze Umanistiche si è sviluppata alla fine del XIX secolo, grazie a WILHELM DILTHEY e ha continuato a essere attuale nel XX secolo grazie all'opera di autori come EMILIO BETTI. L'opera di Martin Heidegger ha rappresentato la rottura clamorosa nel normale procedere dell'Ermeneutica, perché smise di essere considerata la metodologia delle scienze dello spirito per assumere il ruolo di ontologia dell'umano". MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica.* Comares, Granada,

Arthur Kaufmann, facendo riferimento al circolo ermeneutico, descriveva il metodo del ragionamento giuridico in questo modo. Prima di tutto, si parte dalla precomprensione del caso. Tale precomprensione è "un giudizio provvisorio, aperto alle correzioni"[65]. Non consiste nella determinazione di un risultato, ma in una presa di posizione iniziale o, come spiegavamo prima, un'intuizione della risposta al problema posto, soggetto a revisione. Una volta posizionati in questa precomprensione, il processo prosegue con la formazione della premessa maggiore ("norma concretizzata, norma del caso, fattispecie") attraverso l'induzione e, infine avviene la formazione della premessa minore ("confronto del caso, equiparazione") attraverso l'analogia[66].

La particolarità sottolineata dall'Ermeneutica giuridica, come ci ricorda Kaufmann, consiste nel fatto che questi atti non si producono in successione ma simultaneamente, nello stesso momento, e da qui la difficoltà insita in questo procedimento scientifico (il "circolo ermeneutico") e di conseguenza anche il fatto che alcuni ne neghino la razionalità. Se il Diritto venisse interpretato come una semplice sussunzione, nel senso di una deduzione logica, di una fattispecie in una norma, non ci sarebbe nessun inconveniente. Il metodo giuridico sarebbe infallibile e i suoi risultati sarebbero certi come quelli delle matematiche. Il problema è che, in realtà, non succede così. "In realtà, nessuna conoscenza del contenuto può evitare il "circolo"[67]. Esattamente a questo faceva riferimento Engisch quando alludeva a quel "avanti e indietro dello sguardo tra norma e fatto".

Detto questo, possiamo classificare questo procedimento come metodo? Davvero, i giudizi ermeneutici si ottengono tramite l'applicazione di un metodo determinato? La difficoltà per descrivere tale procedimento come una metodologia ha causato numerose critiche rivolte all'irrazionalità dell'Ermeneutica.

Per andare oltre questa critica, Heidegger e Gadamer (tra gli altri) hanno sottolineato che l'Ermeneutica in realtà più che un metodo è una filosofia trascendentale. Il circolo non è circolo se viene inteso come una condizione trascendentale del comprendere, "così come,

2011. pagg. 46 e 47. Sebbene l'importanza dell'Ermeneutica per il diritto si deve, soprattutto all'opera del suo discepolo Hans-Georg Gadamer, che ha saputo dare nuovo impulso alla nozione aristotelica di prudenza e, pertanto, rivitalizzare la nozione di razionalità pratica. Ibidem.

65 ARTHUR KAUFMANN, "La espiral hermenéutica", in *Persona y Derecho*, 52 (2005), pag. 407.

66 Ibidem.

67 ARTHUR KAUFMANN, "La espiral hermenéutica", cit., pag. 406.

per esempio, non è possibile capire la parte senza la comprensione del tutto, né il tutto senza coglierne le parti"[68].

Per Kaufmann, l'analogia che meglio spiega la forma del procedimento ermeneutico è quella di Windfried Hassemer: il ragionamento giuridico non è simile a un circolo, ma piuttosto a una spirale: "(...) la definizione di Hassemer rivela la reale struttura dell'ermeneutica. Il circolo vizioso torna al punto di partenza, e così non se ne esce. La spirale, al contrario, ci permette anche di tornare, però non cade sul punto di partenza, ma conduce a un livello «superiore». Non ci porta a un vicolo cieco, ma si muove su un terreno aperto, raggiunge nuovi campi, si avvicina all'obbiettivo distante dal punto di partenza, finché non lo ottiene (finché, messi a confronto i casi, vengono equiparati o ritenuti disuguali)"[69].

L'Ermeneutica giuridica ci propone, pertanto, una metodologia nel senso stretto del termine; ovvero, ci propone la strada giusta per arrivare alla scoperta della verità giuridica, ma senza comprendere che sia necessaria per affermare il carattere razionale o scientifico delle sue conclusioni[70].

In tal senso, la sua posizione è leggermente ambigua perché, da una parte, cerca di sostenere la razionalità delle proprie conclusioni ma, dall'altra, non supporta tale razionalità né in un procedimento né in un'ontologia. Come sottolinea Manuel J. Rodríguez, sebbene "(...) l'Ermeneutica giuridica trasferisca l'asse del lavoro giuridico dalla norma alla cosa (...), non risulta affatto chiara l'impostazione epistemologica di tali realtà extra-positive. Spiega

---

68 ARTHUR KAUFMANN, "La espiral hermenéutica", cit., pag. 409.

69 ARTHUR KAUFMANN, "La espiral hermenéutica", cit., pagg. 409 e 410.

70 In merito, appaiono significative le parole di Francisco Carpintero, "È un fatto straordinario notare come si sia spostato l'accento dell'ingenuità. Fin dall'Età Moderna non accettiamo l'oggettività dei principi morali generali (come di quello che vieta di commettere abuso contro le donne), però accettiamo senza riserve critiche la possibilità di un 'teoria' procedurale che abbia un valore potenzialmente vincolante. Naturalmente, gli studiosi sono sempre in disaccordo tra loro, perché ciascuno propone una diversa teoria (di fatto, ad ogni edizione della Feria del Libro ci viene offerta una nuova teoria sulla ragion pratica), però ciò che non manca mai è la fede nella possibilità di un iter procedurale dal valore oggettivo. Sembrerebbe discutibile per la scienza del diritto perché già W. E. HEARN ammoniva (ragionando da giurista) sul fatto che l'abituale scienza del diritto venisse condotta in modo sempre molto unilaterale, in base al metodo degli economisti, che isolavano un unico tratto distintivo della condotta umana con lo scopo di entrare in possesso di un corpus di nozioni da poter gestire con facilità. V. *The theory of legal duties and rights: an introduction to Analytical Jurisprudence,* Melbourne-Londra, 1883. pag. 2. LORD KAMES, in uno dei migliori studi etico-giuridici del XVII secolo, aggiungeva che "Così varia è la natura umana, e così complicati i suoi poteri d'azione, da non poter essere facilmente colti in un solo sguardo". *Essays on the principles of Morality and natural Religion,* Londra, 1758. Ristampa di G. Olms (Hildesheim), 1976. pag. 10", FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX,* cit., pag. 11.

che la «cosa-diritto» e i «fenomeni giuridici extra positivi» presi in considerazione dall'ermeneutica non coinvolgono un'ontologia giuridica; hanno carattere oggettivo, ma non sono qualcosa di «an-sich». Sorprende il modo in cui tutti questi ermeneuti individuano l'ontologia in un ordine normativo immutabile"[71].

Probabilmente il contributo più rilevante dell'Ermeneutica giuridica rispetto alle possibilità di raggiungere una conoscenza scientifica del Diritto, è stato quello di ricordarci che la realtà giuridica non ci viene presentata come qualcosa di immobile e ormai concluso da analizzare e comprendere[72]. Così, il ruolo della Giurisprudenza non consiste tanto nell'applicazione di una serie di principi, regole o norme, quanto in un'attività intelligente orientata a *fare* giustizia e non a *cercare* la giustizia. Vale a dire che, come tutte le attività, anche la Giurisprudenza è un'attività pratica, che consiste nell'incessante costruzione, reinterpretazione, rielaborazione delle regole e dei principi in funzione dei diversi contesti. Tutto ciò si ottiene grazie all'argomentazione, che per questo motivo costituisce parte integrante della prassi giuridica. La necessità di argomentare, implicita in qualsiasi attività giuridica, comporta la comprensione del diritto in quanto attività razionale[73], a condizione che essa avvenga nel piano del reale, e non delle astrazioni. In definitiva, a condizione che tale argomentazione sia determinata dalla realtà sulla quale si fonda, ciò su cui si argomenta segna i limiti di quanto argomentato. Non utilizziamo gli stessi argomenti per discutere sulla necessità di portare il casco quando circoliamo in moto di quando vogliamo aumentare le pene per i delitti di molestie sessuali[74]. È vero che la razionalità fornita dall'argomentazione risulta essere poco "scientifica", poiché può essere verificata solo grazie all'avallo ottenuto da chi è coinvolto

[71] MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pagg. 83 e 84.

[72] "Le norme possiedono un motivo razionale per formar parte di un ordinamento giuridico, e di solito balza in primo piano non tanto il fatto che esistano delle regole e delle norme inerti ma piuttosto la ricostruzione intelligente che deve svolgere colui che voglia disporre dell'ordinamento giuridico. Questo fatto ci viene mostrato da Josef Esser, e in tempi più recenti, da Ronald Dworkin (...) Ho già segnalato che tutte le norme giuridiche di solito sono casi pratici risolti in anticipo". FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. cit., pag. 271.

[73] MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pagg. 100 e 101.

[74] "Effettivamente, per giungere a un accordo soddisfacente è necessario discutere di qualcosa; se il giurista si muove su un livello meramente ideale, la distanza dalle questioni giuridiche gli impedisce di affrontare con successo le esigenze della quotidianità". MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pag. 98.

nella questione, tuttavia come scrive il Prof. Carpintero: "Di fronte all'impossibilità di basare la verità sull'idoneità assoluta del metodo utilizzato, non resta altro che ciò che Paul Feyerabend chiamava *Fingerspitzgefühl*, che significa, sensibilità sulla punta delle dita"[75].

*Abstract*

Da sempre la scienza giuridica è stata messa in discussione, anche se tale contestazione raggiunge il massimo livello dopo la Modernità giuridica, una volta che i nuovi paradigmi metodologici si impongono nella realtà giuridica, nel presente lavoro vengono affrontati, da un punto di vista storico, le cause scatenanti del cambiamento metodologico, così come le conseguenze che tale cambiamento ha portato nella considerazione della razionalità della giurisprudenza. Inoltre, viene presa in considerazione la possibilità che l'Ermeneutica giuridica contribuisca a un nuovo paradigma metodologico proprio del Diritto, che consiste nel cosiddetto "circolo ermeneutico o spirale ermeneutica".

*Abstract*

The questioning of the scientific character of the jurisprudence reaches its splendour after the modernity. In this work we try to analize the historical causes of the change in methodology and its consequences in jurisprudence. It also analyzes the possibility that the "hermeneutic circle or spiral" is the new methodological paradigm.

Cadice, dicembre 2020.

[75] FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX,* cit., pag. 95.

JOSÉ CARO CATALÁN *

# *Arbitrabilità, ordine pubblico e controllo giudiziario: l'incidenza della dottrina sulla recente giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid* **

*Sommario*: 1. Introduzione al concetto di arbitrabilità. – 2. L'estensione dell'arbitrabilità in Spagna. – 3. L'estensione dell'arbitrabilità e l'incidenza sul controllo giudiziario del lodo. – 4. Analisi della dottrina nella giurisprudenza del TSG di Madrid: la valutazione dell' "ordine pubblico economico". – 5. L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid. – 6. La posizione di Fernández Rozas. – 7. L'incidenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid. – 8. Conclusioni.

## 1. *Introduzione al concetto di arbitrabilità*

L'arbitrabilità delle controversie è presupposto fondamentale dell'arbitrato[1]. L'art. 2.1 della Legge sull'Arbitrato (da qui in avanti, LA) stabilisce che sono «suscettibili di arbitrato le controversie in materia liberamente disponibile a norma di legge». Malgrado l'apparente semplicità con cui il legislatore risolve il tema, definire l'ambito dell'arbitrato è uno dei compiti più complessi sia a livello nazionale che internazionale[2].

* *Contratado Predoctoral in Diritto processuale nell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Come afferma J.F. MERINO MERCHÁN, "Da un punto di vista oggettivo, non tutto il diritto può essere suscettibile di compromesso arbitrale, ci sono branche del Diritto intangibilmente riservate alla *iurisdictio* tradizionale; poiché questo è un elemento radicalmente distintivo della funzione giurisdizionale dello Stato rispetto all'arbitrato" (in *Tratado de Derecho Arbitral, 4ª ed. Civitas, Madrid, 2014, p. 28*.).

[2] Secondo J. BETANCOURT "le differenze tra arbitrabile e non arbitrabile sembrerebbero risalire al Diritto Romano, in particolare, al II Secolo avanti Cristo, quando, anche per ragioni di *ordine pubblico,* vennero fissati dei limiti, anche se non molti, in merito all'esercizio del diritto del cittadino romano a risolvere i conflitti mediante arbitrato"(in *«Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad», InDret* 2/2012, p. 14).

L'importanza di tale questione ha fatto sì che in dottrina sia stato coniato un termine specifico, quello di arbitrabilità, con riferimento a questa problematica[3]. In sostanza, tale termine si riferisce alla questione se una determinata controversia possa essere soggetta ad arbitrato o se, al contrario, la sua risoluzione sia di competenza degli organi giudiziari dello Stato[4].

In questa materia, come in altre, la Legge sull'Arbitrato segue gli orientamenti stabiliti dalla Legge Modello UNICTRAL sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, scegliendo una definizione aperta senza elencare le materie che possono essere soggette ad arbitrato[5]. Tuttavia, al di là di quanto stabilito dall'art. 2.1 LA, vi sono altre norme che nella Legge sull'Arbitrato e nel Codice di Procedura Civile aiutano a far luce sul tema in questione.

Da una parte, l'art. 41.1, che regola l'azione di annullamento del lodo, ricomprende tra i motivi di annullamento il caso in cui gli arbitri abbiano risolto «questioni non soggette ad arbitrato» (lett. e). In realtà, sebbene l'articolo si riferisca anche all'arbitrabilità, non aggiunge molto alla sua delimitazione concettuale, visto che, come precedentemente segnalato, tale articolo rimanda alle disposizioni dell'art. 2.1 LA[6].

D'altra parte, occorre prestare attenzione all'art. 19.1 CPC. Secondo tale articolo «le parti hanno la facoltà di disporre dell'oggetto del processo e possono rinunciare agli atti del giudizio, desistere, accettare, sottoporsi a procedura di mediazione o ad *arbitrato*[7] e scendere a compromesso sull'oggetto dello stesso, salvo quando la legge lo proibisce o stabilisca delle limitazioni per ragioni di interesse generali o a favore di terzi». Attenendosi letteral-

[3] Va considerato che questo termine negli Stati Uniti ha un significato molto più ampio, poiché contiene questioni relative all'ambito oggettivo dell'accordo arbitrale. Cfr. L. SHORE, *Defining "Arbitrability": The United State vs. The rest of the world*, in *New York Law Journal, june 15*, 2009 (in *https://indiacorplaw.in/wp-content/uploads/2016/08/shore-definingarbitrability.pdf*; ultima consultazione: 28 novembre 2020).

[4] I. BANTEKAS, *The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration*, in *Australian Year Book of International Law,* vol. 27, 2008, p. 193; Analogamente, L. MISTELIS, *Arbitrability-International and comparative perspectives: is arbitrability a national or an international law issue?*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (dirs. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, p. 4.

[5] Il Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato in questo senso è estremamente indicativo quando afferma che "L'articolo 2 regola le materie soggette ad arbitrato sulla base del criterio di libera disponibilità, come stabiliva la Legge 36/1998. In ogni caso, è da ritenersi superflua la presenza all'interno della legge di un elenco, anche solo esemplificativo, di materie che non siano di libera disponibilità. È sufficiente che venga stabilito che l'arbitrabilità di una controversia coincida con la disponibilità di un oggetto alle parti".

[6] Secondo S. BARONA VILAR "la delimitación de este motivo de anulación del laudo se halla anudada directamente con el artículo 2 LA", in "*Art. 41"*, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2 ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 41.

[7] Il corsivo è nostro.

mente a tale disposizione, c'è chi ha affermato che, in pratica, essa integra una presunzione a favore dell'arbitrabilità che deve essere derogata per legge[8].

Nella dottrina il tema dell'arbitrabilità è stato affrontato da diversi punti di vista. Alcuni autori hanno trattato il tema da una prospettiva puramente sostanziale, considerando che l'arbitrabilità «non è nient'altro che una verifica della validità dell'accordo arbitrale»[9].

Altri, viceversa, ritengono che l'arbitrabilità abbia una connotazione sia sostanziale che processuale[10]. Infine, una terza corrente dottrinale si è occupata dell'argomento da un punto di vista rigorosamente processuale[11]. Per motivi di spazio, non ci dilungheremo nell'analizzare ciascuna di queste posizioni. Ciò che preme segnalare ai fini di questo lavoro è che l'ambito oggettivo dell'arbitrato si è progressivamente esteso, e questo, come vedremo, può incidere in modo particolare sul controllo del lodo.

## 2. *L'estensione dell'arbitrabilità in Spagna*

L'arbitrabilità è questione che resta fuori dall'ambito dell'autonomia della volontà delle parti. Come rileva il Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato, spetta allo Stato, per ragioni di "politica in materia di giustizia", limitare il carattere arbitrabile di certe controversie[12]. Così, dal punto di vista dello Stato, l'estensione delle materie che possono essere soggette ad arbitrato può essere percepita come una cessione della giurisdizione, a favore di un meccanismo privato di risoluzione delle relative controversie[13]. Di conseguen-

---

[8] In questo senso, A.M. LORCA NAVARRETE afferma che l'art. 19.1 CPC "stabilisce una clausola di abilitazione generale a favore dell'arbitrato in merito a tutte le controversie disponibili e sarà necessario, come eccezione a tale regola generale, che le abilitazioni contrarie all'arbitrato, giustificate nelle norme di *ius cogens*, vengano espressamente previste" (in *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 218.).

[9] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje,* in *Estudios de derecho judicial*, 102, 2006, p. 78.

[10] M.P. PERALES VISCASILLAS è tra i più autorevoli sostenitori di questa tesi. Secondo l'Autrice "la libera disponibilità va intesa in relazione sia con il diritto materiale, che con la funzione giurisdizionale" (in *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral,* Aranzadi, 2005, Madrid, p. 131.

[11] In questo settore è molto seguita la tesi di J. MONTERO AROCA, che identifica la non arbitrabilità con "le conseguenze giuridiche previste per legge che si possono applicare nei casi concreti solamente attraverso una sentenza" (in *Materias objeto de arbitraje. Proceso y Garantía (Civil y Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 437). Su posizioni analoghe v. G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo,* Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 103; J. NIEVA FENOLL, *Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición*, in *Annuario di Giustizia Alternativa,* n. 3/2002 (edizione digitale).

[12] Paragrafo II del Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato.

[13] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad*, in *Revista Argentina de Arbitraje,* n. 4, 2019, in *https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=1239712fbb6c91b7becd8f2ad4d96764* (ultima consultazione: 28 novembre 2020).

za, storicamente gli Stati si sono mostrati reticenti nel dichiarare l'arbitrabilità di certe materie.

Tuttavia, negli ultimi decenni, di pari passo con una tendenza internazionale favorevole all'arbitrato, la tipologia di controversie assoggettabili ad arbitrato è notevolmente aumentata[14]. È stato così, per esempio, per materie che tradizionalmente vengono considerate "scomode" per l'arbitrato, come l'*antitrust*, la proprietà intellettuale, le locazioni di immobili urbani o il diritto societario[15].

È stato evidenziato che una delle chiavi per spiegare questa tendenza all'estensione dell'arbitrabilità risiede nelle dinamiche dell'ordine pubblico nell'arbitrato. In passato, l'ordine pubblico era percepito come un motivo ostativo all'arbitrabilità di una materia, rappresentando di fatto un limite all'arbitrato[16]. Tuttavia, quest'idea è venuta progressivamente meno e l'ordine pubblico è diventato un limite al potere decisionale degli arbitri[17] sicché, attualmente, è normale ammettere che l'accordo arbitrale può avere ad oggetto materie interessate dall'ordine pubblico, visto che, come detto, il lodo non viene annullato per aver trattato questioni attinenti all'ordine pubblico, ma per contrarietà allo stesso[18].

A tal proposito, la giurisprudenza sostiene che l'applicabilità ad una controversia di norme cogenti che rientrano nel concetto di ordine pubblico non significa che tale contro-

[14] Per un'analisi particolareggiata di alcune materie storicamente considerate non arbitrabili, ma che attualmente lo sono, cfr. J. MERINO MERCHÁN, *Artículo 2 (Materias objeto de arbitraje). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Coord. Carlos González-Bueno) Consejo General del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 43-61.

[15] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje*, in *La Nueva Ley de Arbitraje. Estudios de derecho judicial,* n. 102, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 80.

[16] Come segnala M. GONZALO QUIROGA, la tendenza a identificare la non arbitrabilità di una materia con l'ordine pubblico era probabilmente dovuta all' «esistenza in diverse normative nazionali di disposizioni che vietano chiaramente di compromettere quelle materie che interessano l'ordine pubblico». In particolare, l'autrice fa riferimento all'art. 2060 cod. civ. francese, laddove stabilisce che «non si potrà compromettere nelle questioni di Stato e di capacità giuridica delle persone, le questioni riguardanti il divorzio e la separazione o le controversie che riguardano gli istituti pubblici o in modo più generico quelle materie che interessano l'ordine pubblico» (in *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 128-129).

[17] Con lo scopo di approfondire questa idea, M.P. PERALES VISCASILLAS afferma che "gli arbitri devono rispettare e applicare le norme di ordine pubblico perché ne diventano dei veri e propri guardiani, ragion per cui devono controllare che il lodo non sia inefficace per violazione dell'ordine pubblico" (in *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, in *Anuario de justicia alternativa,* n. 6/2005, p. 24).

[18] Tra gli altri v. R. VERDERA SERVER, *Art. 9. Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. S. Barona Vilar), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 414.

versia non possa essere soggetta ad arbitrato[19]. Come stabilito dalla sentenza del *Tribunal Supremo* del 18 aprile del 1998, in riferimento all'arbitrabilità dell'impugnazione degli accordi sociali, l'accordo arbitrale riguarda solo "l'alveo processuale necessario per risolverle"[20]. La scelta dell'arbitrato implica, cioè, un atto di disposizione di natura processuale e non materiale, e pertanto, in linea generale, l'ordine pubblico non viene pregiudicato dal mero assoggettamento della lite all'arbitrato. Altra questione è che per i motivi che il legislatore ritenga convenienti - tra cui può esservi l'ordine pubblico - venga limitata la possibilità di disporre dell'"alveo processuale" per risolvere una determinata controversia, con attribuzione della competenza esclusiva alle corti di giustizia.

In definitiva, ciò significa che al momento di stabilire la arbitrabilità di una determinata controversia, si deve partire dall'idea che il criterio della disponibilità della materia previsto dall'art. 2 LA non si riferisce alla natura delle norme applicabili (dispositive o imperative) ma alla possibilità di disporre dell'alveo processuale nel quale verrà incanalata la controversia (giurisdizione o arbitrato)[21].

### 3. *L'estensione dell'arbitrabilità e l'incidenza sul controllo giudiziario del lodo*

Quanto osservato deve essere messo in relazione con l'efficacia del lodo. Come segnala l'art. 43 LA, "il lodo produce gli effetti della cosa giudicata e di fronte a ciò sarà possibile esercitare solamente l'azione di annullamento e, eventualmente, richiedere la revisione come previsto dal Codice 1/2000, del 7 gennaio, di Procedura Civile rispetto alle sentenze definitive". Il lodo gode dunque dell'efficacia che l'ordinamento riserva alle sentenze defini-

[19] In tal senso, si concorda con M.I. RODRÍGUEZ ROBLERO laddove traccia una necessaria distinzione tra "ordine pubblico" e "norme imperative". Come afferma l'autrice "il primo protegge gli interessi generali della comunità sugli interessi individuali o collettivi, siano essi rigorosamente statali o quelli su cui poggia l'ordine economico e morale di una società; mentre le norme imperative possono mirare alla protezione degli interessi privati" (in *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje,* Bosch, Barcellona, 2010, p. 52).

[20] In tal senso risulta esemplificativa la sentenza dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona n. 30 del 9 febbraio 2010, la quale osserva che "tale limite dell'ordine pubblico non può identificarsi con norme imperative, di conseguenza non dispositive, poiché in quel caso l'arbitrato difficilmente sarebbe applicabile nella misura in cui si discuta la violazione di una norma di *ius cogens*. L'incidenza di norme imperative nella controversia, lungi dall'escludere l'arbitrato, impedisce che la controversia venga risolta dai giudici o, eventualmente, dagli arbitri al di fuori delle norme o contraddicendole".

[21] In tal senso si pronuncia la sentenza del Tribunale Supremo di Giustizia dei Paesi Baschi n. 2675 del 30 settembre 2015, sottolineando che "ci troviamo di fronte a una questione regolata dalle norme dello *ius cogens*, però soggetta ad arbitrato fintanto che disponibile; poiché si tratta di due aspetti diversi che il convenuto sembra confondere: (i) l'alveo processuale – arbitrale o giudiziale − e (ii) il diritto sostanziale che deve essere utilizzato da chi è chiamato a decidere in una o nell'altra sede".

tive emesse dall'autorità giudiziaria. Se si aggiunge che l'arbitrato si configura come un "modello di risoluzione delle controversie in un'unica istanza"[22], come indicato nel suddetto articolo, l'unica via per il riesame del lodo, al di là dell'ipotesi eccezionale della revisione delle sentenze definitive, è l'azione di annullamento disciplinata dall'art. 40 LA.

Tale azione costituisce un mezzo di impugnazione speciale (che non può in nessun caso essere considerato come un giudizio di secondo grado, né come un'impugnazione in senso proprio)[23] davanti a un organo giurisdizionale, la Sezione Civile e Penale del Tribunale Superiore di Giustizia della Comunità Autonoma dove la decisione è stata emessa (art. 8.5 LA), che in linea di principio non ha come scopo la revisione del merito del contenuto del lodo arbitrale, bensì la verifica dell'osservanza dei requisiti formali del procedimento arbitrale e della pronuncia del lodo[24]. Con l'azione di annullamento, dunque, non si ha riproposizione della domanda già decisa dall'arbitro, bensì l'introduzione di una nuova controversia avente ad oggetto l'annullamento del lodo per taluno dei motivi previsti dalla legge[25].

Partendo da questa premessa, non c'è da stupirsi che, nella dottrina e nella giurisprudenza arbitrale, a livello nazionale e internazionale, sia stato sancito il divieto di riesame nel merito del lodo[26]. Tuttavia, la validità del divieto non può essere predicata in termini assoluti. Se si ha riguardo alle cause di annullamento del lodo di cui all'art. 41.1 LA, si constata alla lettera f) che uno dei motivi di annullamento risiede nel fatto che il lodo sia «contrario all'ordine pubblico»[27]. Per motivi di spazio, non ci si soffermerà a definire il concetto di ordine pubblico nell'ambito arbitrale. Però conviene comunque, ai fini del presente lavoro,

22 F. RAMOS MÉNDEZ, *El nuevo régimen del laudo arbitral*, in *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, 2013 (in *www.tirantonline.es*; ultima consultazione: 28 novembre 2020).
23 S. BARONA VILAR, in AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 1340.
24 J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje,* La Ley, Madrid, 2008, p. 24.
25 J. REMÓN PEÑALVER, *Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas*, *InDret* 3/2007, pag. 7.
26 Come segnalato da G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, "la dottrina e la giurisprudenza, in Spagna e più in generale, nel resto del mondo, sebbene con importanti sfumature, condividono in termini essenziali questo approccio, a tal punto che l'espressione francese *interdiction de révision au fond* ha avuto fortuna nell'ambito internazionale nel momento in cui si fa riferimento alla questione" (in *El control judicial sobre el fondo del laudo,* Marcial Pons, Barcellona, 2017, p. 10).
27 L'art. 41.1 LA stabilisce che il lodo possa essere annullato solo quando la parte che fa richiesta di annullamento invoca e prova una delle cause elencate di seguito. Inoltre, come sottolineato, la lettera f) ricomprende come causa di annullamento l'ipotesi in cui il lodo sia contrario all'ordine pubblico.

osservare che nella giurisprudenza spagnola esiste una distinzione tra ordine pubblico sostanziale o materiale e ordine pubblico processuale[28].

Come segnala la sentenza del *Tribunal Supremo* della Catalogna del 14 gennaio del 2019, "in senso materiale, la violazione ha luogo quando si contravviene ai valori consacrati considerati fondamentali per la società, perché vengono essi stessi considerati come intangibili in un particolare contesto storico, sociopolitico, economico e culturale. Tuttavia, dal punto di vista procedurale, si può configurare violazione dell'ordine pubblico quando durante il procedimento arbitrale non sono stati rispettati i principi di contraddittorio, difesa e parità tra le parti"[29]. In base a tale definizione, il divieto di riesame nel merito del lodo sarebbe rispettato per quel che riguarda l'ordine pubblico processuale, visto che il giudice, al momento di controllare se nell'arbitrato siano stati rispettati i principi essenziali del processo, svolgerà unicamente un giudizio esterno senza entrare nel merito del lodo[30]. Tuttavia, nel caso in cui si debba verificare se un lodo sia contrario al cosiddetto ordine pubblico materiale, la revisione nel merito del lodo diventa, riteniamo, inevitabile.

Intorno al contenuto dell'ordine pubblico materiale si sono sviluppate numerose teorie[31]; al di là delle diverse sfumature, tutte sostanzialmente concordano sul fatto che il giudice, chiamato a verificare la possibile violazione dell'ordine pubblico materiale, deve conoscere nel merito il lodo per poter valutare se il suo contenuto sia contrario all'ordine pubblico stesso[32]. Se si pone in relazione questa idea con la progressiva estensione dell'arbitrabilità, si giunge inevitabilmente alla conclusione che mano a mano che l'arbitrato

---

28 G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo*, cit., p. 70.

29 STSG della Catalogna n. 2 del 14 gennaio 2019.

30 «L'impugnazione del lodo che siamo autorizzati a effettuare si deve limitare a un giudizio esterno nel rispetto dell'accordo arbitrale, in conformità ai principi essenziali del processo e in osservanza dei diritti e delle libertà fondamentali» (così la STSG della Catalogna cit.).

31 Per un riepilogo delle diverse tendenze della giurisprudenza in materia cfr. A.M. LORCA NAVARRETE, *A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico*, in *Diario La Ley,* n. 8615 del 29 settembre 2015.

32 In modo analogo si pronuncia J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, quando sostiene che «è inevitabile che nella valutazione dell'ordine pubblico il giudice debba emettere una sentenza una sentenza [*sic*] sul "merito" di quanto stabilito dagli arbitri, e questo implica dare una lettura della decisione degli arbitri per verificarne eventualmente la contrarietà con la nozione" (*Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, in *Arbitraje,* vol. VIII, n. 3, 2015, p. 832). Analogamente, G. ORMAZABAL SÁNCHEZ sottolinea che "in caso di presunta violazione dell'ordine pubblico, l'autorità giudiziaria dovrà verificare se la norma la cui infrazione si considera lesiva dell'ordine pubblico possiede veramente tale carattere imperativo o indisponibile e, in caso affermativo, dovrà stabilire se tale norma sia stata o meno infranta. L'autorità giudiziaria, dunque, dovrà analizzare la decisione arbitrale, anche solo dal punto di vista dell'osservanza di una norma imperativa presumibilmente violata" (in *El control judicial sobre el fondo*, cit., p. 99).

coinvolge materie interessate dall'ordine pubblico, si fa più delicato il controllo dei giudici in sede di annullamento del lodo per possibile violazione dell'ordine pubblico[33].

In questo senso, diversi autori hanno messo in relazione l'ampliamento dell'ambito oggettivo dell'arbitrato con un aumento del controllo giudiziario in sede di annullamento del lodo per motivi di ordine pubblico. Così, Verdera Server osserva come "la possibilità che, tramite tale ampliamento, vengano affrontate questioni di *ius cogens* può consentire di ristabilire quel controllo generale sul merito del lodo che si voleva eliminare"[34]. Analogamente, Perales Viscasillas fa notare che il criterio dell'ordine pubblico come limite all'arbitrabilità "è stato sostituito dal principio che gli arbitri devono rispettare l'ordine pubblico dello Stato, ma anche da un controllo più rigido della fase successiva al lodo"[35].

Questa idea, come vedremo, è a fondamento di una serie di decisioni del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid che si andranno ad analizzare, le quali hanno pronunciato l'annullamento di diversi lodi arbitrali che riguardavano controversie relative a contratti di convalida di permuta finanziaria (più comunemente noti come *swap*).

### 4. *L'incidenza della dottrina nella giurisprudenza del TSG di Madrid: la valutazione dell'"ordine pubblico economico"*

Negli ultimi anni, il protagonista indiscusso in materia di arbitrato in Spagna è stato il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid. Come noto, a partire dalla riforma della legge sull'arbitrato del 2011, la competenza per le azioni di annullamento del lodo spetta a questi tribunali[36], e di conseguenza la giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, per l'importanza che la capitale riveste come sede di arbitrati in Spagna, ha un'incidenza speciale sulla pratica dell'arbitrato.

Il protagonismo di questo tribunale, però, non è dovuto solamente a questa ragione, ma soprattutto all'alto indice di lodi annullati[37]. Una delle possibili cause che hanno provo-

33 R. VERDERA SERVER, *Art. 9. Comentarios a la Ley de Arbitraje,* cit., p. 411.
34 *Loc. ult. cit.*
35 P. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, cit., p. 167.
36 Come rileva il Memorandum Esplicativo della Legge 12/2011 di riforma della Legge sull'Arbitrato, la *ratio* della riforma è quella di cercare una maggiore "uniformità" nella giurisprudenza arbitrale.
37 La giurisprudenza emessa dal TSG di Madrid ha generato un certo allarme tra i professionisti che si dedicano all'arbitrato. V., ad es. *Gli annullamenti del TSGM mettono alla prova la Corte de Arbitraje di Madrid* (*El confiden-*

cato un tale aumento di annullamento dei lodi risiede, indubbiamente, nell'ampio concetto di ordine pubblico che il Tribunale di Madrid utilizza, attraverso il quale giustifica un controllo maggiore sul merito delle decisioni arbitrali[38]. Tale concetto di ordine pubblico è stato messo in luce da numerose sentenze, ma, ai fini del presente lavoro ci si concentrerà solamente su alcune di esse. In particolare, ci si riferirà a quelle che hanno annullato lodi arbitrali emessi con riguardo a contratti di permuta finanziaria (d'ora in poi, *swap*).

Tra il 2015 e il 2016 il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid ha annullato sette lodi relativi allo stesso tipo di contratto *swap*[39]. Trattandosi di casi praticamente identici che obbediscono allo stesso schema, le sentenze condividono gran parte della rispettiva motivazione. In ciascun caso, gli attori chiedevano l'annullamento del lodo arbitrale per una presunta violazione dell'ordine pubblico a causa di un'errata interpretazione e applicazione delle norme di condotta stabilite dal Titolo VII della Legge della Borsa Valori e dai regolamenti di attuazione.

Volendo contestualizzare la questione, va considerato che negli arbitrati nei quali sono stati emessi i lodi impugnati, gli attori avevano chiesto che fosse dichiarata la nullità del contratto *swap*, con i relativi effetti economici. In sintesi, la questione riguarda, da una parte, la classificazione di "complesso" del contratto di permuta finanziaria oggetto della controversia, classificazione che implica l'obbligo da parte dell'istituto finanziario di fornire al cliente informazioni sui rischi che comporta l'operazione; dall'altra, l'adempimento della cosiddetta "prova di idoneità" da parte dell'istituto, il cui obiettivo è quello di valutare la situazione di ciascun cliente in modo da poter fornire consulenza sull'idoneità del prodotto finanziario scelto[40]. Nei lodi che sono stati oggetto di impugnazione, gli arbitri avevano

*cial*, 16 giugno 2019, in *https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-06-16/corte-arbitraje-espana-anulacion-laudos_2058846/*; ultima consultazione: 28 novembre 2020)

[38] A tal proposito E. VEGA BARRERA afferma che "negli ultimi due anni, la Sezione Civile del TSG di Madrid ha esteso i limiti del concetto di ordine pubblico. In questo modo ha aperto una porta inesplorata o interdetta fino a quel momento, affinché il lodo arbitrale possa, in sede giudiziaria, essere esaminato in modo approfondito" (in *"Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid", Diario La Ley,* n. 9041 del 14 settembre 2017, p. 4).

[39] STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016; STSG di Madrid n. 45 del 26 maggio 2015; STSG di Madrid n. 27 del 6 aprile 2015; STSG di Madrid n. 30 del 14 aprile 2015; STSG di Madrid n. 79 del 3 novembre 2015; STSG di Madrid n. 13 del 28 gennaio 2015.

[40] G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, cit., p. 77.

deciso a favore degli istituti finanziari, ritenendo che non si trattasse di un prodotto "complesso" secondo quanto previsto dall'art. 79.8 della Legge della Borsa Valori[41].

Chiamato a decidere sull'annullamento, il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid ha mutato la propria giurisprudenza, dichiarando la nullità dei lodi in esame.

Secondo la sentenza del 28 gennaio del 2015, nel concetto di ordine pubblico di cui all'art. 41.1, lett. f), LA, è compresa "sia la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal Capitolo II del Titolo I della Costituzione, sia, in base a quanto previsto anche dal Diritto dell'Unione Europea, quello che è stato definito «ordine pubblico economico"[42]. In quest'ottica, il Tribunale rileva che il "paradigma evidenziato del principio che integra l'ordine pubblico economico è quello della buona fede contrattuale (...) la cui inosservanza è particolarmente ingiustificabile quando nella stipula di un contratto si verifica una situazione di disparità, sproporzione o asimmetria tra le parti a causa della complessità del prodotto oggetto del contratto e della diversa conoscenza che ne hanno i rispettivi contraenti". In tal senso, il Tribunale illustra in modo meticoloso la normativa da applicare al contratto in esame, arrivando a concludere che la legge non si limita a classificare gli *swap* come prodotti finanziari complessi, ma proibisce di considerarli come non complessi: "si tratta, se così si può dire, di una *praesumptio iuris et de iure* di complessità, non suscettibile di prova contraria"[43]. Di conseguenza, il Tribunale considera "determinante l'errore palese che inficia il lodo nel momento in cui non ritiene necessaria la prova di idoneità"[44] e, pertanto, la motivazione del lodo "contravviene all'ordine pubblico poiché arbitraria, *ex* art. 24.1 CE, ovvero palesemente contraria alle norme legali imperative; si dà il caso che, inoltre, tali norme di *ius cogens* siano espressione del principio generale di buona fede contrattuale, e questo principio, in modo particolare in questo tipo di contratto e con questo tipo di contraenti, integra una questione di ordine pubblico, causa di annullamento ai sensi dell'art. 41.1, lett. f), LA"[45].

A prescindere dalle valutazioni che si possono fare su questa motivazione che, si ribadisce, è praticamente identica nelle sentenze considerate, ciò che rileva ai fini del presente

41 STSG di Madrid n. 13 del 28 gennaio 2015, punto 1 della motivazione.
42 STSG di Madrid cit., punto 4 della motivazione.
43 STSG di Madrid cit., punto 6 della motivazione.
44 STSG di Madrid cit., punto 8 della motivazione.
45 STSG di Madrid cit., punto 8 della motivazione.

lavoro è il controllo che, sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico, viene svolto sul merito del lodo, nel quale si apprezza l'incidenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza.

5. *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid*

Va sottolineato che le sentenze alle quali si fa riferimento in questo lavoro hanno generato una vasta eco, trovando spazio persino nei mezzi di comunicazione[46]. In tal senso, un settore della dottrina ha denunciato che il Tribunale di Madrid abbia finito per svolgere «una sorta di revisione del merito della causa, che può essere considerata un vero e proprio ostacolo per l'arbitrato nazionale e un pregiudizio causato a quello internazionale, nel senso che la Spagna non ha più di fatto una giurisprudenza *pro* arbitrato»[47]. In modo ancora più vigoroso un autore ha segnalato che la sentenza (nella specie, la sentenza del 28 gennaio 2015, anche se quanto detto può essere riferito anche alle altre decisioni) è entrata nel contenuto sostanziale del lodo, agendo «come istanza d'appello» e snaturando «l'azione di nullità della Legge sull'Arbitrato», concludendo che «lo sconfinamento del TSG è, senza alcun dubbio, l'errore più grave perché mina la base dell'arbitrato»[48].

Tali critiche non sono state sufficienti a determinare un ripensamento del TSG di Madrid, in quanto nelle successive sentenze il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento circa la possibilità di verificare il merito del lodo, affidandosi alla dottrina.

È il caso, per esempio, della sentenza del 23 ottobre del 2015. In tale sentenza, il Tribunale rafforza la tesi favorevole alla possibilità di controllare il merito del lodo per verificarne la conformità con l'ordine pubblico. Per giustificare il proprio operato, il Tribunale fa affidamento alle idee a cui si è fatto riferimento nel presente lavoro. La circostanza che una specifica materia sia regolata da norme imperative non significa che le relative controversie

46 Come intitolava *Expansión* il 12 aprile 2015, "Il settore dell'arbitrato è sotto shock a causa di una sentenza del TSG di Madrid. Ritiene di non annullare il lodo per una ragione formale, come prescritto" (*https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2015/04/12/5527f51422601dee668b4571.html*; ultima consultazione: 28 novembre 2020)

47 M.P. PERALES VISCASILLAS, *Los laudos sobre Swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid*, in *Diario La Ley*, n. 8700 del 11 febbraio 2016 (edizione digitale).

48 M. CONTHE, *Swap de intereses: la senteica del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015*, in *Diario La Ley*, n. 8515 del 9 aprile 2015, p. 8.

non possano essere soggette ad arbitrato, ma gli arbitri hanno il dovere di applicare le suddette norme. È proprio per sostenere tale idea che il Tribunale si affida alla dottrina.

La sentenza riporta un'importante citazione letterale di Fernández Rozas, autore di riferimento in materia. Poiché la finalità principale di questo lavoro è analizzare l'incidenza della dottrina nella giurisprudenza, si ritiene pertinente riportare qui la citazione completa:

"L'arbitrabilità della controversia, è vero, sta guadagnando terreno nella misura in cui l'arbitrato sta diventando abituale tra i soggetti coinvolti nel traffico commerciale internazionale. In questo modo materie tradizionalmente scomode nell'arbitrato come l'antitrust o la proprietà industriale, il diritto delle società multinazionali, divengono oggi consuetudine degli arbitri sia nell'arbitrato nazionale che in quello internazionale. Tuttavia, questa evoluzione nel settore delle materie arbitrabili ha un prezzo: se l'arbitrato si addentra in territori toccati da interessi generali o politiche legislative di protezione, deve tenere ben presente il terreno in cui si addentra, e cosa implica trattare con materie che hanno ricevuto una particolare attenzione da parte dello Stato. L'ingresso dell'arbitrato in questi settori dell'ordinamento comporta un aumento del controllo relativamente al merito. È proprio qui che, in modo palese, il risultato sostanziale di un lodo arbitrale viene controllato, e lo possiamo dire con fermezza. Gli Stati non vietano che la risoluzione di un conflitto avvenga tramite arbitrato; però qualora la controversia sia disciplinata da norme sostanziali di carattere imperativo o da principi di ordine pubblico il Tribunale statale incaricato dell'annullamento può, in modo legittimo, auspicarne il rispetto e l'applicazione. Il discusso concetto - ordine pubblico - previsto dall'art. 36.b.ii) del Modello di Legge UNCITRAL o, in sede di riconoscimento dei lodi arbitrali esteri, dall'art. V.2.b) della Convenzione di New York del 1958 (RCL 1977, 1575) è chiarissimo. In realtà, mantenendo il principio di assenza del controllo a tutti gli effetti, risultava difficile stabilire a cosa si riferissero queste leggi, considerato che l'ordine pubblico processuale ha, nelle cause di annullamento relative alla regolarità del procedimento arbitrale, il suo naturale luogo di revisione. Ma la verità è che il controllo esiste e riguarda il merito della questione; quando una norma imperativa deve

essere applicata, il fatto che l'organo giudicante sia nazionale o estero, arbitrale o giudiziale, passa in secondo piano"[49].

Di seguito, la sentenza aggiunge un'altra citazione dello stesso autore per integrare il pensiero di cui sopra:

"Un lodo emesso con indifferenza rispetto all'ordinamento in cui deve essere applicato può generare dei problemi... L'efficacia del lodo sarebbe oggetto di impugnazione sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico dello Stato che lo giudica, e non sotto il profilo dell'arbitrabilità della controversia. Tale opinione espressa dalla CGUE sul caso "Eco Swiss c. Benetton", ripresa successivamente in giurisprudenza, implica il dovere del rispetto dell'ordine pubblico comunitario sotto tutti i suoi aspetti"[50].

Attraverso questa citazione, il tribunale sembra voler confutare le critiche generate dalle prime sentenze di annullamento dei lodi relativi agli *swap*, provocando così un dialogo implicito tra dottrina e giurisprudenza.

La sentenza definisce "incomprensibile" il fatto che, da una parte, si ipotizzi che il rispetto alle norme imperative sia un dovere dell'arbitro e che, dall'altro lato, questi venga accusato di "eccesso di potere giurisdizionale" quando nel processo di annullamento del lodo accerta se, al momento di pronunciare la sentenza, siano state osservate tali norme imperative[51]. In questo modo, viene introdotta l'analisi dei due motivi che portano all'annullamento del lodo: l'assenza della motivazione del lodo come violazione dell'ordine pubblico (processuale) e la violazione dell'ordine pubblico economico (sostanziale).

La sentenza cerca di giustificare il controllo della motivazione del lodo poiché, come sottolinea, non è ammissibile che il controllo sulla motivazione debba limitarsi ai casi in cui si è verificato un "errore accidentale"[52]. Si parte dal presupposto che il tribunale competen-

[49] Citazione estrapolata direttamente dalla STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016, punto 2 della motivazione. In realtà, come già segnalato, la decisione richiama l'opinione di J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., pp. 80-81. Va sottolineato che questa stessa citazione è stata utilizzata di recente dallo stesso tribunale - e dallo stesso relatore - in una sentenza che riguardava l'annullamento di un lodo atto a risolvere una controversia relativa a un contratto di franchising: cfr. la STSG di Madrid n. 49 del 13 dicembre 2018.

[50] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., pp. 82-83.

[51] STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, punto 5 della motivazione.

[52] "La Sezione del Tribunale non può accettare che, con una semplificazione grave e priva di fondamento, si intenda assimilare la violazione dell'ordine pubblico, motivo di annullamento del lodo, ad un mero "errore accidentale" (STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem*).

te sull'annullamento del lodo possa "verificare, dal punto di vista del controllo dell'ordine pubblico, che la motivazione, in generale, e la valutazione della prova, in particolare, contenute nel lodo, possano essere lesive dell'art. 24.1 CE"[53]. A quest'idea si collega il concetto che il tribunale ha dell'ordine pubblico soggetto a protezione mediante l'art. 41.1 f) LA. Come affermato nella sentenza, l'ordine pubblico "comprende sia la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal Capitolo II del Titolo I della Costituzione, sia, in base a quanto previsto perfino dal Diritto dell'Unione Europea, quello che è stato definito "ordine pubblico economico", nel quale vengono incluse talune regole fondamentali e principi contrattuali irrinunciabili , o bisognosi di particolare protezione"[54]. Pertanto, l'opinione del tribunale è che la verifica del merito del lodo alla ricerca di una probabile violazione dell'ordine pubblico è più che giustificata. In questo modo, il tribunale applica il concetto a cui facevamo riferimento all'inizio del lavoro - e che viene espresso in modo molto chiaro da Fernández Rozas nella citazione richiamata nella sentenza – in forza del quale l'ordine pubblico non esclude l'arbitrabilità, ma obbliga l'arbitro a farne applicazione, pena la nullità del lodo ai sensi dell'art. 41.1 f) LA[55].

Infine, è opportuno segnalare che l'impatto di questa citazione nella giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid non si limita a questa sentenza; come già evidenziato, infatti il Tribunale l'ha utilizzata in modo ricorrente non solo nelle sentenze relative a contratti *swap*[56], ma anche per decidere sull'impugnazione dei lodi arbitrali in altre materie[57].

### 6. *La posizione di Fernández Rozas*

Al pari delle norme, anche le opinioni dottrinali sono soggette a interpretazioni e, in questo caso, sembra che l'interpretazione data dal Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid della citazione del lavoro di Fernández Rozas non corrisponda esattamente all'idea che l'autore ha in materia.

---

[53] STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem.*
[54] STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem* .
[55] Tra gli altri, anche M.J. CARAZO LIÉBANA sostiene quest'idea (cfr. *El arbitraje societario,* Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 150).
[56] Oltre che dalla citata STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, la citazione viene utilizzata nella STSG di Madrid n. 79 del 23 novembre 2015, nonché dalla STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016.
[57] STSG di Madrid n. 16 del 12 aprile 2018; STSG di Madrid n. 49 del 13 dicembre 2018.

Ciò si desume da due articoli nei quali l'autore si è occupato dell'annullamento dei lodi sui contratti *swap* di cui si sta trattando[58]. Ancorché gli articoli siano precedenti alla prima sentenza nella quale viene inserita la citazione (motivo per cui egli non ha avuto l'opportunità di eccepire direttamente rispetto al suo utilizzo), in essi Rozas assume comunque una posizione assai critica nei confronti della giurisprudenza in commento.

L'autore rileva come le sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid abbiano messo in allarme i collegi arbitrali, preoccupati che, ove questa giurisprudenza si consolidi, la capitale spagnola possa perdere il proprio ruolo di protagonista nella pratica dell'arbitrato istituzionale. L'autore analizza inoltre, in linea generale, l'estensione e il limite del controllo giudiziario sul lodo arbitrale.

Egli assume una posizione che a prima vista sembrerebbe diversa da quella espressa nel lavoro citato dalla sentenza, ma che in realtà non è altro che una precisazione - o meglio, un chiarimento - della tesi sostenuta in precedenza. Concentrandosi sulla limitazione del controllo giudiziario del lodo al "risultato", egli afferma che, anche quando il lodo ha ad oggetto materie interessate dall'ordine pubblico, il giudice non deve arrivare a valutare come l'arbitro ha risolto la controversia[59].

In sintesi, la conseguenza di questa posizione è che "la violazione dell'ordine pubblico non può includere qualsiasi violazione di una norma giuridica, anche se si tratta di norma imperativa, poiché non tutte le violazioni di norme imperative riguardano l'ordine pubblico, sicché la violazione si configura solamente quando l'arbitro abbia emesso un lodo che violi palesemente i diritti fondamentali, secondo le norme procedurali applicabili". L'autore

[58] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, *Diario La Ley*, 8537 del 12 maggio 2015 pp. 1-9; ID., *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, in *Arbitraje*, Vol. III, 2015, pp. 823-852.

[59] "Il giudice dovrebbe limitarsi a verificare il risultato del lodo controllando se gli arbitri erano a conoscenza del fatto che esisteva un problema di ordine pubblico (…). In altre parole, il giudice non può esaminare l'esattezza della motivazione del lodo partendo dalla nozione di ordine pubblico" (ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 5).

esclude così la possibilità di sindacare la motivazione[60], limitando l'attività di controllo giudiziale al "risultato del lodo"[61].

Ciò sembrerebbe in contrasto con la citazione riportata dalla sentenza, laddove si afferma che "qualora la controversia sia disciplinata da norme sostanziali di carattere imperativo o da principi di ordine pubblico di natura positiva, il Tribunale statale adito per l'annullamento può, legittimamente, auspicarne il rispetto e l'applicazione"[62]. E' quindi desumibile una posizione favorevole a un controllo giudiziario senza limitazioni sul merito del lodo quando si tratti di verificare l'applicazione delle norme imperative o dei principi di ordine pubblico. Tuttavia, se si ha riguardo alla citazione nel suo insieme, è evidente che l'autore fa già un esplicito riferimento al fatto che tale controllo debba vertere in modo specifico sul "risultato sostanziale" del lodo arbitrale[63]. In questo modo l'autore sposta l'attenzione del controllo giudiziario dalla motivazione al risultato del lodo, contrariamente a quanto sostenuto nelle sentenze del tribunale madrileno.

Diverse sono le obiezioni che si possono sollevare rispetto a quest'idea. La principale riguarda la difficoltà di definire il significato di "risultato sostanziale" del lodo. In tal senso, Ormazabal Sánchez sottolinea che esistono due possibili interpretazioni: da una parte, il risultato potrebbe essere "l'effetto giuridico del lodo contenuto nella parte dispositiva"[64]; dall'altro, esso potrebbe anche essere interpretato come "il fatto di aver violato una norma imperativa [nel caso concreto] che regola il regime di permuta finanziaria"[65]. L'autore conclude che, accedendo alla prima interpretazione, la dichiarazione di validità di un contratto e la corrispondente pena al pagamento degli importi dovuti in forza di esso non costituisce per sé una violazione dell'ordine pubblico. Mentre, accedendo alla seconda interpretazione, la violazione delle norme imperative che regolano tale contratto e che determina il senso

[60] "La regola è l'impossibilità di un intervento di revisione del lodo da parte dell'autorità giudiziaria quanto al merito *(meritum causae)* e rispetto agli eventuali errori *in iudicando*; le decisioni degli arbitri sono esenti da ulteriore censura per quel che riguarda il modo di valutare i fatti o le prove, l'interpretazione del diritto sostanziale o gli estremi che hanno determinato un particolare ragionamento giuridico" (ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 4).
[61] ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 4.
[62] ID., *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., p. 81.
[63] *Ivi,* p. 64.
[64] G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, cit., p. 80.
[65] *Ivi,* p. 80.

del dispositivo del lodo potrebbe probabilmente essere considerato un risultato contrario all'ordine pubblico[66].

Se ci si limita ai lavori più recenti di questo autore, è evidente la sua preferenza per la prima interpretazione, laddove sostiene che "il giudice deve limitarsi a controllare il risultato del lodo, e verificare se gli arbitri erano coscienti dell'esistenza di un problema di ordine pubblico, escludendo l'ipotesi di un esame delle motivazioni, e senza che sia necessario verificare in che modo gli arbitri hanno risolto il problema"[67].

Al di là delle obiezioni di fondo che il tema può suscitare, ciò che merita notare ai fini del presente lavoro è che, in questo caso, la dottrina incide chiaramente sulla giurisprudenza, giacché un argomento trattato in un lavoro scientifico viene incorporato in una serie di sentenze allo scopo di promuovere una particolare posizione giuridica in merito alla portata del controllo giudiziale sul merito del lodo. Tuttavia, la particolarità di questo caso risiede nel fatto che la posizione assunta della giurisprudenza è l'esatto contrario di quanto sostenuto dall'autore della citazione riportata nella sentenza.

### 7. *L'incidenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid*

Si è analizzata fin qui l'incidenza della dottrina di un autore in particolare su una serie di sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid. Come si è potuto vedere, si tratta di un'incidenza esplicita di una posizione dottrinale chiamata ad integrare e consolidare una tesi che il tribunale aveva già sostenuto in altre sentenze[68]. Tuttavia, in questo caso, l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza va ben oltre una semplice citazione dottrinale.

Non si può ignorare che le sentenze oggetto di commento in questo lavoro sono state pronunciate dallo stesso organo giudiziario e che, in ciascuna di esse, il giudice relatore era sempre Santos Vijande, docente di diritto processuale[69].

---

[66] *Ibidem,* pag. 80.

[67] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, cit., p. 844.

[68] Sembra che sia proprio questa la funzione che la dottrina riesce a svolgere nel migliore dei modi sulla giurisprudenza, visto che come segnala X. O'CALAGHAN MUNOZ, essa «non è fonte del diritto, ma un semplice mezzo per conoscerlo e approfondirne lo studio» (in *Compendio de Derecho Civil,* vol. 1, Edersa, Madrid, 2004, edizione digitale).

[69] A proposito di questo tema, M.P. PERALES VISCASILLAS sottolinea che, a suo giudizio, uno dei motivi del mutamento della giurisprudenza del TSGM è stato "l'arrivo nel 2014 del docente di diritto processuale, Santos Vijande, relatore di tre delle sei sentenze di annullamento, che potrebbe aver trasferito all'interno della

È noto che l'accesso alla carriera giudiziaria in Spagna avviene tramite concorso libero[70]. Tuttavia, la LOPJ (Legge organica del potere giudiziario) conserva alcune eccezioni, tra cui quella prevista per le nomine di una parte dei Magistrati delle Sezioni Civile e Penale dei Tribunali Superiori di Giustizia. Così, per questi organi giurisdizionali, l'art. 330.4 LOPJ prevede che "una posizione su tre dovrà essere ricoperta da un riconosciuto e prestigioso giurista con più di 10 anni di esercizio professionale nella comunità autonoma, nominato su proposta del Consiglio Generale della Magistratura e scelto fra una terna di candidati presentata dall'Assemblea legislativa".

Questo tipo di accesso in qualità di Magistrato favorisce quei giuristi che hanno svolto professioni legali, i quali possiedono una solida formazione giuridica e possono apportare esperienze di diversa natura acquisite nell'esercizio delle rispettive professioni[71]. Di conseguenza è normale che i professori di diritto delle università spagnole accedano alla carriera di magistrato con questo meccanismo.

Quanto detto pone di fronte ad un altro tipo di modalità nel passaggio di conoscenze tra la dottrina e la giurisprudenza. Infatti, non si ha passaggio di conoscenze solo quando la giurisprudenza, in modo più o meno esplicito, sostiene i propri argomenti facendo riferimento alle opinioni dottrinali, ma anche quando i membri della dottrina scientifica svolgono direttamente funzioni giurisdizionali.

Esaminare l'idoneità dei membri della dottrina scientifica ad esercitare questo genere di funzioni può essere molto interessante da diversi punti di vista. Tuttavia, tale questione resta fuori dagli obiettivi del presente lavoro, e verrà affrontata in altra sede.

Al contrario, rientra negli obiettivi del presente lavoro affrontare il tema della possibile relazione tra lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali da parti dei membri della dottrina scientifica e l'utilizzo delle fonti dottrinali nelle sentenze.

---

Sezione del Tribunale la sua personale visione sull'arbitrato" (in *Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid,* cit., pag. 6). Un riferimento a tale circostanza è contenuto anche nella pagina web della Magistratura, in *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Sala-de-prensa/Notas-de-prensa/-Santos-Vijande-toma-posesion-como-nuevo-magistrado--de-la-Sala-Civil-y-Penal-del-TSJ-de-Madrid* (ultima consultazione: 28 novembre 2020).

[70] Art. 301.3 LOPJ: "L'accesso alla carriera giudiziaria per la categoria di giudice avverrà tramite superamento di concorso libero e di un corso teorico e pratico di selezione che verrà effettuato nella Scuola Giudiziaria".

[71] V., a tal proposito, AA.VV., *Curso de Derecho Procesal Civi,* I, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2019, p. 55.

Ad avviso di chi scrive esiste un relazione di causa-effetto. Appare infatti evidente che se il tribunale è composto da un membro della dottrina, ed ancor più se assume il ruolo di giudice relatore, le possibilità che la decisione includa argomenti tratti da opere dottrinali aumentano in modo esponenziale.

Si giunge a tale conclusione semplicemente per una questione metodologica. Se il magistrato si è precedentemente dedicato alla ricerca in campo giuridico, sarà più propenso a ricorrere a fonti dottrinali e, di conseguenza, sarà più incline a integrare nelle proprie decisioni argomenti tratti da opere dottrinali. Non solo: è assai probabile che il trattamento delle fonti dottrinali utilizzate avvenga con maggior rispetto nei confronti dell'autore di quanto non succeda nella consueta *praxis* di corti e tribunali spagnoli.

Detto questo, va doverosamente sottolineato che le conclusioni qui raggiunte sono tratte dalla disamina di alcuni casi concreti, e per essere confermate in maniera generale richiederebbero uno studio statistico che va ben oltre il limite del presente lavoro.

## 8. *Conclusioni*

Dopo aver illustrato le teorie dottrinali sulla relazione tra arbitrabilità, ordine pubblico e controllo giudiziale, e analizzatane l'incidenza nella recente giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, si possono formulare le seguenti conclusioni:

I) esiste un consenso dottrinale, a livello nazionale e internazionale, che mette in relazione l'estensione dell'arbitrato a talune materie interessate dall'ordine pubblico con un maggior controllo delle corti di giustizia in sede di annullamento del lodo;

II) tale tesi è stata accolta dal Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, il quale ha ritenuto che i contratti *swap* fossero regolati dalla legislazione europea che, secondo quanto indicato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appartiene al campo del cosiddetto "ordine pubblico economico";

III) la dottrina scientifica ha avuto un ruolo complementare nelle decisioni citate, nel senso che è servita per rafforzare un particolare orientamento. Pertanto, non sarebbe corretto affermare che l'incidenza della dottrina in questo caso sia andata al di là di tale ruolo, visto che le prime decisioni giurisprudenziali non includevano la citazione analizzata;

IV) è possibile utilizzare una particolare citazione dottrinale per giungere a sostenere una tesi contraria a quella sostenuta dall'autore;

V) il trasferimento di conoscenze tra dottrina e giurisprudenza può andare oltre la pratica tradizionale dell'inclusione di citazioni dottrinali in decisioni giurisprudenziali, in quanto tale trasferimento si verifica anche quando membri della dottrina scientifica vengono nominati per svolgere funzioni giurisdizionali;

VI) la circostanza che i membri della dottrina scientifica svolgano tali funzioni può avere un impatto quantitativo e qualitativo diretto sull'utilizzo delle fonti dottrinali nell'elaborazione delle decisioni giurisdizionali.

*Abstract*

La giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia di Madrid in materia di arbitrato sembra puntare a un maggiore controllo dei lodi arbitrali attraverso l'azione di annullamento. In questo saggio analizzeremo innanzitutto in termini generali il concetto di "arbitrabilità" e la sua espansione negli ultimi anni, prestando particolare attenzione al legame tra tale estensione e l'aumento del controllo giudiziario sui lodi. In secondo luogo, analizzeremo la posizione giurisprudenziale della Corte Suprema di Giustizia su questo tema e, soprattutto, l'impatto che la dottrina, attraverso varie modalità, ha avuto sullo sviluppo di questa giurisprudenza.

*Abstract*

The Superior Court of Justice of Madrid´s case-law in the field of arbitration seems to point towards greater control of arbitral awards through the annulment action. In this paper, we will first analyze in general terms the concept of "arbitrability" as well as its expansion in recent years, paying special attention to the link between that extension and the increase of judicial control over the awards. Secondly, we will analyze the jurisprudential position of the Superior Court of Justice on this issue and, especially, the impact that the doctrine, through various modalities, has had on the development of this case-law.

Cadice, dicembre 2020.

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN*

# *La costruzione delle obbligazioni di mezzi versus le obbligazioni di risultato nella dottrina tradizionale* **

*Sommario*: 1. Considerazioni preliminari. - 2. Il concetto di obbligazioni di mezzi e di risultato e le sue critiche. - 3. Il campo di applicazione. - 4. Criteri per distinguere le prestazioni di mezzi e di risultato. - 5. Il regime giuridico delle obbligazioni di mezzi: le funzioni della colpa e dell'onere della prova. - 5.1. Prima funzione: la colpa come criterio di compimento. - 5.2. Seconda funzione: la colpa come criterio di imputazione dell'inadempimento. - 5.3. L'onere della prova.

## 1. *Considerazioni preliminari*

Fra le molte e svariate aree dove è possibile rintracciare una maggiore influenza degli studi dottrinali nella giurisprudenza, è nell'ambito delle obbligazioni di mezzi dove è possibile veder emergere con grande chiarezza le interazioni. Per questa ragione e perché si tratta di una materia strettamente collegata al campo di ricerca "contratto di fornitura di servizi" che caratterizza la mia traiettoria fin dai suoi inizi (non per niente è stato l'argomento della tesi che mi ha permesso di conseguire il grado di Dottore), è stata scelta per condurre il lavoro di ricerca realizzato nel progetto di ricerca che dirigo come ricercatrice principale, dal titolo "*Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro*".

* *Catedratica di Diritto civile nell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Studio realizzato nell'ambito del Progetto di Ricerca I+D+i DER2016-74971-P "Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro".*

A questi due motivi, se ne aggiunge un terzo che è, senza alcun dubbio, anche quello che valorizza maggiormente lo studio realizzato: la sua attualità. Di sicuro, la categoria di obbligazioni di mezzi e di risultato, inesistente nei codici, è stata una creazione della dottrina che ha fatto versare, a suo tempo, abbondanti fiumi di inchiostro. Tuttavia, è vero anche, che dopo essere stata oggetto di discussioni e analisi, è rimasta in letargo per qualche anno, una volta raggiunta una sorta di unanimità (o almeno tranquillità) a livello di dottrina. Sono due i fattori che "fanno tornare di moda" le obbligazioni di mezzi e di risultato, mettendole in mostra, questa volta con un chiaro intento: trasformarle in uno strumento in grado di permettere agli operatori del diritto di dare risposte ai conflitti in merito alla responsabilità civile professionale che stavano letteralmente sommergendo i nostri Tribunali.

Prima di tutto, la giurisprudenza ha ripreso tale distinzione e se ne serve per, soprattutto in materia di responsabilità medica e, in misura minore, in quella di altri professionisti (soprattutto avvocati e procuratori), far ricadere in una o nell'altra categoria, le conseguenze giuridiche derivanti dall'inadempimento (se, in effetti, è riscontrabile). La curva delle azioni che rivendicano la responsabilità nei confronti dei professionisti è in forte crescita, perché il cliente, che adesso è il consumatore, non ha più timore di affrontare un giudizio contro il fornitore di un servizio che considera difettoso. Vista l'assenza nei codici di un quadro giuridico *ad hoc* e la paralisi del legislatore nazionale, e tenuto conto che gli obblighi professionali sono obbligazioni di fare, i Tribunali hanno individuato nelle tesi elaborate nella dottrina in materia di obbligazioni di mezzi e di risultato (i criteri per distinguerle, la funzione della colpa e l'onere della prova) uno strumento utilissimo per ravvisare se, in effetti, vi è inadempimento nonché quali siano le conseguenze giuridiche derivanti.

Sebbene il fattore descritto in precedenza sia sufficiente per destare l'interesse del giurista, negli ultimi anni è avvenuto un secondo fatto: il diritto contrattuale europeo ha rispolverato la categoria delle obbligazioni di fare e l'ha inclusa, con maggiore o minore fortuna, in diverse proposte o bozze di una normativa riguardante i contratti di servizi.

La ricerca svolta si colloca in questo scenario e il primo frutto è il presente contributo, pubblicato nella Rivista di una delle due Università italiane, partner del nostro progetto, l'Università degli studi di Camerino, grazie all'invito del professor Rocco Favale, che fa parte

del gruppo di lavoro. Così, nel presente lavoro, vengono esposte, in modo critico, le principali linee sulle quali si regge la dottrina tradizionale in merito alle obbligazioni di mezzi e di risultato, dottrina che, con piccole modifiche, viene accolta dai Tribunali nelle controversie relative alla responsabilità civile professionale e dagli autori di svariati testi europei che propongono norme per disciplinare il contratto di fornitura di servizi in modo uniforme in Europa.

## 2. *Il concetto di obbligazioni di mezzi e di risultato e le sue critiche*

Sebbene si siano voluti vedere dei precedenti nel diritto romano[1] e nel cosiddetto diritto intermedio o precedente alla codificazione[2], la verità è che, in quanto categoria giuridica, i primi riferimenti alle obbligazioni di mezzi e di risultato, sottotipi delle obbligazioni di fare, figurano nella dottrina francese poiché è stato Demogue[3] il primo autore a utilizzare detta terminologia. È universalmente noto, di fatto è un "classico" tra i civilisti che, d'accordo con i postulati del suo "inventore", esistono obbligazioni di fare nelle quali il debitore si impegna a raggiungere o a conseguire un risultato, rispetto a quelle in cui il suo obbligo si concentra nell'adottare misure che mirino a produrre, in genere, un risultato concreto. La suddetta distinzione è stata largamente accolta nella dottrina spagnola e in quella italiana[4] anche se, in nessuno dei codici civili (proprio come nella maggior parte dei codici

---

[1] B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer,* in *Revista de derecho privado,* 1976, pp. 467 ss., spec. 479, afferma che nel diritto romano vi era la distinzione tra obbligazioni *stricti iuris*, ovvero quelle in cui il debitore poteva liberarsi solamente attraverso la dimostrazione del caso fortuito e le obbligazioni *bona fidei*, o come le chiamava Gaio, l'obbligazione di *fides et diligentia praestare*, nelle quali il debitore non prometteva un risultato ma di agire in buona fede, per cui, per stabilire un suo possibile inadempimento, era necessario determinare se il debitore avesse agito o meno in buona fede. Sono diversi gli autori che hanno scomodato addirittura il diritto romano per scoprire le origini di quelle che oggi vengono chiamate obbligazioni di mezzi e di risultato. Nella dottrina francese, MAZEAUD, YUNC, E FROSSARD, tra gli altri, o l'italiano MENGONI. V. J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, in *Anuario de derecho civil*, vol. 45, N. 2, 1992, p. 651 ss., nota 28.

[2] M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 255, ritiene che prima di Demogue, senza denominarle o definirle come facciamo noi oggi, esistono dei riferimenti nella dottrina tedesca. F. JORDANO FRAGA, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 29 ss., spec. 38, sostiene che, prima di Demogue che ha fatto luce sulla distinzione, in modo concettuale, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile,* 1918, I, p. 209 ss.

[3] *Traité des obligations en général,* t. V, Paris, 1925.

[4] Rispetto alla dottrina italiana, è obbligatorio citare l'opera di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Rivista del diritto commerciale,* 1954, I, p. 185 ss., per via della sua influenza nella dottrina spagnola. Per esempio, F. JORDANO FRAGA, segue Mengoni, nel suo studio in materia di responsabilità contrattuale, quando si riferisce alle obbligazioni di mezzi e di risultato; anche in *La responsabilidad contractual,*

europei), viene fatto riferimento a questo tipo di obbligazioni. Tuttavia, nei testi più recenti, che ancora non hanno ottenuto il rango normativo, elaborati nell'ambito del diritto contrattuale europeo, vengono citate come strumenti per valutare la responsabilità dei fornitori di servizi.

Di conseguenza, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è una pura e semplice costruzione dottrinale, che ha avuto (e ha) un evidente impatto sulla giurisprudenza. Benché attualmente esista un atteggiamento pacifico nella dottrina in merito alla sua accettazione, ciò non significa che non si siano sollevate delle voci critiche rispetto all'opportunità, alla necessità o ai contenuti della tesi francese sulle obbligazioni di fare.

Alcuni autori[5] hanno sostenuto che la differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato è completamente falsa, quindi, in realtà, qualsiasi obbligazione punta ad ottenere un risultato che si colloca nella finalità o nell'interesse del creditore a stabilire una determinata obbligazione con il debitore. Pertanto, da questo punto di vista, esistono solamente obbligazioni di risultato, poiché il conseguimento dell'interesse del creditore è il motivo dell'origine dell'obbligazione e il suo mancato raggiungimento frustra le sue speranze.

Detto questo, anche se qualsiasi prestazione tende naturalmente verso un risultato, che corrisponde all'interesse finale del creditore, pensando a questo approccio così riduttivo, si può arrivare alla conclusione, di negare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, perché sono tutte riconducibili a quest'ultima categoria.

Per confutare questa tesi bisogna partire dal fatto che l'elemento distintivo non consiste tanto nella presenza o meno del risultato, ma che esso si trovi all'interno del contesto dell'obbligazione (*in obligatione*), o, al contrario, anche se presente, resti fuori dall'obbligazione. Da questa prospettiva, possiamo affermare che nelle obbligazioni di risultato l'interesse del creditore di conseguire un risultato forma parte del contenuto della prestazione, viceversa, le

Madrid,1987, p. 38 o nella trattazione specifica sulle obbligazioni di mezzi e di risultato, in *Obligaciones de medio y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, in *Anuario de Derecho civil*, 1991, fascicolo I, p. 5 ss. Tra gli altri, possiamo trovare riferimenti alle obbligazioni di mezzi e di risultato in F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. II, Milano, 1993, pp. 70-75, e anche nel vol. 2, t. I, pp. 11-15; A. DI MAJO, *Obbligazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 23; A. TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil II*, traduzione della quindicesima edizione italiana, con note e concordanze al Diritto spagnolo di Luis Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, pp. 8-10.

[5] G. MARTON, *Obligation de résultat et obligation de moyens*, in *Revue trimestrielle de droit* civil, 1935, p. 7 ss., è stato il massimo esponente della tesi negazionista del distinguo tra obbligazioni di mezzi e di risultato in virtù del fatto che sono entrambe riconducibili alla categoria delle obbligazioni di risultato.

obbligazioni di mezzi si caratterizzano per l'interesse del creditore a ottenere un risultato concreto, per quanto sia presente come motore dell'origine dell'obbligazione, rimane all'esterno del contesto dell'obbligazione. Di conseguenza, la prestazione, oggetto dell'obbligazione di mezzi, è rappresentata dall'impiego di un agire diligente, che potrà avere o meno come frutto un certo risultato il quale, potrà addirittura frustrare le aspettative del creditore se tale risultato non fosse quello atteso o auspicato. Detto questo, per quel che concerne il meccanismo dell'obbligazione, verrà considerata adempiuta quando il debitore avrà eseguito esattamente la prestazione dovuta, che, in questo caso, consiste in un *facere* o in una diligenza e non per la realizzazione del risultato[6].

Da un diverso punto di vista, altri autori insistono nella falsità e inutilità della suddetta distinzione, sostenendo che esistono solamente obbligazioni di attività poiché ritengono che, sia nelle obbligazioni di mezzi che nelle obbligazioni di risultato, sia necessaria da parte del debitore l'esecuzione di un *facere* o di una diligenza, che pertanto, non è una caratteristica esclusiva delle obbligazioni di mezzi. A prescindere dal fatto che in tutte le obbligazioni, sia di mezzi che di risultato, il debitore deve dotarsi dei mezzi sia per eseguire un'attività diligente sia per ottenere un risultato concreto[7].

Sostenere che qualsiasi tipo di comportamento non sia sufficiente per considerare avvenuto l'adempimento dell'obbligazione, sia di mezzi che di risultato, non porta, per forza di cose, come conseguenza, a ricondurre entrambi i tipi di obbligazioni in un'unica categoria o tipo, ovvero quella di mezzi o di attività. Nelle obbligazioni di risultato, senza dubbio, è necessario che il debitore, inoltre, adotti un comportamento diligente, anche se il grado di diligenza necessario è sufficiente solo per ottenere il risultato dovuto. Il parametro per misurare la diligenza del comportamento viene definito, quindi, al momento di accertare l'esistenza del risultato; di modo che, se si ottiene, si presume *iure et de iure* che il debitore ha portato a termine la sua attività con diligenza. In caso contrario, la mancata realizzazione del

---

[6] F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medio y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, cit., pp. 15-17, seguendo il pensiero di Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., e *L´oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, sulla relatività del binomio fine-risultato e sulla sua applicazione alle obbligazioni di mezzi e di risultato come criterio illuminante del suo significato.

[7] M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 259 s.; F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 18; A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat, Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, p. 334 ss., specificamente la citazione è alle pp. 335-336.

risultato implica la presunzione *iuris tantum* che il debitore ha svolto la sua attività senza usare la dovuta diligenza, e potrà liberarsi dall'obbligo, solo, se dimostra la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore. Pertanto, nelle obbligazioni di risultato, la diligenza come parametro per stabilire l'adempimento della prestazione deve ritenersi esclusa, dal contesto dell'obbligazione; l'adempimento dell'obbligazione avviene se il debitore ottiene il risultato, non a prescindere dalla diligenza usata, ma con la presunzione che tale diligenza sia stata utilizzata, poiché quella dovuta non è altro che quella sufficiente per il raggiungimento del risultato. Solamente nel caso in cui il risultato atteso (o dovuto) non dovesse essere raggiunto il debitore potrà considerarsi liberato se dimostra la sussistenza del caso fortuito o della forza maggiore, con esclusione di colpa in quanto non è stato possibile prevedere l'evento futuro e incerto che ha causato tale inadempienza.

Come sottolineato, nelle obbligazioni di mezzi la diligenza si considera *in obligatione*, e forma parte di ciò che è dovuto dal debitore, per cui, per valutarne l'adempimento, è necessario analizzare il grado di diligenza richiesta secondo i parametri previsti dalle norme che risiedono nelle circostanze di persona, di tempo e di luogo.

Infine, è stata messa in dubbio la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato utilizzando come pretesto la penuria della stessa, nel cercare di limitare a due sole categorie la classificazione, quando è possibile osservare situazioni intermedie[8], o, persino, delle sfumature all'interno di ciascuna categoria. Vero è che le obbligazioni in quanto tali possono avere un contenuto assai eterogeneo, perché l'autonomia della volontà (nel rispetto dei limiti dell'art. 155 c.c.) legittima le parti a dotare la prestazione di un contenuto multiplo o diverso, che invece rimarrebbe ingessato qualora si limitasse alle due tipologie esposte. Così, per esempio, nelle obbligazioni di mezzi è opportuno suddividere in diversi tipi, a seconda che si pretenda dal debitore una minore diligenza o, al contrario, un alto grado di diligenza. In questo senso è necessario che le parti manifestino chiaramente la diligenza richiesta o in ogni caso, la tolleranza di fronte a possibili negligenze del debitore, espressamente, visto che, in

[8] Per quel che riguarda le situazioni intermedie, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, Barcellona, 1993, p. 34, segue DERRIDA e LEGIER, autori che differenziano un *tertius genus* caratterizzato dalle cosiddette obbligazioni di risultato attenuato. Tali obbligazioni si contraddistinguono perché «la colpa del debitore inadempiente è presunta, tuttavia per superare tale presunzione, per il debitore è sufficiente fornire la prova della diligenza (assenza di colpa), mentre non è richiesta quella del caso fortuito».

caso contrario, verrebbero applicati i criteri di esigibilità della diligenza media del buon padre di famiglia o del buon professionista, nel caso in cui il fornitore sia un professionista. Anche nelle obbligazioni di risultato è possibile distinguere diverse tipologie, a seconda che siano ordinarie (il debitore si libera nel caso in cui riesca a provare la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore) o assolute (quelle in cui la responsabilità del debitore non cessa nemmeno nei casi di caso fortuito o forza maggiore, identificate come obbligazioni generiche di dare una cosa prima di ulteriori indicazioni). Di conseguenza, è possibile rilevare diversi sottotipi e generi ibridi che mettono in discussione la netta distinzione trattata e considerarla povera o incompleta.

L'ipotesi su cui si basa quest'ultima opinione sulla mancanza di differenziazione, potremmo dire, che "ricade sul suo stesso peso". Infatti sostenere che la categoria delle obbligazioni di mezzi non esiste perché la diligenza richiesta non è identica in tutti i casi, equivale a ignorare la funzione dell'autonomia della volontà nel diritto e, ancor più in concreto, nel diritto privato. Il fatto che sia possibile, in virtù dell'autonomia della volontà, definire obbligazioni di mezzi quelle nelle quali la diligenza richiesta sia maggiore o minore della media, non significa che le obbligazioni di mezzi siano prive di un'identità propria. Infatti tale concetto non smentisce né mette in dubbio il senso delle obbligazioni di mezzi il cui carattere distintivo non corrisponde al grado di diligenza richiesta, ma piuttosto al contenuto della prestazione dovuta che si limita a un comportamento diligente, indipendentemente dalla diligenza richiesta.

Riguardo alle obbligazioni di risultato, la classificazione in assolute e ordinarie, è ancor più, discutibile o criticabile. L'affermazione precedente parte da un postulato, a mio giudizio, falso: la categoria delle obbligazioni di mezzi e di risultato è applicabile a tutti i tipi di obbligazioni in una qualsiasi delle tre varianti: di fare, di non fare o di dare. Riteniamo (e lo sosteniamo nel paragrafo successivo ai cui postulati mi ricollego) che la categoria delle obbligazioni di mezzi e di risultato si applica solo ed esclusivamente alle obbligazioni di fare, ragion per cui la distinzione tra obbligazioni di risultato ordinarie e assolute diventa inutile, nella misura in cui si basa sull'universalità della distinzione.

Tuttavia, tutti questi contributi, più o meno fondati e condivisibili, hanno come conseguenza positiva l'ammissione che le obbligazioni di mezzi e di risultato, benché siano

categorie differenziabili, non sono compartimenti stagni, visto che esistono anche casi ibridi o ambigui nei quali risulti più complesso lo studio o la determinazione di quale sia l'obbligazione di mezzi o quale quella di risultato. Di fatto, è esattamente ciò che è accaduto nella giurisprudenza dove le posizioni intermedie godono di maggior popolarità, di modo che il contorno tra entrambe le categorie risulti, attualmente alquanto sfocato.

### 3. *Il campo di applicazione*

In realtà, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nasce nella dottrina in un ambito puramente contrattuale[9]. Ciò nonostante, a suo tempo, nella dottrina tradizionale è stata presa in considerazione la possibilità di ampliarla alle obbligazioni derivanti da atti o da omissioni illeciti da cui deriva l'obbligo di indennizzare o riparare il danno causato. E, persino, anche nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, si è già discusso sull'utilità di ampliarle a uno qualsiasi dei tre tipi di obbligazioni (di dare, fare o non fare) o se al contrario, rimanga una dicotomia valida solamente per le obbligazioni di fare.

Questa tesi ha un precedente in un settore della dottrina francese[10] che ha accolto la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato definendola una classificazione superiore, che prevale sulla divisione delle obbligazioni in contrattuali ed extracontrattuali in base alla loro causa od origine. Su tale impostazione si fonda l'idea che la succitata distinzione presupponga uno sdoppiamento del regime giuridico della responsabilità del debitore e dei criteri di imputazione; quindi, senza dubbio, la diligenza richiesta, la prova dell'adempimento e l'esonero da responsabilità in caso di sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, sono, evidentemente, diverse in base al tipo di obbligazione in questione. Tali considerazioni sono necessarie per trasferire la dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, nel campo della responsabilità extracontrattuale. Così, per esempio, Mazeud rileva un certo

[9] Così ha inteso il padre di tale distinzione. In generale, la dottrina francese, ha accolto la distinzione al fine di risolvere questioni inerenti la responsabilità contrattuale e la relativa prova. V. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 32. Per un esame più dettagliato della dottrina francese, M.V. ARROYO MATTEUCCI, *Breve comentario sobre obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas*, in *Ars Boni et Aequi,* 2012, N. 2, p. 289 ss.

[10] Fondamentalmente H. MAZEAUD, *Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles;obligations determinées et obligation genérale de prudence et diligence*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, pp. 1 ss., spec. 24 e 34, così come anche J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résult*, Paris, 1965, p. 60 ss.

parallelismo tra la responsabilità extracontrattuale del custode della cosa e quella dei minori e degli apprendisti. Il custode della cosa risponde dei danni causati, salvo che dimostri la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, a differenza dei genitori e degli artigiani che rispondono, viceversa, per i fatti illeciti dei minori e degli apprendisti a meno che non provino di non avere potuto impedirlo. Il primo caso potrebbe essere paragonato al debitore di una obbligazione di risultato, mentre il secondo al debitore di un obbligazioni di mezzi[11]. Lo schema precedente ha una sua analogia con il diritto spagnolo, specificamente, con i regimi di responsabilità civile che dipende dal fatto proprio (art. 1902 c.c.) o dal fatto altrui (art. 1903 ss. c.c.)[12].

Altri autori, che difendono l'analogia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto ritengono che lo schema in entrambi i tipi di responsabilità sia identico e differenziabile solamente ai fini dei termini di prescrizione, vorrebbero evitare che il rifiuto di applicare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato al di fuori dell'ambito contrattuale, possa diventare un fattore che spezzi l'unione di entrambi i tipi di responsabilità. Questa è la ragione per cui si sentono legittimati ad affermare che, anche nel campo delle obbligazioni extracontrattuali, è possibile la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato[13].

Non condivido nessuna delle due tesi formulate per i motivi che, qui di seguito, farò valere.

Prima di tutto, perché non è opportuno né necessario forzare in modo più o meno artificioso o persino, trovando un qualche fondamento legale, la dicotomia applicabile alle obbligazioni contrattuali di fare, a quelle extracontrattuali con l'argomentazione che, trattandosi di una distinzione assoluta in diritto, o, addirittura superiore, sia opportuno e necessario trasferirla a qualsiasi tipo di obbligazione, come sostenevano i già citati autori della dottrina francese. Ci rifiutiamo di ammettere il carattere universale della distinzione, fino al

11 A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 33; J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 651 ss., spec. 692.

12 J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 693; L. PASCUAL ESTEVILL, *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, vol. I, Parte Generale, Barcellona, 1989, p. 55 s.

13 M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 260. Sull'unità tra la responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, v. il capitolo IX dell'opera precedente, e in modo più approfondito, *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1993.

punto di pretendere che si definisca come una classificazione con tale trascendenza da incidere sul regime generale di responsabilità e di prova di tutte le obbligazioni. Tale tesi trova una giustificazione solamente nella dottrina francese per via dell'ampia accettazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato in questo paese, utile per superare l'apparente contraddizione che esiste tra gli artt. 1147 e 1137 *code civil*. Opportunità indiscutibile, anche se l'utilitarismo non deve diventare uno strumento per predicare un'universalità artefatta.

In secondo luogo, perché non condividiamo il ragionamento sostenuto da una parte della dottrina spagnola, che, alla luce dell'unione dei due regimi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), considera come conseguenza di ciò che qualsiasi distinzione che possa far riferimento alle obbligazioni contrattuali (per esempio quella relativa alle obbligazioni di mezzi e di risultato) necessariamente deve essere anche applicata alle obbligazioni extracontrattuali. Infatti, in caso contrario, romperebbe l'unitarietà[14]. Il disappunto deriva, non dal presupposto (non discuto sul fatto che tutti e due i tipi di responsabilità possano ottenere o meno un trattamento unitario) che accetto, ma dalle conseguenze che, in merito al campo di applicazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, si pretende dedurre. Il fatto che la dicotomia tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato coinvolga solamente le obbligazioni che hanno un'origine contrattuale, non impedisce l'unitarietà di trattamento delle obbligazioni contrattuali o extracontrattuali per quanto riguarda il loro regime di responsabilità, poiché la difesa della loro unitarietà non implica l'identità assoluta di entrambe le obbligazioni che, indubbiamente, proprio per la loro origine, possono essere distinte.

Infine, perché l'obbligazione risarcitoria che si richiama agli articoli 1902 ss. c.c., vista alla luce della distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, si dovrebbe classificare, senza problemi, nella categoria delle obbligazioni di risultato perché il suo scopo non è altro che risarcire il danno causato. Di conseguenza, l'adempimento avverrà solamente

[14] La tesi dell'unità viene adottata da un settore importante della dottrina specialistica. Così, oltre alla già citata opera di M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*; ID., *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1991, p. 443; P. ESTEVILL*, La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual*, in *La Legge*, 1991/4, p. 1158 ss.; R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

quando questo accada, indipendentemente dai mezzi che il debitore-dante causa del danno utilizzi a tal fine. È impensabile presumere che, siccome il debitore usa tutta la diligenza possibile per il risarcimento del danno, e questo non viene risarcito, l'obbligazione venga considerata adempiuta, anche perché, preso alla lettera, l'art. 1902 c.c. dice, esattamente il contrario. Possiamo affermare che, dalla norma succitata, si evince che il risultato (il risarcimento del danno) rientra nell'attività che il debitore deve al suo creditore, per cui il suo adempimento, consiste, per forza di cose, nel suo compimento. Da un altro punto di vista, e rientrando già nel campo della responsabilità extracontrattuale, come esposto nei paragrafi precedenti, si è cercato un parallelismo tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato e la responsabilità per fatto proprio-responsabilità per fatto altrui. Coloro che sostengono tale parallelismo considerano come di risultato, l'obbligazione risarcitoria che deriva dall'art. 1902 c.c., nella misura in cui, la responsabilità è inevitabile, una volta soddisfatti i requisiti della norma menzionata. In sintonia con tale affermazione, violata, a causa di un soggetto tramite condotte attive od omissive, l'obbligazione generale di non recare danno (*alterum non laedere*), e a condizione che il colpevole sia il dante causa, nasce l'obbligazione di risultato di risarcire la vittima. Viceversa, nel campo della responsabilità per fatto altrui, dimostrato dal soggetto ai sensi dell'art. 1903 c.c. che ha usato «la diligenza del buon padre di famiglia per prevenire il danno» (in altre parole, che sono stati impiegati i mezzi necessari per controllare i soggetti di cui sono responsabili), non dovrebbe esistere nessuna obbligazione risarcitoria. Questo presunto parallelismo è, a mio parere, artificioso e costituisce solamente un tentativo di introdurre "con la forza" una classificazione creata per le obbligazioni chiaramente contrattuali in un campo estraneo. È risaputo che nel nostro ordinamento giuridico la responsabilità extracontrattuale viene concepita sulla colpa dell'agente, con un campo d'azione diverso, a seconda che la responsabilità sia per fatto proprio o altrui. Quando l'attore viene chiamato a rispondere delle proprie azioni, ai sensi dell'art. 1902 c.c., la colpa consiste nel non aver previsto le conseguenze della sua attività; viceversa, quando il soggetto è responsabile dell'attività altrui, la colpa consiste nell'omissione rispetto all'obbligo di vigilanza derivante dal rapporto che lo lega al soggetto di cui è responsabile (la cosiddetta *culpa in vigilando*). In verità, non è obbligatorio né necessario fare riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato nei termini espressi, poiché esiste soltanto

un'obbligazione, quella di risarcire il danno cagionato, sempre che sussistano i requisiti stabiliti per legge. Fra questi, la colpa, sebbene in forma diversa, a seconda che la responsabilità sia per fatto proprio o per fatto altrui.

Altra cosa, e solamente dopo aver delimitato la distinzione alle obbligazioni contrattuali, sarebbe rimettere in questione se, tra le obbligazioni contrattuali, l'ambito di applicazione si estende a tutte, qualsiasi esse siano (dare, fare o non fare) o solamente alle obbligazioni di fare.

Da un punto di vista tecnico non esiste nessun ostacolo per applicare la distinzione a tutte le obbligazioni di origine contrattuale. Così, le obbligazioni di dare e di non fare vengono integrate nella categoria delle obbligazioni di risultato (il debitore di un obbligazione di dare adempie solamente quando consegna il dovuto, indipendentemente, al fine dell'adempimento, dai mezzi utilizzati per eseguire la consegna della cosa; allo stesso modo, il debitore obbligato a una prestazione di non fare, adempie solamente quando di fatto non realizza l'attività coinvolta, indipendentemente dai mezzi utilizzati per garantire la mancata esecuzione)[15]. Solamente nelle obbligazioni il cui contenuto consiste nel compiere un'attività, è possibile distinguere tra obbligazioni di risultato o di mezzi, qualora il raggiungimento di un risultato come prodotto dell'attività dovuta, formi o meno parte della prestazione.

In quest'ottica, non è possibile valutare nessuna giustificazione pratica per trasferire la distinzione all'ambito delle obbligazioni di dare e non fare, dal momento che non ne scaturisce nessuna conseguenza giuridica poiché non esistono obbligazioni di dare o di non fare di mezzi. Così, principalmente la dottrina, che senza mettere in dubbio l'ammissibilità della dicotomia alle obbligazioni di dare e di non fare, *de facto* affronta la distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato a seguito della trattazione delle obbligazioni di fare, come una delle sue possibili classificazioni[16].

[15] A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 48, 49, 94 e 95; F. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 691, oltre a citazioni bibliografiche nelle note 122 e 123 relative all'unanimità della dottrina nel ritenere le obbligazioni di dare e di non fare come obbligazioni di risultato.

[16] B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, cit., pp. 474-476.

4. *Criteri per distinguere le prestazioni di mezzi e di risultato*

Una volta stabilito che il nostro campo di applicazione risiede nelle obbligazioni di origine contrattuale la cui prestazione è di fare, è opportuno, qui di seguito, esaminare quale sia il criterio (o i criteri) che ci consentono di collocarla in una o nell'altra categoria.

In considerazione della sua natura contrattuale, la volontà delle parti diventa il primo criterio del quale deve avvalersi l'interprete per definire l'obbligazione di fare. Solamente nel caso in cui tale volontà non sia stata chiaramente manifestata, l'interprete potrà ricorrere ad altri criteri che lo aiutino nel suo compito. Contrariamente a quanto sostenuto da qualche autore, non esiste, per lo meno, nel diritto spagnolo, nessuna presunzione che ci inviti a dedurre che, in caso di dubbio, l'obbligazione deve essere ritenuta di risultato, poiché si presume che sia la principale, mentre l'obbligazione di mezzi rappresenta l'eccezione.

Nel momento in cui si comincia ad entrare nei criteri "residui" o di "secondo livello", la natura dell'obbligazione diventa una chiave importante per distinguere il tipo di obbligazione di fare quando non sia possibile desumerlo dalla volontà esplicita o tacita dei contraenti. Per definire la natura dell'obbligazione l'interprete deve collocarsi su un piano astratto che, per stabilire tale natura, ha bisogno di indici o sintomi aggiuntivi.

Uno degli indici consiste nella presenza o meno del fattore *alea* nella prestazione. Da notare che le obbligazioni di mezzi si caratterizzano per la casualità del risultato al quale, ovviamente, tende qualsiasi prestazione, ma che, a causa della presenza dell'*alea*, rimane naturalmente al di fuori della cerchia dell'obbligazione. Un classico esempio di obbligazione nella quale sia presente l'*alea* è quello del contratto di fornitura di servizi sanitari. Nella maggioranza dei casi, il medico non può garantire la guarigione del malato, ragion per cui il risultato sperato, previsto e, sulla base del quale si svolge la sua attività, malgrado sia presente, resta fuori dalla prestazione dovuta. Infatti tale prestazione consiste nello svolgimento di un'attività o di un *facere* diligente, in linea con le regole dell'arte medica, ma in cui, anche quando viene eseguita secondo le tecniche e le conoscenze che corrispondono alla malattia, non sempre la guarigione del paziente è il risultato della cura. Detto questo, sarebbe semplicistico affermare che in qualsiasi atto medico sia presente l'*alea*, o almeno, sia presente con la medesima intensità. Anche se è la cosa più comune, non possiamo concludere che

esistano prestazioni mediche specifiche, associate alla medicina satisfattiva o volontaria, nella quale esiste un collegamento più profondo tra il risultato e il *facere* che permette che vengano classificate come obbligazioni di risultato o*,* meglio ancora, in un terzo genere di obbligazioni a cavallo tra quelle di mezzi e quelle di risultato. Tale soluzione, di fronte all'impossibilità in molti casi, di far rientrare un particolare rapporto giuridico in categorie prestabilite, e inventarne una terza, non è una novità, senza dubbio ricorrente nell'argomentazione giuridica. In questo caso, la terza categoria delle obbligazioni di fare viene formulata da quegli autori che negano la dicotomia e viene ripresa dalla giurisprudenza, giustamente, con uno scopo diverso: mantenerla. In tal senso, la giurisprudenza in una fase ormai superata, allude alle obbligazioni che si trovano "a cavallo tra le obbligazioni di mezzi e di risultato" con un chiaro riferimento alla responsabilità medica negli interventi di chirurgia estetica o con scopi non curativi, per giustificare la quasi oggettivazione della responsabilità. Attualmente, la giurisprudenza riprende la tesi dell'obbligazione di mezzi come caratteristica della prestazione sanitaria, poiché la presenza dell'alea la porta, inevitabilmente, in questa categoria[17].

Continuando con il ragionamento, e senza disdegnare il valore del carattere aleatorio come indice di cui tener conto per definire la natura della prestazione[18], la volontà delle parti rimarrà sempre al sicuro qualora il loro desiderio sia quello di includere il risultato come contenuto della prestazione dovuta, anche se tale prestazione risulta macchiata dal fattore del carattere aleatorio. La presenza dell'*alea* come fattore determinante per l'esistenza di un'obbligazione di mezzi, così come, viceversa, la sua assenza come fattore tipico dell'obbligazione di risultato, è un tema abbondantemente trattato dalla dottrina[19]. In realtà, Il carattere aleatorio non è un fattore presente solamente nelle obbligazioni di mezzi, visto che, nelle obbligazioni di risultato, il debitore può essere liberato nelle ipotesi di caso fortuito

[17] L. GÓMEZ RUFIÁN, *Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia,* in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 32, 2016-II, p. 185 ss., in concreto la citazione è alle pp. 196-198.

[18] Per J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 700 ss., e F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 10 e 11, si tratta di un segnale indicativo della natura della prestazione, ovvero un criterio sussidiario della volontà delle parti. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 41 s., e P. LE TOURNEAU, *La responsabilitè civile*, Paris, 1982, p. 414, preferiscono considerarlo come un criterio illuminante della volontà delle parti qualora questa non sia stata manifestata in modo adeguato.

[19] C. VATIER FUENSALIDA, *Sobre la estructura de la obligación,* Palma di Maiorca, 1980, p. 59; L. PASCUAL ESTEVILL, *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, vol. I, cit., p. 58 s.; J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil de los medicos*, Buenos Aires, 1985, p. 139; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil. Les obligations,* Paris, 1993, p. 453, tra gli altri.

o di forza maggiore. Come abbiamo visto in precedenza, la differenza consiste nel fatto che nelle obbligazioni di mezzi «l'alea è tale che la sua incidenza nel raggiungimento del risultato non permette di identificare una presunzione di colpa del debitore»[20].

Un altro indizio dell'esistenza di un'obbligazione di mezzi consiste nella posizione attiva del creditore[21]. In questo modo si osserva che da questo tipo di obbligazioni emerge un dovere di collaborazione da parte del beneficiario della prestazione, che non resta passivo, così come succede nelle obbligazioni di risultato, durante l'esecuzione del *facere*. Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi il creditore collabora, in misura più o meno rilevante, con il debitore, di modo che in alcuni il *facere* non può avere luogo senza tale collaborazione. È persino possibile che il debitore venga esonerato da responsabilità se il creditore non presta la collaborazione attiva necessaria per l'esecuzione della prestazione. Infatti, è inutile che il medico curi il malato in modo adeguato, se quest'ultimo non prende le medicine o non segue le indicazioni del dottore; o l'avvocato, che ha bisogno anche, della collaborazione del suo cliente per adempiere alla sua obbligazione di consulenza e/o difesa.

Da un altro punto di vista appare evidente il ruolo attivo del debitore delle obbligazioni di mezzi, inteso non come un dovere di cooperazione, ma come "un'accettazione dei rischi"[22] da parte del creditore che non compare nell'obbligazioni di risultato. In tal senso, si precisa che, se il creditore accetta determinati rischi derivanti dal *facere* del suo debitore, in modo che tale accettazione implichi la realizzazione di un'attività in relazione alla prestazione dovuta, l'obbligazione deve essere classificata come un'obbligazione di mezzi.

Mi sembra più appropriato parlare di "dovere di collaborazione", termine mutuato dal diritto anglosassone (*duty of mitigation*) e che si sta introducendo anche nel diritto europeo perché presente in diversi testi relativi a proposte di regolamentazione del diritto contrattuale, piuttosto che di posizione attiva del debitore. È necessario chiarire che il ruolo attivo del creditore (inteso come dovere di collaborazione) non è altro che un indizio dell'esistenza di

[20] B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, cit., p. 475 s.
[21] P. LE TOURNEAU, *La responsabilitè civile*, cit., p. 420 s.
[22] J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 703, seguendo l'esempio degli autori francesi citati nella nota150. In maniera analoga, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 43, segue RODIERE.

un'obbligazione di mezzi, ma che, in nessun caso, può indicare un criterio assoluto e deve essere integrato con altre circostanze, come il carattere aleatorio, gli usi o l'equità.

Un altro segnale caratteristico delle obbligazioni di mezzi e da prendere in considerazione per identificarle, consiste nell'assunzione dei rischi da parte del creditore che accetta tutti quelli che potrebbero impedire il raggiungimento del risultato desiderato[23]. Conseguenza logica della struttura di questo tipo di obbligazioni in cui il risultato, seppur presente in qualità di interesse finale, resta fuori dal contenuto dell'obbligazione. Tale assunzione dei rischi, sempre che si tratti di rischi "normali", intesi come tali quelli così classificati dalla *lex artis ad hoc*, presuppone che il debitore sia liberato dalla responsabilità dei danni derivati dal rischio assunto dal creditore. *Stricto sensu,* risponderà dei danni sproporzionati, anche quando non sarà possibile provare la colpa, poiché tale sproporzione o eccesso agisce come elemento da cui si desume la negligenza.

La dottrina ha indicato anche altri segnali che possono servire come strumento per l'interprete al momento di identificare il tipo di obbligazione assunta dal debitore. Per esempio, la presenza di dipendenza o indipendenza tecnica del fornitore[24]; indizio questo, a mio parere, di una debolezza enorme. In tal senso, chi lo propone sostiene che nelle obbligazioni di risultato il debitore gode di una maggior indipendenza tecnica rispetto alle obbligazioni di mezzi, caratterizzate dalla dipendenza del fornitore. Tale modo di interpretare le obbligazioni di mezzi e di risultato collegate al contratto di locazione di servizi, nel primo caso, e a quello di costruzione, nel secondo per quanto non sia scorretta (anche se non condivisa), può portare a conclusioni totalmente inopportune come quella precedente, se condotte fino all'ultimo estremo in modo assoluto. Tanto più quando si parte da concetti, ormai al giorno d'oggi superati, come considerare il contratto di locazione di servizi la forma giuridica atta a incanalare la fornitura di servizi per conto terzi, definiti dal criterio di dipendenza o *nota.* Inoltre, nel campo delle libere professioni, caratterizzate dalla loro indipendenza tecnica, quando i professionisti forniscono servizi per contro proprio, le obbligazioni contratte con i loro clienti generalmente sono obbligazioni di mezzi, argomento che fa venir meno la premessa su cui si basa questa affermazione.

[23] A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 44 s.
[24] F. JORDANO FRAGA, *Obligación de medios y de resultado*, cit., p. 11.

Altre indicazioni, come la maggiore o minore concretizzazione o determinazione della prestazione (più concreta, obbligazioni di risultato, meno precisa, obbligazioni di mezzi), il carattere gratuito o no[25], rappresentano deboli indizi che rivelano la presenza di un obbligazione di mezzi o di risultato, con scarsa rilevanza giuridica, ragion per cui non mi soffermerò nell'analizzarle.

## 5. *Il regime giuridico delle obbligazioni di mezzi. Le funzioni della colpa e dell'onere della prova*

### 5.1. *Prima funzione della colpa: la colpa come criterio di adempimento*

L'adempimento delle obbligazioni di mezzi, così come per le rimanenti obbligazioni, presuppone l'esatta esecuzione della prestazione dovuta da parte del debitore (art. 1157 c.c.)[26]. Detto questo, così come nelle obbligazioni di risultato la determinazione della prestazione, può essere chiaramente verificata dal creditore, viceversa, nelle obbligazioni di mezzi stabilire se l'obbligazione sia stata adempiuta o no presenta una serie di difficoltà che in altri tipi di obbligazioni non sono previste. Quindi l'interprete dovrà per forza di cose ricorrere a un parametro di *facere* diligente con la finalità di, nel confronto tra diligenza usata dal debitore con la diligenza-modello o diligenza richiesta, poter concludere se, in effetti, l'obbligazione sia stata adempiuta dal debitore. È così perché nelle obbligazioni di mezzi non viene stabilito un parallelismo interesse-adempimento che, mentre è contenuto in altre obbligazioni la cui causa si colloca nell'interesse finale, inteso come la speranza che tale attività porti a un risultato concreto, resta fuori dall'obbligazione. Per questa ragione, sosteniamo che un'obbligazione di mezzi si adempie solo quando si esegue la prestazione dovuta e non quando venga soddisfatto l'interesse finale del creditore, circostanza che non sempre si verifica.

Da ciò deriva la rilevanza della colpa nelle obbligazioni di mezzi, in una prima funzione come criterio di adempimento dell'obbligazione. Se la colpa è parte del contenuto della prestazione dovuta, l'assenza di colpa nell'esecuzione del *facere* determina l'inadempimento

[25] J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 704.
[26] «Un debito non potrà essere considerato estinto fino a quando non si sia completamente consegnata la cosa o eseguita la prestazione oggetto dell'obbligazione».

dell'obbligazione con le conseguenze giuridiche derivanti[27]. Tutto ciò ci porta a constatare la funzione della colpa come criterio di adempimento delle obbligazioni di mezzi che deve essere presente, inevitabilmente, perché si realizzi l'adempimento dell'obbligazione.

La commisurazione del grado della colpa esigibile si trova nell'art. 1104 c.c.[28], e rinvia al modello della "diligenza media", noto a tutti.

### 5.2. *Seconda funzione: la colpa come criterio di imputazione dell'inadempimento*

Una volta accertato l'inadempimento dell'obbligazione di mezzi, affinché il soggetto sia obbligato al risarcimento del danno originato dallo stesso è necessario, oltretutto, che l'inadempimento sia imputabile al debitore. Sulla base del regime generale di responsabilità per inadempimento, il debitore viene esonerato se dovessero sussistere il caso fortuito o la forza maggiore, ai sensi dell'art. 1105 c.c.[29].

I caratteri di "imprevedibilità" e "inevitabilità" previsti dal testo di legge, affinché, il fatto che impedisce l'adempimento esoneri da responsabilità il debitore oggettivamente inadempiente, ci porta una volta di più a parlare della colpa, non come criterio di adempimento nelle obbligazioni di mezzi, ma con un'altra funzione che consiste nel chiarire se il soggetto è liberato dalla responsabilità in caso di sussistenza di caso fortuito o di forza maggiore. Il giudizio soggettivo che ciò comporta ci guida, nuovamente, all'art. 1101 c.c., sede del parametro necessario a stabilire quando il debitore non è colpevole, o in altre parole, malgrado abbia usato la diligenza richiesta (ovvero quella stabilita o la diligenza media), non

[27] Il tema dell'adempimento-inadempimento dell'obbligazione di mezzi viene trattato in modo molto opportuno dal professore Jordano Fraga, nei suoi lavori. In particolare, in *Obligaciones de medios y de resultado*, cit. un testo fondamentale, a nostro parere, per lo studio della presente materia, grazie ai diversi contributi contenuti, non solo personali, ma anche nel merito del supporto della dottrina, fondamentalmente dell'opera di Mengoni, e i molteplici riferimenti bibliografici. Il suddetto autore ritiene che la colpa nelle obbligazioni di mezzi abbia una doppia funzione: in primo luogo, è un criterio di adempimento delle obbligazioni, tema trattato nella presente relazione. Però, in secondo luogo, la colpa assolve anche una funzione, una volta concretizzatosi l'inadempimento dell'obbligazione, di criterio di imputazione dell'inadempimento, nell'ambito del giudizio di responsabilità del debitore. Mi riferirò a questa seconda funzione successivamente, per il momento basta lasciarlo annotato qui. Nello stesso senso A. CARRASCO PERERA, in *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, Madrid, 1989, p. 592.

[28] «La colpa o la negligenza del debitore consiste nell'omissione di diligenza richiesta dalla natura dell'obbligazione e corrisponde alle circostanze delle persone, di tempo e di luogo. Quando l'obbligazione non specifichi quale diligenza è necessario prestare per il suo adempimento, si esigerà quella che corrisponde alla diligenza del buon padre di famiglia».

[29] «Al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, e da quelli contenuti nell'obbligazione, nessuno potrà rispondere di quei casi che non siano stati previsti, o che, nel caso lo siano stati, fossero inevitabili».

ha potuto prevedere l'evento o il fatto che gli impedisce di compiere il proprio dovere, o, in ogni caso, non ha potuto evitarlo.

Questa seconda funzione della colpa nelle obbligazioni di mezzi non è tipica di questo tipo di obbligazioni ma può essere trasferita, allo stesso modo, alle obbligazioni di risultato, poiché il regime dell'art. 1105 c.c. è di applicazione generale[30].

### 5.3. *L'onere della prova*

Tra le diverse conseguenze giuridiche associate al fatto che un'obbligazione venga classificata come di mezzi o di risultato, la più rilevante è, senza alcun dubbio, quella che concerne gli effetti derivanti dall'applicazione delle norme relative all'onere della prova. In

[30] Così è come lo interpreta F. JORDANO FRAGA, in generale in tutti i suoi lavori inerenti lo studio della responsabilità contrattuale (a prescindere da quelli già citati, v. La *responsabilidad contractual (primer y último repaso)*, in *Anuario de derecho civil*, 1988, p. 817 ss.; ID., *Aspectos problemáticos de la responsabilidad del médico*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia,* 1985, p. 29 ss.; ID., *Responsabilidad médica. Responsabilidad personal y por hecho ajeno. Comentario a la St. del T.S. del 27 de septiembre de 1994, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* Gennaio/Marzo, p. 231 ss.). Specificamente, in *La responsabilidad contractual*, cit., espone in modo dettagliato quella che sarebbe diventata, da lì in avanti, una costante nella sua traiettoria, vale a dire che il regime della responsabilità contrattuale concepito nel nostro codice civile è unitario e univoco, al di là del tipo di obbligazione violata. Così, nelle pagine 100 ss., ritiene che finché sussiste l'obbligazione, il debitore deve adempiere e cessa di rispondere solo quando dimostri che l'obbligazione è estinta per impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. Rispetto alle obbligazioni di mezzi e di risultato, nella p. 172 ritiene che nemmeno nelle obbligazioni di mezzi, è sufficiente la colpa per stabilire l'adempimento definitivo; la colpa determina un inadempimento materiale (allo stesso modo in cui l'assenza di risultato per le obbligazioni di risultato). Per stabilire la responsabilità è necessario il giudizio di responsabilità a posteriori che presuppone il mancato o inesatto adempimento in conformità con gli articoli 1105, 1182 e 1184 c.c. Ciò nonostante, M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 271 ss., non la vede così. Per questo autore, la colpa non ha nessuna rilevanza nelle obbligazioni di risultato, in cui il debitore consegue l'adempimento del risultato, a prescindere dai mezzi utilizzati, e il debitore può essere liberato, da tale obbligo, solamente se dimostra la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, ovvero, un'impossibilità sopravvenuta Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi, a non avere rilevanza è l'insorgere di caso fortuito o forza maggiore, poiché il debitore adempie nel momento in cui svolge il *facere* con diligenza, se c'è diligenza c'è adempimento, in ogni caso, invece senza la diligenza, saremo sempre di fronte a un inadempimento imputabile (p. 288: «In sintesi, nelle obbligazioni di attività o di mezzi non esiste la figura dell'inadempimento non imputabile»). La conseguenza di tutto ciò è un doppio regime di responsabilità, a seconda che l'obbligazione appartenga a uno o all'altro tipo. In questo modo, dimostrata da parte del debitore l'assenza di colpa, non dovrà rispondere in nessun caso; al contrario nelle obbligazioni di risultato, il debitore deve dimostrare la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, e solo così potrà liberarsi dall'obbligo, nel caso in cui non abbia raggiunto il risultato previsto. Successivamente F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 35 ss., ribadisce la tesi precedentemente esposta in modo più dettagliato, rispetto alla dicotomia obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato, lasciando l'unitarietà di regime per entrambi i tipi di obbligazioni, al contrario di quanto invece espresso, tra gli altri, da M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit. Senza volermi ripetere in modo eccessivo, mi richiamo alle argomentazioni del professor Jordano Fraga, molte delle quali sono fedelmente riportate in questo lavoro. In merito alle obiezioni delle tesi di Yzquierdo Tolsada mi unisco a quanto detto in proposito, e in modo molto concreto, da F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado* cit., p. 36, nota 39 e p. 52, nota 55.

tal senso si afferma che nelle obbligazioni di mezzi l'onere della prova della mancanza di diligenza spetta al creditore, mentre nelle obbligazioni di risultato, una volta realizzatosi, è compito del creditore provare la colpa.

Secondo la brillante tesi sostenuta dal professore Jordano Fraga[31], non è vero che nelle obbligazioni di risultato, una volta dimostrato l'inadempimento, abbia luogo una presunzione di colpa del debitore che dovrà eliminarla, e nelle obbligazioni di mezzi sia il creditore, viceversa, colui che deve dimostrare la colpa del debitore affinché sorga l'obbligazione risarcitoria o riparatoria.

Senza dubbio, e anche se potrebbe sembrare l'opposto, in materia di onere della prova[32] vengono applicate nell'uno o nell'altro caso le stesse norme, senza che si generi un dualismo di regimi. In tal senso, l'art. 217, 2 e 3 LEC[33]stabilisce l'onere di provare i fatti costitutivi del richiedente-creditore (l'esistenza dell'obbligazione, i danni causati, e, la cosa più importante, la prova dell'inadempimento, ovvero, la violazione dell'obbligo *ex* art. 1101 c.c.) mentre spetta, in compenso, al convenuto-debitore l'onere della prova degli elementi ostativi (la prova di caso fortuito e di forza maggiore *ex* artt. 1105 e 1182 ss. c.c.).

Da questo punto di vista possiamo affermare che nelle obbligazioni di mezzi spetta al creditore-attore dimostrare l'inadempimento della prestazione dovuta, prestazione che consiste nell'esecuzione di un *facere* diligente. Per cui la prova della colpa del debitore spetta al creditore, non perché vi sia un'inversione dell'onere della prova in relazione alle obbligazioni di risultato, ma, per essere *in obligatione*, la prestazione potrà essere considerata inadempiuta solo quando l'elemento di colpa o mancata diligenza risulti presente nell'esecuzione dell'attività. Viceversa, nelle obbligazioni di risultato, nelle quali la prestazione dovuta consiste nel raggiungimento di un risultato da parte del debitore, spetta al convenuto-creditore dimostrare l'inadempimento dell'obbligazione, ovvero, dimostrare che il risultato

31 *Obligaciones de medios y de resultado,* cit., pp. 74-96.

32 Per citare le parole di Jordano Fraga, nota precedente, p. 75, sostenere l'onere della prova non implica l'obbligo di provare questo o quel punto; ma, in caso di mancata prova o prova imperfetta, è qui la parte della controversia che si farà carico del rischio che tale mancanza di prova potrebbe causare.

33 «2. Spetta all'attore e al convenuto in via riconvenzionale l'onere della prova relativa alla certezza dei fatti da cui ordinariamente risulti, in base alle norme giuridiche applicabili, l'effetto giuridico corrispondente alle pretese dell'azione giudiziaria e della riconvenzione. 3. Compete al convenuto e all'attore convenuto l'onere della prova dei fatti che, in conformità con le leggi applicabili, impediscono, estinguono o indeboliscono l'efficacia giuridica dei fatti a cui fa riferimento il precedente paragrafo».

non è stato ottenuto secondo i termini stabiliti, senza la necessità di procedere a una qualche valutazione rispetto alla diligenza del debitore nell'esecuzione del *facere*, perché non rientra nella prestazione dovuta. In entrambi i casi, una volta provato l'inadempimento, al debitore non resta che dimostrare l'esistenza di un caso fortuito per essere liberato.

Dimostrato il non conseguimento del risultato dovuto, possiamo affermare che nelle obbligazioni di risultato non esiste ambiguità di regime, né inversione dell'onere della prova nelle obbligazioni di mezzi[34], né presunzione di colpa. Semplicemente, un unico regime in materia di prova, contenuto nei paragrafi 2 e 3 dell'art. 217 LEC con conseguenze diverse a seconda che venga applicato a obbligazioni con contenuti diversi. E nient'altro[35].

*Abstract*

This study summarizes the thesis built around the doctrine on the legal regime of obligations of means and results. A very topical issue, given that the case law provisions on professional civil liability and the proposals for the legal regime of the service contract developed with the aim of unifying European contract law are based around its postulates.

Cadice, novembre 2020.

---

[34] L. PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad profesional*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario,* gennaio-aprile 1991, p. 53.

[35] La dottrina francese non l'ha inteso così, perché, al contrario, ha ammesso un doppio regime di responsabilità, e di conseguenza di onere della prova, a seconda che sia un'obbligazione di mezzi o di risultato. Riprendendo le parole di A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, cit., p. 143, «Per la dottrina e la giurisprudenza francesi la distinzione tra obbligazioni di mezzi (diligenza) e di risultato ha assunto il carattere di strumento esplicativo chiave della responsabilità contrattuale in generale e dell'onere della prova in particolare». Il motivo di questa grande eco, e potremmo dire, ambiguità del regime di responsabilità contrattuale creatasi in seguito alla distinzione dell'opera di Demorgue nel diritto francese, si basa sull'apparente contraddizione esistente nel *code civil*, tra gli artt. 1147 e 1137. Sulla dottrina e giurisprudenza francesi, in merito alla duplicità dei regimi e all'onere della prova, F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 81-84, così come le relative critiche e miglioramenti. Nel diritto spagnolo, M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., difende una duplicità di regime, sostenendo che, nelle obbligazioni di mezzi, una volta dimostrata da parte del creditore-attore la colpa del debitore-convenuto non esiste alcuna prova liberatoria, in merito alla sussistenza di caso fortuito o forza maggiore. Ci associamo, quindi, alla tesi difesa da Jordano Fraga perché più coerente con il sistema del c.c. spagnolo che, in nessun momento, delinea due diversi regimi di responsabilità contrattuale, ma piuttosto un unico regime applicabile a tutte le obbligazioni. Nello stesso modo, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, cit., pp. 149-150; J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 725-734.

IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI*

# *Dottrina degli autori e giurisprudenza: una necessaria complementarietà* **

*Sommario*. - 1. Considerazioni preliminari. – 2. Rassegna storica. - 3. Panorama attuale. - 4. Giurisprudenza spagnola ed ispano-americana: alcuni esempi. - 5. Conclusioni.

## 1. *Considerazioni preliminari*

In primo luogo, è per me un onore ed al tempo stesso un piacere ritornare in questa prestigiosa Università della Campania "Luigi Vanvitelli". Il suo attuale nome non solo incardina, ancora più, l'università in questo territorio casertano, ma ci porta alla memoria al nostro re spagnolo e napoletano Carlo III che fece costruire la Reggia di Caserta ed iniziò le grandi ricerche archeologiche napoletane ad Ercolano, Pompei, Stabia. Riordinò il complesso delle leggi napoletane, con il Codice Carolino cui lavorò una giunta composta, tra gli altri, dai giuristi Michele Cirillo e Giuseppe Aurelio di Gennaro, ed anche le normative fiscali con il Catasto Onciario di Bernardo Tanucci. Infine, ringrazio e saluto particolarmente le autorità accademiche e amministrative che hanno reso possibile questo convegno universitario.

L'approccio che voglio offrirvi si pone l'obiettivo di evidenziare l'importanza del lavoro dottrinale, il valore degli scritti dei giuristi, il suo utilizzo da parte della giurisprudenza, nell'ambito di un meccanismo di integrazione e di creazione del diritto spagnolo, e anche di tutta l'America Latina.

* *Professore titolare di Diritto Civile dell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Conferenza tenuta il giorno 9 ottobre 2019 al I Congresso Internazionale "Giurisprudenza e dottrina: un matrimonio di convenienza", tenutosi a Capua nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".*

Qualunque collega giurista, avvocato o giudice, o anche uno studente di diritto, quando sente parlare della dottrina, dovrebbe rivolgere subito il pensiero alla sua stretta relazione con le fonti del diritto oppure, come segnalato da David Cienfuegos[1], al suo stesso ruolo di fonte del diritto.

Converrebbe dunque fare un breve ripasso di alcune nozioni classiche di dottrina, per comprendere ciò a cui ci stiamo riferendo con questo concetto, e per poter determinare in seguito se esso risulta veramente collegato con l'attività giurisdizionale.

Dal XIX secolo, con l'espressione "dottrina degli autori" ci si riferisce generalmente al parere dei giuristi su questioni giuridiche e alle relative soluzioni. José Manuel Lastra[2] afferma che la dottrina è costituita dai lavori di ricerca, sistematizzazione e interpretazione effettuata dai giureconsulti nelle loro opere, ed anche dagli studi scientifici che i giuristi realizzano in materia di diritto, sia allo scopo di una sistematizzazione puramente teorica, sia per interpretarne le norme e precisarne le regole di applicazione.

Da parte sua Carlos Muñoz[3], che considera la dottrina come fonte diretta e mediata del diritto, segnala che «si tratta di una fonte elaborata per un intermediario o agente per fini scientifici ed in ordine al diritto; rimangono comprese in tale concetto, oltre alla letteratura in senso stretto, le opere dei trattatisti, commentatori, sintetizzatori privati, raccolte, repertori, antologia di fonti giuridiche, etc».

La norma giuridica enuncia un concetto generale e astratto; la giurisprudenza interpreta e applica questi concetti a casi particolari. Però la norma giuridica e la giurisprudenza non arrivano a descrivere interamente l'oggetto del diritto. La scienza giuridica tende a colmare questo vuoto, fungendo da nesso tra il presupposto generale della norma e la particolarità del caso sottoposto ai tribunali, mediante proposizioni giuridiche, che sono regole di diritto.

[1] V. D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, en *Estudio en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigadores Jurídicos, México, 2005, p. 75.
[2] V J.M. LASTRA LASTRA, *Fundamentos de derecho*, McGraw-Hill, México, 1994, p. 42.
[3] V.C. MUÑOZ, *Fundamentos para la teoría general del derecho*, Plaza y Valdés, México, 1996, p. 69.

Dunque, le funzioni del legislatore e del giudice sono integrate grazie all'operato del giurista che completa il processo di formazione del diritto, non solo quando capta il fenomeno giuridico attraverso la norma, ma anche quando formula, descrive e concretizza la generalizzazione dogmatica, il principio generale, e quindi elabora il sistema per mezzo delle norme giuridiche e delle sentenze.

Planiol, al riguardo, osservava che la dottrina gioca nella scienza del diritto lo stesso ruolo dell'opinione pubblica in politica: colui che è molto importante, cioè, orienta l'interpretazione del diritto, e prepara, grazie al proprio lavoro critico e al valore dell'insegnamento, i cambiamenti nella legislazione e nella giurisprudenza.

Infine, con postulati identici, si esprime Ciuro Caldani[4], che considera la dottrina giuridica come parte della legge positiva, aggiungendo che "*la dottrina giuridica copre le fonti di conoscenza, ma è anche una fonte materiale; sottolineando, infine, che l'uso delle fonti formali impone il salto costante alle fonti materiali, al fine di conoscere la loro fedeltà e accuratezza e rilevare l'adeguatezza che mantengono con la realtà sociale descritta*".

2. *Rassegna storica*

Storicamente, alla dottrina scientifica venne concesso un valore vincolante, specialmente in ragione dell'autorità o del prestigio ad essa riconducibile, e della sua unanimità.

Solo il Codice Civile Svizzero erige la dottrina a fonte formale suppletiva, quando stabilisce, nel suo articolo 1: «La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2 Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3 Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli».

Nell'antica Roma l'influenza della dottrina era fondamentale, e la dottrina e la giurisprudenza erano profondamente legate. La giurisprudenza si riferiva alla dottrina dei giureconsulti, cioè a coloro che conoscevano il giusto e l'ingiusto, per la loro speciale saggezza circa l'ordine legale e non per giudizi concordanti sullo stesso argomento.

[4] V. M. CIURO CALDANI, *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 89.

Augusto concesse ad alcuni giuristi il potere legale di avviare consultazioni su questioni di diritto; questi giuristi, cioè, potevano fornire pareri particolarmente autorevoli, capaci di vincolare i giudici, pareri che, pertanto venivano considerati fonti di diritto. Quelli che avevano il *ius publice respondendi,* godevano di grande autorità davanti ai magistrati. Adriano stabilì che i dettàmi di questi giuristi avrebbero avuto forza di legge quando fosse esistito un accordo tra di loro, cioè, quando vi fosse stata unanimità.

Una situazione simile si riscontra nella Spagna dei Re Cattolici. L'autorità che arrivarono ad acquistare i postglossatori, specialmente italiani, e la mancanza di soluzioni legali a molti problemi, fece sì che nel 1499 venissero dichiarate obbligatorie le dichiarazioni di Bartolo da Sassoferrato, Juan Andres, Baldo degli Ubaldi e Nicolò Tedeschi, chiamato Panormitano, i quali erano i più autorevoli romanisti e canonisti. Tuttavia, questa misura fu abrogata dalla *Ley 1ª de Toro*, nel 1505.

3. *Panorama attuale*

Attualmente, non si può dire che la dottrina scientifica costituisca una fonte formale del diritto. Ciò nonostante, è una fonte materiale e indiretta, fonte di conoscenza di somma importanza in quanto valido strumento di interpretazione del diritto, con un ruolo indiscutibile nello sviluppo dello stesso.

In questo senso, il professor Gianola dell'Università di Torino afferma che la dottrina degli studiosi risulta essere fonte del diritto da due punti di vista. Innanzitutto la dottrina in Italia ha compiti non solo di studio ma anche di tipo didattico. Il professore non è solo colui che scrive il libro, ma anche colui che insegna diritto nelle aule universitarie. Può darsi che alcuni dei suoi studenti diventino magistrati e si trovino ad affrontare un problema per il quale non c'è una soluzione chiara nei codici. Ecco allora che a tali magistrati si presenta la possibilità di optare per le varie soluzioni studiate all'università. Quindi, attraverso la didattica, la dottrina vincola coloro che dovranno poi applicare le norme giuridiche al caso concreto[5].

La dottrina svolge però anche un'attività di tipo saggistico giungendo, per questa via, a produrre indirettamente norme giuridiche.

[5] A. GIANOLA, *L'integrità dai diritti nazionali al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2008.

Essa produce altresì materiali di lavoro dei quali il legislatore può tener conto nel momento dell'elaborazione del testo normativo o della sua riforma (v. ad esempio tutta la legislazione amministrativa spagnola degli anni 50, e la stessa relazione che portò alla redazione della Costituzione del 1978).

In questo senso, il preambolo della legge che disciplina la giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1998 riconosce l'inestimabile eredità della dottrina: «Così, la legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1956 aprì una via necessaria, sebbene non sufficiente, per colmare le numerose lacune e limitazioni storiche del nostro Stato di diritto, opportunità che fu adeguatamente sfruttata da una giurisprudenza innovatrice, incoraggiata dallo spettacolare sviluppo che ha sperimentato la dottrina spagnola del diritto amministrativo». Si fa apprezzare inoltre l'umiltà del legislatore e la chiamata al giudice per rispettare la dottrina: «Inoltre, la riforma non solo si propone di rispondere alle sfide del nostro tempo, bensí per quanto sia possibile, e con la necessaria prudenza, guarda al futuro e introduce qua e là precetti e clausole generali che alla dottrina e alla giurisprudenza corrisponde dotare di contenuto preciso, col fine di migliorare il funzionamento della giurisdizione».

È altresì significativo che anche l'art. 1 della *Ley de Bases* del Codice civile del 1888 richiamasse la dottrina degli autori, affinché la si prendesse in considerazione per la stesura del codice civile, raccomandando di «raccogliere gli insegnamenti della dottrina nella soluzione dei dubbi suscitati dalla pratica», invito reiterato nella terza clausola addizionale del vigente Codice civile, in ordine ad eventuali future modificazioni.

### 4. *Giurisprudenza spagnola ed ispano-americana: alcuni esempi*

La magistratura spagnola ed ispano-americana ha sempre trovato modo di includere nelle proprie decisioni le voci delle dottrine nazionali e straniere. Di fatto, sarebbe un atto di superbia da parte dei giudici credersi autosufficienti, in grado di cogliere il significato, le virtù e i difetti della legge dalla sua mera lettura. L'art. 1.7. cod. civ., fa carico ai giudici di decidere tutte le controversie sottoposte alla loro cognizione, ma non ha proibito loro di consultare testi o di leggere articoli o saggi dottrinali. Una cosa è che non leggano gli articoli, altro è che gli sia vietato.

Resta il fatto che i giudici attingono alla dottrina degli autori in tutta la sua ampiezza (consultano articoli giuridici, manuali, frequentano conferenze), sia per rafforzare le proprie conoscenze specialistiche, sia per risolvere i casi giudiziari.

È vero che spesso i giudici nelle loro sentenze si dilungano in argomentazioni, ma omettono di citare gli autori alle cui opinioni fanno riferimento; oppure sono inclini a fare riferimenti generici ricorrendo ad espressioni quali "la miglior dottrina", "la dottrina consolidata", "la dottrina più avanzata", ecc. Immagino che questa prassi abbia ragioni varie, quali ad esempio il disconoscimento dell'autore o l'irrilevanza della paternità intellettuale (il giudice è consapevole che gli viene chiesto di decidere motivando la propria decisione, ma che non interessa alle parti chi ha fornito l'apporto teorico per la sentenza), o ancora il rischio di rompere la "libertà del mercato accademico", ecc.

Orbene, per mostrare come influisce la dottrina degli autori sulla giurisprudenza, e come questa si nutre, con garanzia di imparzialità, di solidi fondamenti per risolvere il caso concreto, valgano alcuni esempi nazionali e stranieri.

In materia di responsabilità civile la *Audiencia Provincial* di Madrid, qualche tempo fa (sent. 17 settembre 2014), metteva in evidenza in una sua sentenza la posizione conforme alla dottrina degli autori e della giurisprudenza, la quale afferma che l'ordinamento giuridico spagnolo consente al danneggiato l'esercizio cumulativo dell'azione *ex delicto* con l'azione penale, e a tale proposito segnalava: «L'esercizio congiunto di entrambe le azioni non è obbligatorio; il nostro ordinamento giuridico permette, come già detto, l'esercizio separato, successivo e, in qualche modo distinto, dell'azione civile e l'azione penale. La dottrina civile e processuale più autorevole (Gómez Orbaneja, De Angel Yaguez, Pantaleón Prieto, Yzquierdo Tolsada, Montes Penades , Vázquez Sotelo) ha criticato il diverso trattamento giuridico sostanziale e processuale che la giurisprudenza della Prima Sezione (civile) della Corte Suprema ha riservato alla responsabilità civile extracontrattuale e alla responsabilità civile ex delicto…». Intorno alla suddetta questione, Pantaleón Prieto, docente ordinario di Diritto Civile, ha sostenuto ripetutamente, analizzando la giurisprudenza amministrativa della Prima e Seconda Sezione della Corte Suprema, quanto segue: «[…] la cosiddetta responsabilità civile 'derivante da reato' e la responsabilità civile extracontrattuale hanno lo stesso fondamento

(non è il reato il fondamento della prima, bensì, come quello della seconda, il danno attribuibile al responsabile mediante il criterio adeguato di imputazione) e la stessa finalità (funzione puramente indennitaria; non è necessario assegnare né alla prima né alla seconda alcuna funzione penale). L'ordinamento, per ragioni di economia processuale e in base al fatto che 'ogni colpa penale' è 'colpa civile', abilita semplicemente il Giudice penale, nei casi di sentenza di condanna (o, eccezionalmente, nei casi previsti dall'articolo 20 del Codice Penale [articoli 118 e 119 del Codice Penale vigente], a pronunciarsi su questioni risarcitorie puramente civili. La duplice disciplina stabilita dai Codici civile e penale, che si spiega per ragioni storiche (la codifica penale precedette quella civile), non significa che esistano due azioni di diversa natura. Non siamo davanti a un concorso di azioni […], ma davanti a un concorso di norme regolatrici di una sola pretesa […]; e, pertanto, il Giudice, penale o civile, che decide sulla suddetta azione di responsabilità aquiliana unica può individuare (iura novit curia) la norma del Codice civile o penale sulla quale meglio si possa fondare la pretesa indennitaria del querelante. […] In breve: aspettando la suddetta regolazione unitaria, si deve affermare in maniera precisa che non c'è ragione alcuna che giustifichi un regime giuridico differente tra la responsabilità civile 'derivante da reato' e la responsabilità civile extracontrattuale, semplicemente perché sono esattamente la stessa cosa (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 3, septiembre/diciembre de 1983, pp. 793 y 794)».

In un'altra decisione (STS 9 luglio 1994), analizzando il tema complicato del nesso di causalità nella responsabilità civile, il *Tribunal Supremo* osserva: «Tra il comportamento dell'attore e il danno subìto deve esistere una relazione di causalità, che costituisce un presupposto della responsabilità, di tale forma che la relazione di causalità deve rimanere provata. Come ha dichiarato la Prima Sezione della Corte Suprema, "costituirà sempre requisito ineludibile l'esigenza di una relazione di causalità tra la condotta attiva o passiva (azione o omissione) del convenuto e i danni prodotti, di tale forma che la responsabilità si annulli se il nesso causale espresso non ha potuto concretizzarsi, poiché è sconosciuta la causa dell'evento dannoso». Il danneggiato, pertanto, dovrà avvalorare necessariamente la connessione causale tra la condotta dell'attore e il danno subìto. La dottrina ha osservato che «dato che la lettera dell'articolo 1902 sembra rendere responsabile il soggetto negligente di tutti i danni causati

da una sua azione o omissione, e risultando ovvio che non avrebbe senso renderlo responsabile di qualsiasi eventuale conseguenza della sua condotta, per lontana o inaspettata che sia, è comprensibile che hanno tentato di trovare un concetto giuridico di causalità, la cui applicazione eviterà un risultato tanto sconveniente»[6].

In seguito, in occasione dell'impugnativa di alcuni accordi sociali, l'*Audiencia Provincial* de La Coruña (sent. 10 marzo 2008), in chiaro accordo con le posizioni della dottrina scientifica, dichiarò che «la dottrina degli autori afferma che non meritano la qualifica di termini processuali, ma di termini sostanziali, i termini disposti dalle leggi sostanziali affinché l'interessato, nel periodo di tempo di durata degli stessi, eserciti l'azione davanti agli organi giudiziali (parere assunto dalla maggioranza della dottrina processuale: v., tra gli altri, Garberí Llobregat, J., "Comentario a los artículos 130-136 de la LEC", in "Los procesos civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia", vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 88). Nello stesso senso, tra i civilisti, Díez-Picazo, "Comentarios a las reformas del CC", vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 272-273) e Yzquierdo Tolsada, "Comentario al artículo 5 del CC", in "Comentarios al Código civil", J. Rams, Coord., vol. I, Ed. J. Mª Bosch, Barcelona, 2000, p. 165)».

La giurisprudenza spagnola attinge inoltre, per elaborare le proprie decisioni, alla fonte di uno dei giuristi e maestri civilisti più eminenti del XX secolo, il sivigliano Federico De Castro. Quindi, in un tema come quello dello scioglimento di un matrimonio e della liquidazione del regime patrimoniale dei beni dove si dibatteva dell'applicabilità di una legislazione statutaria, i magistrati dell'*Audiencia Provincial* di Madrid (sent. 15 novembre 2011) dichiaravano quanto segue: «Questo progetto non è nuovo anche se la questione già è stata risolta da questo Ill.mo Tribunale Provinciale nella sentenza del 10 maggio 1993, nella quale, senza voler entrare in ripetizioni superflue, viene stabilito: "Così diceva Federico de Castro della sua validità: lo statuto del Baylio[7] ha conservato il suo carattere statutario nonostante la clausola derogatoria finale del Codice Civile, perché aveva acquisito nel diritto civile antico una

[6] F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, in *Centenario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991.

[7] In vigore in alcune città della regione dell'Extremadura e a Ceuta. Particolare costume che stabilisce un determinato regime economico matrimoniale, in base al quale tutti i beni dei coniugi, acquistati sia prima che dopo l'unione matrimoniale, diventano beni comuni e, in caso di divorzio o separazione, vengono equamente divisi tra le due parti.

posizione privilegiata. E, conclude il suddetto autore, l'art. 12 del Codice Civile non intaccava gli statuti territoriali; anche gli statuti municipali e regionali ancora in territorio castigliano sfuggirono all'acquisizione del Diritto Comune, come tra gli altri il diritto consuetudinario coniugale costituito dallo Statuto del Baylio» (sent. 3/12/2002). E infine, analizzando un contratto di prestito, e la capacità di agire per la sua stipula, si rilevava che «Le incapacità giuridiche speciali e le interdizioni devono essere espresse nel corpo di legge e non possono essere né indotte né presunte. Tutte le prescrizioni limitative della capacità sono di interpretazione restrittiva. La presunzione in favore della capacità è iuris tantum, cioè si suppone la capacità fino a prova contraria (Federico de Castro y Bravo, Diritto Civile spagnolo, vol. II)».

L'influenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza e successivamente sulla legislazione, in particolare sul potere di creazione del diritto dei giuristi, è rinvenibile nella decisione dell'*Audiencia Provincial* di Madrid del 14 giugno 2005, in tema di *leasing*, ove analizzando l'azione revocatoria per occultamento di beni si osserva che «l'inefficacia non può andare oltre quella strettamente necessaria per salvare il danno economico del creditore azionista. Su questo aspetto quantitativamente limitato dell'inefficacia revocatoria esiste una schiacciante unanimità dottrinale, e vi è consenso anche in giurisprudenza. Nella giurisprudenza più recente, si può ritrovare un riferimento al carattere quantitativamente limitato dell'inefficacia revocatoria, e in fine, della misura cautelare: la sentenza TS del 28 novembre del 1997, RA 8430, afferma che "quando si esercita l'azione rescissoria con la tutela degli articoli 1111 e 1291 e successivi del Codice Civile, si deve tenere in conto solo il possibile danno del credito del creditore azionista, e per questo solo per lui sarà di beneficio la rescissione che, nel suo caso, si decreta in una misura sufficiente per sanare il danno da lui subito". Come afferma Jordano Fraga, nel suo libro "L'acciòn revocatoria o pauliana" il primo compito, dunque, per applicare il riferito limite quantitativo, è quello di fissare il valore economico del danno del creditore azionista, ossia l'importo del credito che sia anteriore all'atto impugnato e che deve ancora essere pagato.

L'altro fattore che insieme alla quantità del danno economico del creditore attore deve essere tenuto in considerazione per fissare, in ogni caso, il valore quantitativo dell'inefficacia revocatoria, e infine quella della misura cautelare, è il valore dell'oggetto dell'atto pregiudizievole impugnato, ossia il valore del bene alienato. Ma, come afferma Jordano Fraga "è

sufficiente che la quantità del danno economico del creditore azionista sia inferiore al valore dell'oggetto dell'atto impugnato, affinché l'inefficacia di questo atto rispetto al creditore si limiti a questa cifra inferiore […] è la sentenza revocatoria quella che stabilisce l'inefficacia, relativa e limitata, dell'atto debitorio impugnato; sarà questa stessa sentenza che, alla luce delle prove assunte nel giudizio revocatorio, determinerà la cifra del danno economico del creditore azionista, e, in riferimento ad essa, il valore quantitativo esatto dell'inefficacia dell'atto concretamente impugnato. Risulta quindi evidente che, se l'oggetto dell'alienazione impugnata è costituito da vari beni, il cui valore totale è sensibilmente superiore al valore del danno economico del creditore azionista stabilito dalla sentenza revocatoria, la limitazione quantitativa di questa condizionerà la posizione del creditore azionista […] il quale non potrà mai ottenere una cifra superiore a quella del danno economico».

Questo modo di procedere, come già si segnalava, non è sconosciuto alla giurisprudenza ispanoamericana di indubbia tradizione romanista. Solo due esempi, per non dilungarmi, illustrano questo procedimento:

In data 27 settembre 2012, la sala 1 della Camera Nazionale d'Appello civile di Buenos Aires, in materia di convegno di liquidazione della società lucrativa riferiva: «un punto che da tempo sta occupando la dottrina e la giurisprudenza è quello della possibilità per i coniugi di stringere accordi di liquidazione della società coniugale. È innegabile che è possibile stringerli dopo aver emesso la sentenza di separazione personale o di divorzio, dunque la società coniugale già è sciolta e non incontra i divieti degli art. 1218 e 1219 del Codice Civile. È però innegabile che gli accordi di liquidazione della società coniugale non possono essere stabiliti quando vige ancora il contratto matrimoniale, prima dell'avvio delle azioni finalizzate alla dichiarazione di divorzio o della separazione personale (conf. Borda, Guillermo, "Trattato di Diritto Civile", vol. 1, p. 342)».

Alcuni anni prima, la *Sala Plena* della Corte costituzionale della Colombia, nell'ambito di un giudizio di incostituzionalità degli art. 3, 46 e 48 della legge 472 del 1998 sull'esercizio di azioni popolari e di gruppo *(*sent. 8 giugno 2004), affermava: «Tuttavia, la Corte ha dichiarato che la nozione di "condizioni uniformi" rispetto alla stessa causa, propria del regime legale di azioni di gruppo, dovrebbe essere interpretato in conformità con la Costituzione, come elemento strutturale di responsabilità. La considerazione di base qui non è nuova: la

nozione di causalità o di nesso causale deve essere interpretata in conformità con il principio di effettività dei diritti; considerazione questa, che è legata alla necessità che il giudice dell'azione del gruppo verifichi la natura degli elementi di responsabilità, non solo attraverso il prisma della sua realtà naturalistica, ma anche attraverso le sue implicazioni nella società post-industriale e la concezione solidale della Carta (CP art 1). Ciò significa che, in accordo con la moderna dottrina di responsabilità extracontrattuale, l'elemento di causalità non debba essere studiato come un fenomeno puramente naturale, ma essenzialmente giuridico, e allo stesso modo, che le particolarità degli interessi che sono protetti (interessi di gruppo con oggetto divisibile) e dei fatti dannosi (in generale diversi e complessi) obblighino a una particolare interpretazione di questo elemento della responsabilità, secondo la nota esigenza legale dell'esistenza di condizioni uniformi (per lo sviluppo di questa tesi si veda Ignacio Cuevillas Matozzi "La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 54 ss.)».

5. *Conclusioni*

Ora, i diversi esempi menzionati dimostrano che la dottrina e i criteri elaborati dagli studiosi del diritto rappresentano elemento fondamentale e decisivo per la costituzione di un diritto vivo e reale: a) in quanto ispirano la sua creazione apportando idee e soluzioni per il futuro; b) in quanto promuovono criteri per l' interpretazione e/o la applicazione corretta e adeguata della norma giuridica; c) in quanto migliorano l'applicazione giudiziale fornendo modelli e opinioni critiche che conducono a una sua eventuale rettifica.

Quindi, non deve sorprenderci l'inclusione nella dottrina tra le fonti reali, da parte di Geny[8], quando affermava che se l'attività teorica dei giuristi si presenta con maggiore garanzia di imparzialità al riparo da ogni considerazione relativa alle circostanze concrete e, al contrario, la sua funzione pratica, sempre immediata ai fatti, ha migliori possibilità di valutare la natura delle questioni e pensare alla loro soluzione con più precisione, la complementarità tra le due è ciò che porta il diritto alla sua completa realizzazione, e senza di esse, le leggi più dettagliate e consolidate in un testo formale rimarrebbero imperfette ed incomplete. Già

[8] V. F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1902, p. 418.

Giovanni Nevizzano consigliava al giudice di cercare, prima di qualsiasi cosa, la *communis opinio doctorum* e, una volta trovata, attenervisi.

Nel momento che stiamo vivendo dovremmo smettere di sostenere che l'attività accademica e scientifica è limitata a una funzione meramente descrittiva, perché in realtà svolge anche un'importante compito di indirizzo; in questo modo, nell'ordinamento giuridico spagnolo e nella grande maggioranza dei paesi del nostro contesto culturale, anche se i giudici se ne stanno in silenzio, per imperativo legale (es. in Italia)[9], si attua la celebre affermazione di Sesto Pomponio, che si trova nel suo *Enchiridium*: «*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci*» (il diritto non può esistere se non grazie a un giurista che giorno dopo giorno lo migliori, lo faccia progredire).

Tale importanza della dottrina degli autori è applicabile anche all'ambito giuridico-sociale a cui ha fatto riferimento l'ex giudice della Corte Costituzionale Italiana Gustavo Zagrebelsky, che scrisse al inizi degli anni 90, in riferimento ai giudici europei e alla preoccupazione che questi non stessero compiendo con responsabilità ciò che le nuove circostanze esigevano: «Nei paesi dell'Europa continentale, senza escludere nessuno, la passività prima che le esigenze di trasformazione che si impongono con forza nella magistratura, producendo un sentimento generale di insoddisfazione, i giudici non stanno rispondendo alle aspettative che la società ripone in loro»[10].

E in questo campo, a mio giudizio, torna a giocare un ruolo importante anche la dottrina, con le sue analisi giuridico-sociali e cercando soluzioni adatte ai problemi che affliggono la nostra società, offrendo alla giustizia una interpretazione realista e giusta del diritto. Pensiamo al tema dello sfratto in Spagna, a come si impone l'applicazione della "dazione in pagamento" per evitare che le persone, una volta consegnato il bene che in quel momento era sopravvalutato, debbano successivamente subire un'ipoteca. I giudici non possono vivere in una sfera di cristallo, isolati dai problemi sociali.

[9] L'articolo 118 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. italiano fa divieto al giudice di citare nella sentenza autori giuridici; tuttavia la norma non prevede sanzioni, e la sua violazione non integra ad ogni modo alcun vizio del provvedimento giudiziale.
[10] G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 11. ed., Trotta, Madrid, 2018.

In questo contesto viene segnalato da Nicolò Lipari[11] che la teoria e la pratica giuridica incontrano una necessaria integrazione. Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto. In conclusione, non appare concepibile un diritto che non sia giurisprudenziale, che non si formi grazie alla riflessione casistica operata dai giuristi[12], ed anche lo statuto della Corte Internazionale di Giustizia all'art. 38 rinvia alla dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni, come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche.

Spero, ancora una volta, di essere riuscito a convincervi di questa relazione indispensabile che oggi deve esistere tra la dottrina e la giurisprudenza.

*Abstract*

The doctrine of the jurists, although it could not be considered a formal source of Law, takes on a fundamental role in the creation, the progressive development, and the reform of the law. All of this occurs through its teachings and works, with the formation of those jurists that will be future legislators and judges. Furthermore, many legislative reforms are due to the doctrine, as it acts as a force that generates legal judgements and affects the conscience of the legislators so that they understand the necessity of reform on the way to shaping social reality in a determined moment. Thus, its decisive influence in the field of law is given by the *auctoritas* of its authors, jurists, universities, and centers that promote study and practice of Law.

Cadice, novembre 2020.

[11] N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *JusCivile*, 2016-4, Torino, p. 298.
[12] V. G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 84.

ESTHER HAVA *

# *Costruzione, decostruzione e ricostruzione giudiziale del dolo eventuale partendo dalle teorie della dottrina in Spagna e in Italia* **

*Sommario:* 1. Premessa. - 2. Approccio alla questione: il dibattito sul dolo eventuale in Spagna e in Italia. - 3. La decostruzione del dolo eventuale attraverso le teorie cognitive. - 3.1. I contributi dottrinali più influenti. - 3.2. L'auge della concezione cognitiva nella giurisprudenza spagnola. - 4. La costruzione del dolo eventuale come volontà e rappresentazione. - 4.1. Principali tesi dualiste. - 4.2. Il consolidamento della concezione dualista nella giurisprudenza italiana. - 5. Epilogo: la ricostruzione del dolo eventuale tramite gli indicatori.

## 1. *Premessa*

La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente è una tra le questioni dogmatiche che più appassionano. Il penalista che ne affronta lo studio si rende immediatamente conto delle difficoltà che solleva, e inesorabilmente la sua analisi diventa sempre più complessa, entusiasmando, se non ossessionando, lo studioso di Diritto penale innamorato della professione, che, in modo impercettibile, comincia a nutrire la speranza di trovare la formula perfetta, capace di superare le incongruenze altrui e di far fronte all'enorme diversità di casi in conflitto che segnano il confine tra il dolo eventuale e la colpa. Seduto alla sua scrivania per infinite ore, in compagnia soltanto di un'infinità di testi che contengo le teorie dogmatiche più diverse, il penalista che sogna di elaborare il modello perfetto che spieghi tutto, può cadere facilmente in trappola e trascurare, se non dimenticare, la realtà.

* *Professoressa Ordinaria di Diritto Penale Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

Si può percepire un fenomeno simile che si cela dietro l'applicazione giudiziale del dolo eventuale. La sua complessa natura può causare qualche insicurezza in chi deve applicare il Diritto, alla ricerca di nuove tesi dogmatiche per risolvere nuovi casi che quelle tradizioni non sono più in grado di risolvere, o comunque per trovare soluzioni innovative a questioni la cui soluzione, a furia di ripetersi per anni e anni, appare ormai arcaica in quanto lontana dalle moderne tendenze della Scienza Penale. La "fuga verso la Dogmatica" però nel caso dell'applicazione giudiziale del dolo eventuale può nascondere in certe occasioni motivi meno confessabili; può prodursi perché colui che giudica è alla ricerca di argomenti brillanti o sfoggiati per "vestire" una sentenza che è stata stabilita in precedenza in base ad altri motivi lontani dal ragionamento giuridico, come alcune presunte necessità di prevenzione generale, o le ipotetiche esigenze di sensibilità sociale. Seduto sul suo scranno da giudice, a colui che applica il Diritto non interessa tanto se la tesi dogmatica in questione sia la più adatta per indagare la realtà del caso in discussione; quello che in realtà gli interessa è trovare l'alibi dottrinale necessario per sostenere pubblicamente una sentenza che, senza il sostegno di tali tesi, probabilmente apparirebbe inverosimile o eccessiva in base al più elementare buon senso.

È uno dei rischi che Schünemann attribuisce "all'eccessivo affinamento dogmatico mentre i veri problemi sistematici sono già stati discussi per giungere a una soluzione, quando tutti gli argomenti importanti sono stati trovati e formulati ma la discussione, però, continua a girare in tondo. La giurisprudenza sceglie, da quel momento in poi, fra le tante varianti dogmatiche, come se si trattasse di un negozio di prodotti assortiti, lo schema che, guarda caso, meglio si adatta al risultato desiderato"[1].

Possono coesistere dottrina e giurisprudenza, interagire e influenzarsi a vicenda, senza che ciascuno di loro arrivi a tradire i propri obiettivi? Una possibile soluzione miracolosa non esiste. Però è possibile pretendere un certo livello di responsabilità dal dogmatico in modo che il sonno della ragione non generi mostri: che esca dal proprio isolamento, che misuri le conseguenze che può assumere, con la pratica, per singole persone, quello che scrive nel suo studio. Allo stesso tempo, è altrettanto utile esigere dalla giurisprudenza un avvicinamento alla realtà che deve giudicare, "un'umanizzazione" degli argomenti che utilizza, e una

[1] B. SCHÜNEMANN, *El propio sistema de la teoría del delito*, in *InDret* 1/2008, p. 10.

netta rinuncia a svolgere funzioni (come quelle politico-criminali) che le sono totalmente estranee.

2. *Approccio alla questione: il dibattito sul dolo eventuale in Spagna e in Italia*

Il dibattito della dottrina sulla natura del dolo eventuale si è polarizzato, almeno storicamente, intorno a due posizioni principali: da una parte quella che potremmo definire "costruttiva", che sostiene che l'azione dolosa mostra nei confronti della colposa un plus nella gravità del reato (o della colpevolezza) che si materializza nella volontà più o meno grave di compiere il fatto tipico, e la "distruttiva", che rifiuta l'importanza dell'elemento volitivo al momento di qualificare un comportamento come doloso.

Nella realtà giudiziale l'appartenenza a una di queste due opzioni dogmatiche non è, ovviamente, una questione di poco conto: se si parte da una concezione "costruttiva", nella quale vengono mantenuti entro certi limiti i componenti che storicamente vengono attribuiti al dolo (ossia, rappresentazione e volontà), sarà più semplice distinguere le due categorie classiche della colpa (cosciente e incosciente) come figure estranee al campo tipico della condotta dolosa; in compenso, se si accoglie una concezione "distruttiva" che concepisca il dolo come mera rappresentazione, la distinzione tra colpa con o senza rappresentazione perderebbe buona parte del suo significato, dal momento che lo stesso ambito della prima categoria potrebbe essere assorbito dal dolo eventuale. Le conseguenze pratiche della seconda opzione sono evidenti: i comportamenti che storicamente sono stati qualificati dai tribunali come imprudenti (malgrado il soggetto si sia rappresentato la possibilità dell'evento) dovrebbero ora essere considerati dolosi[2].

La discussione relativa alla portata dell'elemento volitivo nella struttura del dolo, che ha acquisito un'enorme importanza in Germania durante gli anni '50 e '60 dello scorso secolo, non ha avuto all'inizio un'accoglienza particolarmente favorevole rispetto alle teorie cognitive da parte della dottrina spagnola che, salvo rare eccezioni[3], si è limitata a criticarle.

[2] La riprova di ciò è la linea giurisprudenziale a favore di una teoria cognitiva, che ha avuto inizio in Spagna a partire dalla Sentenza della Corte Suprema del 23 aprile del 1992 ("caso dell'olio di colza contraffatto").

[3] In Spagna uno dei pochissimi difensori delle teorie cognitive fin dall'inizio, è E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, in *Estudios de Derecho Penal*, 3. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 254 ss.

Tuttavia, tali teorie poco a poco hanno visto crescere il numero di sostenitori[4], A tal punto che, si può dire, negli ultimi decenni la posizione che prescinde dall'elemento volitivo al momento di differenziare dolo eventuale e colpa cosciente è, in Spagna, chiaramente predominante[5].

Non sembra che l'accoglienza delle tesi cognitive sia stata in Italia altrettanto ampia, forse perché l'articolo 43 del Codice Penale italiano rappresenta un ostacolo notevole per la sua espansione, quando richiede espressamente che l'agente doloso agisca con previsione e volontà rispetto all'evento dannoso o pericoloso che è la conseguenza della propria azione od omissione. Ciò nonostante, negli ultimi anni anche in seno alla dottrina italiana si è sviluppato un importante dibattito in merito al dolo eventuale (secondo DONINI, il più vivace a riguardo dall'entrata in vigore del Codice Rocco), auspicato, secondo il parere dello stesso autore, da certe opzioni di politica criminale giudiziaria di spiccata tendenza punitiva, favorite a loro volta da alcune posizioni dottrinali, che possono condurre alla delegittimazione stessa del dolo eventuale, attraverso concezioni "estensive" della volontà sotto forma di criptoanalogia *in malam partem*[6].

### 3. *La decostruzione del dolo eventuale attraverso le teorie cognitive*

Come già segnalato, la dottrina contemporanea spagnola degli ultimi decenni è stata fortemente influenzata da determinati orientamenti provenienti dalla dogmatica tedesca che si traducono, in sostanza, in una forte tendenza all'oggettivazione del concetto di dolo. Tra

[4] Non a caso Silva, più di tre decenni or sono sosteneva: "A questo punto, naturalmente si può discutere se il dolo [...] sia solo rappresentazione o, in più, anche volontà. Di fatto, il settore della dottrina che sostiene il primo è in netta minoranza, anche se si registra una tendenza all'incremento del numero dei suoi titolari (di recente, *Hruschka, Jakobs, Frisch* e *Kindhäuser* si sono avvicinati molto a questa posizione). Detto questo, accordato quanto precede, difficilmente si può sostenere che, la volontà giochi un ruolo nel dolo tipico, che si riduce alla sua relazione con l'azione come elemento oggettivo e non incide su nessuno degli altri elementi costitutivi, rispetto ai quali ha senso stabilire soltanto una relazione di conoscenza" – *Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad*, in *ADPCP*, t. XL (1987), p. 651.

[5] In merito, si veda per esempio G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

[6] DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2014, p. 70. Rispetto all'uso giudiziale della *cripto-analogia* o *analogia occulta*, si rinvia anche, dello stesso autore a "El Derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos", *InDret* 2/2018, pp. 15 e 23.

le tante varianti offerte in questo contesto, emergono in modo particolare, per via della ripercussione avuta, non solo in Spagna, ma anche in America latina, le concezioni di Jakobs e Frisch.

### 3.1. *I contributi dottrinali più influenti*

Il primo dei due autori citati ha cercato di risolvere i problemi sollevati dalle teorie tradizionali della rappresentazione o probabilità[7] elaborando una tesi che, pur partendo da differenti premesse metodologiche, giungeva a conclusioni assai simili: il dolo è consapevolezza dell'azione e delle sue conseguenze; l'unica cosa che conta è la consapevolezza (da parte dell'agente) che non sia improbabile la realizzazione del tipo[8]. Ciò nonostante, JAKOBS cerca di puntualizzare in un certo senso la portata delle teorie della probabilità *stricto sensu* consolidando l'elemento cognitivo che ritiene caratteristico del dolo*,* con lo scopo di semplificarne la distinzione dalla colpa. Tale elemento cognitivo nella sua tesi smette di essere una mera

[7] Anche se la teoria della rappresentazione venne abbozzata inizialmente da SCHRÖDER (*Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1949, p. 207 ss.), il passo decisivo verso una teoria della mera conoscenza, all'interno di tale tendenza, è stata data da SCHIMDHÄUSER, che ha proposto un nuovo e generico concetto di dolo nel quale si prescinde definitivamente dall'elemento volitivo, la cui analisi riguarda soltanto il momento dell'azione; il dolo è conoscenza degli elementi del tipo; la differenza tra dolo e colpa o imprudenza equivale, quindi, alla distinzione tra coscienza e incoscienza – cfr. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewußte Fahrlässigkeit»)*, in *JuS*, 4 (1980), p. 242.

[8] G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1995. In particolare, Jakobs considerava che la ragione del minor grado della pena che riceve il comportamento colposo rispetto a quello doloso risiede nel fatto che il primo incide meno sulla validità della norma del secondo; così, i fatti imprudenti, invece di rivelare un'infedeltà alla norma così drastica come quelli dolosi, metterebbero in luce l'incompetenza del soggetto nel gestire i propri problemi, e che non ha valutato le conseguenze della sua negligenza perché, semplicemente, non le conosceva al momento di agire. "Per l'agente, colui che commette l'imprudenza, non esiste la certezza che il risultato del suo comportamento sia buono, o accettabile, soltanto per lui e, a differenza di quanto succede con i fatti dolosi, se si è verificato con frequenza non potrà accettarlo. La situazione della colpa si distingue, pertanto, da quella del dolo non solo per l'assenza di conoscenza delle conseguenze, ma anche per la non precisata ammissibilità delle stesse: le conseguenze del dolo sono ammissibili (altrimenti l'autore non agirebbe), però rispetto alle conseguenze della colpa l'ammissibilità al momento del fatto rimane una questione aperta". Perciò, conclude, l'agente imprudente si assume un rischio naturale che nel dolo non è comune: "il rischio di poter essere lui stesso danneggiato o un terzo il cui danno verrà subito dall'agente come proprio. Nella misura in cui l'imprudenza o colpa non proviene da un disinteresse specifico, ma da una disattenzione generale non mirata, diffusa nelle conseguenze, viene esposta al pericolo di una pena naturale, e questo rischio di auto danno incoraggia la disponibilità a conformarsi alla norma; riducendo, pertanto, la necessità di reagire penalmente di fronte ad una violazione non dolosa". In alcuni dei suoi scritti più recenti, l'autore sottolinea l'approccio basato sull'inosservanza della norma e l'indifferenza come aspetti tipici del dolo: G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als* dolus indirectus, in *ZStW*, 114 (2002), p. 584 ss.

conoscenza per diventare *un giudizio valido per l'agente,* così, "non è sufficiente pensare solamente nella possibilità del risultato[...]. *Sussiste, quindi, dolo eventuale quando nel momento dell'azione l'agente considera che la realizzazione del tipo non è improbabile come conseguenza di quell'azione"*. In questo modo si ammette l'esistenza di un grado di conoscenza anche nella colpa, anche se sostanzialmente diverso da quello necessario per affermare il dolo: "Il solo «pensare a» o «venire in mente», senza qualità di giudizio, può essere definito, se si vuole, colpa cosciente; però, bisogna considerare che la coscienza in questo tipo di imprudenza fin dal suo contenuto non corrisponde con la conoscenza delle conseguenze tipiche del dolo" [9]. In linea con questa teoria, è necessario distinguere nella pratica quando l'agente ha elaborato un "giudizio valido" in relazione alla probabilità del risultato (dolo eventuale) e quando semplicemente "ci ha pensato" o "gli è venuto in mente" (imprudenza) Messa in questi termini, la tesi di JAKOBS sembra richiedere qualcosa di più che la mera conoscenza per confermare la presenza del dolo. E questo perché, alla fine, "tale interpretazione «intellettiva» del dolo, che non si accontenta della mera rappresentazione del rischio, ma pretende che la stessa risulti «rilevante durante il processo decisionale», che l'agente elabori un «giudizio» valido per lui", implica, in realtà, che insieme all'intellettivo venga compreso un aspetto più tipico del piano volitivo: il momento della decisione caratteristico del fatto doloso[10].

Secondo un differente approccio del tema, un settore della dottrina ha scelto, senza smettere di aderire alla teoria cognitiva, di modificare l'oggetto della conoscenza che viene considerato necessario per sostenere la presenza del dolo, sostituendo in tale contesto l'espressione "probabilità del risultato" con quella di "pericolo" o rischio". La tesi di FRISCH, principale esponente di questa tendenza[11], può essere sintetizzata in questo modo: il vero oggetto della conoscenza nel dolo è il comportamento tipico, inteso come la condotta rischiosa o pericolosa la cui esecuzione, sulla base delle circostanze della situazione specifica identificabile *ex ante* dall'agente, comporta un aumento o la creazione del rischio di lesione di

[9] Aderisce a questa tesi, anche se con alcune sfumature, M.A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 201 ss.
[10] T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994, 81. Per ragioni simili Donini ritiene che la tesi di Jakobs sia solo in parte oggettivistica-presuntiva.
[11] W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1983, p. 97 ss. Nella stessa ottica si colloca anche Herzberg, che opera la distinzione tra "pericolo protetto" e "pericolo non protetto".

un bene giuridico nella forma prevista dal tipo corrispondente. Dall'oggetto del dolo verrebbe escluso, pertanto, il risultato lesivo; non sarà necessario che il soggetto rappresenti la probabilità che tale risultato si produca, ma solo che sia cosciente del fatto che il suo comportamento implica la creazione di un rischio non consentito. La differenza tra dolo e colpa si verifica, in definitiva, tenendo conto del momento dell'azione, e non del momento del risultato[12]. Successivamente FRISCH puntualizza i profili del concetto di conoscenza tipico del dolo per renderne possibile la differenziazione dal comportamento imprudente, affermando che non è sufficiente la mera rappresentazione del rischio, ma è necessario rilevare una "presa di posizione personale" da parte dell'agente in merito al carattere pericoloso della sua condotta; così, bisogna negare l'esistenza del dolo quando il soggetto non rappresenta il comportamento nella sua *dimensione ingiusta tipicamente rilevante* (come nei casi di negazione del pericolo, fiducia razionale o irrazionale in un epilogo positivo o una valutazione soggettiva del rischio tollerato)[13]. A dire il vero, le conseguenze di questa teoria non sembrano essere tanto diverse dalle precedenti, poiché si limita all'introduzione, se vogliamo in modo più chiaro, della prospettiva ex ante nell'analisi del dolo[14] e al cambio di "etichette"[15] nel descrivere l'oggetto della conoscenza, dal momento che "probabilità del risultato (lesivo)" non significa altro che "pericolo (di lesione)"[16]. Il fatto che oltre alla rappresentazione del rischio (di lesione o di pericolo, secondo il tipo illecito) venga richiesta la "presa di posizione

[12] In questa direzione si pronuncia anche in Spagna M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado,* Barcelona, in PPU, 1989, p. 268: "L'oggetto del dolo è dunque la condotta, non il risultato né il rapporto di rischio (o nesso di causalità), poiché questi non appartengono all'illecito".

[13] W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 192 ss.

[14] C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. 2. ed. alemana de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, p. 441: "È certamente vero che nel caso della «conoscenza» del risultato stiamo parlando di una conoscenza prognostica, relativa a un risultato futuro. Tuttavia non ha si è mai capito se stesso da un altro, così come consegue dallo stesso contenuto semantico dei concetti «previsione (*Absicht*, proposito, intenzione)» e «proposizione (*Vorsatz*, dolo)»".

[15] T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de* peligro, cit., p. 90.

[16] Ampia dimostrazione di quanto appena affermato è il fatto che E. GIMBERNAT ORDEIG sostenga che la teoria della probabilità (o rappresentazione) si distingue dal consenso perché la prima "non confronta il soggetto con il risultato, ma con la *situazione pericolosa"* ("Acerca del dolo eventual", cit., 251). Per essere sinceri, sembra che l'utilizzo del termine "rischio" possa creare più problemi di quanti ne risolva, se si sposta questa tesi all'analisi di altre condotte penalmente rilevanti il cui risultato tipico non è più la lesione quanto la messa a rischio del bene giuridico tutelato (E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, Comares, 2002, p. 60 ss).

dell'agente" rispetto al rischio, fa pensare nuovamente a qualcosa di più della mera conoscenza: a una decisione in cui l'agente assume il rischio o, in altre parole, "a ciò che tradizionalmente integra il momento volitivo del dolo"[17].

3.2. *L'auge della concezione cognitiva nella giurisprudenza spagnola*

Lasciando adesso da parte le differenze tra le diverse teorie cognitive, ciò che appare evidente è che in tutte loro si nota un sempre maggiore e marcato interesse nell'espellere l'elemento volitivo dalla struttura del dolo. Può essere si sia dato inizio a tale processo di "assottigliamento" del concetto di dolo, senza dubbio con dei buoni motivi, come alternativa di fronte alle tesi tradizionali (etichettate come "artificiose"), con lo scopo di semplificare la prova di questo elemento del reato nel processo penale[18]. Tuttavia i passi successivi che sono stati fatti in questa direzione appaiono, come sottolinea Quintero Olivares[19], "assai discutibili in quanto alla loro bontà e rispetto alla pretesa di 'miglioramenti'. Oggi stiamo assistendo a una continua riformulazione di ciò che dovrebbe essere classificato come condotta 'dolosa' nella quale in numero sempre maggiore si presentano ragionamenti tipici di chi ammette la *responsabilità oggettiva*... È evidente che nessuno invoca e neppure menziona la responsabilità oggettiva, ma è palese la preoccupazione di trovare delle formulazioni che siano 'pratiche', ed è lì che si nasconde la tentazione di ridimensionare il contenuto del dolo alla ricerca di qualcosa che sia 'più facile da provare' durante il processo, un'idea che non è del tutto nuova[20]. Questo implica, in misura più o meno rilevante, il ricorso alla presunzione -in particolare quando si parla di imputazione del risultato per potenziale conoscenza della probabilità o di coscienza del rischio relativo all'azione-, con lo scopo di sostituire quegli elementi (cognitivo e volitivo) che risultano utili soltanto se vengono trovate nuove soluzione per dichiararne la

[17] Analogamente, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose,* Milán, Giuffrè, 1999, p. 61.

[18] In merito alle differenze concettuali nell'elaborazione del dolo che possono essere avvertite tra la dottrina processualistica e quella penalista, J. HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, in *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (ed. Pablo Sánchez-Ostiz), Navarra, Aranzadi, 2005, p. 145 ss.

[19] G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad*, in J.C. CARBONELL MATEU,„J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y E. ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1583-1584.

[20] QUINTERO OLIVARES cita a questo proposito due lavori di BRICOLA (*Dolus in re ipsa*, pubblicato nel 1960, e la sua *Teoria generale del reato*, del 1973), dove già segnalava con forza i rischi che comporta tale indirizzo.

sussistenza. Attraverso tale critica non si vuole mettere in discussione l'importanza di valutare nel corso del processo elementi soggettivi dell'evento quali l'accettazione del rischio con la decisione di agire, la logica potenzialità della conoscenza del risultato possibile o la decisione contraria alla norma; ma "se non viene fatto con grande cautela si arriverà a conseguenze peggiori, in particolare: non solo sparirà l'indagine sulla psiche del soggetto, compito di per sé arduo, anche se non per questo motivo ci si deve rinunciare, ma soprattutto sarà quasi impossibile distinguere la condotta dolosa dalla condotta imprudente (specialmente dalla forma della colpa cosciente)" [21].

Il fenomeno dell'"assorbimento" di una parte notevole del campo, che storicamente viene concesso alla colpa cosciente, all'interno del doloso è stato analizzato in modo brillante da Quintero Olivares in merito alla preterintenzionalità[22]. Effettivamente, all'interno della pratica giudiziaria spagnola è possibile osservare una crescente tendenza a rifiutare in questi casi la valutazione di un concorso di reati tra le lesioni dolose e l'omicidio colposo, qualificando solamente per quest'ultima figura nella sua forma dolosa. Tale fenomeno viene agevolato dall'utilizzo di un concetto particolarmente vasto di dolo, che ha subito una progressiva revisione e riduzione dei suoi elementi, e che, di conseguenza, permette a stento di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente[23].

Un esempio lampante di quanto detto in precedenza è rappresentato dalla Sentenza 196/2016, del 9 marzo, della Sezione Penale della Corte Suprema spagnola, che conferma la condanna, per l'imputato che in stato di ebrezza e durante una discussione degenerata in rissa aveva sferrato un colpo alla testa della vittima con una asse di legno (causandone la morte un mese più tardi)[24] come autore di un reato di omicidio commesso con dolo eventuale e premeditazione.

---

[21] G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., p. 1584.
[22] G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., p. 1573 ss.
[23] E. RAMON RIBAS, *El homicidio preterintencional*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (2010), pp. 138-139.
[24] I fatti provati nella Sentenza sono i seguenti: "In ora non precisata della notte del giorno 4 luglio del 2013 [...] avviene una discussione tra Emiliano e l'imputato Juan María, spagnolo, maggiorenne e con precedenti penali estinguibili d'ufficio, che si trovava in compagnia di Feliciano e di Victoriano. I quattro menzionati continuano a discutere mentre camminano [...]. A un certo punto della lite, Feliciano ed Emiliano vengono alle mani e cadono per terra [...]. Pochi istanti dopo, l'imputato Juan María, che in precedenza si era fatto da parte su richiesta del citato agente di pubblica sicurezza, torna sulla scena con una grossa asse di legno di 70 centimetri di lunghezza e 15 di larghezza e che pesa circa 2,25 chilogrammi, con la quale colpisce alla testa Emiliano, che a conseguenza di ciò rimane a terra in stato di semincoscienza e subisce una grave lesione cerebrale traumatica

La motivazione che permette alla Corte di giungere a tale classificazione è la seguente: "In relazione al dolo e alle sue diverse forme, quest'Aula ha stabilito attraverso ripetute sentenza che il dolo, nella sua definizione più classica, significa conoscere e volere gli elementi oggettivi del tipo penale. Tuttavia ciò non pregiudica un concetto normativo di dolo basato sulla consapevolezza che la condotta realizzata pone in serio pericolo il bene giuridico tutelato, per cui nella forma eventuale il dolo risiede nella consapevolezza del pericolo concreto che la condotta posta in essere comporta per il bene giuridico, nonostante il quale l'agente ne effettua l'esecuzione, presumendo o accettando in questo modo il probabile risultato lesivo. In altre parole, si ritiene che agisce con dolo chi, nonostante sia cosciente di generare un rischio reale e giuridicamente disapprovato, procede e continua a effettuare un'azione che sottopone la vittima a rischi rilevanti che l'agente non ha la certezza di poter controllare, senza che sia necessario perseguire esplicitamente la causazione del risultato, rispetto al quale deve rendersi conto e sapere che esiste un alto livello di possibilità che si realizzi. Nella valutazione della condotta individuale rientrano i parametri di ragionevolezza generici che l'agente non ha potuto non prendere in considerazione, senza che venga ritenuta ammissibile in quanto irragionevole, vana e infondata la speranza che il risultato non si realizzi, ipotesi infondata di fronte al risultato più logico dell'aggiornamento dei rischi generati dall'agente"[25].

Come si può vedere, la Corte Suprema con questa Sentenza, pur ammettendo formalmente la concezione dualista del dolo (rappresentazione e volontà), si dichiara, pronta-

nel lato sinistro della scatola cranica prevalentemente a livello della giunzione temporoparietale occipitale, e che causa tre rime di frattura nella succitata scatola cranica e un'emorragia massiva nella massa encefalica nel lato opposto del colpo, mette a rischio estremo la vita di Emiliano e a causa del quale è costretto a subire un intervento chirurgico la stessa notte del 5 luglio per cercare di evacuare l'ematoma subdurale riportato. Infine, e in conseguenza delle gravi lesioni, muore il giorno 2 agosto del 2013.

L'imputato Juan María, nel momento in cui colpisce in testa Emiliano con l'asse di legno, accetta il rischio, di causarne la morte, che implica colpirlo in modo violento in quella zona del corpo con un attrezzo con quelle caratteristiche.

Emiliano vede invalidata la possibilità di difendersi dall'aggressione con l'asse di legno nel momento in cui all'improvviso sopraggiunge Juan María, mentre lo stesso Emiliano è a terra e sta lottando con Feliciano, e lo colpisce in modo inatteso.

Nel momento in cui colpisce in testa Emiliano con l'asse di legno, Juan María, persona che al momento dei fatti è affetto da alcolismo cronico, agisce in uno stato di intossicazione, causato dal consumo dell'alcool, tale da provocare una diminuzione della possibilità di controllare i propri impulsi, influenzandone la coscienza e la volontà".

[25] A sostegno di tale argomentazione, la Corte Suprema cita le Sentenze 311/2014, del 16 aprile, e 759/2014, del 25 novembre.

mente, decisa sostenitrice delle teorie cognitive, dando conferma così a una diffusa linea giurisprudenziale che comincia già a partire dagli anni novanta: "Quest'Aula, in particolar modo a partire dalla Sentenza del 23 aprile del 1992 (relativa al caso noto come "olio di colza" o "della sindrome di olio tossico"), ha applicato in diversi provvedimenti un criterio più che altro normativo del dolo eventuale, in cui l'elemento cognitivo o intellettivo ha la priorità su quello volitivo, poiché ritiene che l'agente agisca con dolo quando abbia avuto consapevolezza del rischio reale giuridicamente disapprovato per i beni tutelati dalla norma penale, e nonostante ciò continua con l'esecuzione della condotta [...] la prevalenza che viene concessa nei precedenti giurisprudenziali all'elemento intellettivo è dovuto a un'impostazione procedurale del problema. In modo tale che, *dopo aver dimostrato che un soggetto ha eseguito un'azione che genera un rischio reale elevato per il bene giuridico con consapevolezza che esista la probabilità che si produca un risultato lesivo, viene fatto ricorso a massime elementari dell'esperienza per dedurre che sta presumendo o accettando tale risultato,* o che comunque è indifferente al pregiudizio che probabilmente causerà con la sua condotta [...]. *E appare assai difficile nella pratica processuale che, una volta provato l'elevato rischio reale che genera l'azione e la sua conoscenza da parte dell'agente, non venga accolto perché provato l'elemento della volontà o del consenso anche se con una leggera o indebolita gravità.* A questo elemento volitivo attenuato vengono assegnati nomi quali 'assenso', 'assunzione', 'osservanza' e 'accettazione', in quella che la dottrina considera come una vera e propria dissezione alchemica della volontà, e che in realtà esplicita linguisticamente il livello di debolezza o precarietà con cui in questi casi l'elemento volitivo emerge dal dolo eventuale"[26].

In altre parole: la Corte Suprema non si fa remore a riconoscere che, per evitare i problemi della prova, molto semplicemente *presume* la sussistenza di questo momento decisionale "leggero" o "precario" nel dolo eventuale sulla base della constatazione della conoscenza di un certo grado di rischio generato dall'azione. Il problema relativo alla misura di tale conoscenza si risolve, inoltre, soddisfacendo un criterio che è una vecchia conoscenza della dogmatica della colpa: quello del "cittadino comune messo al posto o nella stessa situazione dell'agente"[27].

[26] La Sentenza della Corte Suprema 69/2010 si pronuncia nello stesso senso.

[27] Questa tendenza ad ampliare il campo del doloso a scapito del propriamente colposo è visibile analogamente in una nuova linea della giurisprudenza spagnola, che negli ultimi anni ha applicato con una certa leggerezza la "dottrina dell'ignoranza della legge" per condannare come dolo i casi nei quali l'agente non aveva intenzione di

Processi deduttivi come il precedente comportano, in definitiva, il rischio che il significato del soggettivo nella valutazione dell'illecito resti in penombra[28], quando la verità è che "la massima gravità e di conseguenza, il massimo della pena infliggibile, alla condotta dolosa può essere considerata soltanto perché l'agente ha voluto, in un modo o nell'altro, danneggiare beni giuridici altrui. Pertanto è tale *'volizione del danno'* -senza voler qui entrare nel merito di come si prova che ci sia stata volizione- l'unica cosa in grado di giustificare l'inflizione di una pena maggiore, sia per ragioni di prevenzione generale e speciale sia della proporzionalità della risposta... Tutti sappiamo che nella pratica processuale la dichiarazione probatoria necessita di dati esterni (che non possono essere trascurati) che a loro volta devono essere oggetto di valutazione da parte di colui che giudica. La negazione da parte dell'imputato della consapevolezza dell'entità e della capacità dannosa dell'azione non può essere trasformata in un ostacolo insormontabile dell'azione effettuata con coscienza. Tuttavia le situazioni che possono presentarsi nei Tribunali non sono sempre così evidenti, e la soluzione, di fronte alla difficoltà, non può essere quella di rinunciare alle componenti volitive"[29].

### 4. *La costruzione del dolo eventuale come volontà e rappresentazione*

Malgrado il successo ottenuto dalle teorie cognitive, buona parte della dottrina non ha rinunciato a una concezione del dolo caratterizzata dai due elementi tradizionali, il cognitivo e il volitivo, anche se ovviamente non esiste unanimità al momento di stabilire in che cosa consiste la volontà del dolo eventuale e quale sia il criterio idoneo per distinguerlo dalla colpa con previsione.

#### 4.1. *Principali tesi dualiste*

La manifestazione più influente della concezione volitiva del dolo storicamente è stata la *teoria dell'approvazione o del consenso all'evento,* in base alla quale viene richiesto, per affermare

realizzare il fatto tipico e agiva con un misto di rappresentazione ed errore. In merito, si rimanda a B. FEIJOO SÁNCHEZ, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, *InDret* 3/2015, p. 1 ss.

[28] In questo senso anche E. RAMÓN RIBAS, *El homicidio preterintencional*, cit., p. 141.

[29] G. QUINTERO OLIVARES, *Las vicisitudes del dolo*, cit., pp. 1584-1585. Anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 101.

l'esistenza del dolo eventuale, insieme alla previsione del risultato, che il soggetto lo abbia approvato interiormente, ovvero, che sia stato d'accordo con lo stesso. In sostanza, le versioni di tale teoria che storicamente hanno avuto maggior diffusione sono due: quella elaborata sulla scia della seconda formula di Frank (se l'agente afferma: accada una determinata conseguenza od un'altra, in ogni caso io agisco); e in particolar modo quella che nasce dalla prima formula di Frank (se ciò che mi appare probabile fosse sicuro, agirei comunque -dolo eventuale-; se ciò che mi appare possibile fosse sicuro, non agirei -colpa cosciente-)[30].

Da parte sua, la *teoria dell'indifferenza o del sentimento* sviluppata da Engisch ha provato a puntualizzare la portata della prima formula di Frank, sostituendo la necessità dell'"ipotetica accettazione del risultato" con la costatazione di una "predisposizione soggettiva" dell'agente, dalla quale sia possibile dedurre l'assoluta indifferenza nei confronti dei beni giuridici tutelati nel tipo penale, constatando in questo caso dolo eventuale[31].

La maggior parte delle critiche mosse a tale versione ne evidenziano l'impostazione dell'elemento volitivo, nella misura in cui al momento di richiedere al soggetto che "accetti" o "approvi" il fatto, si stia giudicandone "l'atteggiamento emotivo" prima della sua "volontà" in merito al pregiudizio del bene giuridico o, detto in altri termini, si confonde ciò che è "permesso in senso giuridico" da ciò che viene "interiormente desiderato" dall'individuo[32].

Nella pratica, è assolutamente possibile immaginare casi nei quali l'agente valuta la produzione di un'ipotetica conseguenza che ritiene estremamente indesiderabile perché, di fatto, non gli permetterebbe di raggiungere l'obiettivo che sicuramente si prefigge e che preferisce, ma accetta tale circostanza di per sé non voluta, nella misura in cui non potrebbe ottenere il suo obiettivo principale in nessun altro modo; è quello che succede, per esempio, nel caso noto come "caso *Lacmann*": nella bancarella del tiro a segno, un inesperto tiratore scommette venti marchi di essere in grado di sparare alla sfera di cristallo nella mano di una

30 C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 430; M.M. DIAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., p. 169.
31 K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, O. Liebmann, 1930, p. 95 ss. Questa teoria ha il grave ostacolo di indicare l'indifferenza come un modello limitante tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, con il rischio che a venir giudicata sia la personalità dell'agente, e non la sua azione - cfr. J. BUSTOS RAMIREZ, *Política criminal y dolo eventual*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (1984), p. 34; C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 433; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., p. 45.
32 Cfr. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general, I. El hecho punible* (trad. de la 2. ed. alemana de M. Canció Meliá y M.A. Sancinetti), Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 163 ss.; C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 430-431, y M. M. DIAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pp. 170-171.

ragazza, con il suo colpo però la ferisce. La rigida applicazione della teoria del consenso condurrebbe, in questi casi, a negare la responsabilità dolosa del soggetto che ha prodotto tali risultati concomitanti, in quanto non li aveva approvati né accettati[33].

Peraltro, le formule di FRANK non rappresentano soltanto una caratterizzazione diretta del dolo eventuale, ma anche un "mezzo di conoscenza" per accertarlo. La prima deduce tale conoscenza dalla risposta che viene data alla domanda di come avrebbe agito il soggetto se fosse stato sicuro fin dall'inizio della produzione del risultato tipico: se la conclusione a cui si arriva è che avrebbe agito anche in caso di conoscenza precisa dell'evento, allora bisognerà valutare il dolo; in compenso, se la conclusione è che avrebbe omesso il comportamento di conoscerne l'esatta portata, allora il dolo dovrà essere negato. Come si evince, la prima formula non ovvia ai problemi che sorgono quando si devono risolvere i casi come quelli citati in precedenza quindi, per esempio, nel caso *Lacmann* è sicuro che il soggetto non avrebbe agito se avesse avuto la certezza di fallire lo sparo*,* visto che allora avrebbe perso in anticipo la scommessa e di conseguenza l'agente non l'avrebbe accettato; ciononostante, deve essere valutato il dolo eventuale: il soggetto avrebbe incluso il fallimento al momento di calcolare il suo piano, ma le prospettive di successo per lui avevano un valore maggiore rispetto al rischio di sbagliare[34].

Si presta a un altro tipo di obiezione, la seconda formula di FRANK, secondo la quale, se il soggetto afferma: "accada una determinata conseguenza od un'altra, in ogni caso io agisco" allora il suo comportamento è doloso. In particolare, perché tale formula abbia una virtualità efficace, sarebbe necessario che l'agente prenda in considerazione con coscienza ciascuna delle circostanze che rappresentano la base della sua colpevolezza, cosa questa che non succede con frequenza (per esempio, nei delitti violenti o passionali, l'agente di solito non compie una riflessione cosciente sulla realtà della sua azione).

Tuttavia sono probabilmente i problemi posti dalla costatazione di un'ipotetica decisione a causare la maggior parte delle critiche dottrinali alla versione della teoria del consenso presentata da Frank.

---

[33] H. WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general* -trad. de la 11. ed. alemana de J. Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez-, 2. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1976, p. 102.
[34] C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 438; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., p. 48.

In particolare, la difficoltà maggiore proviene dalla necessità di provare un fatto che in realtà non è avvenuto, e che costringe "il giudice a valutare al posto del soggetto attivo ciò che egli non ha mai valutato (ovvero considerare certo ciò che a lui è soltanto parso probabile) e che risponda in vece di tale soggetto alla domanda a cui lui non ha mai risposto (se immaginando sicuro il risultato, avrebbe ugualmente agito oppure no) [...]. È vero che il giudice, qualora esamini la personalità del soggetto, può giungere a una conclusione in merito a quale sarebbe stato l'atteggiamento dell'agente, se invece di immaginare un risultato probabile lo avesse immaginato -cosa che al momento del fatto non ha fatto- come certo. Ma non illudiamoci: se la conclusione del giudice è che il soggetto avrebbe ugualmente agito come ha fatto anche nel caso in cui avesse avuto la certezza di ciò che solo gli era parso probabile, allora dovrà rispondere dell'accettazione del risultato che in realtà non ha dato, per via di una volontà che non ha avuto, per qualcosa che, in definitiva, non ha fatto [...] ciò che in realtà stabilisce nella teoria del consenso è se l'agente ha l'aspetto del reo o di una brava persona. Nel primo caso, la conclusione sarà che avrebbe detto sì alla causazione di un evento antigiuridico piuttosto che rinunciare al proposito a cui puntava direttamente. E nel secondo caso, il suo aspetto da brava persona indurrà a credere che se si fosse immaginato il risultato come certo non avrebbe agito come lo ha fatto, con la conseguenza che potrà essere punito soltanto per imprudenza. [...] Tutti questi aspetti corrispondono al Diritto penale del nemico (autoritario) e non al Diritto penale di fatto (democratico), alla colpevolezza per il carattere e no alla colpevolezza del fatto"[35].

Di fronte a quanto precede, esiste all'interno della concezione dualista del dolo un'altra tendenza che si distingue soprattutto per il rifiuto delle posizioni che fanno corrispondere, in modo più o meno esplicito, l'elemento volitivo con gli atteggiamenti emotivi del soggetto rispetto all'oggetto penalmente tutelato, senza rinunciare alla costatazione di tale elemento per sostenere l'esistenza del dolo eventuale.

[35] E. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, cit., p. 253. Analogamente, J. BUSTOS RAMIREZ, *Política criminal y dolo eventual*, cit., pp. 33-34; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente,* cit., p. 48; B. FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, in *CPC,* 65 (1998), pp. 294-295.

Tra le diverse versioni delineate per definire il fattore volitivo del dolo ("accontentarsi di", "accettare", "tollerare"), ha avuto maggiore accettazione quella che lo descrive come una "decisione" dell'agente contro il bene giuridico[36].

I vantaggi che producono questa nuova tendenza possono essere sintetizzati nel modo seguente: in primo luogo, c'è la rinuncia al dilemma tra le caratteristiche cognitive e volitive nel momento in cui si deve stabilire il dolo; in secondo luogo, volontà e rappresentazione vengono raggruppate in un nuovo schema concettuale ("decisione"); infine, tale concetto basilare astratto viene preso come descrizione unitaria di ciò che significa dolo, nei diversi gradi[37].

Partendo dalle premesse precedenti, Roxin integra il contenuto dell'elemento decisionale con l'analisi congiunta di due fattori (la conoscenza della possibilità che si produca l'evento tipico e l'esecuzione del piano che guida l'azione dell'individuo): fattori che inoltre, permettono di differenziare il dolo eventuale dalla colpa cosciente; "Chi include nei propri calcoli la realizzazione di un fatto tipico riconosciuta come possibile, senza per questo farsi dissuadere dal compimento del suo piano, ha in tutta coscienza deciso -sebbene solo per il caso eventuale e spesso contro le sue stesse speranze di evitarlo- di andare contro il bene giuridico tutelato dal relativo fatto tipico. Tale «decisione del probabile danno ai beni giuridici» distingue il dolo eventuale nel suo contenuto di disvalore dalla colpa cosciente e giustifica una punizione più severa"[38].

In definitiva, le posizioni dogmatiche dualiste cercano di delimitare il confine tra dolo eventuale e colpa con rappresentazione tenendo conto di determinati fattori che dovrebbero essere presenti soltanto nell'azione dolosa e la cui assenza darebbe luogo, in quanto forma penale residua, all'imprudenza.

Quanto sopra non implica l'esclusione di altri tentativi della dottrina destinati giustamente a seguire il percorso opposto: la delimitazione del campo dell'illecito colposo partendo

---

36 C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 425. In questa stessa ottica si trova anche la tesi di Schroth. Da una posizione simile Hassemer fa riferimento alla decisione "a favore dell'illecito" – *Los elementos característicos del dolo* -trad. de M. M. Díaz Pita-, in *ADPCP*, t. XLIII (1990), p. 918.

37 W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, cit., p. 916.

38 C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 425 y 427. Ciò nonostante, negli ultimi tempi, la concezione di questo autore si è mossa verso una posizione più oggettivo-normativistica (in merito, in modo critico, si rinvia a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., pp. 86-87).

dalla costatazione di alcune differenze strutturali dell'imprudenza rispetto al dolo[39]. In tale contesto si inquadra il concetto di colpa come "errore rispetto all'evitabilità del risultato" (inizialmente elaborata da Kindhäuser[40] in Germania e sviluppata da Corcoy Bidasolo[41] in Spagna), o la teoria della "colpa cosciente come errore sul nesso eziologico", seguita principalmente da De Francesco in Italia[42].

### 4.2. *Il consolidamento della concezione dualista nella giurisprudenza italiana*

La questione della natura del dolo eventuale è stata affrontata nella giurisprudenza italiana in termini assai diversi rispetto a quella spagnola, tra le altre ragioni a causa dell'esistenza di specifiche disposizioni di legge che condizionano l'interpretazione di entrambe le figure: da una parte, l'articolo 43 del Codice Penale italiano definisce il dolo come previsione e volontà; dall'altro lato, l'articolo 61.3 dello stesso testo punitivo configura la colpa con previsione come un'aggravante di tale forma soggettiva.

Questo non ha impedito, comunque, che negli ultimi anni si sia sviluppato all'interno della dottrina e della giurisprudenza italiane un vivace dibattito intorno ai criteri che devono essere utilizzati al momento di distinguere in modo adeguato il dolo eventuale dalla colpa

---

[39] È questo l'obiettivo inseguito dalla teoria della "operosa volontà di evitare" di Armin KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo* (trad. R. F. Suárez Montes), in *ADPCP*, t. XIII (1960), p. 185 ss. Alcune delle critiche a questa teoria sono presenti in E. STRUENSEE, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, *InDret*, núm. 4/2009, p. 9 ss.; questo autore, esclude la possibilità di fare una distinzione tra dolo e colpa tenendo conto dell'elemento volitivo (visto che fa parte del concetto pregiuridico di azione) e quindi, propone di occuparsi della natura e del numero di circostanze fattuali percepite dall'agente. Ciò nonostante, così come succede per altre teorie cognitive, sembrerebbe che la proposta di Struensee voglia dedurre, partendo dalla costatazione di date circostanze, una determinata "direzione" nella volontà dell'azione dell'agente doloso.

[40] U.K. KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in *ZStW*, 1 (1984), p. 1 ss. Questo autore rinuncia alla considerazione dell'elemento volitivo come modello per distinguere dolo eventuale da colpa, ponendo l'accento di distinzione nell'elemento cognitivo, non tanto nella consapevolezza del rischio o della probabilità che si realizzi l'evento, ma piuttosto nel grado di conoscenza che il soggetto ha rispetto a un'altra circostanza determinata: la capacità oggettiva di produrre, o evitare il risultato (conoscenza della funzione produttiva o preventiva); così, la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente risiederebbe nella costatazione di un elemento presente nella seconda e assente nel primo, l'errore sull'evitabilità del risultato: l'individuo che valuta in modo errato la propria capacità di impedire il risultato tipico, non prenderà le precauzioni richieste per evitarlo semplicemente perché non le considera necessarie (colpa cosciente); viceversa, il soggetto che conosce la propria incapacità di evitare il risultato e, malgrado ciò, continua ad agire, commetterà il fatto in modo doloso, anche senza volere che questo si produca (dolo eventuale).

[41] M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado,* Barcelona, PPU, 1989, pp. 970-971.

[42] A tale proposito, si veda per esempio G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1, p. 113 ss., y *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 5, p. 1974 ss.

cosciente[43], in special modo, al momento di chiarire quale deve essere la risposta penale rispetto a certe condotte che si sviluppano in un contesto di base lecita, caratterizzati da gravissime violazioni delle regole cautelari che provocano dei rischi molto più elevati rispetto a quelli generati dai comportamenti imprudenti "classici": la reazione di fronte a questa nuova fenomenologia in Italia, ha fatto sì che buona parte della giurisprudenza abbandonasse poco a poco il, fino ad allora, monolitico principio tradizionale dell'*accettazione del rischio*[44] alla ricerca, in alternativa, di nuovi orizzonti, e cominciasse ad utilizzare a partire da quel momento, diverse formule definitorie del dolo eventuale, generando di conseguenza un livello non irrilevante di incertezza[45].

Così, è stato utilizzato dalla giurisprudenza italiana in modo frequente il criterio di *prevedibilità in concreto dell'evento*[46], in alcune occasione è stata applicata in modo esplicito la prima formula di Frank[47], e in altre, in definitiva, è stato introdotto un criterio che si potrebbe considerare "economicistico": il principio del giusto equilibrio (esiste dolo eventuale se l'evento illecito può essere considerato come "un prezzo - eventuale- da pagare per il raggiungimento degli scopi dell'agente della condotta)[48].

Questo era, a grandi linee, il panorama della giurisprudenza italiana (arroccata sulle teorie dualiste, ma con argomentazioni confuse a difesa di tali posizioni) fino a quando viene emessa la Sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte Suprema di Cassazione sul caso *Thyssenkrupp*[49], nella quale veniva giudicata la responsabilità dell'amministratore delegato della società TKAST, per la morte di sette operai avvenuta all'alba del 6 dicembre del 2007, a

43 A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezione unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza succesiva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.6.2015, pp. 1-5.

44 Che è un'ulteriore variante della teoria del consenso, in virtù della quale si sostiene l'esistenza del dolo eventuale quando l'agente, oltre a prevedere il rischio, lo accetta, mentre invece la colpa cosciente viene rilevata in quei casi in cui lo stesso agisce con una ragionevole speranza che l'evento non si verificherà, rispetto alle critiche di questa teoria, e al successivo rinvio all'applicazione del dolo eventuale in caso di dubbio (rischio percepito e intellettualmente non risolto), si rinvia a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., p. 91.

45 In merito, si veda A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 5 ss.

46 V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della Sentenza Schettino*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.2.2018, p. 15.

47 Cfr. M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 7/8, p. 2548 ss.

48 S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 24 ss.

49 Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, con nota di G.L. GATTA, *Caso Thyssenkrupp: depositate le motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite (sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19.9.2014.

seguito dell'incendio di un'acciaieria di Torino, dopo il traboccamento di un deposito di olio utilizzato per il raffreddamento di rotoli di acciaio.

Questa sentenza si è posta l'obiettivo ambizioso di concretizzare il limite esatto tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, e di porre rimedio al contrasto evidenziato in precedenti sentenze della Corte di Cassazione, che si era spostata su opzioni interpretative se non divergenti quantomeno notevolmente differenti[50]. Per rispondere a una questione così complessa la Corte utilizza un'argomentazione di quasi cinquanta pagine, che culmina con una presa di posizione che si allontana in modo sostanziale dalla formulazione tradizionale della figura[51].

L'obiettivo delle Sezioni Unite nel caso *Thyssenkrupp*, secondo quanto stabilito nella stessa Sentenza, non è quello di elaborare una nuova, discutibile e dettagliata tesi, da aggiungere alle ormai numerose che popolano il quadro teorico del dolo eventuale, ma uno di natura molto più pratica: delineare le caratteristiche di tale figura in modo netto, che ne consenta l'applicazione nella realtà di oggi nel modo più chiaro possibile, mettendo in questo modo fine alla cruciale incertezza che ha caratterizzato, nel passato, i processi penali particolarmente controversi come quello oggetto del procedimento penale[52].

Nelle sue argomentazioni, la Sentenza da una lettura spiccatamente "volontaristica" del dolo eventuale[53], prendendo in questo modo decisamente le distanze da "atteggiamenti nichilistici" che auspicano una definizione squisitamente normativa, oggettivizzante, del dolo eventuale[54].

In tal senso, si segnala che la disamina della figura deve partire dalla generale considerazione del dolo come la più intensa *adesione interiore al fatto,* costituita da conoscenza e volontà; rappresentazione e volizione secondo quanto stabilito dall'articolo 43 del Codice Penale italiano, nel quale si rimarca l'unione irrisolvibile della sfera intellettiva e volitiva dell'essere umano[55], anche se si riconosce che detta norma non offre indicazioni univoche che valgano a definire i confini dell'imputazione soggettiva, né aiuta a risolvere le questioni

[50] A. AIMI, *Dolo eventuale o colpa cosciente? Il caso Thyssen Krupp approda alle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.12.2013; V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione*, cit., p. 10 ss.
[51] A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 1.
[52] Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 145 (§ 33).
[53] R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it*, 11 (2014), p. 2572.
[54] Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 146 (§ 33).
[55] Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 145-146 (§ 34).

tradizionalmente controverse che solleva il dolo eventuale e i suoi limiti dinnanzi alla colpa cosciente. Ciò nonostante, la Corte afferma che la lettura della formula legale contenuta nell'articolo 43 non lascia dubbi sulla necessità di valorizzare e quasi enfatizzare la componente volitiva del dolo eventuale: l'evento deve essere preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; non è semplicemente desiderato o sperato, ma una "conseguenza", un esito che dipende dal consapevole attivarsi od omettere[56].

Alle argomentazioni legali la Corte aggiunge altri ragionamenti che sembrano piuttosto di buon senso: tale teoria sottende una non realistica semplificazione e idealizzazione della realtà, che si basa su un soggetto che lucidamente analizza, discerne e si persuade nel senso della negazione dell'evento. Si tratta di una visione che si allontana di molto dalla varietà delle contingenze che si verificano nella vita quotidiana; una visione che può certamente considerarsi valida nel caso di scuola del lanciatore di coltelli, ma non nelle mille situazioni contingenti e irripetibili del reale, in modo particolare quando si cerca di analizzare il buio, opaco e subliminale mondo della colpa, nel quale abbonda la sconsideratezza, la superficialità e l'irragionevolezza nel processo decisionale.

Allo stesso tempo, si sostiene che il dubbio irrisolto circa la verificazione dell'evento non permette, da solo, di sostenere la presenza del dolo a partire dalla mera percezione di una situazione rischiosa, poiché una tale soluzione interpretativa svuota tale forma di imputazione soggettiva di ogni reale contenuto volitivo che coinvolga la relazione tra condotta ed evento, la allontana in modo inaccettabile dalla categoria del dolo come atto di volontà e dà luogo ad una sorta di presunzione. Certamente il dubbio accredita l'ipotesi di un agire che implichi una qualche adesione all'evento, ma si tratta appunto solo di un'ipotesi che deve confrontarsi con tutte le altre contingenze del caso concreto, poiché chi agisce dubitando a volte si determina in condizioni di irrazionalità motivazionale, oppure versa in uno stato di opacità che rapporta il rimprovero giuridico alla sfera tipica della colpa[57].

---

[56] Cass. Pen. Allo stesso tempo, la Sentenza del caso *Thyssenkrupp* segnala che il Codice parla a proposito della colpa cosciente di *previsione concreta* dell'evento (senza peraltro fare alcun riferimento a un ipotetico processo di negazione dello stesso), il che comporta il rifiuto dei presupposti della dottrina e della giurisprudenza che individua nella colpa cosciente una previsione seguita da una controprevisione, cioè, da una previsione negativa circa la verificazione dell'evento (Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 178, § 50).
[57] Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 178-179 (§ 50).

In definitiva, la Corte identifica la nota caratteristica del dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente nella presenza di una certa adesione interiore all'evento nel caso in cui questo si verifichi, che verrebbe a configurare, in definitiva, l'elemento volitivo in questa figura soggettiva[58].

Come sottolinea Cappellini, il fatto che la Sentenza del caso *Thyssenkrupp* scelga una delle diverse formule proposte dalla giurisprudenza per dirimere la questione del dolo eventuale già di per sé è un risultato di notevole importanza, perché pone fine all'ambiguità che in passato ha caratterizzato la giurisprudenza italiana rispetto al tema[59]. Tuttavia è evidente che sostenere che "*l'adesione interiore*" dell'agente è ciò che caratterizza il dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente non dice ancora nulla di concreto su *come stabilire precisamente* la sua presenza, un'incognita che a sua volta richiama il vero *quid* della questione: gli indicatori del dolo eventuale.

### 5. *Epilogo: la ricostruzione del dolo eventuale tramite gli indicatori*

Nessuna delle teorie dottrinali finora enunciate dalla dottrina sono sufficientemente adeguate, considerate singolarmente, per stabilire la sussistenza o meno del dolo in ciascuna fattispecie concreta che può sorgere nella pratica. E non possono esserlo, perché è impossibile accogliere in una sola formulazione teorica la soluzione all'enorme varietà di casi che, nella pratica (nella realtà umana), si possono presentare al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

---

[58] Tuttavia, nel prosieguo la Sentenza segnala che anche la previsione dell'evento può essere diversa nel dolo eventuale e nella colpa cosciente: nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice. In particolare, le istanze di garanzia in ordine al rimprovero caratteristico della colpevolezza dolosa richiedono che l'evento oggetto della rappresentazione appartenga al mondo del reale, *costituisca una prospettiva sufficientemente concreta,* sia caratterizzato da un apprezzabile livello di probabilità. Solo in riferimento ad un evento così definito e tratteggiato si può istituire la relazione di adesione interiore che consente di configurare l'imputazione soggettiva. Da parte sua, la colpevolezza colposa appare come una figura accentuatamente normativa nella quale la base psicologica solitamente manca o è insignificante, nella cui definizione possiede una particolare importanza, secondo la Corte, la particolare connessione cognitiva tra regola cautelare ed evento che si produce nella colpa cosciente, poiché in quel caso l'agente ha presente la *concreta situazione rischiosa* esistente. Tuttavia, di fronte a quello che accade nel caso del dolo eventuale, nella colpa cosciente *è sufficiente che l'evento esprima la concretizzazione del rischio cautelato dalla norma prevenzionistica.* Rispetto a tale evento la rappresentazione, nella colpa, può ben essere *vaga e alquanto sfumata*, pur preservando i tratti essenziali che connettono causalmente la violazione cautelare con l'evento medesimo (Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., pp. 179-181, § 50).

[59] A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 19.

Il vero problema del dolo eventuale risiede nell'identificazione degli indicatori esterni adatti per dimostrare, in sede giudiziaria, l'esistenza o meno dell'elemento volitivo in relazione con il risultato concreto prodottosi, nella misura in cui la constatazione della rappresentazione della probabile produzione (questo è l'elemento cognitivo) risulta insufficiente al momento di affermare o negare che il comportamento è stato doloso.

Nel contesto del Codice Penale Italiano, risulta evidente in modo particolare alla luce delle disposizioni dell'articolo 43 (che richiede la constatazione di previsione e volontà). Tuttavia anche nel contesto del Codice Penale spagnolo, dove sono disciplinati un buon numero di reati che richiedono la prova di uno speciale elemento volitivo in funzione di un risultato determinato (come nel caso dell'omicidio commesso con premeditazione). Anche differenze come quelle tra un delitto di lesioni personali e un omicidio o un tentato omicidio, tra un furto proprio e un furto d'uso, ecc., sono comprensibili solo per il diverso contenuto della volontà che caratterizza la rispettiva fattispecie di reato[60].

Molto probabilmente, lo studio degli indicatori del dolo non ha ricevuto la giusta considerazione da parte della dogmatica penale, che si è mostrata forse più incline all'elaborazione di formulazioni teoriche che alla previsione delle conseguenze che, nella pratica, può avere la sua applicazione.

Ciò nonostante, già a partire dagli anni '90 Hassemer auspicava uno studio del dolo basato sull'analisi degli "elementi esterni di caratterizzazione" (indicatori), ordinati in tre sequenze: pericolo (esterno), rappresentazione (interna) del pericolo e decisione (interna) a favore della realizzazione del pericolo riconosciuto.

Così, "quando bisogna trattare la pericolosità oggettiva per il bene giuridico tipicamente tutelato, si determina per esempio la forza distruttiva di una bomba e la sua distanza dall'oggetto minacciato, la possibilità che un'arma ostentata venga anche utilizzata, la durata di un fatto dannoso (ad. es. lo strangolamento di una persona), la zona del corpo verso cui viene diretto l'attacco, l'esistenza o prossimità di un'azione di soccorso o di prevenzione del pericolo, ecc. A livello cognitivo (della rappresentazione del pericolo) per esempio la visibilità dell'evento viene stabilita tramite l'agente (la sua presenza sul luogo dei fatti, la prossimità

[60] F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 10. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 256 ss.

spaziale dell'oggetto, la sua capacità di percezione, un disturbo passionale o causato dall'effetto di droghe che alteri tale capacità, l'aumento della stessa dovuto a qualità innate o professionalmente acquisite), la complessità vs la semplicità della situazione, il tempo necessario per effettuare osservazioni rilevanti, ecc. E inoltre si dovrebbero stabilire, a livello decisionale, la conferma di condotte attive di evitamento, la probabilità di autolesionismo in relazione con le motivazioni dell'agente, indicatori di particolare rilevanza quali la giovane età, la disabilità fisica, le peculiarità professionali, le condotte antecedenti del delinquente in contesti simili che possono essere messi in relazione, in modo rilevante rispetto al dolo, con la situazione attuale, indizi di legami affettivi tra il delinquente e la vittima, ecc. Questa differenziazione dovrebbe avere come conseguenza -già si intravede nella Giurisprudenza sul dolo- un crescente arricchimento delle indagini giudiziarie degli elementi esterni di caratterizzazione del dolo. Solo così si potrà procedere verso una corretta comprensione dello stesso"[61].

Intesa in questo modo, la prospettiva normativa sulla concettualizzazione del dolo non crea ex novo la realtà né si basa su di essa, perché "quest'analisi di giudizio non perde di vista la razionalità della nostra cultura, in concreto la cultura giuridica. Ciò significa che tale prospettiva, prima di prendere le distanze dalle valutazioni quotidiane presenti nella società, cerca di avvicinarsi ad esse, passandole al setaccio dell'interpretazione giuridica"[62].

[61] W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo* (trad. M.M. Díaz Pita), in *ADPC,* t. XLIII (1990), pp. 929-930 [originariamente pubblicato in tedesco in G. DORNSEIFER (dir.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Koln, 1989; in italiano, tradotto da Stefano Canestrari, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.,* 1991, 3, p. 497].

[62] M.M. DIAZ PITA *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, in *Revista penal,* 17 (2006) p. 66.

Gli sforzi della dottrina per affrontare il tema della delimitazione degli indicatori concreti del dolo eventuale si sono moltiplicati negli ultimi anni sia in Spagna[63] che in Italia[64], tuttavia almeno la giurisprudenza del primo paese non ha ancora per il momento intrapreso un compito analogo in sede di sistematizzazione ed esplicitazione attraverso le sue risoluzioni.

Perciò, deve senza dubbio essere applaudito (e anche visto con una certa invidia dai confini spagnoli) l'impegno profuso dalla Sentenza *Thyssenkrupp* delle Sezioni Unite nell'offrire un elenco completo, anche se non completamente esaustivo, dei diversi indizi che, in sede giudiziaria, possono servire per ricostruire il processo decisionale dell'agente e, di conseguenza, stabilire la presenza sia del dolo eventuale, che della colpa cosciente[65]:

-La condotta che caratterizza l'illecito soprattutto nei delitti di sangue (le caratteristiche dell'arma, la ripetizione dei colpi, le parti prese di mira).

-Nell'ambito governato da discipline cautelari, la lontananza della condotta standard, "poiché quanto più grave ed estrema è la colpa tanto più si apre la strada ad una cauta considerazione della prospettiva dolosa" (in particolar modo nei reati di circolazione stradale, nei quali l'agente ha mostrato una determinazione estrema, la volontà di correre, per diverse

63 In Spagna, risultano particolarmente significativi gli sforzi di R. RAGUES I VALLES, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4 (2004), p. 13 ss. Eppure, il metodo proposto dall'autore non appare convincente per due ragioni; tra queste, le difficoltà che comporterebbe per colui che deve giudicare giungere alla convinzione, in primo luogo, che esiste una determinata "regola di reciproca attribuzione di conoscenza tra cittadini" applicabile al caso concreto e, in secondo luogo, che tale regola può contare su un "ampio consenso sociale", ma, che tipo di mezzo di prova, sottoposto a contraddizione, permetterebbe di verificare se una condotta determinata debba essere o meno ritenuta "forzosamente cosciente da un punto di vista dell'interazione sociale?"; come sottolinea Donini, il sentimento sociale è del tutto irrazionale e mutevole nel valutare i diversi rischi che ci circondano, per cui basterebbe una campagna di stampa per mutare tutta la giurisprudenza ("Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente", cit., 84). D'altra parte, questo processo deduttivo ricorda molto quello utilizzato per la costruzione dei criteri oggettivi dell'"uomo comune" che vengono tradizionalmente utilizzati per definire l'imprudenza (ovvero, una forma di illecito meno grave che la dolosa), con l'aggravante che in questo ambito "i doveri di diligenza" vengono in buona parte normati e sistematizzati, cosa che invece difficilmente può essere sostenuta in merito a delle ipotetiche "regole di attribuzione di conoscenza" (che peraltro, ci direbbero non quello che il soggetto sapeva, ma quello che si presume *dovrebbe* aver saputo).

64 In Italia, è necessario far riferimento in questo contesto a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., p. 107 ss. Però, è giusto anche rivendicare F. BRICOLA come uno dei pionieri, in questo argomento (*Dolus in re ipsa*, cit., p. 16 ss.).

65 Cass. Pen., Sez. un., 24.4.2014, n. 38343, cit., p. 183 ss. (§ 51). Analizza in modo dettagliato e critico tali indicatori A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., pp. 23-32.

ragioni, rischi altissimi senza porre in essere alcuna misura per tentare di governare tale eventualità).

-La personalità, la storia e le precedenti esperienze talvolta indiziano dolo eventuale (per esempio, nel caso della donna che aveva trasmesso il virus HIV al partner, vi era l'esperienza di un evento analogo che aveva colpito il precedente compagno, conducendolo alla morte) oppure colpa cosciente (per esempio, nel caso del pilota d'auto con grande esperienza temprato da molte gare che confida nell'abilità acquisita, maggiore di un conducente ordinario, per evitare eventuali contingenze critiche).

-Le caratteristiche dell'individuo (la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti) possono avere insomma, un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo eventuale.

-La durata e la ripetizione della condotta (un comportamento repentino, impulsivo, accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione di certe conseguenze illecite).

-La condotta successiva al fatto (la fattiva e spontanea opera soccorritrice può aver peso nell'accreditare un atteggiamento riconducibile alla colpa e non al dolo eventuale).

-Il fine della condotta, la sua motivazione di fondo, e la sua compatibilità delle conseguenze collaterali (cioè, la congruenza del "prezzo" connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione).

-La probabilità di verificazione dell'evento (un'elevata probabilità dell'esito non è sufficiente per accreditare la presenza del dolo diretto, ma è un indicatore significativo).

-Le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento (che accreditano in modo ricorrente, soprattutto nel campo dell'infortunistica stradale, l'ipotesi colposa).

-Infine, l'analisi controfattuale alla stregua della prima formula di Frank. (che può essere un forte indicatore del dolo, anche se non può essere in nessun caso decisivo).

Sicuramente sarà difficile che i pronunciamenti della Sentenza *Thyssenkrupp* riescano a consolidarsi in modo definitivo nella giurisprudenza italiana[66], non c'è dubbio però che

[66] Di fatto, esistono già risoluzioni della stessa Corte di Cassazione che prendono le distanze da alcuni dei pronunciamenti del caso *Thyssenkrupp*. Come, per esempio, La Sentenza Acerbi (Cass. Pen., Sez. I, 28.10.2014. n. 52530) che riprende il criterio dell'*accettazione del rischio* nel momento in cui giudica l'imputato di aver dato fuoco al suo appartamento, provocando un incendio che in seguito ha causato la morte di due vicini del piano

devono essere considerati un passo da gigante nella strada verso l'accertamento del vortice che circonda il dolo eventuale.

*Abstract*

Questo articolo esamina le tesi dottrinali che ruotano intorno al concetto di *dolus eventualis* e alla loro diversa configurazione nella giurisprudenza spagnola e italiana. In Spagna, la prassi giudiziaria è decisamente a favore delle teorie cognitive, trascurando l'elemento volitivo. Mentre, in Italia, le Corti si sono concentrate su entrambe le componenti essenziali del *dolus eventualis* e su come provarle in giudizio.

*Abstract*

This article examines the doctrinal theses built around the concept of *dolus eventualis* and their different reception in Spanish and Italian Jurisprudence. In Spain, judicial practice is decidedly in favour of cognitive theories, disregarding the volitional element. However, in Italy the courts have focused on two components essential to *dolus eventualis* and how to test them.

Cadice, novembre 2020.

di sopra (cfr. M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato*, in *Diritto Penale Contemporaneo,* 18 marzo 2015, p. 1 ss.). Da parte sua, la Sentenza *Schettino* nel caso *Costa Concordia* (Cass., sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585), interpreta il contenuto dell'elemento conoscitivo in modo diverso rispetto alla sentenza *Thyssenkrupp* (cfr. V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione*, cit., p. 10 ss.).

Mª. LOURDES NOYA FERREIRO *

# *La doctrina y la jurisprudencia española como antecedente de la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en la ley 13/2015, de 5 de octubre* **

*Sumario*: 1. Consideraciones previas. – 2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como precedente a la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico español. – 3. La jurisprudencia y la doctrina como antecedente necesario de las garantías legales para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en España. – 4. Proceso penal en curso y presupuestos constitucionales. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad. – 4.1 Proceso penal en curso. – 4.2 La autorización judicial. – 4.3 El principio de proporcionalidad. – 5. Ámbito de aplicación. – 6. Sujetos investigados por la medida y terceros afectados. – 7. Duración de la medida y control judicial. – 7.1 Duración y prórroga de la medida. – 7.2 Control judicial

## 1. *Consideraciones previas*

La interceptación de las comunicaciones personales privadas es una medida de investigación[1] restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones[2], que puede acordar la autoridad judicial[3] en la fase de instrucción del proceso penal. Consiste en la instalación de aparatos de escucha, grabación y reproducción del sonido, para captar el

* *Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] V. en este sentido, G. CASCINI, *Intercettazioni e riservatezza (a proposito di una recente proposta di legge)*, en *Questione giustizia*, núm. 4, 1995, pág. 953; T. LOPEZ FRAGOSO, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal,* Madrid, 1991, pág. 12; V. MORENO CATENA., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, *Poder Judicial*, número especial II, 1987, pág. 156; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, pág. 303, entre otros.

[2] G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, pág. 139; E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, A. PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1993, pág. 410.

[3] En nuestro ordenamiento jurídico vigente su adopción le corresponde al juez de instrucción o el juez central de instrucción o, en su caso, el miembro de la Sala de lo Penal designado instructor cuando la competencia corresponde al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia.

contenido de la conversación desarrollada de forma oral entre dos o más personas[4], con la finalidad de obtener datos que hagan posible la averiguación de los sujetos responsables del hecho delictivo, de las circunstancias de comisión del mismo, y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacerse valer en la fase de juicio oral[5].

La previsión constitucional que permite la intervención de las comunicaciones con autorización judicial, no es en sí misma suficiente para su adopción, resultando imprescindible para la injerencia en el derecho fundamental, la concurrencia de los principios y requisitos fijados expresamente en una ley de desarrollo, que junto con la absoluta necesidad de la medida y su proporcionalidad hagan posible su utilización procesal[6].

Así lo han puesto de relieve en numerosas ocasiones doctrina y jurisprudencia, que a lo largo de los últimos años han defendido la necesaria regulación legislativa que diseñara el régimen jurídico de las medidas de intervención de las comunicaciones. De esta forma, se recogerían tanto los presupuestos constitucionales y legales, como las garantías procedimentales, estableciéndose el marco de referencia que permitiría otorgarle eficacia probatoria en el proceso penal.

En este trabajo se pretende poner de relieve una muestra sobre las principales aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, en las que se han sentado las bases sobre los principios generales y el régimen jurídico de las medidas de intervención de las comunicaciones privadas, proporcionándole al legislador los mimbres necesarios para abordar la regulación que se ha llevado a cabo con la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Como podremos comprobar el articulado derivado de esta Ley sigue las directrices marcadas por doctrina y jurisprudencia, haciéndose eco de las aportaciones derivadas de tantos años de estudio y

[4] Cfr. G. FUMU, *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, Torino, 1990, p g. 779.

[5] Sobre el concepto de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas puede consultarse además de las obras citadas en las notas precedentes, A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di procedura penale*, Milano, 1992, pág. 183; G. FUMU, *Commento al nuovo Codice*..., op. cit., pág. 774.

[6] A. MONTON REDONDO, *Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas,* en *Revista Jurídica La Ley,* núm. 3915, 1995, pág.1; V. también, J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Valencia, 1999, pág. 75; M.A. MONTAÑÉS PARDO, *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial,* Pamplona, 1999, pág. 31. V. también las SSTS de 29 de junio de 1993; 15 de julio de 1993; 18 de abril de 1994; 17 de octubre de 1994, y la STEDH de 30 de julio de 1998, *Caso Valenzuela Contreras,* entre otras.

controles jurisdiccionales sobre la realización de este tipo de medidas.

Hasta su entrada en vigor, la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones era prácticamente inexistente. La Ley de Enjuiciamiento Criminal se limitaba a recoger las medidas de intervención postal, telegráfica y telefónica, trasladando la exigencia de autorización judicial prevista constitucionalmente, y fijando un plazo, excesivamente amplio, durante el cual se podía mantener la interceptación.

Esta deficiente previsión fue puesta de manifiesto en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tomando como referencia el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que la ley que desarrolle estas medidas resulte "*asequible"* para el ciudadano y proporcione la información necesaria sobre las normas aplicables al caso concreto[7].

En el mismo sentido se pronuncian tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, afirmando que la limitación de un derecho fundamental ha de tener su base en una resolución judicial motivada y fundamentada en una inexcusable previsión legislativa[8].

También doctrinalmente se defendía la necesaria regulación legislativa, afirmando que cuando el artículo 18.3 CE, prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones está creando un fragmento de norma que necesitará posterior desarrollo, puesto que en otro caso la protección constitucional sería ilusoria. Lo que determina el tercer apartado del precepto es qué autoridad podrá proceder a la limitación, qué poder del Estado está facultado constitucionalmente para acordar medidas de este tipo. Sin embargo, para que no resulte afectada la seguridad jurídica y se evite la arbitrariedad y los abusos de poder, ha de ser una ley la que desarrolle el precepto, fijando en qué situaciones procede dicha limitación y con qué garantías. El valor normativo de la Constitución resulta evidente en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce y consagra. Sin embargo no se puede decir lo mismo

[7] El art. 8.2 CEDH exige el cumplimiento de determinados requisitos para la adopción de cualquier medida que implique la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Concretamente, dispone que no podrá haber injerencia alguna en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté, prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. V. SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros;* de 25 de marzo de 1983; *caso Silver y otros;* de 27 de octubre de 1983, *caso Malone*; de 18 febrero de 2003, *Caso Prado Bugallo*; de 31 mayo 2005, *Caso Vetter*; de 1 julio 2008, *caso Liberty y otros*.

[8] V. STC 37/1989 de 15 de febrero.

respecto de las posibles restricciones, al no recoger el Texto constitucional ni los casos ni el procedimiento que permitirían y regularían dichas restricciones[9].

2. *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como precedente a la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico español*

Como punto de partido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede acudirse a la célebre sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*, que tuvo su origen en una reclamación dirigida contra la República Federal de Alemania por cinco súbditos alemanes, que cuestionaban la validez, conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de cierta legislación relativa a la restricción del secreto de las comunicaciones, que no preveía una notificación posterior a los sujetos cuyas comunicaciones fueron intervenidas, excluyendo así todo posible recurso y control sobre los motivos y el procedimiento.

En esta sentencia el TEDH ya señalaba que "*para no infringir el artículo 8, la «injerencia» referida anteriormente debe primeramente, según el párrafo 2, haber sido «prevista por la ley». Además, subraya el Tribunal, al igual que el Gobierno y la Comisión, que toda medida individual de vigilancia debe ser conforme a las condiciones y procedimientos rigurosos fijados por la misma legislación*".

Un amplio desarrollo de esta posición del Tribunal, la encontramos en su sentencia de 30 de julio de 1998, *Caso Valenzuela Contreras,* que tiene su origen en una demanda contra España interpuesta por el señor Valenzuela Contreras, ante la Comisión. En su reclamación alegaba la vulneración del derecho a la vida privada como consecuencia de la intervención

[9] En este sentido se han pronunciado autores como J.Mª. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida,* Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 105; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Colex, Madrid, 1990, pág. 92; J. JIMENEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones,* en *REDC*, número 20, 1987, pág. 37; J. LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Escuchas telefónicas y prueba ilegalmente obtenida,* Akal, Madrid, 1989, pág. 163 a 165; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal,* Madrid, Colex, 1991, pág. 32; R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones,* Civitas, Madrid, 1995, pág. 102; J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Estudio jurisprudencial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 75; A. MONTÓN REDONDO, *Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas,* en *Revista Jurídica La Ley,* número 3915, 1995, pág. 1; V. MORENO CATENA., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, Poder Judicial*, número especial II, 1987, pág. 157; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Intervenciones telefónicas*, en *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 453, entre otros muchos.

telefónica practicada en la investigación de un delito, afirmando que las escuchas telefónicas habían sido el único fundamento de su condena y que, sin ellas, no se habría podido demostrar su culpabilidad.

Es necesario precisar, que el caso llevado al Tribunal tiene como precedente las diligencias previas abiertas como consecuencia de una denuncia por injurias y amenazas telefónicas y escritas, ante el Juzgado de Instrucción número 31 de Madrid. En febrero de 1985, el juez de instrucción, al amparo del artículo 18.3 CE, ordena la intervención telefónica de las líneas de la denunciante durante un mes. A raíz de los datos obtenidos con esta intervención, en noviembre de 1985, el juez de instrucción ordena la intervención telefónica de las líneas de dos investigados, uno de ellos el señor Valenzuela Contreras. La citada medida se acuerda al amparo del artículo 18.3 CE, y de la regulación de las intervenciones postales y telegráficas de la ley procesal penal, que en este momento no preveía la intervención telefónica, introducida como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo.

En la citada resolución, el Tribunal haciéndose eco de otras sentencias anteriores, afirma que "*con las palabras «prevista por la ley» se pretende, en primer lugar, que la medida impugnada tenga una base en el Derecho interno. Ahora bien, esta expresión no se limita a remitir al Derecho interno, sino que también hace referencia a la calidad de la «ley», exigiendo que la medida sea compatible con la preeminencia del derecho, implicando, por tanto, que el Derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra los atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados en el párrafo 1 (Sentencia Malone antes citada, pág. 32, §67). De esta exigencia deriva la necesidad de la accesibilidad de la ley para la persona afectada, quien, además, debe poder prever las consecuencias para ella de dicha ley (Sentencias Kruslin antes citada, pág. 20, §27, y Kopp antes citada, pág. 540, §55*)". Concluye el Tribunal que en el momento de la intervención de las comunicaciones del señor Valenzuela Contreras (enero y febrero de 1985), el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades en el ámbito considerado. Así pues, el señor Valenzuela Contreras no gozó del grado de protección mínimo exigido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática.

También se ocupa el Tribunal de recoger en su resolución las garantías mínimas que

deben figurar en la ley para evitar arbitrariedades, garantías que ya se habían puesto de relieve en otras resoluciones anteriores[10]:

1. La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;

2. La naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a una medida de intervención;

3. La fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida;

4. Las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas;

5. Las precauciones que se deben tomar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa;

6. Las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas, sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución.

Las sentencias de referencia no sólo establecían la necesaria previsión legislativa para la válida adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, más concretamente de la intervención telefónica, sino que además, precisaban una exigencia mayor como es la calidad de la ley que las regula[11]. De esta forma, no era suficiente con la regulación legal de la medida, al especificar que la ley debía ser accesible para el ciudadano, para que éste pudiera prever las consecuencias[12].

Lo que indicaba claramente el Tribunal Europeo, es que la norma española no cumplía con los requisitos mínimos exigidos respecto de la calidad de la Ley y su fácil conocimiento para los ciudadanos, ya que no se recogía, ni aun después de la reforma del art. 579 LECrim por la Ley 4/1988, ni los requisitos ni las condiciones en las que se podía autorizar las medidas de intervención[13].

---

[10] SSTEDH de 2 de agosto de 1984, *Caso Malone contra el Reino Unido*; 24 de abril de 1990, *Caso Kruslin c. Francia*, o en la misma fecha *Caso Huvig contra Francia*; 25 de marzo de 1998, *caso Kopp contra Suiza*, entre otras.

[11] R. CASANOVA MARTÍ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, 2014, pág. 405-406.

[12] Mª.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *El legislador ausente del artículo 18.3 de la constitución (la construcción pretoriana del Derecho al secreto de las comunicaciones)*, en *Revista de Derecho Político,* número 100, 2017, pág., 383.

[13] V. SSTEDH 24 de agosto de 1998, *caso Lambert contra Francia*; 16 de febrero de 2000, *caso Amman contra Suiza*; 29 de marzo de 2005, *caso Matheron contra Francia*; 3 de abril de 2007, *caso Copland contra Reino Unido*; 1 de julio de 2008, *caso Liberty y otros contra el Reino Unido*, entre muchos otras.

Es más, la citada reforma también ha sido objeto de críticas por el Tribunal de Estrasburgo, considerando de nuevo insuficiente la regulación sobre las medidas de intervención de las comunicaciones. Así lo expresa en la sentencia Prado Bugallo, recogiendo expresamente que *"… las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto*"[14].

Sin embargo, el Tribunal elogia la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para completar la insuficiencia legislativa a través de sus resoluciones. En este contexto, cabe señalar que el pronunciamiento del TEDH no se centra en la aplicación jurisdiccional de la norma, que considera acertada y garantista, sino en la propia previsión legislativa. Así lo recoge expresamente al afirmar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional *"… consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias que precisaran el alcance y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de establecimiento de las actas que consignan las conversaciones interceptadas y su uso por el Juez Instructor". Señalando también que "… si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas. Es cierto que estas insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo…*"[15].

Como puede comprobarse las garantías recogidas por el Tribunal de Estrasburgo en sus resoluciones, se trasladan a la Ley procesal penal por el legislador de la Ley 13/2015, que regula por vez primera las diferentes medidas de intervención de las comunicaciones en el seno del proceso penal.

No obstante, tomando como referencia las fechas de las citadas resoluciones europeas,

[14] STEDH de 18 de febrero de 2003, *caso Prado Bugallo contra España.*
[15] STEDH de 18 de febrero de 2003, *caso Prado Bugallo contra España.*

es obvio que transcurre mucho tiempo desde las recomendaciones del Tribunal, hasta su incorporación a la Ley procesal penal. Resulta por tanto imprescindible estudiar su evolución durante todos estos años, y cómo los tribunales españoles han enfocado la adopción de estas medidas en el proceso dotándolas de las garantías mínimas que han impedido la ilicitud de las pruebas.

### 3. *La jurisprudencia y la doctrina como antecedente necesario de las garantías legales para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en España*

La protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y la determinación de su contenido esencial, se concreta en una célebre sentencia de 1984, del Tribunal Constitucional, anterior, por tanto, a la reforma operada por la Ley 4/1988. En su resolución el Tribunal subraya que *"… el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)… Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado"* [16].

Como ya se ha señalado, la incompleta regulación de las medidas de intervención postal y telegráfica, y la total falta de previsión de la medida de intervención telefónica en nuestro ordenamiento jurídico anterior a la reforma de 1988, chocaba directamente con las exigencias

[16] STC 114/1984, de 29 de noviembre. Se deja así claro que la grabación de la conversación propia no constituye un ataque al derecho al secreto de las comunicaciones, aunque sí puede serlo al derecho a la intimidad que se regula en el artículo 18.1 CE. "… *Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado*".

de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así se había pronunciado, considerando justificada la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, cuando resulte necesaria en una sociedad democrática, pero exigiendo la previsión legal de la medida[17] y la concurrencia de un fin legítimo que justifique el sacrificio del derecho[18], precisando incluso los requisitos mínimos que debía recoger la Ley habilitante de una intervención telefónica[19].

Una primera aproximación en el desarrollo legal del artículo 18.3 CE, tiene lugar con la Ley 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que da nueva redacción al artículo 579, introduciendo la regulación de la medida de intervención telefónica. Sin embargo, es poco decir que el legislador se quedó corto con esta previsión normativa, en la que no se recogen los presupuestos y requisitos de adopción de una medida de tanta gravedad, y tampoco se especifica el procedimiento y los efectos de su adopción. Lo único que hace el precepto es requerir la autorización judicial, que ya exigía la Constitución, recoger una referencia general a los sujetos pasivos, y establecer un plazo para la ejecución de la medida, permitiendo su ampliación ilimitada mediante prórrogas sucesivas.

Resulta obvio que este desarrollo legal no cubre las expectativas, ni cumple con las exigencias del Tribunal Europeo, al no regularse un régimen legal completo de las medidas de intervención previstas en el precepto (postales, telegráficas y telefónicas), y al no dejar una puerta abierta a futuras medidas que con toda seguridad podrían desarrollarse con los avances tecnológicos que se estaban produciendo.

La necesaria previsión legislativa ya es puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en 1989, cuando afirmaba en relación a la protección del derecho a la intimidad que la decisión judicial ha de estar motivada *"…en una inexcusable previsión legislativa (fundamento jurídico 7º). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones,*

[17] STEDH de 25 de marzo de 1983, *caso Liver y otros*. En este sentido ya se había pronunciado en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*.
[18] STEDH de 24 de marzo de 1988 *caso Olson*.
[19] V. STEDH de 2 de agosto de 1984 *caso Malone contra el Reino Unido*.

*afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad*"[20].

En esta misma línea el Tribunal Supremo afirmaba que aunque el legislador ha mejorado el texto de la Ley procesal penal con la modificación del artículo 579 LECrim, lo cierto es que en esta tarea no le ha acompañado el éxito, obligando a los tribunales a diseñar *"… un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que a modo de protocolo de actuación viene a determinar el cumplimiento de los requisitos cuya observancia en el presupuesto de la validez de las intervenciones telefónicas*"[21].

Pocos años después, el alto Tribunal se ve obligado a colmar la laguna legislativa existente en la regulación de la medida de intervención telefónica, a través de una resolución judicial que supone el primer régimen jurídico de dicha medida, al recoger los presupuestos, requisitos y efectos de su adopción.

En el Auto de 18 de junio de 1992, el Tribunal Supremo ya pone de manifiesto la deficiente previsión legislativa, considerando que "*La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose igualmente graves defectos en el contenido".* Continúa señalando que *"Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida*". Y ello es precisamente lo que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en los años siguientes.

La deficiente previsión legislativa sigue siendo objeto de nuevas resoluciones en las que se reconoce que el art. 579 LECrim resulta insuficiente "*por el considerable número de espacios en blanco que contiene en materias tales como los supuestos que justifican la intervención, el objeto y procedimiento*

[20] STC 37/1989, de 15 de febrero; 150/1989, de 25 de septiembre; 85/1994, de 14 de marzo; 34/1996, de 17 de abril; 49/1996, de 26 de marzo; 54/1996, de 27 de abril; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, de 5 de abril, entre muchas otras.
[21] STS 579/88, de 22 de abril; V. también la STS 533/1999, de 29 de marzo.

*de ejecución de la medida, así como de la transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos, la custodia y destrucción de las cintas, etc.*". Pero también afirma que "*la jurisprudencia de esta Sala, inspirada en la del Tribunal Constitucional, ha sostenido reiterada y pacíficamente que esta situación de práctica 'anomia' legislativa ha sido suficientemente colmada por la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales, que han interpretado el art. 18.3 CE, de conformidad con el art. 8 del Convenio y de su órgano de aplicación que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subrayándose la necesidad de una 'cuidada interpretación constitucional' del art. 579, respetuosa con el principio de proporcionalidad y las restantes garantías que protegen los derechos fundamentales y libertades básicas*"[22].

En este contexto, resulta adecuado hacer referencia a la postura que durante esos años mantiene el Tribunal Constitucional. Dando respuesta a un recurso de amparo en el que se cuestionaba la legalidad de la medida de intervención telefónica, recoge el Tribunal que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones fundamento del amparo, se sostiene en dos motivos. Uno, la falta de habilitación legal suficiente desde la perspectiva de la calidad de la ley, al no cumplir el artículo 579 LECrim los requisitos mínimos exigidos por el TEDH; y dos, en las irregularidades judiciales cometidas en la autorización de la medida. Se llega incluso a solicitar en esta demanda de amparo que se platee la cuestión de inconstitucionalidad del citado precepto.

En respuesta a esta petición, el Tribunal Constitucional considera que la declaración de inconstitucionalidad del precepto sólo agravaría la situación, al general una mayor laguna legal y una ausencia total de previsión legislativa. Es tarea del legislador solucionar la regulación insuficiente, y es tarea de los tribunales, fundamentalmente de este Tribunal, suplir las deficiencias detectadas, lo que ya viene haciendo en sus resoluciones, principalmente a partir de la STC 49/1999. "*Conforme señala el art. 5.1 LOPJ, las resoluciones de este Tribunal en todo tipo de procesos vinculan a todos los Jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales interpretados por este Tribunal*"[23].

A partir de estas resoluciones iniciales, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, continúan con su labor de complementación del ordenamiento jurídico a través de esa importante construcción jurisprudencial del régimen jurídico de estas medidas,

[22] STS 1335/2001, de 19 de julio. V. también, 269/2013, de 27 de marzo; 155/2007 de 28 de febrero; 297/2006 de 6 de marzo, entre muchas otras.
[23] STC 184/2003, de 23 de octubre. V. también STC 26/2006, de 30 de enero.

elogiada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicha construcción se ve apoyada por las aportaciones doctrinales que contribuyen a establecer un marco de garantías, cuyo respeto resulta imprescindible en el marco de una investigación penal.

4. *Proceso penal en curso y presupuestos constitucionales. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad*

4.1. *Proceso penal en curso*

Lo primero que dejan claro nuestros tribunales es que las medida de intervención de las comunicaciones solo pueden adoptarse por la autoridad judicial, excepción hecha de los supuestos de urgencia[24], en el curso de una investigación penal, esto es con un proceso penal en curso.

También la doctrina se ha mostrado unánime con esta exigencia. Así lo expresa Moreno Catena, incluso antes de la reforma operada por la Ley 4/1988, por la que se introduce en el artículo 579 LECrim, la medida de intervención telefónica. Señala el autor que "… *sólo pueden decretarse en el curso de un proceso penal por delito (aunque no por falta), lo que supone, de un lado, que la autoridad gubernativa no puede proceder a la intervención y, por otro lado, que la autoridad judicial sólo podrá ordenarla o autorizarla una vez que haya procedido a la apertura de diligencias penales en alguno de los modos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en leyes complementarias, pero siempre con una rigurosa ponderación de los intereses en conflicto, y teniendo en cuenta que la investigación no es, ni con mucho, un valor supremo*"[25].

De igual forma, y también con anterioridad a la reforma de la Ley 4/1988, se pronuncia De Llera Suárez-Bárcena, cuando califica de viciosa e ilegal la práctica frecuente en aquel momento, por la que algunos juzgados acordaban las medidas de intervención de comunicaciones sin encontrarse abierto un verdadero procedimiento, dentro de las llamadas diligencias indeterminadas, que pretendían legitimarse violentando el sentido y finalidad del

[24] Permitía el legislador de la Ley 4/1988 y sigue permitiendo el de la Ley 13/2015, que en caso de urgencia y en investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la adopción de la medida de intervención telefónica podrá acordarse por el Ministro de Justicia o el Secretario de Estado de Seguridad. En estos casos se comunicará inmediatamente el juez por escrito motivado, debiendo el juez confirmar o revocar la media también motivadamente.

[25] V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal,* en *Poder Judicial*, número especial II, pág. 158.

art. 269 LECrim[26].

Producida la reforma, y ante la deficiente regulación normativa en la que no se hace mención alguna a la incoación del proceso penal, como antecedente necesario para la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, son numerosos los autores que se posicionan en este sentido.

Así lo hace López-Barja al considerar que "*el fin legalmente fijado exige explícitamente que exista una causa –en el sentido de asunto, diligencia o sumario- y que de su lectura se deriva la necesidad, conveniencia y utilidad de la escucha. De tal manera que no será la escucha la que dé lugar a la formación de la causa, sino que por el contrario será la causa debe existir, estar en tramitación, y apreciarse de la misma que con la escucha es posible obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho relevante para la causa*"[27]. La exigencia de la previa incoación del proceso penal también se pone de relieve por López-Fragoso, cuando afirma que la propia naturaleza de la medida restrictiva de un derecho fundamental, y el principio de proporcionalidad impiden decretar la intervención de las comunicaciones con el fin de prevenir la comisión de posibles delitos, o emplearla a efectos exploratívos, o de meros sondeos[28].

Pero como ya se ha apuntado con anterioridad, el Tribunal Supremo trata de colmar la deficiente regulación a través de "*una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida*", tarea que arranca con el Auto de 18 de junio de 1992, en el que el Tribunal ya pone de relieve la necesaria incoación del proceso penal para la válida adopción de la medida, considerando que "*No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. Y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él*".

Esta posición se mantiene posteriormente afirmando que "… *El legislador, al redactar el apartado 2 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a los medios encaminados a*

[26] E. DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, *Poder Judicial*, número 3, 1986, pág. 18.
[27] J. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Escuchas telefónicas…,* op. cit., pág. 193.
[28] T. LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 54.

*descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante en la causa. La expresión utilizada no quiere decir que en todos los supuestos de interceptación de las comunicaciones telefónicas debe existir un procedimiento penal ya en marcha y suficientemente avanzado, ya que la resolución judicial que acuerde la intervención telefónica puede ser la que dé origen a la iniciación o incoación de un procedimiento penal. En ningún caso se pueden autorizar intervenciones telefónicas con carácter previo a la puesta en* marcha *y anotación respectiva de un determinado procedimiento de investigación penal… Fuera de la posibilidad de obligar a comparecer a determinadas personas todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales deben solicitarse de la autoridad judicial que no podrá acordarlas si no pone en marcha, previamente, unas diligencias judiciales de investigación criminal*"[29].

En este contexto, resulta obligado hacer referencia a la STC 49/1999, de 5 abril en la que el Tribunal Constitucional, después de hacer referencia a la ausencia de una previsión legislativa conforme con las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fija los criterios de referencia para la adopción de las medidas de intervención telefónica. Para el Tribunal "*La garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal -autorización procedente de un órgano jurisdiccional- sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial*"[30].

La exigencia de una causa penal abierta en el momento de adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, se refleja finalmente en la regulación llevada a cabo por la Ley 13/2015, en la que se hace expresa referencia a este requisito. Así el artículo 588 bis a), que recoge los principios rectores de este tipo de medidas[31], señala expresamente que

[29] STS de 25 de junio de 1993. En el mismo sentido se dictaron las SSTS de 25 de marzo de 1994 y de 4 de noviembre de 1994, si bien es preciso señalar que esta práctica, hoy desterrada, se ha defendido en alguna resolución judicial hasta el año 1998, aunque se exigía el respeto a las garantías constitucionales y legales. V. SSTS de 28 de marzo de 1996, 24 de junio de 1996, 6 de mayo de 1997, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 22 de enero de 1998, 16 de febrero de 1998, 7 de marzo de 1998, 3 de abril de 1998, 11 de mayo de 1998, 23 de septiembre de 1998 y 28 de septiembre de 1998.

[30] En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 202/2001, de 15 de octubre; 184/2003, de 23 de octubre; 26/2006, de 30 de enero, entre otras muchas.

[31] El precepto se enmarca en la regulación de las "Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos", prevista en el nuevo Capítulo IV, Título VIII, Libro II de la Ley procesal penal.

"*durante la instrucción de las causas se podrá acordar algunas de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo…",* haciendo por tanto referencia expresa a la previa apertura de la fase de instrucción del proceso penal.

4.2. *La autorización judicial*

Partiendo del mandato constitucional respecto de la autorización judicial habilitante de la intervención de las comunicaciones, conforme a lo previsto en el artículo 18.3, coinciden doctrina[32] y jurisprudencia en la necesaria motivación de dicha resolución. Esta postura unánime, parte obviamente del fundamento de la motivación como vehículo de control de los poderes públicos, y como garantía del derecho defensa. El conocimiento de la justificación judicial es imprescindible para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, proporcionando además seguridad jurídica y un mecanismo de protección contra la arbitrariedad[33].

Así lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en muchas de sus resoluciones, considerando, ya en 1982, que los jueces y tribunales no pueden rechazar alguna pretensión si no es razonadamente. La motivación es un requisito indispensable para la formalización con éxito de los recursos, constituyendo un presupuesto necesario del derecho a recurrir y una garantía del derecho de defensa[34].

En este contexto, la exigencia de motivación consagrada constitucionalmente en el artículo 120 CE, no puede limitarse únicamente a las sentencias, sino que ha de considerarse extensible a todo tipo de resoluciones judiciales que no sean de mera tramitación. Así lo refleja la doctrina y la jurisprudencia anterior a la regulación de las medidas de investigación

[32] J. Mª. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*…, op. cit., pág. 98; E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *El régimen jurídico*…, op. cit*.,* pág. 18; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales…,* op.cit., págs. 139-147; J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional…,* op. cit., pág. 65-66; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 26; J. MONTERO AROCA, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 82; V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales*…, op. cit., pág. 158, entre otros muchos.
[33] F. GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, V. MORENO CATENA, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española* (dirigidos por Alzaga Villamil), T. IX, Madrid, 1987, pág. 424.
[34] SSTC 37/1982, de 16 de junio; 9/1983, de 21 de febrero; 138/1985, de 18 de octubre; 100/1987, de 12 de junio; 196/1988, de 24 de octubre; 244/1988, de 19 de diciembre; 36/1989, de 14 de febrero; 70/1990, de 5 de abril; 109/1992, de 14 de septiembre; 143/1992, de 13 de octubre; 144/1992, de 13 de octubre; 165/1992, de 26 de octubre, entre muchas otras. Se ha querido reflejar la doctrina jurisprudencial anterior e inmediatamente posterior a la Ley 4/1988. Las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional siguen la misma doctrina que la establecida en estas resoluciones.

tecnológica por la Ley 13/2015, e incluso anterior a la reforma de la Ley procesal penal por la Ley 4/1988, por la que se regula la medida de intervención telefónica.

Ya se afirmaba por el Tribunal Constitucional, la falta de coherencia al restringir la exigencia constitucional de la motivación únicamente a las sentencias, defendiendo su aplicación también a otro tipo de resoluciones jurisdiccionales, y afirmando que sólo las providencias quedarían excluidas del deber de motivación[35]. Así lo recoge expresamente en alguna de sus primeras resoluciones, como la sentencia de 17 de julio de 1981, al considerar que cuando se coarta el "… *libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos"*[36]. En el mismo sentido señala que "… *toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se restringe el derecho a la tutela judicial efectiva… dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo"*[37].

A la motivación también hace referencia el célebre auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, resolución de referencia respecto del régimen jurídico de la medida de intervención telefónica. Consideraba ya en ese momento el Tribunal, que la legitimidad de la medida estaba condicionada a la autorización judicial motivada, señalando expresamente, respecto de este último requisito, que reflejaba "…*de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida"*[38].

Para López-Fragoso, la motivación de las resoluciones jurisdiccionales conlleva el respeto al ejercicio del derecho de defensa, pero también asegura que el juzgador ha realizado una previa labor de valoración a través de la ponderación de los intereses en juego[39]. En el

[35] F. GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, V. MORENO CATENA, *Comentarios a las leyes políticas…,* op. cit., pág. 422.
[36] V. también la STC 5671987, de 14 de mayo.
[37] STC 62/1982, de 15 de octubre. V. también las SSTC 13/1985, de 31 de enero y 37/1989, de 15 de febrero.
[38] V. también las SSTS 336/2005 de 15 de marzo; 223/2010, de marzo; 1313/2009 de 16 de diciembre; 446/2012, de 5 de junio; 345/2014; 122/2015, de 29 de enero; 27/2015, de 15 de enero; entre otras muchas
[39] T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., págs. 28-29.

mismo sentido, González-Cuellar considera que la falta de motivación de la resolución judicial restrictiva de un derecho fundamental, puede incidir a pensar que el juez no ha valorado suficientemente los intereses en juego[40].

Las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales han tenido su reflejo en la regulación de la Ley 13/2015, que además de exigir la resolución judicial habilitante para la adopción de las medidas de investigación tecnológica, siguiendo el mandato constitucional, se preocupa de fijar su contenido mínimo, proporcionando así los elementos imprescindibles para que pueda considerarse una resolución con motivación suficiente.

Pero es más, de la simple lectura del artículo 588 bis c), cabe colegir que el legislador ha tenido en cuenta las posturas doctrinales y jurisprudenciales en las que se recogían los requisitos que deberían reunir las resoluciones judiciales habilitantes de la intervención, con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y facilitar el control jurisdiccional de la medida.

Así, el Tribunal Supremo ya consideró, respecto de la intervención telefónica, la posibilidad de fijar el contenido de la resolución autorizante, señalando al respecto que en el auto deberán figurar necesariamente, el hecho delictivo objeto de investigación, el número o números que han de intervenirse, las personas cuyas conversaciones vayan a ser intervenidas, los sujetos que realizarán la intervención y en qué forma, los períodos de tiempo en que deberá darse cuenta al juez del resultado obtenido. Además, también se ordenará la entrega de los soportes originales de las grabaciones[41].

En la misma línea se posicionaba la doctrina, llegando a explicitar detalladamente el contenido de la resolución autorizante: hecho delictivo que se persiguen en la causa; finalidad de la medida; justificación de su necesidad e idoneidad; indicios que la justifican; identidad de los sujetos sobre los que recae la intervención; conversaciones que han de intervenirse, ya sea una determinada o por un período de tiempo; duración de la medida; funcionarios que la ejecutarán; períodos de control; entrega de los soportes originales; entrega de un acta con las

[40] N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*…, op. cit., pág. 146.
[41] ATS de 18 de junio de 1992, V. también las SSTS de 7 de febrero de 1997; 18 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1997, 3 de febrero de 1998.

incidencias de la ejecución[42].

El citado artículo 588 bis c) determina el contenido que al menos debe figurar en la resolución autorizante, recogiendo elementos que coinciden puntualmente con los que años antes habían apuntado doctrina y jurisprudencia:

*Artículo 588 bic c. 3: "La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:*

- *a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.*
- *b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.*
- *c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.*
- *d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.*
- *e) La duración de la medida.*
- *f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.*
- ***g)** La finalidad perseguida con la medida.*
- ***h)** El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.*

4.3. *El principio de proporcionalidad*

Aunque la Constitución española no regula expresamente el principio de proporcionalidad, su rango constitucional se deduce de varios de sus preceptos. El sistema de valores recogidos constitucionalmente, consagra la libertad y seguridad como pilares fundamentales del Estado de Derecho, y como fundamento del orden político y de la paz

42 Cfr. Mª. L. NOYA FERREIRO, *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs., 254-255. En el mismo sentido, J. Mª. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*…, op. cit., pág. 107; E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *El régimen jurídico*…, op. cit*.,* pág. 18; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales…,* op. cit., págs. 139-147; J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional…,* op. cit., pág. 65-66; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 80; J. MONTERO AROCA, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 82; V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales*…, op. cit., pág. 158, entre otros muchos.

social. En este sentido, la libertad dota de contenido al principio de proporcionalidad, favoreciendo la efectividad de los derechos fundamentales[43]. También el artículo 9 CE fundamenta su engarce constitucional, al prohibir la arbitrariedad de los poderes públicos en sus actuaciones. Finalmente, el artículo 10 CE proporciona dos referencias importantes, de un lado al regular constitucionalmente la dignidad humana, y de otro al residenciar en los tratados y convenios internacionales la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de desarrollo doctrinal, realizando González-Cuellar un amplio estudio en el que analiza su naturaleza y régimen jurídico. Señala este autor que la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto forman parte de su contenido esencial, y por tanto su observancia es de estricto cumplimiento en la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, y en este caso de la intervención de comunicaciones[44].

La idoneidad supone que el examen previo de la instrucción determina que la medida de intervención es la más adecuada para conseguir el fin perseguido. Tal y como se ha recogido doctrinalmente, la medida debe ser por su naturaleza la más apta para la consecución del fin previsto, y su duración ha de estar en estrecha relación con su finalidad, estando dirigida además para la investigación de un sujeto individualizado.

La necesidad conlleva, que de todas la medidas idóneas o aptas para la finalidad perseguida, se debe elegir aquella que cause una menor lesión al sujeto afectado. Si el resultado puede obtenerse a través de otra medida que implique una restricción menor de los derechos fundamentales, no estaría constitucionalmente justificada la adopción de la medida de intervención de comunicaciones. Debe valorarse que la intromisión sea esencial para conseguir el fin perseguido, frustrándose dicha finalidad de no adoptarse la medida.

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de

---

43 V. en este sentido N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales* …, op. cit., pág. 54; G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores,* Tecnos, Madrid, 1986, pág. 13. V. también STC 65/1986, de 22 de mayo.

44 N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales …,* op. cit., pág. 69 y 153; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 40; E. PEDRAZ PENALVA, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana*, *Poder Judicial***,** número 17, 1990, pág. 343.

proporcionalidad en relación a la necesidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales. El Tribunal Supremo ha afirmado en este sentido que "*la resolución autorizando la escucha de las conversaciones telefónicas de una persona tiene que concederse con carácter excepcional y siempre que no exista otro medio de investigación menor incisivo que permita el desenvolvimiento de la actividad judicial sin interferir y dañar derechos y libertades fundamentales…"* [45].

Finalmente, conforme a la proporcionalidad en sentido estricto, el órgano jurisdiccional ha de valorar, ponderando los intereses en conflicto, si se justifica el sacrifico del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de un individuo, en relación con la importancia del interés estatal que se trata de proteger. Si el juez llega a la conclusión de que, partiendo de ese interés estatal, el sacrificio resulta excesivo habrá de denegar la medida, aunque se hayan cumplido los otros dos presupuestos. Por tanto, el peso o la ponderación de los intereses enfrentados resulta decisivo para su adopción. En dicha ponderación es importante valorar también la incidencia de la medida en otros derechos fundamentales del sujeto investigado, o de otras personas que se pueden ver indirectamente afectadas[46].

La importancia de esta operación, adquiere mayor relevancia si cabe en aquellos casos, como era el de nuestro ordenamiento jurídico anterior a la reforma de la Ley 13/2015, en que los presupuestos y requisitos de la limitación no estaban establecidos en una norma legal, resultando por tanto imprescindible realizar la citada ponderación en cada supuesto concreto con un análisis claro y preciso de los intereses en juego. Para González-Cuellar, podrían establecerse ciertos criterios de referencia para la defensa del interés estatal, como son las consecuencias jurídicas del hecho delictivo, la importancia de la causa en relación con el bien jurídico protegido, y el grado de imputación del sujeto, cuestiones éstas que han de medirse atendiendo a la existencia de indicios claros y suficientes[47].

Es importante destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este sentido, y mucho más al ser anterior a toda regulación de las medidas de intervención de las

[45] STS de 25 de junio de 1993. V. también SSTC 62/1982, de 15 de octubre. SSTS de 18 de junio de 1993, 25 de junio de 1993, 18 de abril de 1994, 27 de septiembre de 1994, 4 de noviembre de 1994, 12 de enero de 1995, 20 de enero de 1995, 22 de enero de 1996, 11 de marzo de 1996, 15 de marzo de 1996, 12 de abril de 1996, 24 de junio de 1996, 18 de julio de 1996, 29 de julio de 1996, 8 de julio de 1997, 14 de febrero de 1998 y 23 de febrero de 1998.
[46] V. STC 37/1989, de 15 de febrero.
[47] N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales* …, op. cit., pág. 252 y ss.

comunicaciones telefónicas. Afirma el Tribunal, que para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad el juez ha de tener en cuenta todos los datos que concurren en el supuesto de que se trate, tanto los intereses estatales como los individuales, considerando a este respecto que "*la apreciación de la necesidad de limitación de un derecho fundamental y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su* prohibición*, que constituye así una ablación del derecho a comunicar y a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución, así como un acto contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3)"*[48].

La importancia del principio de proporcionalidad, como garante de la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, se reconoce por el legislador de la Ley 13/2015, al regularlo en las disposiciones comunes a las medidas de interceptación de comunicaciones, considerándolo además como principio rector de su régimen jurídico. Así, en el artículo 588 bis a) LECrim, condiciona su adopción a la existencia de una previa instrucción de la causa, a la autorización judicial y a la sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Como vemos una vez más el legislador recoge las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales realizadas durante tantos años.

### 5. *Ámbito de aplicación*

La previsión legislativa de las categorías de hechos delictivos respecto de los que sería posible acordar una medida de intervención de las comunicaciones, ya se había reclamado por algún sector doctrinal con anterioridad a su actual regulación por el artículo 579 de la Ley procesal penal, precepto al que remiten los artículos 588 ter a) y 588 quarter b) de la citada norma, cuando regulan los presupuestos para la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas y *vis a vis*.

Así, se consideraba que la adopción de este tipo de medidas, que incidían de forma tan grave en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, exigía la incoación de un proceso penal por delitos graves, aunque también se matizaba que la concurrencia de circunstancias excepcionales apreciadas por el juzgador permitiría su adopción respecto de

[48] STC 13/1985, de 31 de enero.

delitos menos graves.

En este contexto, y al no disponer de un catálogo delictivo al que remitirse, se tomaba como referencia el artículo 8.2 CEDH, que además de la necesaria previsión legislativa, exigía la trascendencia social y el interés colectivo enmarcado en las garantías de un Estado de Derecho. López-Fragoso ya propuso en su momento, la reforma del artículo 579 LECrim, para introducir un catálogo de delitos o criterios que sirvieran de referencia para adoptar las medidas de intervención telefónica[49]. En la misma línea, López-Barja señalaba que las referencias del Convenio a las circunstancias que harían posible la adopción de las medidas de intervención en la esfera privada de las personas, podrían reconducirse a la protección del interés social. "*Sólo en razón de intereses generales puede interferirse en la esfera privada de la persona*"[50].

También la jurisprudencia defendió una regulación más precisa, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, y de proporcionar al juzgador una guía de referencia para la adopción de medidas tan restrictivas del ámbito privado de las personas.

En este sentido, el Tribunal Supremo recogió en alguna de sus resoluciones una serie de tipos delictivos sobre los que no habría duda a la hora de adoptar este tipo de medidas, señalando que "*Ciertamente la ley procesal vigente no enumera -como otras leyes europeas- los delitos que permiten para su descubrimiento recurrir a la intervención telefónica. La jurisprudencia ha aceptado -por regla- que la exigencia de proporcionalidad no ofrece dudas en los delitos de tráfico de drogas y en delitos cometidos por bandas armadas. No obstante, los delitos violentos, entre ellos el robo con violencia en las personas tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento. Prueba de ello es que en el derecho europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágrf. 100 a 2. de la Ordenanza Procesal Alemana. Se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica*"[51].

---

[49] T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., págs., 70 a 72.

[50] J. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas*…, op. cit., pág. 33. V. también R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional…,* op. cit., págs. 122-123, quien ante la falta de previsión normativa sobre los tipos delictivos que permitirían la adopción de medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones, considera que únicamente serían legítimas y proporcionales frente a hechos delictivos graves, instando a una reforma legal en este sentido. Más recientemente, V. GIMENO SENDRA, *La intervención de comunicaciones telefónicas y electrónicas*, en *Revista El Notario*, número 39, 2011, ha considerado que desde un punto de vista jurídico sustantivo la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave. "*En un Estado democrático, las intervenciones telefónicas no debieran estar arbitradas para descubrir la comisión de delitos en general, sino para preconstituir la prueba tan solo de aquellos hechos punibles, de singular gravedad o relevancia social, y que, habiendo sido previamente denunciados, constituyan el objeto de una instrucción judicial en curso".*

[51] STS 1426/1998, de 23 de noviembre. V. también STS 122/2015, de 29 de enero.

Más genéricamente, pero de forma similar afirmó que "*sólo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son y, obviamente, las faltas"*[52]. Si bien esta afirmación se matiza luego por el propio Tribunal, considerando posible extender su ámbito de aplicación a aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes, o la trascendencia social de la infracción, hagan aconsejable la utilización de medidas tan excepcionales[53].

Son así constantes las referencias jurisprudenciales a la gravedad del hecho investigado y a su relevancia social[54].

Haciéndose eco de estas consideraciones el legislador de la Ley 13/2015, establece en el artículo 579 LECrim los tipos delictivos que permiten la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, incluyendo en el caso de las intervenciones telefónicas los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos, o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, o servicio de comunicación[55]. De esta forma, regula las siguientes de categorías delictivas:

**1.º** Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

**2.º** Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

**3.º** Delitos de terrorismo.

---

[52] ATS de 18 de junio de 1992.

[53] V. SSTS de 25 de junio de 1993; 18 de junio de 1993, 5 de julio de 1993, 27 de junio de 1994, 12 de enero de 1995, entre otras muchas.

[54] V. en este sentido las SSTC 166/1999 de 27 de septiembre; V. también las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000 de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001 de 15 octubre.

[55] No se considera oportuno, fundamentalmente porque excederíamos con mucho la finalidad de este trabajo, entrar en las numerosas críticas que ha merecido esta regulación, al poner en entredicho la excepcionalidad de la medida, permitiendo su adopción en delitos con pena de hasta tres años, lo que amplía excesivamente su ámbito de aplicación. Tanto es así que el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de La ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, ya lo consideraba un error de redacción, señalando que la mención a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, "…parece ser un error del prelegislador, debiendo entenderse que el precepto se *refiere a los delitos dolosos castigados con pena con límite mínimo de tres años de prisión, y no con límite máximo de al menos tres años, tal y como establece*…".

6. *Sujetos investigados por la medida y terceros afectados*

La intervención de las comunicaciones personales con fines investigadores o probatorios, aparece como medida post-delictual que la autoridad judicial puede acordar una vez recibida la *notitia criminis*, e incoadas las diligencias correspondientes. El artículo 18.3 CE, no ampara las limitaciones al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones realizadas con finalidades preventivas.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, la doctrina era unánime al considerar que la adopción de estas medidas exigía, como ya se ha señalado, la previa incoación de un proceso penal, y la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre una persona concreta y determinada, que será objeto de investigación. Consideraban en este sentido, que la originaria redacción del artículo 579 LECrim, haciendo referencia al término de "procesado", no obedecía en realidad a la exigencia del auto de procesamiento como requisito previo para la adopción de la medida, sino a la inercia derivada de regulaciones anteriores. Así lo señaló López-Fragoso al afirmar que "… *parece que el legislador por fuerza de la costumbre ha seguido manteniendo la original redacción del art. 579 LECrim, la cual corresponde a un momento histórico en que el auto de procesamiento era medida común para todo tipo de delito, situación ésta que se vio modificada en 1967 y reiterada en mayor profundidad en 1988"*[56]. Además, la exigibilidad del auto de procesamiento impediría la adopción de la medida para aquellos hechos delictivos cuyo enjuiciamiento siguiera los trámites del procedimiento abreviado, proceso en el que no se requiere el auto de procesamiento, pero por el que se tramitan en la actualidad el mayor número de causas criminales.

En la misma línea el Tribunal Supremo consideró que *"… el precepto citado se refiere indebidamente a la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, cuando lo normal es que la medida se adopte en el inicio de una investigación, momento en el que es prematuro adoptar una resolución judicial procesando o incluso inculpando a la persona objeto de las pesquisas judiciales*"[57].

Sobre la calidad de los indicios y su significado, ya se pronunció el Tribunal Constitucional en 1984, relacionándolos con los "… *datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera probabilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la*

[56] T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas*…, op. cit., pág. 56.
[57] STS 960/1999, de 15 de junio.

*probabilidad de comisión de un delito…"*[58]. También señalaba que "…*si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la C.E. lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido*"[59].

Para el Tribunal Supremo, en el momento de "… *tomar una decisión de esta naturaleza es necesario que el juez actúe en función de una serie de datos que revelen de manera suficiente la existencia de indicios fundamentados y contrastados que, a primera vista, justifican la adopción de medidas excepcionales que invaden la intimidad de la persona, tanto en su ámbito espacial, el domicilio, como en la faceta estrictamente personal, la interceptación de las comunicaciones telefónicas"*[60].

Partiendo de estas consideraciones, resulta evidente que la determinación del sujeto pasivo de la medida y su relación con el hecho delictivo investigado, deberá integrarse en la resolución judicial autorizante. Así lo recogía ya el Tribunal Supremo cuando precisaba que "*la medida se proyectará únicamente sobre los teléfonos de las personas que aparecen indiciariamente implicados en la noticia del hecho delictivo, bien se trate del titular del número interceptado, o bien, uno de sus usuarios habituales, sin que pueda extenderse a otros abonados que de manera indirecta e indeterminada pudieran estar remotamente relacionados con los hechos que son objeto de investigación*"[61].

No obstante, tal y como también afirma el Tribunal, no parece imprescindible la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas, resultando legítimas aquellas que recayendo sobre algunos sospechosos, se orientan a la identificación de otros partícipes[62].

Al hilo de estas consideraciones es preciso abordar dos cuestiones de singular importancia, la primera, relativa a la posibilidad de acordar la intervención telefónica respecto de terceras personas contra las que no existe un proceso penal en curso, pero en las que concurre la circunstancia de actuar como intermediarios involuntarios del investigado; y la segunda, referida a hasta qué punto la intervención telefónica puede afectar a terceros

[58] STC 289/1984, de 16 de mayo

[59] STC 49/1999, de 5 de abril. V, también las 171/1999 de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 220/2006 de 3 de julio, entre muchas otras.

[60] STS de 25 de junio de 1993. Así, en el Auto de 18 de junio de 1992 afirma que *"Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra «indicio» del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica*".

[61] STS 25 de julio de 1993.

[62] STC 150/2006, de 22 de mayo.

totalmente ajenos a la investigación, pero cuyas conversaciones resultan escuchadas de forma casual por utilizar el mismo aparato telefónico que el sujeto pasivo.

Resulta obvio que la intervención telefónica respecto de terceros intermediarios exige del juez un uso restrictivo de la medida y limitado a supuestos excepcionales, no siendo posible decretar la intervención de las comunicaciones de cualquier tercero que guarde relación con el imputado. Para que la extensión de la intervención a una tercera persona sea lícita, el juez debe tener constancia, además de la relación que une a ese tercero con el imputado, de que aquél está siendo utilizado para la comisión del hecho delictivo; constancia que, al igual que la sospecha que se exige para acordar la intervención de las comunicaciones del imputado, ha de ser cierta y no basada en simples conjeturas o deducciones.

La doctrina se ha pronunciado en su momento sobre esta cuestión, señalando que sólo cabe una interpretación subjetiva de la expresión utilizada por el artículo 579 LECrim en su redacción originaria, "*de las comunicaciones de las que se sirven"*; esto es, no como relativa al modo de comunicación, sino como la viabilidad de utilizar la medida respecto de todas las comunicaciones, incluyendo las de terceros, cuando, como recoge la Ley procesal alemana, estas personas reciben comunicaciones para el investigado, o que provienen de él, o que las pasan ,o que el inculpado usa su enlace[63].

También la jurisprudencia avaló la adopción de estas medidas respecto de terceros intermediarios, afirmando que la resolución judicial autorizante deberé identificar los datos objetivos que permitan colegir que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión, o de quienes con ella se relacionaban[64].

Consideraba el Tribunal Supremo, en relación con el viejo artículo 579 LECrim, que "… *La norma habla genéricamente de las comunicaciones telefónicas que pueda mantener el procesado o más bien sospechoso, por lo que no existe obstáculo alguno para acordar la intervención del teléfono de un tercero cuando se sospecha fundadamente, que puede ser utilizado para enviar o captar mensajes o mantener conversaciones, cuyo contenido puede tener intereses para la investigación en marcha. En este caso deberá extremarse la motivación, ya que se afecta, al mismo tiempo, al derecho a la intimidad y secreto de las*

63 En este sentido v. J.Mª. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*…, op. cit., pág..110; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Las intervenciones telefónicas*, op. cit., p. 456.

64 V. SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre, entre otras.

*comunicaciones de personas que, en principio, no están directamente implicadas en las investigaciones en marcha"*[65].

Pero la ejecución práctica de la medida de intervención telefónica puede afectar también a personas que, sin relación alguna con el hecho investigado, mantienen, ocasional o periódicamente, conversaciones con el investigado. La instalación de un dispositivo en un aparato telefónico conllevará en la práctica la inevitable captación de conversaciones ajenas a la investigación. En este caso (conversación mantenida por personas ajenas completamente al hecho investigado y que no tienen relación con el imputado), la medida deja de cumplir su objetivo y la escucha debe interrumpirse inmediatamente. Mantener una escucha en tales condiciones carece de cobertura legal, convirtiéndose la intromisión en ilícita, pudiendo los terceros afectados interponer los recursos pertinentes para exigir su resarcimiento[66].

Para evitar interpretaciones contradictorias, y en respuesta a las indicaciones doctrinales y jurisprudenciales, el legislador de la Ley 13/2015, delimita el ámbito subjetivo de este tipo de medidas en varios preceptos. Cuando se ocupa de la regulación de la solicitud de adopción de la medida de intervención y del contenido de la resolución autorizante (arts. 588 bis b) y c), recoge expresamente la mención a la identidad del investigado y de "*cualquier otro afectado por la medida"*, siempre que estos datos sean conocidos. También dedica un precepto a la regulación de la afectación de las medidas a terceros (art. 588 bis h), permitiendo su adopción "… *con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas"*. Finalmente, y con más precisión, se ocupa de ello en los preceptos dedicados a al intervenciones telefónicas y telemáticas, concretamente en el artículo 588 ter c), recogiendo los requisitos de dichas intervenciones, que se corresponden con las condiciones previstas anteriormente por doctrina y jurisprudencia.

## 7. *Duración de la medida y control judicial*

### 7.1. *Duración y prórroga de la medida*

Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la adopción de una

[65] STS 960/1999, de 15 de junio. V. también las SSTC 49/1999, de 15 de abril; SSTS de 18 de marzo 1994; de 25 de junio de 1993; 18 de marzo de 1994; 22 de marzo de 1997; 4 de febrero de 1998; 22 de abril de 1998; 21 de septiembre de 1998; 15 de julio de 2004; 17 de octubre de 2005, entre otras.
[66] N. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales…,* op. cit., pág. 184.

escucha telefónica por tiempo indefinido resulta intolerable en un sistema democrático, incluso para la salvaguarda de las instituciones[67]. De ahí la necesidad de determinar el plazo máximo durante el cual pueda mantenerse legítimamente una intervención telefónica. La regulación del viejo artículo 579.3 LECrim, sobre dicho plazo ha merecido la crítica doctrinal y jurisprudencial, por considerarlo excesivo al ponerlo en relación con el número ilimitado de prórrogas que también preveía el precepto.

Además, se había puesto también de relieve la falta de coordinación entre el plazo establecido para la ejecución de la medida y el previsto para el secreto del sumario, resultando obvio que su declaración será requisito imprescindible para el éxito de la medida[68]. Por tanto, resultaría ilógico acordar inicialmente una intervención telefónica por tiempo superior a un mes, en cuanto transcurrido ese tiempo, sino se ampliaba el plazo del secreto, la medida debía notificarse al sujeto pasivo. No se comprendía entonces como la Ley procesal penal fijaba un plazo mayor (tres meses) para la intervención telefónica. Pero incluso en el supuesto probable de que el plazo del secreto del sumario se prolongue por razones de eficacia de la instrucción, tal y como se permitía por el Tribunal Constitucional[69], no parece que esa prórroga pueda alcanzar un período tan amplio (ilimitado), como el previsto en el art. 579.3º LECrim, cuestión ésta que también había sido puesta de relieve por la doctrina[70].

Dando solución a este problema, el legislador de la Ley 13/2015 regula en el artículo 588bis d), que el secreto de la medida se producirá automáticamente desde el mismo momento de su solicitud al sustanciarse una pieza separada de la causa. Sobre la necesaria apertura de esta pieza separada ya se había pronunciado López-Fragoso, que defendía su incoación desde el momento del acuerdo de la medida, integrando en ella todas las circunstancias y actuaciones relacionadas con la intervención[71].

En todo caso, el plazo previsto en el viejo art. 579.3º LECrim, debía interpretarse como plazo máximo de la medida, debiendo la autoridad judicial acordar la intervención

67 STEDH de 6 de septiembre de 1978, *Caso Klass y otros*.
68 ATS 18 de junio de 1992
69 STC 176/1988, de 4 de octubre
70 J. Mª. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida…,* op. cit., pág. 111; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO*, Proporcionalidad y derechos…,* op. cit., pág. 95; J.A. DIAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, número 20, 1991, pág. 152; V. MORENO CATENA*, Garantía de los derechos fundamentales*…, op. cit., pág. 160.
71 T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas…,* op. cit., págs. 86-87.

únicamente por el tiempo estrictamente necesario para la obtención de resultados efectivos en la investigación criminal (arts. 10 y 53.1º CE en relación con la eficacia de los derechos fundamentales y el respeto al contenido de los mismos, y de acuerdo con el principio de lesión mínima del art. 552 LECrim). Cumplida la finalidad de la medida, o desaparecidos los presupuestos que motivaron su adopción, deberá acordarse su inmediato levantamiento, aunque el plazo máximo de duración no haya sido superado.

A esta conclusión llega el legislador de las medidas de investigación tecnológica al establecer en el artículo 558 bis e) LECrim, que este tipo de medidas "*no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos"*. No obstante, en el precepto dedicado a la duración de la intervención telefónica (artículo 588 ter g), prevé un plazo máximo inicial de 3 meses.

La necesaria determinación de un plazo de duración de las medidas de intervención de comunicaciones, no debe impedir que en determinados supuestos y por razones de la investigación, pueda acordarse su ampliación para garantizar el éxito de la instrucción. En la regulación anterior a la reforma de la Ley 13/2015, dicha ampliación implicaba también la prórroga del secreto sumarial.

La ampliación del plazo inicial obliga a considerar dos aspectos importantes: la necesidad de limitar el número máximo de prórrogas que el juez puede acordar (lo que no contemplaba el viejo articulo 579.3º LECrim), y la exigencia de que la autoridad judicial efectúe una nueva valoración de los presupuestos y circunstancias que indujeron a su adopción.

Esta última cuestión ya se había puesto de relieve por el Tribunal Constitucional al considerar que *"… la justificación exigida para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser observada también "en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho, expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado", ya que "la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas", sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció en el momento inicial. La necesidad de control judicial de la limitación*

*del derecho fundamental exige aquí, cuando menos, que el juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar el medio de investigación utilizado*"[72].

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo al considerar que "… *La prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente. Lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando -como aquí sucede- lo que apoya la nueva solicitud de prórroga no es un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención originaria sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad, y de la misma justificación"* [73].

El legislador lo regula ahora en el artículo 588 bis e).2 y 588 bis f) 2. LECrim, recogiendo expresamente la exigencia de motivación del auto que prorrogue la medida.

### 7.2 *Control judicial*

Una de las cuestiones más debatidas doctrinal y jurisprudencialmente antes de la regulación de las medidas de investigación tecnológica era el alcance del control judicial de la medida. Resulta obvio que la ejecución material de la medida será encomendada a funcionarios policiales o a técnicos especialistas. Para ello, y a efectos de que el juez pueda determinar la continuidad o el cese de la medida, debería constar en la resolución autorizante los extremos de la ejecución, y el procedimiento a seguir tanto en la escucha y grabación, como en la entrega periódica de su resultado.

Como punto de partida para el análisis de este requisito, resulta imprescindible poner de relieve los dos tipos de control judicial que se han de llevar a cabo durante la intervención de comunicaciones, diferenciando entre el denominado control de constitucionalidad y el control de legalidad ordinaria. Ya el Tribunal Supremo lo pone de relieve afirmando

[72] STC 181/1995, de 11 de diciembre; V, también las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 171/1999, de 27 de septiembre; 236/1999, de 20 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 82/2002, de 22 de abril; 261/2005, de 24 de octubre; 239/2006, de 17 de julio; 26/2010, de 27 de abril; 25/2011, de 14 de marzo, entre otras.

[73] STS 645/2010, de 24 de mayo; V. también las SSTS 25 de junio de 1993; 25 de marzo de 1994; 27 de septiembre de 1994; 2 de abril de 1996; 18 de abril de 1997; 7 de febrero de 1998; 11 de mayo de 1998.

expresamente que *"el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad. Pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado — entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido— pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización… Cuestión distinta es que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo, mediante las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas…Todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a las custodia de las originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE"*[74].

De esta forma, el control judicial de la medida durante la fase de ejecución forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, y así lo ha señalado doctrina y jurisprudencia[75]. Sólo a través de dicho control puede supervisarse su desarrollo garantizando el juicio de proporcionalidad. Así lo continúa afirmando en sentencias recientes el Tribunal Supremo, cuando señala que "*forma parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga, y que en el momento de la adopción de la medida las resoluciones deben explicitar todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pues por la propia naturaleza del mecanismo de investigación, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción*[76].

Para el Tribunal Constitucional "…*el control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida,*

[74] STC 121/1998, de 15 de junio. V. también las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 236/1999, de 20 de diciembre; 237/1999, de 20 de diciembre; 75/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 126/2000, de 16 de mayo; 202/2001, de 15 de octubre; 82/2002, de 22 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 150/2006 de 22 de mayo; 9/2011, de 28 de febrero entre otras.

[75] SSTS. 56/2009 de 3 de febrero; 924/2009 de 7 de abril.

[76] STS 491/2019, de 16 de octubre. V. también las SSTC 197/2009, de 28 de septiembre. Y las SSTS 116/2013, de 21 de febrero; 821/2012, de 31 de octubre, 629/2011, de 23 de junio, 628/2010, de 1 de julio.

*es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso (Sentencia T.E.D.H., caso Klass, de 6 de septiembre de 1978, caso Malone, de 2 de agosto de 1984, y caso Kruslin de 24 de abril de 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada"*[77].

En este contexto, una de las cuestiones más debatidas antes de le reforma, se centraba en decidir si el control debería hacerse directamente por el juzgador, o incluso por el letrado de la administración de justicia, o era suficiente que la unidad policial o técnica de ejecución procediera a la entrega del resultado con el control posterior del juez.

No se puede decir que en esta ocasión la jurisprudencia haya sido unánime. El Tribunal Constitucional en algunas de sus resoluciones consideró suficiente que la unidad policial procediera a la entrega periódica del resultado obtenido con la intervención, aportando transcripciones de las conversaciones más relevantes. Así señalaba que «… *respecto al conocimiento y consideración de su resultado por el órgano judicial resulta suficiente con constatar —como deriva de las actuaciones y ha quedado constancia en los antecedentes— que la policía aportó al Juzgado dichos resultados a través de las transcripciones y las copias de la grabaciones de las conversaciones relevantes y mediante los informes efectuados mientras se llevaban a cabo, siendo suficiente a los efectos de considerar que el Juez ha tenido puntual información de los resultados de la intervención*"[78].

En el mismo sentido se pronunciaba también el Tribunal Supremo cuando consideraba que *"… el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la*

[77] STC 49/1996, de 26 de marzo. V. también las SSTC166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre ; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre.
[78] STC 184/2003, de 23 de octubre; V. también STC 82/2002, de 22 de abril; 205/2005, de 18 de julio; 26/2006, de 30 de enero; 239/2006, de 17 de julio; 197/2009, de 28 de septiembre; 26/2010, de 27 de abril; 72/2010, de 18 octubre, entre otras.

*audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor*"[79].

No obstante, también se encontraban posturas más garantistas, como la defendida por el Tribunal Supremo en otras resoluciones, en la que incluso precisaba las indicaciones que deben figurar en el auto autorizante, haciendo mención expresa a que señale *"…el tiempo por el que se autoriza la intervención. d) Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas. e) Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica. f) Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado. g) Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes. h) Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral*"[80].

Así, el control directo de la ejecución corresponderá al juez que ordenó la medida, debiendo indicarse en el auto que la autoriza la periodicidad con que se efectuará dicho control (81). La unidad policial ejecutante ha de entregar al juez los soportes originales de las grabaciones, sin que se les autorice a realizar copias o transcripciones[82].

En esta segunda línea el Tribunal Constitucional, señala que "es también indispensable que el control judicial efectivo, que «se integra en el contenido esencial del derecho», se mantenga vivo durante «el desarrollo y cese de la misma». De manera que, de no ser así, «queda afectada la constitucionalidad de la medida. Más en concreto, cuando instaurada ésta, se aduzca un conocimiento obtenido mediante la misma para extenderla a otros sujetos «el mínimo indispensable del control» demanda «la constatación por el órgano jurisdiccional de la coincidencia entre las cintas grabadas y sus transcripciones» con el consiguiente reflejo «en las actuaciones en la correspondiente diligencia». De tal manera que la ausencia de esta constatación «pone de manifiesto que el preceptivo control no se ejerció, sino que se dio por

[79] STS 165/2013, de 25 de marzo. En este sentido se había pronunciado ya el Tribunal en sus SSTS de 22 de enero de 1996; de 12 de diciembre 2000.
[80] STS 12 de abril de 1997.V. también SSTS de 11 de octubre de 1994; 8 de febrero de 1997; 19 de octubre de 1996; 4 de febrero de 1997, 12 de diciembre de 2000.
[81] (SSTS 25 de junio de 1993, 29 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 25 de marzo de 1994, 18 de abril de 1994, 4 de noviembre de 1994, 12 de enero de 1995, 24 de febrero de 1995, 8 de febrero de 1997, 7 de febrero de 1997, 18 de abril de 1997, 26 de mayo de 1997, 24 de junio de 1997, 20 de enero de 1998).
[82] SSTS 22 de enero de 1997, 7 de abril de 1997, 24 de junio de 1997, 4 de febrero de 1998, 14 de febrero de 1998, 16 de febrero de 1998, 4 de abril de 1998, 23 de septiembre de 1998; 18 de febrero de 1999.

bueno sin constatación alguna lo que era una deducción policial del contenido de las escuchas precedentes[83].

Incluso se ha defendido la ausencia de control cuando no se ha fijado en la resolución autorizante la duración de la medida, los períodos en que ha de darse cuenta al juez de los resultados obtenidos, o cuando el órgano jurisdiccional no realiza un seguimiento del desarrollo de la medida[84].

Este debate jurisprudencial se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2015, que opta por una combinación de las posturas defendidas hasta ese momento. Así, en su artículo 588 ter f) determina la puesta a disposición judicial de las grabaciones íntegras, pero permitiendo también que se adjunte una transcripción de los pasajes de interés.

*Abstract*

Intervention measures for private communications have been for many years orphaned by regulation in the Spanish legal system. Despite the attempts of Law 4/1988, of May 25, which introduces the measure of telephone intervention in the Criminal Procedure Law, to give legislative coverage to the restriction of the fundamental right to secrecy of communications, it is evident that the legislator's attempt does not meet the minimum expectations. This situation, which despite the calls of attention of the ECHR continues until 2015, obliges the Constitutional Court and the Supreme Court to carry out a jurisprudential construction of the legal regime of this type of measures, providing the necessary guarantees so that they can be used effectively in the criminal process. This paper aims to highlight this construction of the spanish courts, and how they represent the antecedent of the regulation addressed by Law 13/2015, of April 5, amending the Criminal Procedure Law, to strengthen of procedural guarantees and regulation of technological investigation measures.

Santiago, novembre 2020.

[83] STC 299/2000. V. también la STC 252/2003 de 19 febrero.
[84] SSTC 49/1996, de 27 de marzo; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre.

MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO [*]

# *La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici* [**]

*Sommario*: 1. Introduzione. – 2. Note caratteristiche. – 3. I principi. – 4. Conclusione.

## 1. *Introduzione*

Da parecchi decenni, la teoria giuridica e la stessa regolazione delle fonti del diritto si occupano del ruolo dei principi. In campo dottrinale sono note le proposte di Josef Esser e, più di recente, di Ronald Dworkin. È un segnale del fatto che il modello 'legalista', che faceva corrispondere tutto il diritto con le norme emanate dallo Stato, è in crisi. Di sicuro tale modello è stato messo in discussione fin dal suo trionfo all'inizio del XIX secolo, anche se le critiche si intensificarono a partire dalla fine del XIX secolo con la comparsa delle diverse correnti sociologiche. I principi giuridici assunsero un ruolo chiave, in quanto realtà normative indipendenti dal potere legislativo, ma tale caratteristica è stata messa in discussione fin da allora.

Resta il fatto che, affermare che esistono dei principi indipendenti della legislazione non significa dire qualcosa di nuovo, ma qualcosa che è presente fin dalla nascita della scienza giuridica europea, che va di pari passo con i giuristi; nelle pagine successive commenterò alcune loro osservazioni sulla natura dei principi. Nel presente resoconto verrà mostrato il ruolo rilevante della scienza giuridica nella società; un ruolo molto diverso da quello attribuitogli dalla concezione statalista del diritto.

---

[*] *Professore titolare di Filosofia del Diritto dell'Università di Cadice.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

2. *Note caratteristiche*

Alcune delle maggiori difficoltà per comprendere lo status della scienza giuridica negli ordinamenti delle società europee attuali derivano dalle ambiguità presenti nella *iurisprudentia* del diritto romano. L'ambivalenza di tale giurisprudenza, prodotto delle sue stesse caratteristiche, era inevitabile. Ricordiamo che nasce dopo la ripresa del diritto romano alla fine del XI secolo grazie al lavoro di Irnerio e dei suoi successori della scuola bolognese. Anche se la conoscenza del diritto romano non si era completamente persa, la lettura dei manoscritti completi del corpus giustinianeo, possibile a partire da allora, richiedeva la formazione di specifiche professionalità, dotate degli strumenti tecnici adeguati per comprendere, spiegare e illustrare l'enorme materiale giuridico romano; per farlo avevano a disposizione i mezzi che la cultura superiore di quell'epoca offriva: le discipline del *trivium* o l'utilizzo di glosse per interpretare le parole dei testi oscuri; ad ogni modo, partendo da tali strumenti, questi giuristi svilupparono un sapere giuridico completamente inedito e caratterizzato da un impulso creativo straordinario[1].

Ed è proprio tale creatività che segna uno degli elementi di ambiguità presenti nello *ius commune*. Effettivamente, questi giuristi prendevano spunto dal testo romano che era dotato dell'autorità conferita dalla sua origine imperiale. Come ci ricorda Alejandro Guzmán, per i Glossatori, il *Corpus Iuris* era - secondo la terminologia attuale - diritto vigente in quanto legge dell'impero e, pertanto, le sue norme non avevano un valore puramente dottrinale[2]. Di conseguenza, questi giuristi erano coscienti del fatto che il loro lavoro consisteva nell'illustrare delle norme che venivano concesse dal potere imperiale e che loro non sarebbero stati presentati come i creatori di norme generali. Tuttavia, la realtà era più complessa.

Questi studiosi del diritto romano, partendo da quanto indicato nelle fonti romane del corpus giustinianeo, hanno illustrato diverse accezioni del termine *ius*, senza per forza di cose identificarlo con la legge, ovvero, la norma elaborata dal potere politico. Pur partendo dal fatto indiscusso della norma romana, il diritto è una realtà più ampia, che comprende altresì

[1] Cfr. sull'origine dello *ius commune*, H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter. Bd. I. Die Glossatoren*, Beck, Monaco di Baviera, 1997, p. 3 ss.
[2] Cfr. A. GUZMÁN, *Ratio Scripta*, Vittorio Klostermann, Francoforte M., 1981, p. 10.

la rielaborazione razionale del precetto che il giurista portava avanti con l'etichetta dell'interpretazione[3]. È opportuno ricordare che lo *ius commune* va inserito in una forma mentis che non considerava il governante come colui che creava il diritto. Paolo Grossi ha sottolineato come durante il Medioevo il potere politico non fosse un'entità centralizzata che esercitava il monopolio della produzione normativa[4]. La creazione del diritto si palesava sotto forma di *iurisdictio* e, come ha spiegato Pietro Costa, poteva essere considerata come una potestà nelle mani dell'imperatore necessaria a creare e interpretare il diritto e poteva essere trasmessa al popolo (e quindi da lì la possibilità delle norme statutarie delle città italiane). Ciò nonostante, tale potere consisteva più che altro in un'attività tramite la quale il principe interpretava la 'cruda giustizia' e la trasformava in norme; una giustizia che comprendeva un insieme di requisiti presenti nell'ordine delle cose che il principio traduceva in leggi; di conseguenza, come sottolinea Costa, La *iurisdictio* non era una creazione di norme positive, ma la formalizzazione di un ordine prestabilito del mondo che il principe interpretava[5].

Da questo punto di vista, Il compito del giurista consisteva anche nell'*interpretatio iuris* usata allo scopo di applicare e adattare la legge, elaborata dal governante, alle circostanze del caso. Per poter realizzare tale compito, i giuristi dello *ius commune* diedero vita nel corso dei secoli a una dottrina interpretativa di notevole ricchezza e complessità che ruotava intorno al significato letterale e allo spirito della legge, rappresentando dei poli che nella loro concezione erano visti in modo poliedrico e che venivano schierati attraverso una varietà di criteri e regole. L'interpretazione veniva considerata come un'attività necessaria, perché adattare le leggi contenute nella raccolta di Giustiniano a tempi molto diversi era visto come opportuno. Anche se Giustiniano (come imperatore) si era arrogato il potere di interpretare le leggi, la

[3] Per questa ragione, Accursio sosteneva che lo *ius* era un *ars*. Cfr. glossa «i» a Digesto, 1,1,1: ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Acursium*, Lione, 1628. (Reprint O. Zeller, Osnabrück, 1965). Tradotto nella terminologia attuale significava che il diritto era una scienza della creazione umana che include precetti di giustizia.

[4] Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 41 s.

[5] Cfr. P. COSTA, *Iurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1150-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 133 s.

necessità fece sì che i giuristi fossero coloro i quali, attraverso tecniche interpretative, svolsero il lavoro di adeguamento fino al punto di elaborare un nuovo diritto fondato sulle basi romane[6].

È importante sottolineare l'ambiguità di questa situazione. Ufficialmente, i giuristi erano degli interpreti del diritto romano, non dei creatori autonomi di regole. Inoltre, il diritto romano era solamente una parte dell'ordinamento giuridico dell'Europa medievale, comprendente altri diritti a seconda dei diversi regni e delle diverse organizzazioni in Occidente, che non sempre riconoscevano la validità delle leggi romane. Nella pratica (ciò che importa per il giurista), l'impossibilità che l'imperatore potesse modificare attraverso una nuova legislazione il *Corpus Iuris* gli attribuì il ruolo di rinnovatori[7]. D'altro canto, l'eccezionale qualità del diritto romano e le competenze tecniche dei giuristi universitari fece in modo che tale diritto si diffondesse in tutta Europa. Effettivamente, i suoi precetti, e le interpretazioni dei giuristi che si basavano in essi, non disponevano di un chiaro sostegno politico. La legittimità concessa dal Sacro Romano Impero Germanico si indebolì poco a poco dopo l'epoca dei Glossatori, soprattutto a causa della scarsa efficacia di tale entità politica. La diffusione efficace dello *ius commune* fu per la percezione da parte dell'Europa colta della maggiore qualità tecnica e morale di quel diritto.[8]

Questa attività relativamente creativa veniva sostenuta da una risorsa argomentativa molto comune all'epoca: la *communis opinio doctorum.* Come ci ricorda Luigi Lombardi, questi giuristi condividevano le idee romane e aristoteliche sulla probabile oggettività degli aspetti umani. Prima del trionfo del metodo matematico e sperimentale nel XVII secolo, spiega Lombardi, tale mentalità comprendeva che la verità rispetto a simili questioni era oggettiva, ma non appariva immediatamente, in modo evidente; di conseguenza, il consiglio e l'opinione comune degli esperti venivano considerati necessari[9]. D'altro canto, l'impossibilità di prevedere nella legge tutte le particolarità possibili del caso contemplato nella norma, obbligava il

[6] Rispetto all'uso di diversi criteri di interpretazione da parte degli studiosi di diritto romano per stabilire il *sensus* o *mens* e il significato di *verba* o *littera legis* cfr. A. GUZMÁN, *Codificazione del diritto civile e interpretazione delle leggi,* Iustel, Madrid, 2011, p. 44 s.
[7] Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.
[8] Questa è la spiegazione offerta da F. CALASSO, *Il Diritto comune come fatto spirituale*, nell'*Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1970, passim; ID., *Il problema storico del diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 226.
[9] Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 165.

giurista a stabilire un'integrazione; in casi simili l'impiego della *communis opinio* serviva come garanzia per ottenere l'esatta certezza giuridica e l'uniformità di giudizio ed evitare, per quanto possibile, la discrezionalità[10].

La *communis opinio doctorum* ha trovato spazio nella tradizione argomentativa della giurisprudenza degli studiosi del diritto romano. Fin dall'epoca dei Glossatori, questi giuristi si trovavano a loro agio nella cultura retorica del *trivium* e conoscevano argomenti topici, quali il genere, la specie, il *locus a simili*, e così via; tra questi ricopriva grande importanza il *locus ab auctoritate*. È vero che per questa cultura giuridica non era un'argomentazione che comportasse un'obbligatorietà necessaria, come la decisione del legislatore o del giudice, però nella pratica divenne un argomento di straordinaria importanza nella vita giuridica, incluso in quella forense[11].

Tale importanza permise al giurista di formazione universitaria di diventare il fulcro del diritto. La complessa molteplicità degli ordinamenti giuridici che esistevano nella società europea prima dell'arrivo delle codificazioni richiedeva la presenza di professionisti specializzati per poter effettivamente sapere quale fosse il diritto da applicare al caso specifico. Nella pratica, la scienza del diritto non era un semplice resoconto esplicativo delle leggi create dal governante, bensì una parte essenziale della creazione del diritto in quella società.

### 3. *I principi*

È importante essere coscienti del ruolo dei giuristi nel momento in cui si è chiamati a valutare le loro osservazioni sui principi. Conviene inoltre precisare, in via preliminare, che per secoli i giuristi dello *ius commune* hanno mostrato poca propensione nel teorizzare la loro attività professionale; gli autori del Basso Medioevo erano più che altro impegnati a risolvere problemi giuridici concreti, e a interpretare i testi del *Corpus Iuris* piuttosto che a redigere *consilia*. Per secoli, a malapena si preoccuparono di rendere esplicita la filosofia del diritto (espressione allora sconosciuta) su cui tutto quel lavoro si sosteneva. Tuttavia, a partire dal XVI secolo, quando l'irruzione sulla scena degli *studia humanitatis* mette in discussione aspetti

[10] Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 173. Sull'attività argomentativa di questi giuristi durante l'epoca medievale, cfr. V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in *Annali di Storia del Diritto*, 2, 1958, p. 39 s.; F. CARPINTERO, *Il metodo dei giuristi medievali,* in *Annuario di Storia del Diritto Spagnolo,* 1982, *passim.*
[11] Cfr. J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, Beck, Monaco di Baviera, 2001, p. 46 s.

essenziali dello *ius commune*, i giuristi cominciano a preoccuparsi di elaborare dei trattati teorici che illustrino i fondamenti della scienza del diritto[12]. Per questa ragione, mi dedicherò soprattutto a quanto scritto in alcuni di quei trattati.

Chi non si occuperà dello status dei principi in modo abbastanza preciso, fino alla comparsa delle opere più riflessive, non significa che non fosse cosciente della sua esistenza e che non fornisse nessuna spiegazione frammentaria della sua natura. Durante i secoli del Basso Medioevo ciò che oggi è conosciuto con il nome di principio, veniva chiamata *regula iuris*, come quelle presenti nel titolo del Digesto *De diversis regulis antiqui iuris*. D'altro canto, quelle regole sono raccolte nelle leggi del Corpus Iuris e pertanto la loro applicazione risulterebbe giustificata dalla loro presenza in quel testo provvisto di autorità. Il punto è che la nozione di *regula* è viziata da qualche ambiguità all'interno dello *ius commune*. Il glossatore Accursio aveva spiegato che la *regula iuris* era una raccolta che riportava brevemente una serie di casi nei quali era presente un'identità di ragione o una stessa equità[13]. Quando Accursio parla di ragione si riferisce alla causa o alla giustificazione per la giuridicità di una specifica soluzione giuridica. Ma tale definizione era ancora insufficiente, perché non chiariva la differenza con la legge, e, per farlo, Alberico da Rosciate fece una distinzione nel XIV secolo tra legge e *regula iuris*; la legge è un precetto generale che si applica a un caso concreto; viceversa, la *regula* ha un campo d'azione più esteso, perché non è vincolata a un determinato questione fattuale, ma può essere applicata a una vasta pluralità di casi[14]. Per dirla in altri termini, La

12 Sull'impatto dell'umanesimo nello *ius commune* cfr. F. CARPINTERO, *'Mos italicus', 'mos gallicus' e l'Umanesimo razionalista*, in *Ius Commune*, 7, 1977, passim; *Mos italicus* è il nome attribuito al metodo tradizionale di considerare il diritto, che rimase in Italia (anche se non solamente lì), mentre il *mos gallicus* citava la giurisprudenza umanista, molto diffusa in Francia e a quanto pare colta e poco preoccupata per la pratica. Lo studio di Carpintero mostra che questa separazione è eccessivamente schematica e riduttiva. L'aspetto da lui definito razionalista non è stata una semplice preoccupazione accademica. Prese in considerazione la pratica e a essa si devono importanti trattati che hanno esposto una visione generale del diritto.

13 Cfr. ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Acursium*, cit., glossa «m» a Digesto, 50,17,1 e 2.

14 Cfr. «Glossa satis obscure notat differentiam inter legem generalem et regulas iuris quia lex generalis in casu, in quo predita est extendatur ad omnes personas et causas, in quibus est eadem ratio, ut Pandectas, e lex non possunt. Regula autem iuris traditur sub signis universalibus, vel aequipollentibus et una prolatione plura continet, ut Pandectas de rebus du l. si is qui ducenta, utrum et de reg. Iuri. L. vel dic. quod regula habet locum in pluribus ex vi et prolatione verborum cum concepta sit signis universalibus. Lex autem ex vi et prolatione verborum non comprehendit, isi unum casum, licet per identitatem rationis extendatur ad alios similes casus» di A. DE ROSATE, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, com. a 1,3,7, Venezia, 1585. (Ristampa A. Forni, Bologna, 1974).

*regula* riprende un'esigenza di giustizia che può essere utilizzata dal giurista con notevole flessibilità in funzione delle caratteristiche dei problemi[15]. È interessante osservare che le riflessioni attuali sulla differenza tra principi e norme seguono questo percorso.

Con il passare del tempo, e la diffusione dell'umanesimo nel diritto, Le *regulae* cominciarono a fare la loro comparsa integrate a volte nei trattati dei topici[16]. I giuristi influenzati dagli studi umanistici interpretavano la topica come Cicerone (autore particolarmente ammirato in quel campo), ovvero, come una tecnica per catalogare diversi punti di vista o luoghi da cui estrapolare argomenti. Uno di questi giuristi, Johann Oldendorp (1480-1567) definiva la topica come un dato da cui era possibile reperire una verità probabile; sedi di argomenti o ragioni che permettono di fare chiarezza su questioni dubbie[17]. Tali trattati fecero una classificazione degli argomenti topici e utilizzarono gli schemi presi in prestito dalla dialettica ciceroniana; la materia giuridica veniva classificata in definizioni: il genere, la specie, il tutto la parte, eccetera. Ma il numero di argomenti è più grande del contenuto dei modelli dialettici e per questa ragione, alla voce luogo comune figurano i principi. È proprio quello che fa Oldendorp quando riprende nel *locus a ratione* il principio «dove si trova la stessa ragione, è opportuno stabilire lo stesso diritto»; «nel momento in cui scompare la ragione della legge, termina anche la legge stessa e il privilegio». Dal concetto di onesto e utile ne deriva il principio «nessuno ottenga vantaggio dal danno di qualcun altro»[18]. E per complicare ancora di più le cose, Oldendorp afferma che le leggi sono un argomento in più: integrate nel *locus ab authoritate* e chiamate in modo specifico pregiudizi[19]. Se consideriamo che l'opinione comune

[15] Cfr. sullo status della *regula iuris* nello *ius commune* P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgh University Press, Edimburgo, 1966, p. 131 s.

[16] L'argomentazione ha trovato nuova linfa nel XX secolo nella disciplina della teoria generale del diritto grazie a Theodor Viehweg e il suo *Topica e Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1962. Viehweg ha portato all'attenzione l'insufficienza di un approccio sistematico e deduttivo nel diritto, e lo sostituisce con una visione dialogica e pragmatica. Inoltre considera un topico il ragionamento dello *ius commune,* però le differenze sono notevoli. Gli studiosi del diritto romano sostengono che esista un oggettività morale e giuridica, Viehweg invece lo nega; l'unica giustificazione accettabile è il trionfo di un processo discorsivo di tipo retorico. Sulla recente argomentazione cfr. J. A. GARCÍA AMADO, *Teorie della topica giuridica*, Civitas, Madrid, 1988, *passim.*

[17] «Locus itaque accipitur hic, pro communi quaedam nota, cuius admonitu, quatenus aliquid probabile sit, invenire potest. Cicero secundum Aristotelem vocat Topica, quasi sedes argumentorum seu rationum, quibus rei dubiae fidem facere licet». Cfr. J. OLDENDORP, *Topica legalia*, Basilea, 1559 (ristampa Scientia, Aaalen, 1966), p. 83.

[18] Cfr. JOHANN OLDENDORP, *Topica legalia*, cit.

[19] Cfr. JOHANN OLDENDORP, *Topica legalia*, cit., p. 103.

dei giuristi faceva riferimento anche all'argomento *ab authoritate,* possiamo dedurne che l'argomentazione per questi giuristi ruotava intorno all'idea di ciò che è probabile e che le differenze tra le leggi e i principi si attenuavano.

I principi fanno la loro apparizione anche in un altro tipo di opere giuridiche proprie dell'umanesimo giuridico, che offrivano una raccolta ordinata della realtà giuridica di solito con il titolo di *ars iuris.* Una delle caratteristiche dell'epoca rinascimentale fu l'importanza data all'ordine e alla chiarezza e grazie a queste indicazioni i giuristi più ferrati nelle discipline umanistiche descrissero il concetto di diritto, di diritto naturale, di legge, lo schema generale delle discipline e delle istituzioni specifiche dello *ius commune* e lo studio della *interpretatio iuris*, ovvero degli aspetti concernenti la decisione sul caso in esame. In alcune di queste opere i principi avevano un ruolo di primo piano.

Per esempio, nel *De iuris arte liber* di Jean Coras (1513-1572)[20]. Qui l'autore vuole mostrare la realtà del diritto in modo metodico e di conseguenza separa lo studio in due parti: l'ordine e la via o il modo; il primo fa riferimento alla disposizione delle parti della scienza affinché possano essere conosciute e insegnate; la via invece è la forma di conoscere e giudicare tale realtà. I principi si trovano nell'ordine e fanno parte della causa materiale del diritto. In tale denominazione aristotelica, Coras include la realtà che riguarda qualsiasi arte o disciplina e a cui fanno riferimento i principi della stessa, in questo caso la stessa materia della saggezza civile; il suo studio ordinato ci permetterà di trovare facilmente «le cause, i principi, tutte le parti della disciplina e tutti i precetti dell'arte»[21]. Coras spiega che la materia del diritto è formata dalle azioni umane, ma tale realtà non è composta da semplici fatti comprensibili in un modo fattuale, se vogliamo esprimere il pensiero del giurista utilizzando termini attuali. Per Coras, la comprensione della giustizia implica la presenza di una legge che selezioni i

[20] Coras ha messo insieme l'educazione basata sugli *studia humanitatis* con la formazione giuridica ricevuta in Italia per mano di un famoso maestro del *mos italicus*: Filippo Decio. In Francia coniugò il dubbio accademico con la dedizione verso la pratica giuridica e l'attività politica. Morì assassinato nella notte di San Bartolomeo. Cfr. A.L. FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State. Vol. I: Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*, Athenäum. Königstein, 1983, p. 26 s. Malgrado ciò, il suo *De iuris arte* è stato inserito nei *Tractatus Universal Iuris*, una raccolta giuridica patrocinata da un Papa e pubblicata nel 1584 a Venezia. In quel tempo, le guerre e le violenze a sfondo religioso non impedivano per forza di cose che si disquisisse di riflessioni sul diritto. La *iurisprudentia* degli studiosi del diritto romano costituiva ancora la coscienza giuridica comune dell'Europa.

[21] Cfr. «Primum omnium, iuris obiectum (Materiam, circa quam, aut genus subiectum philosophi dant) hoc est id, circa quod versaur omnis civilis sapientia cura, et consideratione: ac deinde finem propter quem leges nostrae scriptae sunt». J. CORAS, *De iuris arte liber*, in *Tractatus Universi Iuris*, volume I, Venezia, 1584, p. I, cap. 9, p. 61.

comportamenti corretti. Anche se in realtà non indica in modo esplicito e a chiare lettere da dove vengano i criteri per farlo, oltre a menzionare il buono e l'equo, il giusto e l'ingiusto (ovvero la definizione di giurisprudenza secondo il *Corpus Iuris*), riusciamo a capire che tali criteri si concretizzano nei principi giuridici.

Effettivamente, Coras ritiene che siano la chiave della scienza giuridica: «A essi devono fare riferimento tutte le cose che si studiano nella disciplina civile e a partire da essi vengono stabilite le dimostrazioni, le conclusioni e gli assiomi di tale scienza. Senza dubbio, nessuno può negare che in qualsiasi arte è assai necessario che siano noti i principi, perché nessuna arte può essere trattata agevolmente, o insegnata in modo corretto, se prima non si conosce la materia stessa di tale disciplina e non si suddivide in alcuni principi determinati»[22]. Riconoscendone l'importanza, Coras si dedica a fornire una classificazione molto scrupolosa dei principi su cui si basa la realtà giuridica. Inizialmente li separa in primari e secondari. I primari sono quelle regole impresse naturalmente in tutti gli esseri umani e chiaramente note senza bisogno di dimostrazioni o di prove[23]. Sono i principi morali fondamentali che sia gli studiosi del diritto romano che i teologi inserivano nel diritto naturale[24].

I principi secondari sono «assiomi, definizioni o regole che vengono trasmesse dall'anima degli uomini e non solo dalla natura, ma anche attraverso la ragione e l'autorità civile o tramite l'uso comune dei mortali; la maggior parte di essi sono così veri che non hanno bisogno di prove»[25]. A loro volta, possono essere universali, generali o particolari.

L'universalità ha a che fare con il suo utilizzo in qualsiasi questione giuridica. Sono assai vari, come la loro origine: alcuni provengono dalla natura, altri dall'autorità della legge,

---

22 «Ad quae cum omnia, quae in civil disciplina traduntur, pracepta referenda sint, ex iisque demonstrationes, conclusiones, et axiomata sua scientiae quaecunque mutuentur, confirmet, et stabiliant: negari certe non potest, quin principia, in quavus arte, cognitu valde necessaria Semper existant: neque enim ulla est ars, quae commode tradi, aut explicate doceri possit, nisi subiecta disciplinae materies, certis principiis distributa, breviter cognoscenda proponatur». JEAN CORAS, *De iuris*, cit., p. I, cap. 24, p. 65.

23 «Primaria principia, dicuntur universalia quaedam iuris pronuntiata, quae omnibus homnibus, ita sunt impressa naturaliter, et infixa, ut velut indubitata, et notissima non alia egeunt demonstratione aut certe levi aliqua probatione confirmetur, unde comunes animi conceptiones, et notitiae, appellantur», *ibidem*.

24 Sul ruolo dei principi morali fondamentali nella mentalità europea dal Medioevo cfr. F. CARPINTERO, *Breve storia del diritto naturale,* Colex, Madrid, 2000, p. 35 s.

25 «Iuris principia secundaria, sunt certa quaedam axiommata, et definitiones, seu regulae. Quae non tam natura, quam civil aliqua ratione et auctoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animos diffunduntur, quae etsi plerunque sunt nec valde egeant demonstratione». JEAN CORAS, *De iuris*, cit., p. II. cap. 25, p. 65. Anche se Coras utilizza la parola assioma per definire i principi, non si riferisce alla geometria in quanto tale né al ragionamento deduttivo.

come quelli compresi nel titolo del Digesto *De regulis iuris*. Si trovano anche nelle sentenze dei giuristi e nelle decisioni dei principi[26]. Degli esempi di principi naturali sono: «Dobbiamo accettare ciò che va a beneficio di un altro e non danneggia noi»; «la pubblica utilità viene prima di quella privata»; «la giustizia deve preferirsi al rigore»; «la specie deroga al genere»; «ciò che riguarda tutti deve essere approvato da tutti»; «bisogna prestare maggiore attenzione alle cose che alle parole»; «per cose diverse devono essere date ragioni diverse»; «dalle cose separate non dobbiamo dedurre nulla da una o dall'altra»; «il particolare è sempre compreso nel generale», eccetera.

I principi generali fanno riferimento alle diverse parti del diritto, per esempio ai contratti, ai testamenti, o ai delitti[27]. I particolari sono quelli contenuti nelle parti più concrete della giurisprudenza, perché si occupano di problemi specifici delle istituzioni e vengono forniti dalla legge. La differenza con quelli generali è solo di grado e ampiezza del settore del diritto di cui si occupano. Coras illustra elencandoli principi specifici per la compravendita o il mutuo. Fra questi: «senza la cosa e il prezzo non esiste compravendita»; «non esiste mutuo senza cose quantificabili».

Nei tre livelli, ci spiega che si limita a proporre esempi di principi esistenti, senza provare a illustrare tutta la loro varietà e portata. Tale abbondanza comporta che non possano essere ricondotti a un criterio uniforme. Ciascuno di loro corrisponde a una causa particolare diversa: il diritto naturale, l'utilità, un criterio di giustizia vincolato a una determinata istituzione... Coras riconosce in modo implicito che il diritto è una realtà complessa che non può essere ridotta a un unico senso o finalità; una tale pluralità di sfaccettature si traduce nella diversità dei principi; ed è la scienza del diritto che si deve occupare di spiegare tale diversità.

[26] «Universalis dico, quae quibusvis Iuris partibus, et quaestionibus, accomodari possutn. Et horum alia a natura ducunt initium. (…) Alia sunt, quae civilis legis auctoritate nituntur potissimum, quorum bonam partem reperire est, sub titulo Padectarum, gregorii, et Bonifacii. De Regulis Iuris, et reliquam sparse decerpere, ex Iurisconsultorum responsis et Caesarum Placitis, nos quaedam exempli gratia, referemus». Op. cit., p. II. cap. 25, p. 66

[27] «Generalia iuris principia, sunt quae ad generales et praecipuas civilis disciplinae partes, generaliter referuntur, et applicantur, veluti in contractibus…», *ibidem*.

Questa stessa mentalità è presente in un altro giurista di educazione umanista che rivolse anch'egli la propria attenzione ai principi. Joachim Hoppers (1523-1576)[28]. Anche Hoppers, come consuetudine tra questi giuristi, pubblicò un *De iuris arte libri tres* all'interno del quale i principi occupavano uno spazio preponderante. Sostenne che i principi sono le fonti della giustizia e li divise, come Coras, in universali, generali e particolari. I primi a loro volta in primari e secondari; i primari sono i supremi: evitare il male e fare il bene; i secondari sono i tre principi della *iurisprudentia* romana. I principi generali provengono da realtà indipendenti dalla scienza del diritto in senso stretto, però interessanti per il giurista: Dio, i comandamenti, la natura corporea dell'uomo o le discipline classiche della cultura umanistica.

Viceversa, i principi particolari hanno carattere completamente giuridico. Secondo Hoppers, sono contenuti soprattutto nel titolo *De diversis regulis* del Digesto e li classifica in principi che fanno riferimento al diritto stesso e ai processi, e in quelli che si riferiscono all'oggetto del diritto[29]. Rispetto al primo tipo Hoppers cita i seguenti esempi: «in tutte le questioni, e soprattutto nel diritto, l'equità deve essere presa in considerazione»; «tutte quelle cose proibite dalla natura delle cose, non possono essere corroborate da nessuna legge»; «non tutto ciò che è permesso è degno moralmente»; e a tali principi, chiarisce Hoppers, devono essere aggiunti tutti quelli che provengono da virtù quali la moderazione, la forza, la prudenza e la modestia. Tra i principi che riguardano i processi, cita, tra gli altri: «la cosa giudicata è ritenuta verità»; «non si deve permettere all'attore ciò che non è permesso al reo». E tra quelli che fanno parte delle parti e dei membri del diritto: «la libertà è qualcosa di prezioso», «il matrimonio lo fa il consenso e non la convivenza»; «nessuno può migliorare la propria condizione commettendo un delitto». Fanno parte dei principi anche i «luoghi comuni», che Hoppers raggruppa in tre generi: «il significato delle parole, la conoscenza della volontà e la conoscenza della cose naturali, razionali e morali»; in realtà, Hoppers include tali principi nella legge, da cui possono essere dedotte utilizzando procedimenti come la conoscenza del testo legale, lo spirito delle leggi o l'argomento *a sensu contrario*. È opportuno tener conto che

[28] Hoppers nacque in Frisia, allora faceva parte delle Fiandre, ed ebbe una formazione umanistica e giuridica. Dopo essersi dedicato all'insegnamento, passò al servizio della monarchia spagnola a Madrid. Cfr. P. SCHÄDLER, *Nomothesia sive de Iuris et legum condendarum scientia. Versuch einer Bearbeitung der Bücher I-IV des Werkes «Seduardus sive De vera iurisprudentia» von Joachim Hopper (1523-1576)*, Johannes Gutenberg Universität, Magonza, 1967, p. 13 s.

[29] Cfr. J. HOPPERS, *De iuris arte libri tres*, Lovaino, 1555, vol. I, p. 24 s.

il campo di applicazioni di questi principi particolari è più rigido, a causa del carattere del motivo su cui si basa. In effetti, certi principi possono essere applicati a qualsivoglia questione e a qualsiasi parte del diritto mentre altri, viceversa, provengono dalla rielaborazione di una «pluralità di specie in un singolo precetto» a causa dell'esistenza di qualcosa in comune; quello che Hoppers vuole suggerire con tale espressione è che il principio scaturisce dalla comprensione di una ragione o di una causa comune a diverse leggi; di conseguenza, il principio può essere applicato solamente nell'ambito del diritto da qui provengono tali leggi[30].

Nelle opere successive, Hoppers ha ingrandito lo spettro delle realtà interessate dai principi. Nei suoi *Otto libri introduttivi sulla vera giurisprudenza,* e nel *Seduardus* o nei *Dodici libri sulla vera giurisprudenza dedicati al re,* presentò una classificazione particolarmente prolissa. Hoppers li divide in ordinari, straordinari e singolari, secondo le ragioni che giustificano i principi. Gli ordinari sono dotati di una «ragione precisa», mentre tutti gli altri si occupano di situazioni che si allontanano dalla normalità e hanno bisogno di una soluzione adeguata alla loro specificità. Hoppers aggiunge, per giustificare tale attenzione a quelli meno comuni, che nelle situazioni umane le regole generali non possono mai essere così sicure da non ammettere alcuna eccezione[31]. Quest'ultima affermazione pecca di originalità, visto che arriva direttamente da Aristotele e dal diritto romano.

Hoppers presenta i principi ordinari in una gamma piuttosto farraginosa: interni, esterni e intermedi; gli interni, a loro volta, possono essere naturali, civili e misti. I naturali comprendono le sfaccettature dell'esistenza umana che, secondo la filosofia dell'epoca, costituiscono la natura dell'uomo; tali principi provengono da Dio, dal mondo, dall'uomo, dalla famiglia, dalla comunità politica; possono essere etici, fisici, logici e matematici assieme a una serie leggermente complicata di precetti che scaturiscono dalla virtù della giustizia, analizzata da Hoppers in modo molto dettagliato[32]. In realtà, tutto questo repertorio così vasto non contiene solamente principi giuridici in senso stretto, ma un riepilogo dei diversi aspetti della

[30] Tutti questi principi sono presenti in tutto il libro I del *De iuris arte libri tres*.
[31] «Nam ulla in rebus humanis tam certa potest ese regula generalis circa personas, res, aut earum circumstantias, quae non aliquam specialem (ut vulgo dicitur) patiatur exceptione»: J. HOPPERS, *Seduardus dive De vera iurisprudentia ad regem libri XII*, Amberes, 1590, vol. III, tit., LII, p. 87.
[32] Cfr. J. HOPPERS, *Seduardus*, cit., vol. III, tit., XI s., p. 78 s.

realtà dell'uomo che, secondo un colto giurista del XVI secolo, influenzavano la vita del diritto.

Da lì proviene il suo carattere eterogeneo. Molte di quelle elencate da Hoppers sono *regulae iuris* romane. Tra i principi emanati dall'uomo, ci sono, tra gli altri, le *regulae*: «chi tace acconsente»; «dove non c'è bisogno della voce, ma della presenza, il muto e il sordo, se ne sono capaci, possono rispondere»; «la volontà del pazzo è nulla»; «a colui che sa e acconsente non si arreca offesa né viene colpito dal dolo»; «è privo di colpa chi sa, ma non può impedire»; «l'ignoranza di ciò che tutti sanno è colpa grave»; «la negligenza grave è colpa, la colpa grave è dolo»; «nessuno agisce dolosamente quando esercita il proprio diritto». Hoppers sostiene, tra i principi fisici, «per natura il bene accessorio segue il bene principale»; «un'obbligazione avente a oggetto cose impossibili è nulla». Tra i principi della logica compaiono tra gli altri: «in tutto il diritto civile il genere viene derogato dalla specie»; «il particolare è sempre compreso nel generale»; «non si può trasmettere ad altri un diritto più ampio di quello che si ha»; «primo nel tempo, più forte in diritto»; «ciò che è proibito in natura non può essere autorizzato dalle leggi», eccetera. In altri contesti, questi principi naturali assumono un contorno più filosofico, meno legato alla vita giuridica quotidiana.

I principi civili sono, secondo Hoppers, quelli che vengono istituiti per ogni comunità politica dall'ingegno umano. In altre parole, È lo *ius civile* in senso romano, ovvero il diritto stesso di ogni popolo. Da parte loro, i principi misti tra i civili e i naturali formano il diritto delle genti derivato, un insieme di precetti elaborati dalla ragione umana e risultano essere comuni a tutte le società

Sebbene utilizzi un vocabolario assai originale, ciò che Hoppers classifica sotto il nome di principi ordinari interni è la tripartizione, classica tra gli studiosi del diritto romano, di diritto naturale, delle genti e civile. È interessante far notare che i principi naturali non provengono da una valutazione astratta della natura umana, ma contengono precetti che derivano dall'esperienza comune delle vicende umane e delle necessità che ne derivano. È ovvio che non è facile distinguere tale valutazione della natura dal cosiddetto diritto delle genti secondario e dai suoi principi, perché anche quelli che vengono etichettati come naturali sono comuni a tutte le società. È più che comprensibile che si generi nel lettore questa confusione, quest'idea infatti è sempre stata presente nelle dottrine del diritto naturale dello *ius commune*.

Come dimostrato da Francisco Carpintero, il diritto naturale per questi giuristi era molteplice; conteneva precetti morali fondamentali ripresi dalla ragione attraverso l'evidenza, precetti comuni agli uomini e agli animali e alla libertà e uguaglianza di tutti gli individui; a differenza del diritto naturale, Il diritto delle genti era stato creato dalla ragione umana, anche se quando subentrò la «ragione naturale» (così come affermano le fonti romane), il diritto delle genti ha sempre avuto un carattere che è una via di mezzo tra quello naturale e quello positivo. La confusione aumentò quanto questi giuristi introdussero la differenza tra diritto delle genti primario e secondario; il primario veniva identificato con il diritto naturale che conteneva i principi morali fondamentali, mentre il secondario era il diritto delle genti creato dalla ragione naturale per offrire istituti giuridici utili a tutti i popoli[33]. È esattamente questa varietà di accezioni del concetto di naturale che giustifica la complessità dei principi che Hoppers elenca sotto tale nome. Perché per lui, e per i suoi compagni di scuola a partire dal XII secolo, quello di naturale non era un concetto chiuso da cui dedurre precetti specifici, ma era la stessa vita quotidiana dell'uomo da cui emergevano molteplici criteri di normazione[34]. Ed era la scienza del diritto che si deve occupare di spiegarli.

Quel carattere così dettagliato della natura, che apparentemente Hoppers preferisce, sembra addirittura rafforzarsi quando ci spiega i contenuti dei principi ordinari esterni e intermedi. I primi ospitano una serie di contenuti estranei al diritto, ma utili, secondo i giuristi maggiormente influenzati dall'umanesimo, per l'esercizio della loro professione: l'utilizzo di dati astrologici, oppure di argomenti che provengono dalla filosofia e dalla letteratura[35]. Viceversa, i principi esterni misti sono quelli che contengono i mezzi di prova.

I principi intermedi consistono nelle circostanze che influenzano le cose: il luogo, Il tempo, la persona, la quantità, la causa, l'evento. In questo caso, Hoppers inserisce argomenti classici della topica e della dialettica, assai diffusi, come detto in precedenza, nell'umanesimo

[33] Sulla dottrina del diritto naturale nello *ius commune* cfr. F. CARPINTERO, *Sull'origine del diritto naturale razionalista nei giuristi dal XIV-XVII secolo,* in *Annuario di Filosofia del Diritto*, 18, 1975, passim; ID., *Il Diritto naturale laico del Medioevo,* in *Persona e Diritto,* 8, 1981, *passim*.

[34] Rispetto a questa interpretazione del diritto naturale cfr. F. CARPINTERO*, I nostri pregiudizi sul cosiddetto «diritto naturale»*, in *Persona e Diritto*, 28, 1992, passim; ID., *Storia e giustizia secondo i giuristi di formazione prudenziale,* in *Annuario di Filosofia del Diritto,* 9, 1992, *passim*.

[35] L'utilizzo a fini giuridici di argomenti che provengono dal campo letterario e filosofico era una caratteristica che Carpintero chiama "Umanesimo razionalista". Cfr. F. CARPINTERO, *Mos italicus*, cit., p. 48.

giuridico. Come è consuetudine in una considerazione argomentativa, la particolare attenzione alle diverse sfaccettature di una questione risponde a una concezione prudenziale del diritto, che prende in considerazione tutti i diversi aspetti che un problema può presentare.

A fianco dei principi ordinari, Hoppers aveva messo gli straordinari, che riguardano «questioni straordinarie che ricadono su una determinata ragione giuridica». Tali questioni sono meno comuni rispetto a quelle dei principi ordinari, sia perché hanno una portata notevole, sia perché hanno una scarsa rilevanza; e proprio questa caratteristica obbliga a prestare una particolare attenzione. Esempi di tali principi sono «quando la condizione di libero è in pericolo, si deve decidere a favore della libertà»; «le cose scritte in un testamento che risultino incomprensibili, verranno considerate come non scritte».

Infine, i principi singolari dipendono da un «motivo singolare». Hoppers comprende quindi che sono sorte delle circostanze così speciali da richiedere la creazione di una *regula* alternativa a quelle comuni. Le cause della singolarità possono essere generate da motivi molto diversi e, di conseguenza, tali principi sono molto dissimili. Possono essere divini, naturali o umani in base al tipo di necessità che soddisfano; i principi umani provengono dalle circostanze e dalle qualità dei fatti, delle persone o delle cose; la loro variabilità circostanziale giustifica che uccidere con dolo venga considerato un delitto capitale, mentre invece una morte fortuita non viene castigata e quella provocata dalla collera in un improvviso impulso dell'anima merita un castigo minore[36]. Hoppers spiega che in questi casi non si può fornire una definizione né una regola generale senza che, a causa dei fatti, emergano delle eccezioni. Un'idea questa che, come già segnalato, era propria della tradizione romanista e che questo giurista ripete in diverse occasioni.

La verità è che le sue classificazioni sono abbastanza fastidiose e tortuose: la differenza tra i principi straordinari e singolari, per esempio, non è affatto chiara. Ma ciò che mi preme sottolineare con l'enunciazione di tutte queste tipologie di principi è che, questi giuristi, im-

[36] «Horum autem principia partim divina sunt: veluti quod ob praesentiam nuinis sacerdotes in templo Sabbathum violant, et sine crimine sunt; partim naturalia a necessitate profecta, quo modo David vigente fames panes propositionis comedebat; partim humana, quae rerum, personarum, et factorum qualitatibus ac circumstantiis proficiscuntur; quae ratione aliud est dolo occidere, quod capitale est; aliud fortuitu, quod impunitum; aliud calore iracundiae, sive repentino quodam quasi vento impetu amimi, quod subinde veniam meretur»: J. HOPPERS, *Isagoge*, cit., vol. I, tit., 35, p. 315.

maginarono che la realtà del diritto fosse inizialmente formata da un plesso normativo scaturito dalle necessità e dalle caratteristiche dell'esistenza umana e solo in un secondo momento dall'intervento dei governanti che perfezionano e salvaguardano tali principi. Sapere di diritto è saper incontrare la specifica norma giuridica; e per riuscirci, tra le altre cose, bisogna conoscere la variegata realtà nella quale subentrano i principi. Questo è il compito dei giuristi, della scienza del diritto o giurisprudenza. Con questo non voglio dire, ovviamente, che l'intervento del legislatore sia irrilevante.

Ho già accennato all'ambiguità presente nello *ius commune*, per via del legame con il diritto romano di Giustiniano e al tempo stesso del suo sviluppo di *iurisprudentia* creativa attraverso l'interpretazione di tali leggi. Per questa ragione, questi giuristi non hanno mai dimenticato il ruolo della legge alla quale lo stesso giurista doveva obbedire.

Quando, prima degli stimoli dell'umanesimo giuridico, decisero di redigere dei trattati nei quali riflettevano intorno alla loro 'arte', decisero di conferire importanza alla legislazione e al suo rapporto con i principi. Jean Coras dedica la seconda parte del suo libro sull'arte del diritto a studiare i diversi tipi di diritto (divino, pubblico e privato) nei quali si materializzano i principi presentati nella prima parte. Nel diritto privato la legge scritta svolge un ruolo di primo piano, visto che gli dedica tutta la terza parte dell'opera.

Hoppers era anche particolarmente interessato al ruolo dell'ordinamento. In fin dei conti, la sua opera più rilevante, ovvero il *Seduardus*, era dedicata al re di Spagna, Filippo II, presso cui era stato al servizio. Lo scopo dell'opera era quello di elaborare una legge statutaria (una *Nomothesia*), mostrando i criteri del diritto che il governatore doveva prendere in considerazione nel suo compito di legislatore.

Si potrebbe pensare che questi giuristi vivono in un'epoca in cui si afferma il potere delle monarchie nazionali e, per questa ragione, attribuiscono, prestano maggiore attenzione alla legislazione e la accorpano ai principi[37]. Jean Bodin, così preoccupato per la sovranità, era un giurista istruito nelle materie umanistiche. Tuttavia, tale affermazione va puntualizzata. Nei secoli moderni, fino all'epoca delle rivoluzioni e delle codificazioni, la realtà giuridica dell'Europa ha continuato ad essere costituita da diverse fonti creatrici di diritto mentre le

[37] A.L. Fell ritiene che Coras prestò particolare importanza alla legislazione e che tale atteggiamento venne considerato innovativo tra i cultori della giurisprudenza umanistica. Cfr. *Origins*, vol. I, cit., p. 9, 213, 265-266.

monarchie assolute, malgrado le loro pretese, non riuscirono a controllare tale produzione giuridica[38].

Come già segnalato, questi giuristi sono sempre stati coscienti del fatto che il loro compito era interpretare le leggi; lo facevano con notevole flessibilità, perché erano coscienti della complessità delle vicende umane e dell'impossibilità di poter regolamentare tutto tramite la legge. Tale mentalità non cambiò una volta che fece la sua apparizione l'umanesimo giuridico. Sia Coras che Hoppers nelle loro opere, riservarono un'adeguata attenzione all'interpretazione, coscienti della posizione chiave che tale compito ricopriva nella loro professione di giuristi.

È bene sottolineare che, per questo tipo di mentalità, la legislazione del governante non era l'unica chiave di lettura della realtà giuridica. Coras, non afferma mai che la legge sia l'unica fonte di diritto (come diremmo oggi); nella stessa parte della sua arte nella quale studia la legge si occupa anche delle usanze e degli statuti comunali. Ma la cosa più importante è che, per lui, a dar significato alla legge sono i principi: l'adozione dei contenuti che mostrano (l'oggetto del diritto) converte in diritto il precetto del legislatore, Su questa stessa linea, Hoppers afferma che, dopo aver studiato i principi e gli scopi del diritto bisogna occuparsi della forma in cui questi contenuti si manifestano; tale forma è la legge[39]. La legge, d'altro canto, ha bisogno dei principi per esistere da un punto di vista giuridico. Anche se questi giuristi non lo formulano in modo esplicito, i principi sono provvisti di una virtualità indipendente dalla legislazione. Pertanto, il diritto era una realtà più ampia rispetto alla legislazione che proveniva dal potere politico.

Un altro esempio di tale realtà è la funzione che svolgono nell'applicazione della legge. Hoppers spiega che i diritti (*iura*) e le leggi vengono dedotte dai principi e dalle loro fonti, sia perché si rimanda come loro origini, sia perché grazie a loro è possibile spiegare e interpretare

[38] Cfr. A. GUZMÁN, *Codificazione*, cit., p. 95 s. Sulle caratteristiche della società cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura giuridica europea. Sintesi di un millennio,* ed. di A. Serrano e trad. di I. Solar, Tecnos, Madrid, 2002, *passim*.

[39] «Demostrato fine iuris et principiis, consequens est, ut de forma quoque eius, qua id, quod iustum, et rationi consentaneum apparuit, comprenhendatur, nonnihil differamus. Est autem ea forma nihil aliud, quam ipsa lex»: J. HOPPERS, *De iuris arte*, cit., vol. I, p. 61.

i diritti e le leggi; come sottolinea Hoppers la *ratio legis* dipende dai principi ed è contenuta nei principi[40].

Il carattere complesso dei principi è stato illustrato da Matteo Gribaldi Moffa (m. 1564), un giurista del XVI secolo considerato, di solito, un nemico dell'umanesimo giuridico, ma in realtà abbastanza influenzato dalle nuove correnti. Una prova di tale influenza è la sua preoccupazione per il metodo, un'affinità con gli umanisti, che lo porta ad affermare che la conoscenza deve sempre partire dai precetti generali; anche nel diritto succede la stessa cosa e lo studioso della giurisprudenza deve prima conoscere ciò che è generale e viene trattato in modo universale per poi abbassarsi alle questioni speciali e individuali[41]. Gribaldi ricorda al lettore che la macchinosità delle leggi e delle sentenze dei giuristi, che difficilmente possono essere memorizzate, potrebbe scomparire una volta stilate delle brevissime regole, esattamente come facevano i nostri antenati. Tali regole sono raccolte nel titolo *De regulis iuris* e, come chiarisce Gribaldi, nel suo trattato, prendono il nome di assiomi del diritto; sono brevi e sintetiche sentenze che raggruppano una materia sparpagliata e ne facilitano la memorizzazione; vengono chiamate in diversi modi: *regulae* per i giuristi, summa per i filosofi, tesi per la dialettica, aforismi per i medici e, per altri epitomi, enunciati o assiomi[42]. Gribaldi crede che le *regulae* ovvero, i principi siano ricavati dalle leggi e dalle opinioni dei giuristi, la qual cosa indicherebbe che tali argomenti hanno bisogno di una positivizzazione da parte dei legislatori e dei giuristi; ma, d'altra parte, I principi devono essere alla base dell'ordinamento giuridico,

[40] «Iura legesque ex principiis tanquam fontibus deducantur, tum autem ad ea tanquam capita sua revocentur ac enodentur. (…) Nam cum ratio legis ex principiis dependeat et constet»: J. HOPPERS, *De vera iurisprudentia Isagoges*, cit., vol. II. tit., 25, p. 320-321. Quando parla di *iura*, non dobbiamo tradurla con diritti nel senso dei diritti soggettivi o dei poteri propri dell'individuo.

[41] «Omnis disciplinae progressus, a generalibus praceptis recte deducitur: quae veluti cuiusque artis fundamenta. Ad omnium specierum atque individuorum cognitionem ita necessariarum ut neque ignorarim neque in dubium revocari debeant. (…) Prima igitur haec cura et cogitatio esse debet iuris studiosi, de his, quae generalia sunt, et in universum tradita, prius cognoscendis, quam ad specialia singulariaque descendatur»: M. GRIBALDO MOFFA, *De methodo ac ratione studendi in iure*, in *Cynosura Iuris*, Spira, 1588, p. 10.

[42] «Ceterum cum leges et prudentum responsa ob eorum numerositatem, non facile possint memoria retineri (plerumque enim universa facti speciem vel longissimam narrant, cuius retentio ingenium magis fatigatm, quam erudit) maioribus nostris visum est ex toto legum contextu regulas quam brevissimas colligre; quales habentur in titu. De regulis iuris et latissime in nostro tractatu, quem Axiomata iuris inscripsimus, quae nihil aliud sunt quam breves et compendiosae sententiae ex pervagatis definitionibus perstrictae: quae minori labore discantur, et facilius diutisque memoria teneantur. Iurisconsulti regulas, Doctores summas, Dialectici theses seu positiones, Medici aphorismos, aliqui epitomas, nonnulli enunciata, sive axiomata vocant»: M. GRIBALDO MOFFA, *De methodo*, cit., p. 112.

poiché bisogna sempre partire dal generale. Gribaldi però non sembra riuscire a superare tale contraddizione presente nello *ius commune.*

Forse per loro non era una contraddizione. Il diritto era una realtà complessa formata da precetti che in parte corrispondevano al diritto naturale, In parte erano il prodotto di una decisione umana, che poteva essere stata presa da un legislatore, o da un'altra autorità. I principi attraversano tutto l'ordinamento giuridico, a volte come basi e altre volte come strumenti per applicare la legge. Per questi giuristi infatti il diritto non era, nella sua manifestazione essenziale, un insieme di mandati provenienti dal potere politico, ma, un sapere professionale a cui veniva attribuita la responsabilità di stabilire ciò che era giusto

Per questa ragione, come segnalavo in precedenza, i principi o le *regulae* a volte venivano inquadrati nei trattati di argomentazioni giuridiche. È vero che i principi non sono topici in senso stretto, perché il topico o il luogo comune è l'aspetto della realtà da cui si ricava l'argomento, però funzionano come argomentazioni. Perché, dal punto di vista di questa concezione della realtà giuridica, la *regula* può essere utilizzata per ottenere la soluzione corretta. Nonostante i rinvii alle nozioni universali e supreme come la base dell'ordinamento giuridico, questi giuristi non classificarono con una gerarchia ferrea i principi. I trattati di Coras e Hoppers citati nelle pagine precedenti non erano propriamente delle argomentazioni, però facevano riferimento a una mentalità simile. Offrivano un insieme di principi messi a disposizione per la risoluzione delle controversie, ma senza pregiudicare il peso che ciascun principio avrebbe avuto di fronte al caso particolare. Tale atteggiamento, tipico di una concezione prudenziale (nel senso aristotelico) del diritto si tradusse in una presunta mancanza di certezze. Coras ricorda che il ragionamento cambia a seconda del settore della realtà in cui ci troviamo. La dimostrazione viene data da un ragionamento che comincia come causa di una premessa vera e necessaria a spiegare e cogliere la verità relativa a un caso oscuro. È quello che succede nelle discipline matematiche, come l'aritmetica, la musica, la geometria e l'astronomia, dove la verità è eterna ed esatta Le dimostrazioni sono sempre vere, necessarie ed eterne. Viceversa, mette in guardia Coras, in altre materie i precetti si basano di più sulla fiducia che sulla dimostrazione. Principalmente nella filosofia morale e nella scienza del diritto, perché la ragione civile non è unica e non è sempre la stessa, bensì cambia a seconda

delle circostanze dei casi. «Di conseguenza, in questo caso non possiamo parlare di dimostrazione propriamente detta, ma sarebbe meglio (come afferma Aristotele) chiamarli ragionamenti probabili, anche se seguono l'esempio delle dimostrazioni»[43].

Alla fine, ciò che guida il giurista sono la conformazione del caso concreto e le sue circostanze. Un contemporaneo e compatriota di Coras, Pierre Grégoire (1540-1599), lo illustrò chiaramente quando scrisse che l'elaborazione delle caratteristiche del caso è il cardine attorno al quale gira tutta la conclusione del ragionamento[44].

4. *Conclusione*

Le diverse classificazioni dei principi descritte nelle pagine precedenti formano un corpus proveniente principalmente dal diritto romano e messo a disposizione del giurista perché lo utilizzi in funzione di diverse circostanze e necessità. Antonio Manuel Hespanha ha scritto che, per via della stessa mentalità della società, il diritto proveniva da diversi ordinamenti, e che le cose avevano «una densità tale da renderle abbastanza indisponibili»; vi erano ordinamenti sovrumani e altri particolari nei quali «i principi provenienti dalla natura potevano essere sviluppati»; questo era in gran parte il compito dei giuristi[45].

Questa è la ragione per cui non deve sorprenderci il fatto che alcuni principi provengano dalla legge mentre altri abbiano un carattere indipendente. Può sembrare confuso, ma la situazione può essere spiegata se prendiamo in considerazione il fatto che questi giuristi non avevano una concezione volontaristica del diritto; pensavano che fosse un precetto razionale, che ospitasse le esigenze di giustizia disperse dalla realtà e incarnate nei principi; per

[43] «Quae ratiocinatio quadam est, ex praemissis causis veris, et necesariis, obscurae rei veritatem colligens et illustrans. Idque in mathematicis, veluti Arithmetica, Musica, Geometria, et Astronomia, perpetuo verum est: quod eorum tam certa sit, et ocularis demostratio; ut vel senso ipso, plerunque percipiatur in quibus ideo dici solet. Demonstrationes semper veras, necessarias, et aeternas. In aliis disciplinis, no ita in futurum: quae magis praceceptis in fide positis, quam demonstratione comprehenduntur; sed praesertim in morali philosophia, et iurisprudentia, cum civilis ratio non perpetuo una, eademque sit, sed pro rerum circumstantiis varietur. Unde non possunt Demostrationes significanter appellari, sed probabilis (ut Aristoteles dicit) potius ratiocinationes dici debent, quae tamen demostrationum exemplo». J. CORAS, *De iuris arte*, cit., p. I, cap. 8, p. 60. La concezione delle scienze matematiche è la stessa del *Quadrivium* medievale. Coras qui interpreta la dimostrazione e la verità eterna tipica del sapere teorico in un senso premoderno. La filosofia attuale della scienza non condivide la fiducia di Coras.

[44] «Hocque erit status causae, circa quem, veluti circa suos cardines, omnis ratiocinationis conclusio debet moveri et tractari»: P. GRÉGOIRE, *De iuris arte, methodo ac praeceptis*, Lione, 1580, cap. 41, 4, p. 604.

[45] Cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura giuridica*, cit., p. 38-39. 63, 113 s.

questa ragione, le leggi del Digesto, a volte, si limitano a presentare dei principi, la cui giuridicità non dipendeva dalla volontà del governante. Volendo utilizzare una terminologia anacronistica, potremmo affermare che la giuridicità dei principi avanzati da Coras e Hoppers non hanno bisogno di una giustificazione di validità come quella fornita dalla norma fondamentale di Kelsen o la norma di riconoscimento di Hart. I principi incarnano il bisogno di giustizia che li rende immediatamente ammissibili da un punto di vista giuridico. Ma, d'altra parte, devono essere contenuti nelle leggi. E qui fa la sua apparizione l'ambivalenza di cui parlavo prima e che ci ricorda quella che si palesa anche in un difensore dei principi del XX secolo: Josef Esser. Costui spiega che i principi devono essere in alcun modo «istituzionalizzati»; possiedono valore autonomamente, ma devono anche essere formulati dalla legge e dai giudici, perché bisogna che «salga alla luce il processo di positivizzazione che è decisivo per l'efficacia reale dei principi. Dall'altro lato, una valutazione discriminatoria dovrebbe sbarazzarsi dell'idea riduttiva che tutti i principi sono in possesso, in quanto 'elementi di diritto naturale' di una validità positiva della organizzazione dello stato»[46].

Nella società tale complicato processo di positivizzazione fu responsabile in larga parte della scienza del diritto e di conseguenza del potere che ebbe. Questo status cambierà quando la modernità trasferirà il monopolio legislativo del diritto nelle mani dello Stato. Francisco Carpintero ha spiegato che la Scuola del diritto naturale moderno si dovette confrontare con la giurisprudenza esistente, ovvero, quella romanistica. Lo *ius commune* interpretò il diritto come un'attività razionale e prudente del giurista che cerca la soluzione di fronte a un problema. La nuova mentalità interpretò il diritto come l'insieme di leggi emanate dal governante e ciò modificò la posizione del giurista; da quel momento in poi avrebbe potuto solamente adottare un atteggiamento passivo e limitarsi a studiare le leggi dello Stato[47].

Da quel momento in poi, ufficialmente, la scienza del diritto si limiterà a svolgere la funzione di conoscere e spiegare le leggi. Il giurista diventa un servo, anche se i contenuti delle codificazioni proveniva in buona parte dalle elaborazioni della dottrina del diritto comune. Risponde al vero che il monopolio statale del diritto venne contestato fin dall'inizio, e che in Germania la Scuola storica e la Pandettistica si batterono per una scienza del diritto

[46] Cfr. J. ESSER, *Principio e norma nell'elaborazione della scienza del diritto del Diritto Privato,* trad. di E. Valentí, Bosch, Barcellona, 1961, p. 53.
[47] Cfr. F. CARPINTERO, *Introduzione alla scienza del diritto,* Civitas, Madrid, 1988, p. 135 s.

autonoma, però la maggior parte delle alternative al positivismo giuridico verranno da posizioni sociologiche o psicologiche del diritto. La *scientia iuris* dei giuristi del diritto romano, intesa come conoscenza prudente e pratica del diritto, decisiva nei tribunali, faceva ormai parte del passato.

*Abstract*

European legal science was born under the *ius commune* in medieval times. For romanists lawyers, law was not identified exclusively with legal rules created by the government (as the imperial ruler). One of the meaning oh the word *ius*, was scientia iuris, an activity designed to find the right answer in a legal case. One of the instruments to know that answer was the legal principles (*regula iuris*); these were not created by political decision; they arose from a multifaceted consideration of human reality and were developed by *scientia iuris*.

Cadice, novembre 2020.

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO *

# *Tra dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione dei termini dell'istruzione preliminare e il non luogo a procedere del processo penale* **

*Sommario*: 1. La chiusura dell'istruzione. - 2. Cosa succede nel processo penale con il non luogo a procedere? - 3. La posizione della dottrina e della giurisprudenza nell'interpretazione della riforma dell'art. 324 LECrim. nel processo penale spagnolo e la sua incidenza sul non luogo a procedere del processo penale. - 3.1. Dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 324 LECrim. - 3.2. Applicazione dei termini dell'art. 324 LECrim. - 4. Conclusioni.

## 1. *La chiusura dell'istruzione*

Le principali differenze emergono nella forma di concludere, il momento processuale in cui si verifica e l'organo competente per le azioni successive, che la dottrina processualistica ha voluto includere sotto il nome di fase intermedia in alcune tipologie procedurali, e il legislatore, come preparazione del giudizio orale. Inoltre, può portare alla trasformazione della procedura fin lì utilizzata durante l'attività istruttoria. L'impugnazione della risoluzione di chiusura dell'istruzione preliminare conserva le peculiarità relative al procedimento per cui viene avviato il processo penale in concerto. Gli artt. 622 e ss. LECrim. stabiliscono le disposizioni generali relative alla chiusura dell'istruzione nel procedimento comune ordinario[1],

* *Profesora Titular di Diritto Processuale dell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Studio realizzato in qualità di ricercatrice del Progetto I+D+I "Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro (DER2016-74971-P, IP M.ª D. CERVILLA GARZÓN).*

[1] Abbiamo scelto la definizione di procedimento comune ordinario per due ragioni: innanzitutto ha il carattere di procedimento ordinario e poi è quello a cui, in misura più o meno rilevante, vengono rinviati in forma suppletiva gli altri tipi di processi.

che sono di applicazione suppletiva per altre tipologie procedurali come il giudizio abbreviato o il procedimento rapido per determinati delitti (artt. 758 e 795.4 LECrim., rispettivamente).

La regola generale è che l'organo giudiziario istruttore disponga la chiusura della fase di istruzione preliminare quando ritiene sufficienti le indagini preliminari effettuate per verificare il momento della commissione del reato e il presunto responsabile (artt. 622 e 779.1 con riferimento all'art. 299 LECrim.), con il limite di cui all'art. 324 LECrim., che verrà analizzato nel presente lavoro.

Così, quindi, l'organo giudiziario istruttore valuta l'adeguatezza del materiale istruttorio raccolto in questa prima fase del processo penale di cognizione per proseguire con il processo qualora le parti sostengano un'accusa o porvi fine, in modo provvisorio o definitivo, se sussistono i presupposti di legge previsti. Detto questo, salvo nei casi in cui l'organo giudiziario istruttore possa soprassedervi d'ufficio, i principi della dualità delle posizioni, contradditoria e accusatoria fanno sì che spetti alle parti dichiararsi in merito alla continuità del processo, presentare le richieste penali e sollecitare il rinvio a giudizio o, al contrario, la conclusione del processo con la richiesta di sospensione temporanea o archiviazione definitiva quando non vi siano elementi per stabilire in pratica l'oggetto del processo penale. Possono inoltre richiedere la riapertura dell'istruzione preliminare per la pratica eccezionale di ulteriori mezzi di prova[2].

In ogni caso, l'organo giudiziario istruttore o l'organo giudicante non potranno sostenere nessuna accusa in virtù del principio accusatorio. Oltretutto, senza accusa della parte accusatrice, non si potrà cominciare il giudizio orale e, di conseguenza, si andrà verso la finalizzazione (o archiviazione provvisoria) del processo penale in corso.

La fase istruttoria non potrà ritenersi conclusa senza l'attribuzione di un atto di imputazione giudiziaria, formale o meno, per tutelare il diritto di difesa dell'indagato in vista

[2] V. Moreno Catena sottolinea, attraverso una riflessione con cui siamo d'accordo, che "attraverso il meccanismo del supplemento di indagini, in questa fase del processo la mancanza di iniziativa o di attività del giudice istruttore o delle parti non può essere sostituita. Non si tratta di riaprire l'istruzione preliminare ma di completare o rimediare a eventuali omissioni concrete di atti che vengono considerati imprescindibili" ("La fase intermedia", in *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, Valencia, Tirant Lo Blanch online, paragrafo 1415. TOL500.401, p. 11). C'è di più, di fronte alla mancata concessione alle parti di un supplemento di indagini nella fase istruttoria esiste, in una fase del processo successiva, un'altra via processuale prevista per la sua reiterazione. Per esempio, *v.* gli artt. 314 e 777 LECrim. Non viene esplicitamente derogato dall'impugnazione, per cui resta comunque suscettibile di appello (nel caso del giudizio abbreviato l'impugnazione preliminare di riforma è facoltativa) (art. 766.1 LECrim.).

dell'apertura della fase successiva. Nel caso in cui tale attribuzione non esista, verrà emessa o dovrà essere emessa una sentenza di non luogo a procedere (una sospensione temporanea o definitiva) per garantire tale diritto. Ciò nonostante, nel procedimento comune ordinario, viene richiesto l'invito a comparire ex art. 384 LECrim., senza il quale non potrà essere diretta l'accusa di fronte a chi non sia stato processato in precedenza. Nel giudizio abbreviato, è necessario aver raccolto le dichiarazioni dell'indagato (art. 779.1.4.ª LECrim.), momento in cui verrà informato dei fatti oggetto dell'imputazione (art. 775.1 LECrim.) per emettere l'ordinanza di *trasformazione* in giudizio abbreviato ex art. 779.1.4.ª LECrim.

In aggiunta, l'organo giudiziario istruttore deve stabilire il tipo di procedimento con il quale continuare l'istruttoria della causa penale, e l'organo competente per la procedura nell'ordinanza di chiusura o nella conclusione dell'istruzione preliminare. Quest'ultimo non è molto chiaro per quel che riguarda il giudizio abbreviato, visto che l'art. 779.1.4.ª LECrim. non lo specifica ed è soltanto nel provvedimento di rinvio a giudizio, dopo aver presentato le memorie dell'accusa, dove viene stabilito l'organo competente a conoscere la causa (art. 783.2.II LECrim.).

Nel procedimento abbreviato, sono previste delle specialità rispetto alla chiusura dell'istruzione preliminare. Di conseguenza, alla fine dell'istruzione, il giudice istruttore dovrà adottare alcuni dei provvedimenti stabiliti dall'art. 779.1 LECrim. In tal senso, la chiusura dell'istruzione (conclusione delle indagini preliminari) ha luogo nel momento in cui viene emessa l'ordinanza con il contenuto dell'art. 779.1.4.ª LECrim., ovvero, il giudice istruttore ritiene che il processo può procedere ai sensi degli artt. 780 e ss. dopo aver stabilito i fatti perseguibili e aver identificato la persona a cui vengono imputati. In questo modo, viene esclusa la possibilità di un altro procedimento o del non luogo a procedere d'ufficio per la sussistenza di alcune delle disposizioni dell'art. 779.1.1.ª LECrim. Per il Tribunale Costituzionale (anche in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 789.5 LECrim.), "contiene un doppio pronunciamento: da una parte, la chiusura dell'istruzione e, dall'altra, la prosecuzione del giudizio abbreviato in un'altra fase perché non sussiste nessuna delle disposizioni che rendono impossibile procedere"[3]. Per Gimeno Sendra, tale risoluzione implica la "chiusura delle indagini preliminari e l'inizio della fase intermedia", il giudice istruttore deve

[3] STC 21/1991, del 31 gennaio 1991, fj 2, TOL 80.435, ECLI:ES:TC:1991:21.

"stabilire la punibilità del fatto indagato e il presunto autore, creando una correlazione soggettiva tra l'indagato e l'imputato, in modo che nessuno possa essere accusato se non è stato precedentemente accertato in qualità di indagato nell'ordinanza di avvio del rito penale abbreviato[4].

Nella giurisprudenza inferiore, gli effetti della risoluzione dell'art. 779.1 LECrim. (giudizio abbreviato) sono due, "i cui requisiti devono essere considerati dall'Istruttore *(sic)*: a) che sia stata chiusa la fase investigativa, dichiarata conclusa con l'ordinanza; b) escludere che una delle risoluzioni che la norma propone come forma alternativa sia applicabile, in particolar modo il non luogo a procedere (art. 779.1.1.ª)". La qualificazione giuridica che deve essere effettuata rispetto ai fatti e all'imputazione soggettiva "fa riferimento al risultato delle indagini, ma non alle prove che verranno trattate solo in sede di udienza. Si tratta di formulare un giudizio sulla possibilità che la causa possa o meno prosperare, ma non di valutare l'esistenza di prove o se gli indizi presentati indeboliscano il principio di presunzione di innocenza che favorisce gli indagati" (AAP Madrid, 4.ª Sezione, n. 909/2017, del 3 novembre, JUR\2018\1733, ECLI:ES:APM:2017:4405A, fj 1)[5].

---

[4] V. GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 303. La dottrina del Tribunale Costituzionale ha sostenuto che non può esserci accusa senza che l'accusato non sia stato in precedenza sentito durante la fase istruttoria. Tutto ciò in relazione con il giudizio abbreviato e conforme alle precedenti disposizioni dell'art. 779.1.4.º LECrim. nel vecchio art. 789 LECrim. prima della riforma integrale del giudizio abbreviato con la Legge 38/2002 del 24 ottobre). L'art. 779.1.4.º LECrim. impone la necessità di sentire l'indagato prima di concludere la fase dell'istruzione preliminare durante il giudizio abbreviato.
Di conseguenza, tra le altre, la STC 62/1994, del 28 febbraio (ECLI:ES:TC:1994:62) recita che "[...] il diritto a essere informato dell'accusa nel processo penale (in relazione con il processo con tutte le garanzie e con parità delle armi ex art. 24.2 C.E.), la dottrina di questo Tribunale ha stabilito un triplice requisito (così, SSTC 128/1993, 129/1993, v.gr.); nessuno può essere accusato senza essere stato sentito prima (con lo scopo di evitare delle accuse a sorpresa nel giudizio orale senza aver avuto in precedenza la possibilità di partecipare alla fase di istruzione); inoltre nessuno può essere accusato senza che prima della conclusione delle indagini preliminari sia stato sentito dal Giudice Istruttore: infine, l'imputato non può essere sottoposto a dichiarazioni unicamente testimoniali se dalle indagini effettuate è possibile dedurre che esiste un sospetto nei suoi confronti, poiché l'imputazione non può essere ritardata più dello strettamente necessario" (fj 2).

[5] "Il fatto che l'intervento dell'imputato nella fase preparatoria del giudizio orale avvenga in un momento successivo a quello delle accuse è valido dal punto di vista costituzionale, ogni volta «che il contradditorio in questa fase del processo, una volta avviato, si limita inevitabilmente alla formulazione dell'accusa e della difesa, e non riguarda altre questioni rispetto alle quali il momento del processo idoneo per tale contradditorio è quello dell'istruzione preliminare»" (cit. STC 186/1990) (STC 21/1991, del 31 gennaio 1991, TOL80.435, ECLI:ES:TC:1991:21, fj 3). Il Tribunale Costituzionale ritiene che il momento processuale atto a richiedere i motivi della causa del non luogo a procedere o l'organizzazione di indagini preliminari nella fase istruttoria, "prima che il Giudice istruttore dichiari la chiusura dell'istruttoria attraverso l'adozione di alcune delle risoluzioni previste" dall'art. 779.1 LECrim., quindi aspettare a formularle nel contesto dell'art. 780 LECrim., "sarebbe, non solamente contrario allo scopo della norma, ma potrebbe, nella pratica, rivelarsi dilatorio e ripetitivo

Il giudice istruttore chiude l'istruzione preliminare tramite un'ordinanza[6], che rimette insieme agli atti e le prove all'organo giudicante competente per il procedimento comune ordinario (art. 622.I LECrim.). Tale rimessione verrà effettuata "senza indugio" nel momento in cui il Pubblico Ministero, in qualità di unica parte accusatrice costituita, chiarisca al giudice istruttore che esistono sufficienti elementi per sostenere l'accusa (art. 622.II LECrim.).

L'ordinanza di chiusura della fase istruttoria nel procedimento comune ordinario potrà essere impugnata tramite appello a un solo effetto prima dell'Udienza. Viene presentata la deposizione pertinente degli atti, e le parti vengono chiamate a comparire davanti all'organo giudiziario a cui è stata notificata l'impugnazione (art. 622.III con riferimento all'art. 227 LECrim.). Inoltre, il Cancelliere (antico Segretario Giudiziario) notifica le impugnazioni d'appello a un solo effetto pendenti al momento di rimettere le ordinanze all'organo giurisdizionale competente per il procedimento (art. 622.IV LECrim.).

Nel caso in cui venga dato corso al processo (o processi cumulativi) attraverso il procedimento comune ordinario, resta in sospeso l'istruzione della causa dopo la designazione del giudice relatore e, ove applicabile, dopo l'apertura, da lui realizzata, di plichi o oggetti chiusi e sigillati rilasciati dal giudice istruttore, sotto la responsabilità del Cancelliere (art. 626 LECrim.). I provvedimenti non verranno notificati alle parti affinché possano presentare le proprie richieste (e, ove applicabile, la richiesta di non luogo a procedere o il rinvio al giudizio) o chiedere la revoca della chiusura della fase preliminare fino alla risoluzione degli appelli rimasti in sospeso contro i provvedimenti emessi durante l'istruzione della causa (artt. 622.IV e 627 e ss. LECrim.).

Secondo Gómez Colomer, la contestazione presentata entro i termini dell'impugnazione d'appello deve ricevere lo stesso trattamento. Se fosse stata presentata al di fuori di tale termine, "solo in questo momento possono essere risolti e determinati gli effetti derivanti"[7].

Qualora il ricorso (o i ricorsi) d'appello venga rigettato dopo la chiusura dell'istruzione, una volta che la risoluzione relativa sia definitiva, il tramite continuerà ai sensi degli artt. 627

visto che tali pretese possono e devono essere fatte valere nella fase di istruzione immediatamente precedente" *(ibidem)*.

[6] J.L. GÓMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso: su estructura esencial*, en *Derecho Jurisdiccional III* (AA.VV.), Valencia, Tirant lo Blanch, 25. ed., 2017, p. 167.

[7] J.L. GÓMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso: su estructura esencial*, cit., p. 168.

e ss. LECrim. citati. L'art. 622.IV LECrim. offre la possibilità di presentare impugnazioni d'appello contro provvedimenti emessi nel prosieguo della causa ai sensi degli artt. 627 e ss. LECrim. A quali provvedimenti fa riferimento il legislatore? Ai sensi dell'art. 217 LECrim., si può presentare appello solo nei casi "stabiliti dalla Legge", sempre dopo aver presentato un'impugnazione ordinaria di riforma (art. 222 LECrim.).

Non è previsto appello contro il provvedimento che stabilisca la revoca o la conferma dell'ordinanza di chiusura dell'istruzione nel procedimento comune ordinario (art. 630 LECrim.). Discorso diverso è la possibilità di impugnazione della risoluzione relativa alla richiesta di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 632 LECrim.

In relazione al giudizio abbreviato, nell'ambito giudiziario, facendo ecco alla dottrina del Tribunale Costituzionale, viene "ammessa da diversi anni la possibilità di ricorrere in appello diretto quelle decisioni giudiziarie interlocutorie, qualsiasi sia la loro forma, adottate nella fase di istruzione preliminare in merito a materie che, per il loro contenuto, avrebbero dovuto avere la forma di Ordinanza, secondo quanto previsto dal terzo paragrafo dell'art. 141LECriminal (*sic*)" (AAP di Madrid 4.ª Sezione, n. 7/2017, del 9 gennaio, JUR\2017\24593, NIG 28.079.00.1-2016/0215623 251658240, fj 3)[8].

Va tenuto presente che qualora non venga presentata impugnazione contro la risoluzione che pone fine all'istruzione, la via giudiziale per opporsi non verrà considerata esaurita, nel caso dell'indagato, "una volta che prosegua il processo e di far valere quanto pertinente in merito alla procedibilità del non luogo a procedere o, ove applicabile, rispetto alla necessità di completare l'istruzione" del 31 gennaio 1991, fj 2, TOL 80.435, ECLI:ES:TC:1991:21).

Che cosa accade nel caso in cui la risoluzione di non luogo a procedere emessa dal giudice istruttore venga revocata dall'organo superiore tramite impugnazione e risulta, che,

[8] In caso concreto, si considera inammissibile l'impugnazione di appello tramite provvedimento, interposta contro l'inammissibilità di un ricorso in opposizione dell'atto di trasmissione dei documenti da parte del Cancelliere. "Vista la materia in oggetto dell'impugnazione, l'ammissibilità o meno di un ricorso in opposizione presentato in merito a un atto di trasmissione dei documenti, è evidente che si trattava di mettere in discussione una decisione che chiude l'accessibilità a un'impugnazione prevista dalla legge e, in questo senso, che pregiudicava il contenuto del diritto fondamentale" all'effettiva tutela giurisdizionale, sul versante del diritto a ottenere un'impugnazione basata sulla legge, "tale risoluzione avrebbe dovuto assumere la forma di Ordinanza (sic) e non quella di provvedimento, per cui il provvedimento messo in dubbio costituisce una decisione che può essere impugnata in appello" (AAP di Madrid 4.ª Sezione, n. 7/2017, del 9 gennaio, JUR\2017\24593, NIG 28.079.00.1-2016/0215623 251658240, fj 3).

lo stesso, inoltre, sia oggettivamente competente per istruire la causa? Ricordiamo che i giudici penali e il giudice penale centrale, a tal fine, non dispongono della competenza funzionale, perciò riguarderà gli organi collegiali superiori al giudice dell'istruzione. Emerge, in ogni caso, tra il giudice istruttore e l'organo collegiale superiore in applicazione delle disposizioni di competenza funzionale.

La linea giurisprudenziale consolidata della Corte Suprema invita a considerare che viene infranto il principio di imparzialità e, inoltre, il diritto a un processo con tutte le garanzie (art. 24.2 CE). In tal senso, Interpreta che "devono essere considerati, in linea di massima, come inquinanti, i casi in cui la Corte d'appello revochi una decisione di non luogo a procedere, e ordini al Giudice Istruttore, contro il suo criterio, la prosecuzione del procedimento contro un indagato, e inoltre di intervenire nella valutazione della consistenza delle prove o degli indizi esistenti contro lo stesso, all'interno del procedimento" Sezione Penale 1.ª Sezione, n. 989/2016, del 12 gennaio, JUR\2017\47, fj 3).

2. *Cosa succede nel processo penale con il non luogo a procedere*

Una delle caratteristiche previste dal nostro sistema processuale penale è la suddivisione del processo penale di cognizione, come regola generale (con eccezioni note e controverse come il giudizio per reati lievi[9]) in due fasi apparentemente distinte dinanzi a due diversi tipi di organi giurisdizionali (fase di istruzione preliminare e fase di giudizio orale dibattimentale)[10]. Nel procedimento comune ordinario, tale divisione risulta chiara grazie all'ordinanza di chiusura della fase preliminare. Nel resto dei procedimenti, appare confuso il passaggio a

[9] *V gr.*, R. BELLIDO PENADÉS, *Cuestiones fundamentales sobre el proceso penal por delitos leves*, in *Revista General de Derecho Procesal*, IUSTEL, n. 43. 2017; A.M. RODRÍGUEZ TIRADO, *Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio*, in *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n. 38. 2016.

[10] È illuminante J. Montero Aroca quando affronta lo studio del principio accusatorio e l'evoluzione del suo stesso pensiero al riguardo durante gli anni, definita come "una continuità essenziale del pensiero", poiché ritiene che, "di seguito il lettore potrà rilevare che sono ancora vivo (sempre scientificamente parlando) e che, all'interno di una continuità essenziale del pensiero, è avvenuta un'evoluzione rispetto al medesimo, che, credo, possa essere considerata logica" (si riferisce allo studio del principio accusatorio) "Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político", in *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, coordinamento J.L. GÓMEZ COLOMER, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2008. p. 21. J. MONTERO AROCA, *ibídem*, p. 65. V. Gimeno Sendra spiega le funzioni del processo penale *(Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 50 ss.).

un'altra fase tra cui l'attività preparatoria del giudizio orale che, come regola generale avviene davanti allo stesso giudice istruttore.

Il passaggio da una fase a un'altra non viene delimitato in modo netto, se si considera che sono previste diverse attività processuali che permettono di stabilire la chiusura dell'istruzione o persino, l'esistenza del processo stesso, e altre mirano a lasciare il posto alla fase del giudizio orale. La dottrina processualistica ha voluto inquadrare tale evoluzione con espressa menzione attraverso l'integrazione di una "terza" fase, a cavallo tra la fine dell'istruzione e l'inizio del giudizio orale, anche se ciò si riferisce maggiormente a finalità pedagogiche piuttosto che a una vera terza fase, sebbene sia vero che l'inserimento di quelle attività in una fase o in un'altra appare complicato. Di conseguenza, si parla di fase intermedia malgrado il legislatore non faccia mai formale riferimento ad essa; al massimo, parla di preparazione del giudizio orale in alcune tipologie processuali come nel giudizio abbreviato; nel procedimento comune ordinario non è così. In quest'ultimo procedimento, a cui vengono rinviati in forma suppletiva gli altri tipi di processi, inquadra le attività processuali attribuite alla fase intermedia quali la parte finale della fase di istruzione, che avvengono già davanti al giudice competente giudicante, che acconsente sia al rinvio a giudizio quanto al non luogo a procedere a differenza di quello che occorre in altri procedimenti come il giudizio abbreviato.

In tal senso, è importante sottolineare che il Titolo XI, Secondo Libro del Codice di Procedura Penale (Ley de Enjuiciamiento Criminal), si intitola "De la conclusión del sumario y del sobreseimiento" (artt. 622 e ss. LECrim), come parte "Della fase preliminare", ovvero, della fase di istruzione. In tale fase, viene inclusa la chiusura della istruzione preliminare, il non luogo a procedere, il rinvio a giudizio e in via del tutto eccezionale la richiesta di indagini supplementari, concordate dall'organo giudicante. È una delle differenze fondamentali tra il procedimento comune ordinario e le altre tipologie di procedimenti. Tutte queste azioni costituiscono la parte finale dell'istruzione. La fase dibattimentale comincia, una volta emesso il provvedimento di rinvio a giudizio, con la presentazione delle memorie di qualificazione preliminare[11].

[11] Rispetto alla differenza fondamentale tra il giudizio abbreviato con il procedimento comune ordinario, *v.* V. MORENO CATENA, *La fase intermedia*, cit., p.1. Anche se il lavoro è datato 2004, nell'attuale Codice di Procedura Penale la struttura non è stata modificata. Questo autore sottolinea che "all'interno di questa fase vengono

La domanda, quindi, da porre sarebbe: tale fase è comune ai diversi procedimenti penali previsti per l'istruzione di processi penali per reati? No. Prima di tutto, bisogna fare alcune precisazioni in merito alle diverse procedure. Di conseguenza, bisogna scartare il procedimento per perseguire i reati lievi. Tecnicamente, non è prevista una fase di istruzione. Un'altra questione e se deve essere normata o meno, ma non è un tema in oggetto nel presente lavoro. Nel procedimento previsto per istruire i processi per decreto penale di condanna, è prevista una particolare formulazione affinché si risolva davanti al giudice istruttore, proprio, per avviare il processo penale in corso senza necessità di arrivare al giudizio orale (o udienza).

In secondo luogo, in merito alle attività processuali previste durante tale decorso, il momento processuale cambia a seconda della tipologia procedurale e l'organo giurisdizionale competente.

Nel caso in cui la sentenza di rinvio a giudizio contenga un vizio procedurale nel quale sia stato omesso il riferimento a uno scritto dell'accusa formulato contro la parte accusata, qualora fosse noto nel momento processuale in base alla disposizione della norma procedurale, non ne determina la privazione del diritto di difesa. A tal proposito la STS, Sezione Penale 1.ª Sezione, n. 1033/2006, del 27 ottobre, RJ\2006\8047, l'appellante in cassazione "invoca il vizio della sentenza di rinvio a giudizio (foglio 908) poiché non include l'Avvocato di Stato come parte civile «causando una violazione dei diritti della difesa poiché chiede una pena maggiore del Pubblico Ministero» e facendo di seguito richiesta «che o non venga tenuto in considerazione lo scritto dell'accusa dell'Avvocatura di Stato o venga dichiarata la nullità retroattiva degli atti fino alla sentenza di rinvio a giudizio»". La Corte Suprema prende atto dell'esistenza del trasferimento dello scritto dell'accusa dal Pubblico Ministero e dall'Avvocato di Stato alla parte accusata, a cui, lo stesso, nel proprio scritto di difesa, risponde in modo analogo alle accuse di entrambe le parti in relazione alle conclusioni[12].

---

comprese diverse azioni a cominciare dall'istruzione delle parti accusatrici per la richiesta di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio, o che vengano effettuate indagini supplementari; che proseguono con la composizione dello scritto dell'accusa o la richiesta di non luogo a procedere; una volta emesso il provvedimento di rinvio a giudizio, si decide di adottare, modificare, sospendere o revocare le misure cautelari; e infine deve essere presentato dello (sic) scritto della difesa" (le parentesi sono nostre)".

[12] Per questa ragione, la Corte Suprema conclude che "risulta evidente che si tratta di un errore dello scritto di impugnazione che stiamo esaminando quando lo scritto della parte civile viene definito «a sorpresa»: questa parte l'ha conosciuto nel momento opportuno del procedimento, come conseguenza del trasferimento ordinato

La Corte Suprema ha ammesso che, nel giudizio abbreviato come questione pregiudiziale, si stabilisca l'inefficacia della sentenza di rinvio a giudizio e venga accordato il non luogo a procedere ribadito, nel suddetto momento processuale, dalle accuse, inizialmente richiesto ai sensi dell'art. 783 LECrim., anche nel caso in cui esista un'accusa sostenuta da un accusatore popolare. In particolare, nell'analizzata STS, Sezione Penale 1.ª Sezione, n. 1045/2007, del 17 dicembre, viene confermata la sentenza della Prima Sezione Penale del Tribunale Nazionale del 20 dicembre del 2006 (ARP\2007\145) attraverso la quale veniva stabilita la chiusura del procedimento come richiesto dal Pubblico Ministero con l'adesione delle parti accusate (aj 1), comportando l'inefficacia del provvedimento di rinvio a giudizio. Specificamente, viene precisato che "non annullando", ma comportandone l'inefficacia. Il Pubblico Ministero ha richiesto il non luogo a procedere durante il tramite delle questioni preliminari[13].

La Legge 4/2015, del 27 aprile, dello Statuto della vittima di reato riconosce come parte del diritto della vittima di partecipare al processo penale, la notificazione della sentenza di non luogo a procedere ai sensi della LECrim., ovvero, nel momento del processo e nella

dall'art. 791.1 LECrim. (attuale art. 784.1 LECrim.). […] Esisteva, ovviamente, un vizio procedurale nella sentenza di rinvio a giudizio (fogli 908 e 909), quando in tale risoluzione, dove si sarebbe dovuto parlare dei due scritti dell'accusa enunciati, si fa unicamente menzione al Pubblico Ministero (fogli dal 891 al 896) senza alcun riferimento a quello presentato dall'Avvocato di Stato. […] Tuttavia, […], Sulla base dell'errore citato, comprendiamo che il vizio della sentenza di apertura del giudizio non ha causato nessuna privazione del diritto di difesa alla parte testé appellante, poiché è venuta a conoscenza della citata accusa privata nel momento processuale previsto ai sensi della LECrim." (fj 2). In base a quanto precede, la ragione del ricorso in cassazione presentato dalla parte accusata è stata respinta.

13 La complessità del caso deriva, come indicato *supra,* dalla dottrina della Corte Suprema che avalla l'interpretazione del Tribunale Nazionale che sostiene che non è possibile richiedere il rinvio a giudizio tramite l'azione dell'accusa popolare nell'ambito della riforma dell'art. 782.2 LECrim. secondo la Legge 38/2002, applicabile nella causa concreta, nella quale non viene portata avanti l'accusa privata tramite l'Avvocatura di Stato e nella quale il Pubblico Ministero aveva chiesto il non luogo a procedere. In via di appello, lo stesso Tribunale Nazionale aveva confermato il provvedimento di chiusura delle indagini nel giudizio abbreviato (che nella pratica giudiziaria è nota come trasformazione) dell'art. 779.1.4.ª LECrim. In merito, è interessante leggere le sette opinioni divergenti della sentenza. Per esempio, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, che accoglie l'opinione divergente di SÁNCHEZ MELGAR aggiunge considerazioni supplementari, per arrivare alla conclusione che "va inteso che l'articolo 782.2 fa riferimento ai casi nei quali non sussiste nessuna accusa per sostenere il rinvio a giudizio, e pertanto l'espressione "accusa privata" deve essere interpretata come qualsiasi accusa diversa da quella del Pubblico Ministero (comma 5.4). "[…] Di conseguenza, un'interpretazione del precetto in relazione con altre della stessa Legge che utilizzino la medesima espressione, non porta a due possibili soluzioni non altrettanto fondate che dovrebbero essere risolte tramite la tecnica del bilanciamento dei diritti o dei beni in conflitto. Al contrario, secondo la mia opinione, porta razionalmente a comprendere che quando la LECrim fa riferimento all'accusa o all'accusatore privato lo fa in contrapposizione all'accusatore pubblico, e non in senso stretto esclusivo dell'accusa popolare" (comma 6).

forma in cui si proceda rispetto alle parti processuali, senza distinzione tra tipologie di non luogo a procedere, potrebbe essere la chiusura del procedimento o potrebbe essere una sospensione temporanea. La sentenza di non luogo a procedere, sia una chiusura o una sospensione, può essere impugnata dalla vittima che non si è presentata come parte (art. 12 LEVD). A tal proposito, l'art. 636 LECrim. specifica che la notificazione deve essere effettuata all'indirizzo di posta elettronica fornito e, in assenza di questo, attraverso la posta ordinaria o il recapito postale indicato nella richiesta di notifica della sentenza di non luogo a procedere qualora, ove applicabile, fosse stata emessa (tra le sentenze per cui si ha diritto alla notificazione)[14].

Il decorso del termine comincerà a decorrere a partire da cinque giorni dalla notificazione, che verrà ritenuta validamente eseguita e provvista tutti gli effetti giuridici. Comincerà il decorso del termine per interporre un'impugnazione contro la sentenza di non luogo a procedere, che sarà di venti giorni ordinari per le vittime costituite come parte o che non si sono presentate.

### 3. *La posizione della dottrina e della giurisprudenza nell'interpretazione della riforma dell'art. 324 LECrim. nel processo penale spagnolo e la sua incidenza sul non luogo a procedere del processo penale*

Probabilmente la domanda del titolo è eccessivamente ambiziosa per poter dare una risposta attraverso il presente lavoro, nel quale verranno fatte alcune riflessioni sulle ripercussioni del non luogo a procedere con la raccolta di fonti di informazione/prova, in particolar modo ai sensi della riforma dell'art. 324 LECrim. e, in misura minore, dell'art. 284.2 LECrim. Non pretendiamo di ottenere una risposta netta a tale domanda, però si di esporre alcune questioni che possono essere sollevate in merito al non luogo a procedere quando non comporta alcuna attività di indagine o suppone che venga stabilito a causa del decorrere dei termini massimi stabiliti dall'art. 324 LECrim.[15](e il dibattito creatosi intorno alla natura

[14] Ai sensi dell'art. 2.º LEVD sono incluse la vittima e la vittima indiretta.

[15] *V.,* v.gr., *http://www.juecesdemocracia.es/2017/03/27/conclusiones-del-art-324-lecrim/* (data di accesso: 13/12/2019), nel blog viene schematizzata l'interpretazione dell'art. 324 LECrim., con particolare attenzione alle procedure di indagine realizzate al di fuori dei termini massimi previsti per l'istruzione preliminare.

dei termini previsti, soggetti o meno a prescrizione o decadenza, e alla nullità delle azioni effettuate in caso in cui tali termini vengano oltrepassati[16]).

Di conseguenza, nella pratica forense, è possibile imbattersi in cause in cui viene accolta il non luogo a procedere del processo (anche se sotto forma di sospensione temporanea) dopo aver realizzato alcune indagini, quali fondamentalmente, raccogliere la deposizione dell'indagato e la ratifica della denuncia rilasciata dall'autore della denuncia stessa con l'offerta dei diritti e delle facoltà della persona offesa e del danneggiato, ove applicabile[17].

Questo modo di agire può avere delle ripercussioni nella ricerca e raccolta delle fonti di informazione o dei mezzi di prova o, più precisamente, nella possibilità che vengano distrutte o eliminate da parte dei soggetti coinvolti? Se il processo viene archiviato sebbene solo in via temporanea, il passare del tempo può contribuire a causare la scomparsa di tali

[16] *Vid., v.gr.*, AAP Murcia, 3.ª Sezione, n. 284/2019, 5 giugno del 2019 (Id Cendoj 30030370032019200193, ECLI:ES:APMU:2019:218A), nella quale la richiesta di complessità, decorso il termine dei sei mesi anche se presentata anteriormente rispetto alla *prescrizione* del termine, viene dichiarata inefficace.
Su questa stessa linea, in base alla giurisprudenza della Corte Suprema, la STSJ Murcia, Sezione Civile e Penale, 3.ª Sezione, n. 5/2019, del 28 maggio 2019, (Id Cendoj 30030310032019100001, ECLI:ES:TSJMU:2019:958), fj 2.
Viene giustificata la nullità del materiale ottenuto con le procedure stabilite ed effettuate per scadenza del termine massimo con il fatto che l'art. 324 LECrim. fa riferimento alla violazione delle garanzie procedurali e ai diritti fondamentali degli indagati (STSJ Murcia, Sezione Civile e Penale, 3.ª Sezione, n. 5/2019, del 28 maggio 2019, fj 2).
Tra le conclusioni alla XVIII Giornata dei Presidenti dei Tribunali Provinciali di Spagna, tenutasi a Cordoba il 27 aprile del 2018, alla conclusione 5, si afferma che "la scadenza dei termini dovrà produrre l'inammissibilità della richiesta di nuove indagini di istruzione, fermo restando la possibilità di includere nella causa procedure di qualsiasi indole che siano state ordinate in precedenza [...] (art. 324.7). La scadenza dei termini potrà generare una violazione del diritto al processo senza indebito ritardo. I mezzi di prova richiesti e approvati oltre i termini sono privi di validità per decorrenza dei termini legali" (*http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Conclusiones-de-las-XVIII-Jornadas-Nacionales-de-presidentes-de-Audiencias-Provinciales) (data di accesso: 13/12/2019*).

[17] Per esempio, l'Ordinanza del Tribunale Istruttorio n. 4 di Madrid del 10 maggio 2013 (TOL3.672.105, giudizio abbreviato 1186/2013) sospende temporaneamente (d'ufficio secondo l'art. 779.1.1.ª LECrim.) gli atti poiché ritiene che il reato che ha causato l'inizio del processo fosse particolarmente tenue, l'inizio del processo era fissato per il 12 aprile del 2013. La notizia di reato viene ricevuta dall'istruttore tramite comunicazione al momento della presentazione del rapporto di polizia. L'istruttore richiede un supplemento di indagini alla polizia (senza specificarle) e la produzione delle dichiarazioni testimoniali agli agenti che hanno steso il rapporto, nonché l'identità degli organizzatori della manifestazione con le rispettive testimonianze in qualità di testimoni. In questo caso, i reati investigati sono stati violenza privata, minacce e manifestazione illegale. Ciò nonostante, viene catalogato come indagini preliminari del giudizio abbreviato, ma utilizza, tra gli altri articoli, l'art. 798.2 LECrim., che disciplina la chiusura dell'istruzione preliminare nel procedimento per il giudizio rapido di determinati delitti ("processi rapidi"), che emerge dall'utilizzo come base delle indagini di polizia rimesse al giudice istruttore.

fonti sia perché venga presentato un'impugnazione devolutiva contro la sentenza di archiviazione, sia perché potrebbe riaprirsi (se fosse una sospensione temporanea) in un momento successivo. In caso di sospensione temporanea, viene sospeso il calcolo del termine[18] massimo dell'istruzione dell'art. 324 LECrim. E se si sospende temporaneamente per scadenza del termine massimo?

Però è vero che la valutazione del giudice istruttore del materiale ottenuto tramite le fonti di informazione (e, ove applicabile, le fonti di prova in vista del giudizio orale) può portare all'archiviazione d'ufficio (art. 645 e 779.1.1.ª LECrim.) anche qualora una delle parti accusatrici potesse o volesse sostenere posteriormente le accuse. È una facoltà che viene concessa dalla norma processuale, sebbene l'ordinanza che la conceda sia impugnabile. Non sarà possibile, al contrario, cominciare il giudizio orale senza che una delle parti accusatrici lo richieda anche se l'organo giudiziario (istruttore o competente a giudicare in base al procedimento) possiede la facoltà legale per permettere la presentazione di accuse non delle parti o raccogliere le memorie di qualificazione provvisoria o dell'accusa del Pubblico Ministero (artt. 642, 643 e 782 LECrim.).

Di sicuro, la fase di istruzione[19] è necessaria per ottenere informazioni sui fatti investigati e per determinare il possibile responsabile penale degli stessi (art. 299 LECrim.). Non ci può essere un procedimento penale senza accuse, che possono essere sostenute soltanto dalle parti accusatrici, con la necessaria concretizzazione degli elementi essenziali dell'oggetto del processo penale, a meno che non si archivi d'ufficio come abbiamo segnalato in precedenza. In quest'ultimo caso, sarà possibile lasciare nelle mani dell'istruttore il passaggio alla fase

---

18 V. Gimeno Sendra sottolinea che si tratta di *termini* e non di *scadenze,* e quindi ritiene che, sulla base della formulazione dell'art. 324.6 LECrim., "implica la necessità che non debbano esaurirsi" (*Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 283. In ogni caso, l'articolo utilizza l'espressione *termine massimo*, *scadenza di tale termine*...

19 Per esempio, l'Ordinanza del Tribunale Istruttorio n. 32 di Madrid del 23 settembre del 2016 (ARP\2016\1017), ECLI:ES:APM:2016:31A, fj 1, ritiene che "l'ordinanza di trasformazione nel giudizio abbreviato [...] deve contenere la determinazione dei fatti punibili e l'identificazione della persona a cui vengono addebitati, ma non rappresenta un giudizio incriminante e non sostituisce la qualificazione che spetta alle parti accusatrici, costituisce solo un giudizio di probabilità, un'accusa giudiziaria, che pone fine alla fase istruttoria o alle indagini preliminari e apre la fase intermedia dando la possibilità alle parti accusatrici, pubbliche, private e popolari, [...] di effettuare una qualificazione giuridica-penale dei fatti indagati, attraverso la formulazione scritta di accuse o chiedendo il non luogo a procedere corrispondente".
Questo provvedimento respinge l'impugnazione di riforma presentata dal Pubblico Ministero e dal Partito Popolare contro l'ordinanza del 26 luglio del 2016 relativa alla trasformazione delle indagini preliminari in giudizio abbreviato dell'art. 779.1.3.ª LECrim. In merito alla cancellazione dei computer dell'ex tesoriere del Partito Popolare per i reati di occultamento e danni informatici.

dibattimentale contro la posizione di alcune delle parti accusatrici? Sarebbe un "giudizio anticipato" basato sulle fonti di informazione disponibili?

A tutto ciò, si aggiunge, causando ulteriori complicazioni giudiziarie che fino ad ora non trovano soluzione, il fatto che l'istruzione sia soggetta a un possibile termine preclusivo. La Corte Suprema ritiene che si tratti di un termine preclusivo, in particolare, "con efficacia preclusiva per la scadenza del termine di istruzione"[20]. Di conseguenza, l'art. 324 LECrim.[21] stabilisce un termine massimo di durata dell'istruzione e, quindi, l'impossibilità di effettuare indagini scaduto tale termine nemmeno nel caso siano indagini supplementari per via degli artt. 627 e 780 LECrim. a meno che in via eccezionale le parti o il Pubblico Ministero non abbiano richiesto con valide motivazioni una nuovo termine prima della scadenza dell'istruzione (art. 324.6 LECrim.)[22].

E un elemento in più da valutare rispetto alla domanda centrale del titolo, ovvero, l'acquisizione di fonti di informazione, che riguarda la riforma dell'art. 284.2 LECrim.[23] e la mancata comunicazione del rapporto all'autorità giudiziaria (o al Pubblico Ministero) da parte della polizia nel caso in cui vi sia un autore ignoto, che è stato messo in risalto dalle statistiche giudiziarie alla luce del brusco calo delle controversie quando si mettono a confronto i dati del 2015 con quelli del 2016 e degli anni successivi.

Nell'anno 2015, si è registrato nell'ordine giurisdizionale penale una litigiosità pari a 5.806.074 accessi rispetto ai 3.365.927 registrati nello stesso periodo del 2016. Sebbene sia vero che, secondo lo storico del 2011, la tendenza sia stata quella di una diminuzione costante, la riduzione di più di due milioni di ingressi di casi ha a che fare con le riforme del 2015 che, quanto meno, sono in buona misura responsabili per due ragioni: la prima delle

[20] ATS, Sezione Penale 1.ª Sezione, n. 504/2019, del 25 aprile (RJ\2019\1938; ECLI:ES:TS:2019:5079A), fj 2, in linea con sentenze anteriori quali la SSTS n. 407/2017, del 22 giugno (RJ\2017\3873) e n. 204/2018, del 8 maggio (RJ\2018\3008), citate nella medesima Ordinanza.

[21] *V.* Paragrafo II del Preambolo della Legge 41/2015, del 5 ottobre, di modifica del Codice di Procedura Penale per lo snellimento della giustizia penale e il rafforzamento delle garanzie processuali).

[22] In questo senso, l'Ordinanza del Tribunale Istruttorio n. 32 di Madrid del 23 settembre del 2016 (ARP\2016\1017) sottolinea che "il termine per l'organizzazione di procedure istruttorie risulta prescritto", ovvero, anche quando in sede di impugnazione di riforma gli appellanti richiedano che vengano effettuate le indagini (argomenta con altre ragioni aggiuntive come il fatto che non siano state richieste mentre l'istruzione era aperta o che non siano essenziali o inutili).

[23] Elaborato ai sensi della Legge 41/2015, del 5 ottobre, di modifica del Codice di Procedura Penale per lo snellimento della giustizia penale e il rafforzamento delle garanzie processuali (BOE del 6 ottobre del 2015, n. 239).

quali è l'eliminazione di parte dei reati tramite la loro depenalizzazione (o la loro trasformazione in reati lievi), e la seconda, la nuova stesura dell'art. 284 LECrim., il cui comma 2 sancisce che, nel caso in cui l'autore del reato sia ignoto, la polizia conserverà il rapporto senza trasferirlo all'autorità giudiziaria (nemmeno al Pubblico Ministero), pur lasciandolo a sua disposizione, ovvero, in questo modo viene tolto dalla statistica giudiziaria poiché non fa il suo ingresso nei tribunali spagnoli. Lo riconosce lo stesso Consiglio Generale del Potere Giudiziario con la diminuzione dei processi avviati in merito[24]. Ciò nonostante, i rapporti di polizia dovranno essere inoltrati qualora si tratti di reati specifici o quando sussistano determinate circostanze ai sensi dell'art. 284.2 LECrim. A eccezione di questi casi, il peso passa al denunciante che viene a presentare la propria denuncia alla polizia per poi confermarla, se lo ritiene, davanti alla procura o all'autorità giudiziaria, informate a loro volta dalla polizia. Ovviamente, dal 2015, è diminuito il numero di processi penali avviati e, di conseguenza, l'archiviazione degli atti.

Nella Statistica Giudiziaria, non viene fatta la differenza tra scadenza o meno dei termini. In ogni caso, è possibile apprezzare come il numero di archiviazioni sia notevolmente superiore rispetto ai casi di processi penali che proseguono il loro corso. Dei dati pubblicati dal Consiglio General del Potere Giudiziario, il numero di non luogo a procedere adottati negli anni 2016 e 2017[25] è stato, secondo modalità, elevato rispetto al numero di casi ammessi nei tribunali di istruzione (e tribunali di primo grado e per le indagini preliminari) con un totale dell'87,3% (esiste una percentuale non specificata relativa al cumulo e al fatto che si sono moltiplicate le incompetenze):

[24] Dall'analisi realizzata dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario tramite il Bollettino di Informazione Statistica, pubblicato trimestralmente, risulta che "il 6 dicembre del 2015 è entrata in vigore la Legge 41/2015 del 5 ottobre con modifica del Codice di Procedura Penale per lo snellimento della giustizia penale e il rafforzamento delle garanzie processuali. Una delle modifiche introdotte è stata quella di non rimettere ai tribunali istruttori i rapporti di polizia nei quali sia stato denunciato un autore ignoto del reato (fatta eccezione per i delitti contro la vita, l'integrità della persona o contro l'integrità sessuale). Questo si riflette in una notevolissima riduzione del numero di indagini preliminari che accedono ai tribunali di istruzione preliminare e di primo grado e per le indagini preliminari, mentre nei tribunali in materia di violenza contro le donne non si è osservata nessuna diminuzione" (Dati di Giustizia. Bollettino di Informazione Statistica, n. 59, ottobre 2018, *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Datos-de-Justicia/,* accesso effettuato: 11/12/2019).

[25] È l'ultima specifica analisi pubblicata tramite il Bollettino di Informazione Statistica, che il Consiglio Generale del Potere Giudiziario pubblica trimestralmente e nel quale in ogni numero analizza le proprie statistiche per argomento, n. 59, ottobre 2018, *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Datos-de-Justicia/*, accesso effettuato: 11/12/2019.

| | |
|---|---|
| **Chiusura del procedimento** | **8,6%** |
| **Sospensione temporanea del procedimento dopo che sono state condotte le indagini** | **20,8%** |
| **Non luogo a procedere (d'ufficio), cumuli, incompetenze** | **57,8%** |

**Grafico elaborato a partire dai dati ottenuti dal Bollettino di Informazione Statistica del CGPJ, n. 59, ottobre 2018*

Solo il 12,7% dei casi ammessi ai tribunali di istruzione (e tribunali di primo grado e per le indagini preliminari) hanno proseguito con i tramiti di procedimento corrispondenti (l'8,7% di procedimento comune ordinario, giudizio abbreviato e procedimento in processi con giuria, e il 4,0% processi rapidi o processi su reati lievi o davanti al giudice di pace)[26].

Il Tribunale Costituzionale si è pronunciato rispetto alle indagini insufficienti chiuse tramite provvedimento di sospensione temporanea del procedimento. Nella STC 39/2017, del 24 aprile 2017[27], viene dichiarata la violazione del diritto all'effettiva tutela giurisdizionale dell'art. 24.1 CE in merito al diritto di non essere sottoposti a tortura né a trattamenti disumani o degradanti (art. 15 CE), ha dichiarato che si era proceduto alla sospensione temporanea con archiviazione agli atti senza una indagine giudiziaria esaustiva ed efficace, sussistendo

[26] Bollettino di Informazione Statistica del Consiglio Generale del Potere Giudiziario, n. 59, ottobre 2018, *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Datos-de-Justicia/,* accesso effettuato: 11/12/2019,

[27] ECLI:ES:TC:2017:39, BOE del 27 maggio 2017, n. 126. "In ogni caso, dalla giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo non emerge la necessità di tenere un elenco chiuso e tassativo delle indagini nei casi di denuncia di tortura o maltrattamenti di persone sotto custodia delle forze dell'ordine, tuttavia traspare che, anche in quei casi in cui i referti medici non rivelano indizi chiari relativi a un reato di tortura, devono essere assunti mezzi di prova aggiuntivi, esaurendo tutte le possibilità di indagine che risultino utili per chiarire i fatti denunciati" (supponiamo si riferisca ad altri mezzi di indagine e non di prova)(fj 2). "[...] L'inesistenza di dati nei referti medici che confermino i sospetti di maltrattamento (o la debolezza per sostenerne la condanna) non esclude la necessità di indagare. Può esistere un'altra tipologia di dati che, dal punto di vista del dovere di approfondire l'indagine, contribuisca a creare un panorama sospettoso, potenzialmente collegato con la presenza di torture e maltrattamenti, anche nel caso in cui fossero palesemente insufficienti per sostenere una condanna penale per il reato di tortura o maltrattamenti": cita alcuni mezzi di indagine adatti in questi casi, tra gli altri, la dichiarazione del denunciante davanti al giudice istruttore, la dichiarazione dei medici forensi, l'identificazione e la raccolta della deposizione degli agenti delle forze e dei corpi di sicurezza dello Stato incaricati della custodia del denunciante mentre si trovava detenuto in isolamento o, persino, la dichiarazione dell'avvocato d'ufficio designato nel caso di detenzione in isolamento (fj 4).

"ancora dei mezzi di indagine disponibili per continuare con l'investigazione in merito alla realtà dei fatti denunciati"[28]. Questa dottrina viene contrastata proprio, tramite l'attuale regolamento dell'art. 324 LECrim. e tramite l'interpretazione dei termini preclusivi per il giudice istruttore senza che, fino ad ora, il Tribunale Costituzionale abbia aperto una linea dottrinale con l'inammissibilità delle diverse questioni di illegittimità costituzionale sollevate a partire dal 2017[29] come sottolineato *supra*. La domanda sottintesa è la stessa, e qualora il termine per l'istruzione scada e non sono state ottenute sufficienti fonti di indagini?

La dottrina del Tribunale Costituzionale si è consolidata nel ritenere che il diritto all'effettiva tutela giurisdizionale non viene necessariamente pregiudicata "da una decisione successiva di chiusura delle indagini, con non luogo a procedere e archiviazione della causa, o per una decisione finale relativa al merito della pretesa penale dedotta. Ne rimarrà pregiudicato solo nel caso in cui la decisione di non proseguire con l'indagine penale pregiudichi, in uno qualsiasi di questi momenti del processo, le azioni opportunamente richieste dall'appellante, parte nel processo giudiziale, che incidono sul suo diritto a utilizzare i mezzi di prova; o anche quando, qualora siano state realizzate in modo sufficiente tali azioni, venga pregiudicata la determinazione di quanto successo a partire dalle stesse o meglio la qualificazione giuridica dei fatti constati (STC 34/2008, del 25 febbraio, FJ 2)" (*sic*) (STC 26/2018, del 5 marzo 2018, BOE 13 aprile 2018, fj 2). Sarà soddisfatto il diritto all'effettiva tutela giurisdizionale che concordi "la chiusura anticipata del processo penale, senza che avvenga l'apertura

[28] Il Tribunale Costituzionale applica la propria dottrina consolidata, e d'accordo con la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, "insiste nella necessità di applicare un canone consolidato nelle indagini di fronte a denunce di tortura e maltrattamenti da parte degli agenti dei corpi di sicurezza dello Stato", in modo particolare, quando il denunciante si trovi in una condizione di detenzione in isolamento (ffjj 2, 4 e 5). Il Tribunale Costituzionale ritiene che "può sembrare ragionevole [...] che non si prosegua con un'indagine che non chiarisca l'inesistenza dei fatti denunciati, ma che, comunque, ha già esaurito i mezzi di indagine ragionevoli ed efficaci. Il canone di indagine sufficiente si riferisce dunque sia all'inesistenza di ragionevoli sospetti, sia all'utilità di continuare con l'istruzione" (STC 69/2008, del 23 giugno 2008, TOL1.341.458, ECLI:ES:TC:2008:69, fj 5). Nel caso concreto, sempre relativo a una denuncia di maltrattamenti durante una detenzione da parte della polizia, il Tribunale Costituzionale ha concluso che non è stata effettuata "un'indagine giudiziaria sufficiente" di fronte ai maltrattamenti, "poiché, malgrado sia immediatamente stata avviata un'indagine della polizia giudiziaria che ha permesso di venire a conoscenza di dati di valore probatorio, è stata chiusa, comunque, quando ancora non erano stati del tutto fugati i ragionevoli sospetti che avrebbero potuto effettivamente essere stati commessi i maltrattamenti denunciati, e esistevano ancora mezzi di indagine per dissiparli" (STC 69/2008, del 23 giugno 2008, TOL1.341.458, ECLI:ES:TC:2008:69, fj 6).

[29] *V.* opinione divergente del ATC n. 40/2019, del 22 maggio 2019.

della fase dibattimentale, in base al loro consenso motivato e ragionevole dei motivi legalmente previsti per la sospensione o la chiusura temporanea del procedimento[30], ai sensi degli articoli 637 e 641 del Codice di Procedura Penale (LECrim) e, se del caso, a seguito dell'applicazione dell'articolo 779.1.1 LECrim relativo al giudizio abbreviato" *(sic)*.

3.1. *Dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 324 LECrim*

Come riflessione generale rispetto ai termini dell'art. 324 LECrim., è opportuno chiedersi in che modo influiscano sull'attività sviluppata durante la fase di istruzione del processo penale. La fase di istruzione di per sé non è un atto processuale, ma piuttosto una fase del processo penale di cognizione ed è una fase nella quale si realizzano diversi atti del processo. Il termine o i termini a cui allude l'art. 324 LECrim. si attengono a tutta la fase fin dall'inizio, in relazione con due tipi di procedimenti, come vedremo *infra*.

Nell'art. 324 LECrim., viene stabilito come ordinario il termine di sei mesi dall'inizio fino alla chiusura dell'istruzione, tenendo conto delle precisazioni effettuate rispetto al cambio di fase dall'istruzione a quella dibattimentale. Si presume che si riferisca a semplici istruzioni. In merito, la Procura Generale dello Stato ha interpretato il problema di fissare il *dies a quo* in presenza di casi di incompetenza e cumuli[31]. Nel caso di incompetenze, ritiene che

[30] Un provvedimento di sospensione temporanea, impugnabile in appello tramite il quale sia stato possibile pregiudicare un diritto fondamentale, specificato negli artt. dal 14 al 29 CE, è suscettibile di impugnazione mediante ricorso per cassazione *(amparo)* da parte del soggetto privato che subisca o crede di subire una violazione di uno di quei diritti. In merito, il Tribunale Costituzionale ha puntualizzato, con riferimento all'art. 41 LOTC, che "il legislatore organico ha deciso che il ricorso per cassazione sia concepito per tutelare i diritti fondamentali davanti ad azioni dei poteri pubblici, in modo che la richiesta per cassazione costituzionale potrà essere promossa soltanto contro azioni emanate da quelli, e non direttamente rispetto a violazioni di questi stessi diritti attribuibili a privati nei loro rapporti *inter privatos,* che solo in modo indiretto potranno ottenere tutela costituzionale tramite questo canale". Quando tale violazione provenga da un atto o da un'omissione di un organo giudiziario, potrà essere considerato il ricorso per cassazione nel caso in cui «la violazione del diritto o della libertà sia imputabile in modo immediato e diretto a un'azione o da un'omissione dell'organo giudiziario indipendentemente dai fatti che hanno originato il processo nel quale si sono prodotte, che, in nessun caso, verranno esaminati dal Tribunale Costituzionale» [ar. 44.1 b) LOTC]. Da ciò se ne ricava una doppia conseguenza: da un lato, la violazione deve procedere in modo immediato e diretto dalla specifica risoluzione giudiziale emessa, in qualità di azione di un potere pubblico che, se del caso, dirime in relazione a quelle situazioni tra privati esposte davanti a lui; dall'altro lato, il Tribunale Costituzionale non potrà in nessun caso dirimere i fatti che hanno dato luogo al processo istituito davanti all'organo giudiziario [...] salvo i casi eccezionali di descrizioni dei fatti irragionevoli, arbitrarie o carenti di supporto di azioni giudiziarie, Il giudizio e la valutazione dei fatti spetta ai giudici e ai tribunali nell'esercizio della potestà giurisdizionale che, in modo esclusivo ed effettivo, gli viene attribuita dall'articolo 117.3 CE" (STC 26/2018, del 5 marzo 2018, BOE 13 aprile 2018, fj 2).

[31] Circolare della Procura Generale dello Stato 5/2015, del 13 novembre 2015, relativa ai termini massimi della fase di istruzione preliminare (da qui in poi, Circolare FGE 5/2015), comma 2.2.

la data che deve essere presa in considerazione è quella del primo provvedimento di avvio pronunciato (comma 2.2 della Circolare FGE 5/2015), anche se la Procura Generale dello Stato raccomanda ai procuratori che richiedano la dichiarazione di complessità mentre vengono risolte le questioni relative alla competenza. Al contrario, in caso di cumuli, ritiene che la data che deve essere presa in considerazione è quella dell'ultimo provvedimento di inizio della fase istruttoria (comma 2.2 della Circolare FGE 5/2015),

Sono anche previsti due termini straordinari o, più precisamente, un *termine speciale* e uno *eccezionale*. Per il *termine speciale*, l'art. 324.2 LECrim. dispone diciotto mesi di durata dell'istruzione nel caso in cui l'istruttoria venga dichiarata complessa. È un termine che permette una sola proroga per un massimo di diciotto mesi, che necessita la previa richiesta del Pubblico Ministero e l'udienza al resto delle parti in causa. Apparentemente distingue due diverse situazioni in merito alla dichiarazione della causa come complessa:

- sopravvenuta convergenza di circostanze sull'indagine che richiedono la dichiarazione di complessità dell'istruzione (comma 1, Paragrafo 2, art. 324 LECrim.).

- Complessità dell'istruzione presunta dal principio quando sussistano alcune delle circostanze previste nel comma 2 dell'art. 324 LECrim.

Malgrado l'interpretazione che la Procura Generale dello Stato effettua nella Circolare FGE 5/2015, l'art. 324 LECrim. non prevede una specifica autorizzazione del giudice istruttore perché d'ufficio dichiari la complessità dell'inizio della fase istruttoria ai fini del termine da applicare. Il punto è che tali circostanze possono sussistere fin dall'inizio dell'istruzione e l'art. 324 non fa dipendere dalla richiesta del Pubblico Ministero. Invece, è necessaria la previa richiesta del Pubblico Ministero, e udienza delle parti, in causa, quando sussistono delle circostanze sopraggiunte, quelle del paragrafo 2 o altre (elenco aperto), sempre prima della scadenza del termine ordinario dell'istruzione. Verrebbe calcolata dall'inizio dell'istruzione.

Per quel che riguarda il *termine eccezionale*, previsto dall'art. 324.4 LECrim., la particolarità che presenta è che può essere richiesto soltanto dal Pubblico Ministero o da una delle parti in causa, in quanto facoltà delle stesse, e deve avvenire prima che trascorra il termine

ordinario, quello speciale o la proroga[32]. Le ragioni che lo giustificano non vengono concretizzate, per cui sarà il giudice istruttore a valutare tale concorrenza con valide motivazioni. Non si prevede nemmeno un termine massimo che, allo stesso modo, viene determinato dal giudice istruttore. Come sanzione alle parti, l'art. 324.5 LECrim. *impedisce* di sollecitare procedimenti supplementari degli artt. 627 e 780 LECrim. in caso di mancato utilizzo della facoltà di cui all'art. 324.4 LECrim., ciò che non è compreso dal legislatore, visto che i procedimenti supplementari sono eccezionali e non implicano l'apertura dell'istruzione[33].

Tuttavia, il problema non è di per sé stabilire i termini massimi per l'istruzione, ma la preclusione di tali termini e l'impossibilità di poter effettuare delle indagini successive al decorso dei termini dell'art. 324 LECrim. Tutto ciò si ripercuote sulla raccolta delle fonti di indagine necessarie per ottenere il materiale istruttorio sufficiente per continuare o meno con il processo penale. Il legislatore puntualizza che non darà luogo all'archiviazione degli atti se non concorrono le cause degli artt. 637 o 641 LECrim. E se l'istruzione è insufficiente? Sarebbe opportuno concedere la sospensione temporanea senza la possibilità di riapertura nel futuro per scadenza del termine dell'istruzione. Anche se il provvedimento di sospensione temporanea sospende il termine di istruzione conforme all'art. 324.3.b) LECrim. se il termine è già scaduto, non sarebbe possibile riaprire con l'interpretazione imposta nella pratica dei termini preclusivi dell'istruzione dal giudice istruttore.

Ecco che, quindi, dopo la riforma di cui all'art. 324 LECrim., i problemi di interpretazione del precetto si sono manifestati nella pratica giudiziaria in merito alle conseguenze della scadenza dei termini massimi dell'istruzione[34] per il procedimento comune ordinario e per il giudizio abbreviato. Di conseguenza, in relazione al giudizio abbreviato, è necessario trovare un provvedimento di chiusura dell'istruzione ai sensi dell'art. 779.1.4.ª LECrim. L'Ordinanza del Tribunale Provinciale di Madrid 4.ª Sezione, sostiene che "non è possibile a questo punto

[32] Contro il diniego di proroga non è possibile presentare nessuna impugnazione, fermo restando che può essere riprodotta nel momento opportuno del processo (art. 324.2.II LECrim.).

[33] *V.* nota 3.

[34] Rispetto alla riforma dell'art. 324 LECrim., *v.* MOSQUERA BLANCO, A.J., "En defensa del artículo 324 LECrim.", in *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2.223, ottobre 2019, pagg. 29 e ss.
È possibile trovare degli accordi di unificazione di criterio nell'ambito dei Tribunali Provinciali rispetto all'interpretazione dell'art. 324 LECrim. Per esempio, le Sezioni Penali del Tribunale Provinciale di Barcellona hanno convenuto il 20 ottobre del 2017 che "le indagini concordate al di fuori del termine non hanno (v)alore al fine di motivare il provvedimento dell'articolo 779.1.4(.ª) Lecrim o il provvedimento di rinvio a giudizio nella fase preliminare" (le parentesi sono nostre).

considerare la pratica di più indagini, dal momento che sono stati superati i limiti di tempo stabiliti dall'articolo 324 del Codice di Procedura Penale per l'istruzione [...] in base al quale non è neppure possibile disporre mezzi di prova non concordati né della dichiarazione di causa complessa o stabilire la proroga del citato termine", provvedendo "alla chiusura dell'istruzione con il dettato di alcune delle risoluzioni previste dall'articolo 779 del Codice di Procedura Penale, però senza disporre nuovi mezzi istruttori" (AAP Madrid 4.ª Sezione, n. 909/2017, del 3 novembre, JUR\2018\1733, NIG 28.079.43.1-0386037, fj 5.2)[35].

Sono state sollevate alcune questione di legittimità costituzionale in relazione con l'art. 324 LECrim., anche se il Tribunale Costituzionale le ha sistematicamente respinte per ragioni processuali[36] senza entrare nel merito della questione sollevata. Ha inoltre considerato inammissibile il ricorso per cassazione basato sulla preclusione della scadenza dei termini dell'art. 324 LECrim., sull'omessa pronuncia in merito a indagini per l'accusa privata, sul non esaurimento delle possibilità di indagine e sulla possibile violazione dell'art. 24 CE in merito alle precedenti questioni[37].

Detto questo, il decorso del termine massimo di istruzione non comporta di per sé un ingiustificato ritardo. Di conseguenza, la Corte Suprema ha avuto modo di pronunciarsi, in

---

35 Provvedimento che risolve in appello il provvedimento emesso dal giudice istruttore poiché l'organo istruttore non ha considerato ammissibile un supplemento di mezzi di prova dopo la scadenza del termine di istruzione.

36 Il ATC n. 5/2019, del 29 gennaio del 2019 (ECLI:ES:TC:2019:5A) non ha ammesso a tramite la questione di non costituzionalità n. 5428/2018 ai sensi dell'art. 324 LECrim. per l'assenza di due questioni processuali necessarie (una delle quali, non è applicabile né determinante ai fini della risoluzione del caso concreto; l'altra, relativa al superamento dei termini massimi di istruzione e la mancanza della dichiarazione dell'indagato ai sensi dell'art. 779.1.4.ª LECrim., necessaria per continuare con il giudizio abbreviato, il Tribunale Costituzionale ritiene che non sia sufficiente, visto che deve essere giustificato che, dalla sua validità dipende la decisione del processo, poiché il tribunale che ha promosso la questione di illegittimità costituzionale non aveva valutato prima se la deposizione presa all'indagato con processo iniziato tramite denuncia, finché non era stata sanata con la presentazione della precettiva querela, necessaria nei processi penali ai sensi dell'art. 215.1 CP, fosse efficace ai sensi dell'art. 779.1.4.ª LECrim.
*V*. ATC n. 112/2017, del 18 luglio del 2017 (ECLI: ES:TC:2019:112), che non ha ammesso a tramite la questione di illegittimità costituzionale 964/2017.

37 Non è stato ammesso il ricorso per cassazione mediante provvedimento poiché non era possibile giustificarne in modo adeguato la speciale trascendenza costituzionale. Di fronte all'inammissibilità, il Pubblico Ministero ha sollevato il ricorso di supplica davanti al tribunale Costituzionale, respinto tramite Provvedimento n. 40/2019, del 22 maggio (BOE n. 151, del 25 giugno 2019), con opinione divergente della magistrato BALAGUER CALLEJÓN Conveniamo sul fatto che, malgrado un dibattito controverso in merito all'interpretazione dell'art. 324 LECrim. addirittura negli stessi tribunali spagnoli (e nella dottrina processualistica), "non esiste ancora una dottrina relativa a questo precetto, malgrado siano state avanzate" diverse questioni di illegittimità costituzionale rigettate per vizi processuali.

relazione alla precisazione rispetto ai ritardi, alle interruzioni o sospensioni di cui avesse sofferto il processo per valutarne la gravità e soppesarne o meno la giustificazione degli stessi[38].

3.2. *Applicazione dei termini dell'art. 324*

Secondo la Circolare della Procura Generale dello Stato 5/2015, del 13 novembre 2015, relativa ai termini massimi della fase di istruzione preliminare, i termini previsti dall'art. 324 LECrim. sono applicabili soltanto alle istruzioni realizzate nell'ambito del procedimento comune ordinario (istruzione preliminare) e abbreviato. Di conseguenza, verrebbero esclusi per quel che riguarda i restanti tipi di processi ordinari e speciali. Di sicuro, l'art. 324.1 LECrim. fa riferimento all'inizio della *fase preliminare* e delle *indagini preliminari*.

Inoltre, la trasformazione di un giudizio abbreviato in procedimento comune ordinario, o viceversa, non pregiudicherebbe il computo dei termini dell'art. 324 LECrim., si dovrebbe attendere il primo provvedimento di avvio del processo.

È altrettanto vero che la disposizione in merito all'istruzione preliminare nel procedimento per il giudizio rapido di determinati delitti ("*processi rapidi*") è che, come indica lo stesso nome, sia rapida a complemento delle indagini realizzate dalla polizia (il tribunale di turno disporrà, "se pertinenti", le indagini ai sensi dell'art. 797 LECrim.) durante il turno di servizio del Tribunale d'istruzione o, ove applicabile, tramite proroga ai sensi dell'art, 799.2 LECrim. Lo spirito della durata ridotta di questo tipo di processo si deduce, allo stesso modo, da una delle tre circostanze che possono sussistere per istruire un processo penale in questo modo: la disponibilità che l'istruzione sia semplice (art. 795.1.3.ª LECrim.). L'art. 797.1 LECrim. definisce come istruzioni urgenti quelle attività di istruzione per questo tipo di procedimento.

In quanto al procedimento per cui si istruiranno i processi tramite accettazione del decreto, non viene definito un termine, perché non comporta l'organizzazione di nessuna istruzione, ma, in linea con le indagini pre processuali svolte dal Pubblico Ministero o nel corso dell'istruzione preliminare (qui, sì siamo in sede di giudizio abbreviato) può iniziare o trasformarsi, a seconda dei casi, questo nuovo tipo di procedimento ai sensi degli artt. 803

[38] ATS, Sezione Penale 1.ª Sezione, n. 504/2019, del 25 aprile (RJ\2019\1938; ECLI:ES:TS:2019:5079A), fj 3. Aggiunge rispetto all'art. 324 LECrim. nel caso concreto che, "se il termine globale di durata del processo non va oltre limiti ragionevoli, in nessun modo si può parlare di ingiustificati ritardi nel senso stabilito dall'art. 21.6 CP" (*ibidem*).

bis e successivi LECrim. Vale a dire che, se il termine delle istruzioni preliminari scade potrebbe pregiudicare l'avvio del procedimento per i processi tramite accettazione del decreto? Pensiamo di no, dal momento che non ha niente a che vedere con la prassi dell'istruzione Detto questo, nel caso in cui il giudice istruttore non autorizzi il decreto presentato dal Pubblico Ministero o non venga accettato dall'indagato, pregiudicherebbe l'applicazione dei termini dell'art. 324 LECrim.

4. *Conclusioni*

I termini dell'art. 324 LECrim., che la pratica giudiziale considera preclusivi, non si riferiscono agli atti processuali concreti, ma a una fase del processo penale di cognizione, presieduta dal principio di indagine ufficiale, la cui gestione corrisponde al giudice istruttore. A nostro avviso, riguardano l'istruttore, poiché è lui che deve condurre attivamente l'istruzione, attraverso le indagini che ritenga necessarie, d'ufficio o su richiesta della parte, per l'acquisizione di fonti di informazione, dal momento che l'indagine pubblica viene stabilita dall'interesse generale che si basa nell'accertamento del reato e del presunto responsabile.

È indubbio che bisogna evitare la "vergogna del banco" dell'imputato con istruzioni dilatate nel tempo, ma è necessario cercare un'altra strada rispetto alla preclusione di una fase del processo penale, che può essere dovuta a ragioni esogene o endogene all'organo giudiziario. In ogni caso, ciò che non potrebbe pregiudicare l'indagato è che l'istruzione giudiziale si dilati per ragioni attribuibili solamente al giudice istruttore per assenza di attività ingiustificata. Ma non quando sia motivata dalla mancanza di risorse umane e materiali che lo Stato deve mettere a disposizione senza ripararsi dietro a una preclusione di termini lasciata nelle mani delle parti, che lasciano il giudice istruttore senza possibilità di prorogarli d'ufficio per ragioni oggettive e debitamente motivate (come consentito alle parti).

Di conseguenza, se il Pubblico Ministero non chiede la proroga o la dichiarazione di complessità della causa, il giudice istruttore rimane "con le mani legate" senza poter continuare a svolgere le indagini qualora siano necessarie. Chi dirige l'istruzione in applicazione del principio dell'indagine ufficiale, una volta che l'accertamento del reato e della persona responsabile sia di interesse generale, vedrebbe imposto il veto per il seguito del decorso dei termini senza soddisfare nessun altro criterio che non sia l'istanza di parte in modo che possa

continuare. Ricordiamo che, sebbene il Pubblico Ministero agisce in base al principio di legalità, non cessa di esser parte nel processo penale senza possedere nessuna funzione di direzione dell'istruzione.

Stiamo trasformando i termini impropri degli atti del processo, prevedibili, di giudici e tribunali in termini propri? E se una sentenza non venisse emessa entro il termine, in base a questo criterio argomentativo, dovrebbe essere considerata nulla? A nostro avviso, non è stata approfondita la natura dei termini ai sensi dell'art. 324 LECrim., nonché la stessa fase di istruzione preliminare e i principi procedurali che la disciplinano, diversi da quelli della fase dibattimentale, mentre la prassi giudiziaria ha cominciato a valutare non valide o, persino, nulle le indagini concordate dopo la scadenza dei termini massimi ai sensi dell'art. 324 a seguito dell'applicazione *sensu contrario* del comma 7 di tale precetto.

Dobbiamo ricordarci che, oggigiorno, l'istruzione è diretta dal giudice istruttore e non dal procuratore, che il legislatore nel 2015 sembra invece aver ritenuto colui che dirige la suddetta fase del processo penale. E, come sembrano indicare i nuovi venti legislativi in Spagna, puntano in quella direzione, esattamente come in Italia.

*Abstract*

In this work, the incidence of doctrine and jurisprudence in the interpretation of the terms of preliminary investigation of art. 324 LECrim. and the dismissal or stay, where appropriate, of the criminal process. Previously, it is studied how the instruction is concluded in general, as well as the adoption of the dismissal in the criminal process and its challenge in response to the criminal procedures of reference.

Jerez de la Frontera, novembre 2020.

BERNARDINO J. VARELA GÓMEZ [*]

# *El careo en la doctrina y jurisprudencia española* [**]

*Sumario*: 1. Concepto.-2. Naturaleza: Restricciones legales.-3. Práctica del careo. a. Durante la fase de instrucción. b. Durante la vista del juicio oral.- 4. El careo en el proceso civil.-5. Careo de peritos.-6. A modo de conclusión y de cara al futuro.

## 1. *Concepto*

Que el debate y la discrepancia es algo que no se admite de buena gana en España parece algo fácilmente constatable a la vista de los acontecimientos de nuestra vida política e incluso social, a pesar de que el sistema democrático haya pervivido y funcionado de manera aceptable, según todos los *standars* internacionales de forma continuada durante los últimos cuarenta años.

Quizás sea esta la explicación, ya que otra no aparece por ningún lado, de la malquerencia o el desprecio con que nuestra centenaria ley procesal penal trata este medio de averiguación de la verdad, que tanto puede ser una diligencia de investigación durante la fase sumarial como una prueba de las que se practican durante la vista del juicio oral.

Los redactores de la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, no hay que olvidar que estaba pensada para funcionar con un tribunal de Jurado, aunque éste no se implantó hasta 1995, quizás entendieron que los ciudadanos que lo habrían de integrar no estarían lo suficientemente preparados, o que afectaría a la claridad o a la serenidad de su juicio a la hora de emitir el veredicto, el tener que soportar un "espectáculo" consistente en

[*] *Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

la confrontación cara a cara de dos versiones de los mismos hechos, o de dos verdades sobre las que tendrían que elegir en el momento de tomar la decisión final.

La razón de la excepcionalidad de la prueba de careo la basan algunos autores en el supuesto carácter "violento" que tal diligencia tendría[1]. Y sin embargo…, cuántas otras pruebas no tienen también este carácter, de alguna manera o en alguna medida inherente a todo proceso penal, y provocan incluso el espanto, el asco, de cualquier persona medianamente sensible, impresionan tanto al Jurado como a los demás personas presentes en la sala de vistas, aún de los magistrados más experimentados, cuando se trata de hechos delictivos especialmente violentos, o de agresiones sexuales, o en los que han participado o han sido víctimas menores de edad. Esto sucede con frecuencia en la práctica diaria de los tribunales. Y a nadie se le ocurre decir que haya que suprimir esas otras pruebas.

Es por todo esto que, transcurrido más de un siglo, elevado el nivel cultural medio de los ciudadanos, y acostumbrados los españoles a los "espectáculos" parlamentarios y televisivos, que lamentablemente cada vez se parecen más unos a otros, quizás haya llegado el momento de prescindir de estos prejuicios, que más semejan remilgos decimonónicos, y admitir la práctica del careo como lo que verdaderamente es, un medio más de averiguación de la verdad real de los hechos, sin duda uno de los trascendentes fines del proceso penal.

Resulta así que el careo es en principio una *diligencia* de *investigación sumarial*, que se regula, de manera fragmentaria, en los arts. 451 a 454 de la vieja LECRIM, aunque puede ser también un *verdadero medio* de *prueba* a practicar durante la vista del juicio oral, y a él se refieren también los arts. 713 y 729, aunque resulta claro el menosprecio del legislador. Esta mentalidad se ha transmitido sin más a la jurisprudencia, sin que parezca que ésta lo haya querido superar, como ha sucedido con otros muchos defectos, lagunas, incorrecciones o arcaísmos de la por otra parte venerable LECRIM.

Se trataría mediante el careo, tal como se deduce de su *etimología*, de confrontar lo que dicen, y ver cómo reacciona cada testigo o imputado ante lo que dice el otro, todo ello con el fin último de esclarecer la verdad sobre los hechos. El careo sería, en definitiva, la acción y el efecto de confrontar, cotejar, poner cara a cara, enfrentar, a una persona con otra u otras, que tanto pueden ser testigos como imputados, con el fin de aclarar alguna manifestación o

[1] A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, CERA, Madrid, 1995, p. 357.

hecho que resulta contradictorio, discutido o controvertido, en gran medida por las distintas versiones que hayan mantenido anteriormente los careados entre sí, y tal como se deduce del art. 451 LECRIM[2].

Y esta es una institución perteneciente en principio al ámbito o típica del proceso penal, ya que es el único donde se regula, primero como diligencia de investigación, en el libro del sumario, y en el capítulo dedicado a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, y luego como prueba durante la vista, todo ello a propósito del proceso ordinario para delitos graves, sin que consten especialidades en sede del proceso penal abreviado ni mucho menos en el caso de los llamados juicios rápidos o por delitos leves.

Pero, con ser *característica del proceso penal*, está claro que también puede operar en el marco del *proceso civil*, y lo cierto es que a ella se refiere el art. 373 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[3], donde puede también ser acordada de oficio, en directa contradicción con los principios que regulan la prueba en este proceso, regido por el dispositivo y de aportación de parte, como veremos más abajo.

Y cabe pensar incluso que es extensible a todos los demás procesos, pues en todos ellos puede servir a este fin de averiguación de la verdad, aunque ciertamente aparece ligada a principios más propios del proceso penal, como el de oficialidad, y el de verdad material, contrarios al dispositivo que rigen de modo generalizado en los demás procesos. Pero no se olvide que en todos ellos hay alguna excepción como esta del careo, e incluso existen otros casos de prueba de oficio.

Estos mismos principios son los que justificarían también su práctica en ciertos casos, en los procesos administrativos o laborales, cuyas leyes reguladoras no contienen sin embargo mención alguna sobre el careo. La ley procesal laboral contiene una interesante

[2] Artículo 451 LECRIM**:** Cuando los testigos o los procesados entre sí o aquéllos con éstos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese en el sumario, podrá el Juez celebrar careo entre los que estuvieren discordes, sin que esta diligencia deba tener lugar, por regla general, más que entre dos personas a la vez.

[3] Artículo 373 LEC: 1. Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo. 2. También podrá acordarse de que, en razón de las respectivas declaraciones, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos. 3. Las actuaciones a que se refiere este artículo habrán de solicitarse al término del interrogatorio, y en este caso, se advertirá el testigo de que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación.

referencia a un *informe de expertos*, en cuyo marco podría también ser interesantes las aportaciones de la institución del careo.

Y hay que señalar también, que su marco propio es *la valoración de las pruebas testifical y de declaración de las partes,* pero también puede funcionar, y ya funciona de hecho, respecto de la prueba *pericial*, pues qué otra cosa sucede sino cuando los peritos se exige que sean dos, y para qué sino en el proceso penal ordinario por delitos graves deberán comparecer juntos, arts. 459 y 724 LECRIM, o cuando se obliga o se permite que comparezcan conjuntamente para ratificación y ampliación del informe, que así se somete a contradicción durante la vista, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, y por extensión y dado su carácter supletorio queremos pensar que en todos los demás procesos.

2. *Naturaleza: Restricciones legales*

Desde el punto de vista de la *doctrina* procesal, estamos ante *un verdadero medio de prueba*, al menos así lo viene calificando en España parte de la doctrina, naturalmente cuando se practica durante la vista del juicio oral[4], sin que se entienda ni aparezca la necesidad de las restricciones que sobre ella contiene la ley, y que sin mayor explicación aplican nuestros jueces, siendo este un caso en que jurisprudencia y doctrina van de la mano, en una interpretación meramente literal de la norma, sin pensar ni plantearse ir más allá.

Ciertamente hay que reconocer que otro sector de la doctrina niega este carácter, siguiendo así lo dicho por la jurisprudencia[5], entendiendo que no es un medio de prueba

[4] Vid., en este sentido, V. MORENO CATENA, en *Derecho Procesal Penal*, con V. CORTES DOMINGUEZ, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 465. También S. BARONA VILAR, en *Derecho Jurisdiccional*, *tomo* III, *Proceso penal*, con MONTERO AROCA y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 438, quien lo considera un medio complementario de otros medios de prueba. En el mismo sentido, C. CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Los Procesos Penales,* con V. GIMENO SENDRA y J. GARBERI LLOBREGAT, tomo 3*,* Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 678 ss.

[5] Así por ej., J.L. GOMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional*, *tomo* III, *Proceso penal*, con MONTERO AROCA y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 207, lo llama diligencia no de investigación, sino de comprobación y subsidiaria, lo mismo que V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 572. O también J.L. SEOANE SPIEGELBERG, en *Derecho Procesal Penal*, con X. FERREIRO BAAMONDE y otros, Ed. Civitas, Madrid, 2010, p. 278, para quien "el abuso de los careos podría perturbar el orden y la marcha ordenada del proceso, por el riesgo de confrontaciones violentas". También, A. DE DIEGO DIEZ, *Medios de investigación: el careo*, en *El proceso penal, Doctrina*, *jurisprudencia* y *formularios*, vol. III*,* Tirant lo Blanch*,* Valencia*,* 2000, p. 2147 y ss., con cita de la STS de 9 de junio de 1997, según la cual el careo "no es realmente una prueba verdadera sino un medio de contrastar subsidiariamente la finalidad de otras". También así, A. ARNAIZ SERRANO, en *La Prueba*, tomo, III, coord. I. GONALEZ CANO y M.I. ROMERO PRADAS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, y en *Tirantonline.com.*

autónomo o independiente, sino una diligencia complementaria o un medio extraordinario de comprobación de la fuerza probatoria y credibilidad de las manifestaciones de los imputados y testigos. De esta manera, el objeto del careo consistiría en "contrastar" las declaraciones y "depurar y aclarar las contradicciones o discordancias" que entre ellas puedan existir. También mediante esta diligencia el Juez Instructor durante la investigación y el juzgador en el juicio oral podrán percibir normalmente cuál de las diferentes versiones les ofrece mayor credibilidad. De ahí que se llegue a calificar simplemente no ya de mera diligencia sino de simple *técnica* que persigue distinguir al testigo veraz de aquel otro que aporta datos falsos al proceso, y que se diga que no estamos ante un instrumento inocuo o fácil de manejar, que rara vez produce resultados en la práctica. [6]

Cuando esto se repite sin más, falta saber qué será eso de "diligencia complementaria" o ese "medio extraordinario", dónde se regulan y que significan esos rótulos, inventados por la jurisprudencia, y repetidos sin mayores precisiones o indagaciones por doctrina y jurisprudencia durante más de un siglo, y sobre todo en qué se diferencian de las pruebas, y qué naturaleza tienen, de qué actos procesales estamos hablando. Nadie nos lo aclara, porque simplemente esas "cosas" no existen.

Para nosotros, no cabe duda de que estamos ante una prueba, y en el capítulo de las *pruebas personales,* ya que el careo se encuentra ligado fuertemente a las declaraciones de partes, testigos, y peritos, y en definitiva tiene forma de interrogatorio y posterior debate entre los contradictores.

También se encuentra relacionada y tiene mucho que ver con las *declaraciones* de los *coacusados,* que nuestra vieja ley no recoge, pero que la jurisprudencia viene admitiendo desde hace tiempo, pues aquí sí que se ha permitido innovar.

Se trata también de una *prueba instrumental,* en el sentido de que es conexa, accesoria o dependiente de otras ya practicadas, y de que sirve para la mejor valoración de alguna otra, y no directamente se encamina a la acreditación de los hechos, pudiendo entonces calificarse también de prueba *indirecta*, concretamente en función de las declaraciones anteriores de testigos y de las partes, incluso de los peritos.

[6] M. R. GUTIERREZ SANZ, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo* I, Ed. Aranzadi, 2011.

Pero esto no la hace diferente, en el sentido de ser de menos valor, también se puede decir de muchas otras, como las periciales psicológicas, que sirven para acreditar la verosimilitud de las declaraciones de testigos y sobre todo de las víctimas, por ejemplo, tan importantes en algunos delitos, a propósito de la valoración como prueba de cargo en delitos sexuales, donde frecuentemente no habrá otra prueba que la testifical de las víctimas.

En este carácter instrumental sí que se fija, y lo presupone sin nombrarlo por supuesto, la vieja ley, pues exige que se hayan practicado anteriormente otras diligencias (declaraciones de inculpados y testigos), y el resultado de ellas ofrezca versiones diferentes sobre algún hecho, dato que no la hace diferente de las demás pruebas, y que se puede considerar como un presupuesto de admisibilidad de cara a su práctica.

Lo que permite que el Juez de Instrucción pueda acordar la diligencia de careo, es la existencia de una divergencia, discordancia o controversia sobre algún hecho o circunstancia de relevancia para la acreditación de hechos importantes del proceso, puesta de manifiesto a través de las declaraciones de dos o más testigos; dos o más inculpados, o en la de dos o más testigos e inculpados entre sí, como recoge el ya citado art. 451LECRIM.

Es generalmente admitido, sin embargo, que la ley desconfía de la utilidad de esta prueba[7], tanto que le ordena al juez que no la practique salvo que no pueda a través de otros actos de investigación acreditar el objeto de la instrucción, ya que *no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados*, según señala el art. 455 LECRIM.

Afirmación de la que se deduce por la doctrina su *carácter subsidiario*, en un doble sentido, porque su necesidad depende del resultado global de las demás diligencias o pruebas, y por aparecer como un medio de depurar otras declaraciones anteriores de imputados o testigos para dilucidar sus contradicciones. Luego, al careo han debido preceder la práctica de otros medios de prueba de carácter personal y además su resultado ha debido arrojar un resultado tal que precise depurar o aclarar contradicciones o discordancias[8].

Así ha podido declarar el TS en Sentencia de 27 de enero de 2000, que*: "La reserva con que el legislador parece contemplar los careos… permite conceptuar a dicha diligencia como un último medio*

[7] V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 572.
[8] A. ARNAIZ SERRANO, en *La Prueba*, cit.

*de investigación del que el Instructor, y en su caso, el Juzgador, puede y aún debe prescindir cuando, tras oír las declaraciones supuestamente contradictorias que mediante el careo se podrían armonizar y ponderando el resultado de las otras pruebas ya practicadas, no tenga duda razonable sobre cuáles de aquéllas reflejan la verdad y cuáles no, de suerte que es la necesidad de su práctica, prudentemente apreciada por el Instructor o el Juzgador, la que debe inspirar la decisión sobre la procedencia o improcedencia de esta diligencia".*

Sin embargo, si bien se mira, se trata de una afirmación en buena medida vacía de contenido, no ya de justificación, ya que esto mismo se podría decir de cualquier otra diligencia de investigación o prueba, que solo se justifican si son legales, útiles, y pertinentes al objeto de la investigación, debiendo en rigor practicarse las mínimas, para así poder finalizar pronto la instrucción y abrir en su caso el juicio oral.

Piénsese en la tradicional, y entendible también, desconfianza hacia la *prueba testifical*, lo que no impide que se reciban todos los días, sin casi mesura ninguna, declaraciones testificales de las que se sabe o se puede intuir desde antes de practicarlas que no se va a obtener ningún beneficio para la averiguación de la verdad, y ello además sin que se persiga generalmente la mendacidad del testimonio[9], dada la creencia o más bien la falta de fe en que ello vaya a servir para condenar a alguna persona, o a disminuir la habitualidad del falso testimonio, o en definitiva porque la carga de asuntos que penden ante nuestros tribunales hace imposible cumplir con las exigencias del principio de legalidad en la persecución de los delitos, sobre todo de los considerados menores.

Y esta desconfianza aún se puede anotar sobre otras pruebas, qué decir sino de los miles de *documentos* que no son tales, sino simples fotocopias que "engordan" nuestros procesos penales, en los que durante la instrucción da la impresión de que se une mecánicamente todo lo que las partes presentan, prescindiendo muchas veces de su utilidad y aún de su validez, y sobre todo obviando casi cualquier filtro sobre su pertinencia, sin que por ello a nadie se le ocurra abominar de la prueba documental, ni de estos sucedáneos que se pueden ver en la práctica diaria de nuestros juzgados.

[9] Más de quinientos testigos declararon en el reciente juicio celebrado en el Tribunal Supremo español sobre rebelión y sedición, resuelto por la STS 459/2019, de 14 de octubre, que consumieron la mayor parte del período probatorio, de las horas empleadas en la prueba. Cotéjese con el aprovechamiento que de tanta actividad procesal se hace en la sentencia. Y también con la rapidez con que se desechó la proposición de un careo entre varios de esos testigos, que ni se menciona en la citada sentencia, a lo largo de sus 492 páginas, salvo error u omisión por nuestra parte.

Y desde el punto de vista de la *jurisprudencia*: esta desconfianza, que a nuestro juicio no tiene razón de ser, ha pasado también a la jurisprudencia de manera mecánica, y el Tribunal Supremo ha llegado a decir en múltiples ocasiones[10] que el careo *no es un auténtico medio* de *prueba*, cosa que tampoco es admisible, ni se nos ofrecen argumentos para convencernos de ello.

En este mismo sentido STS 469/2002, de 19 marzo, según *la* cual *"La doctrina de esta Sala ha señalado reiteradamente que la diligencia de careo no es una prueba propiamente dicha, ya que se trata de actuación encaminada a confrontar las posibles contradicciones, observadas en las declaraciones de los testigos o de los acusados o de éstos entre sí. Su resultado, apreciable libremente por el órgano que lo acuerda, no constituye una nueva prueba, sino un elemento valorativo que sirve para formar la convicción psicológica, sobre la mayor o menor verosimilitud de una u otra de las versiones facilitadas".*

Insiste en su carácter especial la STS de 30 de octubre de 2000, según la que: *"Los careos tienen unas características singulares respecto de los demás medios probatorios, porque consisten en una confrontación personal entre procesados o testigos cuando existe discordancia entre sus manifestaciones, que el legislador trata de evitar, por su frecuente inutilidad y por no fomentar enfrentamientos, de tal modo que las prohíbe salvo en el caso de que 'no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados', y que 'el Juzgado o Tribunal es quien conoce el contenido de las otras diligencias practicadas y sabe si puede tener alguna duda importante que el careo pudiera resolver"*

Este de la inutilidad es otro argumento de poco o nulo peso en contra del careo. Porque, pruebas inútiles se practican todos los días en nuestros juzgados y tribunales, y decir que se pretende evitar el enfrentamiento por parte del legislador, para justificar este supuesto carácter subsidiario, es desconocer que eso mismo van a provocar muchas otras pruebas, además de que el enfrentamiento entre acusación y defensa, el debate en juicio oral, es el instrumento esencial para dar satisfacción del derecho de defensa, y haciéndolo, conseguir el descubrimiento de la verdad de los hechos. El proceso es en sí mismo un enfrentamiento, ritualizado, para que pueda ser pacífico, a fin precisamente de evitar la verdadera violencia en la resolución del conflicto.

[10] SSTS 1646/2002, de 22 de octubre, RJ 2002, 10849.

Otras veces ha dicho la jurisprudencia[11], intentando justificar las restricciones legales, que «Ante la firmeza de unas negativas, que evidentemente pueden ser tachadas de inspiradas por el afán de defenderse, y la dudosa credibilidad de quienes acusan, parece razonable situarse en el momento y lugar en que ocurrieron los hechos e indagar la verdad con los criterios de la lógica y la verosimilitud. Más razonable, pensamos, que resolver la contradicción mediante las impresiones que se obtuvieron en unos careos. El careo, del que constantemente dice esta Sala no es diligencia propia del juicio oral sino del sumario, presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad: ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor --el que teóricamente dice la verdad-- el más osado, el más hábil o el que más grita».

En nuestra humilde opinión, no se alcanza a ver cómo se puede estimar que en el careo reside un mayor riesgo de subjetividad que en una prueba de testigos, por ejemplo, y en cuanto a lo segunda afirmación, que gane un debate quien sea más osado, hábil, o que grite más, o se exprese con más convicción, es algo que sucede todos los días, y en todos los ámbitos, no solo en el procesal. Y para evitar que se grite en la sala durante el juicio tiene sus facultades de policía de vistas el juez o presidente, además de prohibirlo expresamente la ley a propósito precisamente del careo.

En no pocas ocasiones en la práctica, tal como ha podido decir quien tiene mucha y variada experiencia como Fiscal y como Magistrado[12], la confrontación que el careo conlleva provoca alguna retractación, o la introducción de matices, o modificaciones de anteriores declaraciones, o que pierda firmeza la convicción de alguno de los careados, frente a la convicción, riqueza de detalles, o elementos periféricos de corroboración aportados por la otra. Incluso a veces ocurren revelaciones sorpresivas o inesperadas durante el careo, que es en suma lo que se trata de conseguir mediante la espontaneidad que conlleva, ya que no ha podido ser *preparado* con anterioridad, como sucede con las declaraciones testificales o del imputado, previamente *consultadas* con el Abogado, a veces incluso en el pasillo del Juzgado, a la vista casi de cualquiera que pase por allí.

[11] STS 2/1998, de 29 julio, Caso secuestro GAL.
[12] CONDE-PUMPIDO TOURON, *Los procesos penales*, cit., p. 680.

A veces en su decurso tiene lugar una modificación sustancial de la posición mantenida por uno de los careados, incluso inadvertidamente o sin voluntad de hacerlo, razón por la cual no debiera desperdiciarse la efectividad de esta prueba, mayor en la práctica que la que se le reconoce por la jurisprudencia, y es que una imputación falsa es más difícil de mantener cuanto el imputado se tiene cara a cara. No cabe tampoco despreciar que el careo pueda contribuir a rellenar lagunas olvidos o errores en las declaraciones anteriores, pues no siempre será el caso de que se esté ocultando la verdad de manera intencionada o falsaria.

También se señala en otras ocasiones que el careo reviste carácter *potestativo, discrecional,* y *excepcional, o extraordinario, puramente judicial, que depende del libre arbitrio del juez* [13], lo cual entendemos que además de ir más allá incluso de las restricciones que la ley impuso, pudiera incluso infringir el derecho a usar los medios de prueba pertinentes, que la jurisprudencia constitucional ha considerado como formando parte del derecho de tutela judicial efectiva, de la cual se deduce que ningún medio de prueba puede ser potestativo del tribunal denegar o admitir su práctica, debiendo practicarse según el baremo de pertinencia, utilidad y legalidad de todas las pruebas.

Todo lo cual, obviamente tiene su base en la expresión literal de la ley, pero también carece de justificación, ya que ni la ley ni la jurisprudencia ofrecen ninguna. Véase por ej., la STS 159 2003, de 6 de febrero, según la cual:

«La diligencia de careo no constituye una prueba más del proceso o un medio probatorio autónomo, sino una fórmula incidental o medio para contrastar la fiabilidad de otras pruebas…. la práctica de las diligencias de careo, constituye una facultad enteramente potestativa del Tribunal sentenciador, como sin esfuerzo se colige de los arts. 451 LECRIM ('podrá el juez celebrar careo') o 729 LECRIM ('careos... que el Presidente acuerde...'), y a su vez poseen un carácter excepcional, como proclama el art. 455 LECRIM ('no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados'). [...] Vistas las precedentes normas legales podemos afirmar que, partiendo de la naturaleza puramente potestativa de la diligencia de careo, su carácter revisable en casación debe quedar excluido, con carácter general. La

[13] SSTS 480/2009 de 22 mayo, citando las 739/2005, de 13 de junio, y 660/2006, de 6 de junio.

denegación de una diligencia de este tipo no puede considerarse denegación de prueba pertinente y necesaria, a efectos de integrar el vicio formal alegado; ni tampoco puede estimarse vulnerado el derecho de todo justiciable a servirse de los medios de prueba».

Al menos su denegación habrá de ser *motivada*, reconoce alguna jurisprudencia, como la STS 1646/2000 de 30 octubre:

«La apreciación de si existe o no tal perentoria necesidad de practicarlos corresponde a la autoridad judicial a la que se pide, que es quien sabe las dudas que pueda tener, bien para la continuación y dirección que debe seguir la instrucción, bien para la resolución en sentencia de las cuestiones relevantes en cada caso. El Juzgado o Tribunal es quien conoce el contenido de las otras diligencias practicadas y sabe si puede tener alguna duda importante que el careo pudiera resolver. Por eso venimos diciendo reiteradamente en esta Sala que estos careos tienen un carácter subsidiario respecto de los demás medios de prueba…, lo que no exime la necesidad de motivación que permita el control de la decisión discrecional del tribunal sobre la concurrencia o no de los presupuestos para su adopción».

Algunas sentencias sin embargo, con mejor sentido, vienen a reconocer los casos en que el careo puede tener utilidad, y en los que por lo tanto su denegación se relaciona con el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a no sufrir indefensión, como la STS 2162/1994, de 13 diciembre*:*

«Todo lo que no sería obstáculo para que, dado el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes, íntimamente relacionado con el también derecho fundamental a no sufrir indefensión…, en casos excepcionales en que efectivamente quede acreditada la pertinencia de dicha diligencia, por darse los presupuestos de los artículos 451 y 452 y existir datos que hagan presumir que el careo ofrecería resultados positivos para el enjuiciamiento, pudiera provocar indefensión la denegación no motivada de tal prueba».

En suma, parece darse por supuesto que existe un *plus* en los criterios para la admisión de esta prueba, no bastando como en el caso de las demás con los baremos generales de legalidad y pertinencia, sino que necesitaría un juicio positivo del tribunal de cara al enjuiciamiento, con lo que además parece que se está permitiendo al juez introducir una especie de adelanto o prejuicio sobre su resultado. Obviamente, la exigencia de este plus de

admisibilidad carece no solo de cualquier justificación, sino también de ningún apoyo en nuestra ley procesal penal.

Tanto es así que también se ha dicho que la denegación del careo *no puede ser motivo de casación*[14], en el sentido de que la no admisión de una diligencia de careo no puede dar lugar a la anulación de la sentencia, y quedaría sometida a la plena *soberanía* tanto del instructor como de quien juzga, pues al tratarse de un *instrumento procesal* para el *auxilio* en la resolución de las dudas que los titulares de dichos órganos jurisdiccionales pudieran padecer en relación con la credibilidad que el contenido de las declaraciones previamente prestadas les suscitase, es a ellos, y sólo a ellos cuando semejantes dudas sufrieran, a quienes corresponde la iniciativa o decisión acerca de la conveniencia y oportunidad de su práctica, por lo que tal decisión no puede ser susceptible de corrección o censura en este ámbito casacional.

Recientemente, insiste en la doctrina ya expuesta la STS 305/2017 de 27 abril, (RJ 2017\2306):

"En el caso presente en cuanto a la denegación del careo entre los tres hermanos, como recuerdan las SSTS. 511/2007 de 7 junio (RJ 2007, 3508), 434/2010 (RJ 2010, 5580) y 365/2012 de 15 mayo (RJ 2012, 11341), el careo no es un medio de prueba autónomo, sino complementario de otros, como son las declaraciones de acusados y testigos, puesto que sólo sirve para contrastar y medir la credibilidad de éstos, depurando las contradicciones o discordancias que pudieran existir, razón por la cual la decisión de si procede o no su práctica se deja por el legislador a criterio del Juez o del Tribunal, como un reconocimiento más a las exigencias propias del principio de inmediación, como factor fundamental de las valoraciones de las pruebas de carácter personal, lo que tiene como consecuencia el que contra el acuerdo relativo a su denegación no cabe recurso de casación, según proclama el Tribunal Supremo de forma reiterada, SSTS 12-11-86 (RJ 1986, 6937); 6-11-89 (RJ 1989, 8566), 17-6-90 (RJ

[14] Por ej. en SSTS 609/2003, de 5 de mayo, 2003, RJ 4708, y 23 de abril de 2010, que cita otras anteriores, de 23 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1998. También en la STS de 18 de marzo de 1997, según la cual, "viene reiteradamente señalado la jurisprudencia de esta Sala, véanse, entre otras muchas, las SSTS 12 noviembre 1986 (RJA 6937), 6 noviembre 1989 (RJA 8566), 17 junio 1990 (RJA 5323), 14 septiembre 1991 (RJA 6191), 18 noviembre 1992 (RJA 9359) y 8 junio 1994 (RJA 4546), que el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas y por ello su denegación, en cuanto facultad discrecional del Tribunal de instancia, no resulta recurrible en casación.

1990, 5323); 14-9-9, 18-11-91; 18-11-92; 17-6-94; 4-3-98 (RJ 1998, 1765); 3-7-2000, 19-12-2003, 13-6-2005 (RJ 2005, 5147), 6-6-2006 (RJ 2006, 5949).

Lo mismo que las SSTS 542/2015, de 30 septiembre (RJ 2015, 4377) y 371/2015 26 de septiembre:

«…Esta condición negativa de la práctica del careo que introduce la ley responde, ante todo, al dudoso carácter probatorio del careo en el proceso penal moderno, y debe ser, por ello, estrictamente interpretada en cada caso. De ello se deduce que en el presente caso la diligencia de careo era innecesaria, dado que no se percibe ninguna circunstancia que permita afirmar que el tribunal a quo carecía de otros medios para comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de un acusado, y en cualquier caso el recurrente no concreta en qué medida la decisión que cuestiona pudo menoscabar sus posibilidades de defensa, cuando el tribunal de instancia puede hacer esas comprobaciones a través del interrogatorio directo de los acusados y testigos, por parte de las defensas».

Y sin embargo, decimos nosotros, convendría preguntarse por qué no habría de ser su inadmisión injustificada motivo de casación en algunos casos, cuando no se haya admitido en la instancia si fue propuesta como prueba, y sin motivación se haya rechazado, y cuando lo que va a suceder después es que no se pueda utilizar la prueba testifical, por no saberse quien dijo la verdad, ni haber manera de saberlo, como ha pasado en un reciente y conocido proceso en nuestro TS. Y no se olvide que la testifical, con todos sus problemas, es muchas veces la única prueba, o casi, por ej. en los delitos sexuales.

En este sentido, parece a día de hoy inaceptable de todo punto esa supuesta *soberanía* del tribunal respecto de esta prueba, previa la negación de su carácter de tal, llamándole *instrumento* procesal, cosa que no se sabe lo que es, cuyo concepto ninguna ley nos proporciona, ni en la doctrina se conoce, entendimiento de todo esto que entra en nuestra opinión en flagrante contradicción con el derecho de la parte a utilizar los medios de prueba, que se viene considerando incluido en el art. 24 CE y tiene por lo tanto naturaleza de derecho fundamental.

Desgraciadamente, no ha sido esta la opinión del Tribunal Constitucional español, según el cual la denegación de la práctica del careo no afecta al derecho consagrado en el art.

24.2 de la Constitución española a la utilización de los medios de prueba necesarios para la defensa.

En este sentido se pronuncia la STC 55/1984, de 7 mayo, según el cual «la denegación de una prueba concreta no constituye base suficiente para fundamentar la demanda de amparo, pues el propio precepto constitucional exige que sea pertinente, y la declaración de su pertinencia o impertinencia corresponde, según el artículo 659 LECRIM a los Tribunales penales en juicio de legalidad. A ello hay que añadir en el presente caso el carácter al que tal prueba ostenta (art. 451), siendo potestativo del Juez la celebración… aun sin mediar solicitud de las partes (art. 729, 1.º) y su carácter subsidiario, dado que, de acuerdo con el art. 455 de la mencionada Ley, sólo se practicarán cuando no fuese conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. A los Tribunales ordinarios, y no al Constitucional, corresponde efectuar dicha comprobación y determinar, como hemos señalado en el fundamento anterior, si la prueba existente es suficiente para deducir de ella la culpabilidad de los procesados».

En otras ocasiones si se ha reconocido por la jurisprudencia que el careo forma parte del derecho de defensa, así en la STS 1243/1999, de 21 julio*:*

«Obviamente si la contradicción implica el derecho a refutar las pruebas adversas y defender las que son favorables, sí implica en conclusión el derecho a contradecir cualquier postura acusatoria o simplemente incriminatoria, está claro que en este caso el recurrente gozó ampliamente de tal posibilidad en el marco de un proceso con plenas garantías. Contradicción que, también en el principio del proceso y a pesar de esa discutida intervención del único Letrado, tuvo su máximo exponente en la diligencia de careo que, evidentemente, supone la culminación del derecho de la parte a hacerse oír ante el Juez y a presencia de quien le impute hechos presuntamente delictivos».

Más concretamente, y en relación con lo anterior, la jurisprudencia ha entendido también que el careo forma parte del derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos que declaren en contra del acusado, como señalaba el ATC 214/1998, de 13 octubre:

«Ciertamente, en la STC 153/1997 se relaciona la diligencia de careo con el derecho, reconocido por el TEDH en varias sentencias, que se citan, a interrogar o a hacer interrogar a los testigos que declaren en contra del acusado, bien en el momento de la declaración o

más tarde, así como el derecho del acusado a estar presente, bien personalmente bien a través de su Letrado, durante el interrogatorio de los testigos de cargo, en virtud de la exigencia de publicidad de los debates».

Y sin embargo, todavía en los últimos años la jurisprudencia sigue insistiendo en su carácter facultativo, y empeñándose en negar su carácter de medio de prueba:

«No se trata exactamente de una medida de prueba, sino de una facultad acordada a los jueces para despejar las dudas que podrían haber generado declaraciones contradictorias. El juicio sobre la procedencia del careo, por lo tanto, no puede ser revisado en el recurso de casación, toda vez que depende de múltiples circunstancias del caso sobre las que no es posible juzgar sin haber presenciado la práctica de la prueba. Por lo demás, en el estado actual de nuestra experiencia procesal, la diligencia de careo difícilmente pueda ser considerada como un medio idóneo para alcanzar la verdad sobre los hechos»[15].

En línea con lo anterior y en contradicción con las declaraciones del TS mayoritarias antes aludidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha considerado que en determinadas circunstancias la denegación del careo, en cuanto manifestación de derecho del acusado a interrogar a quienes le imputan la comisión de un hecho delictivo, puede constituir la violación de un proceso justo. Esto es lo que sucedió en el *Caso Saïdi contra Francia,* como consecuencia de la negativa de las autoridades judiciales a organizar un careo con los testigos de cargo, lo que se estimaba incompatible con el art. 6 párrafos 1 y 3 d) del Convenio. Así puede leerse en la STEDH de 20 septiembre 1993, que:

«Los testimonios constituyeron así la única base de la condena, tras haber sido la única causa del envío a juicio. Ahora bien, ni en la fase de la instrucción ni durante los debates, el demandante pudo interrogar o hacer interrogar a quienes le acusaron. La ausencia de careos le privó, en parte, del derecho a un proceso justo. El Tribunal no mencionó las dificultades de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, principalmente en materia de búsqueda y administración de pruebas, y tampoco los destrozos provocados por éste en la sociedad, aunque no podrían conducir a tal punto los derechos de la defensa de 'todo acusado».

[15] STS, 2ª, 1854/2002, de 13 de noviembre, ROJ STS 7502/2002. Mas recientemente, en el mismo sentido, ATSJ, Murcia, Sala Civil y Penal, 14/2014, y STS, 2ª, 365/2012, de 15 de mayo.

Más recientemente, la *S*TEDH 2017/59, de 23 mayo, en el asunto Van Wesenbeeck contra Bélgica, consideró que la denegación del careo para proteger la identidad del agente de policía infiltrado cuya declaración sirvió, en unión de otras pruebas, de sustento para la sentencia condenatoria, no infringía el art. 6 del CEDH.

Y todavía últimamente, la STEDH 2019/95, de 2 de julio, un caso en que se consideró la prueba de careo como una más de las que permitieron la condena de los acusados. Y esto es lo más importante para nosotros, que en ningún caso parece haber habido la prevención que nuestra ley procesal y nuestra jurisprudencia tienen contra el careo, considerándose este como una prueba más y en relación con el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos de la acusación.

Con anterioridad y en múltiples ocasiones, el Tribunal ha reiterado que el artículo 6.3d) consagra el principio de que, antes de que un acusado sea condenado, todas las pruebas contra él deberán ser presentadas en su presencia en una audiencia pública con vistas a un procedimiento contradictorio. Las excepciones a este principio son posibles, pero no deben vulnerar los derechos de la defensa que, como norma general requiere que el acusado haya tenido la oportunidad adecuada y propia de cuestionar e interrogar a un testigo de cargo, incluso si ese testigo presta su testimonio en una etapa posterior del procedimiento (Caso Lucà contra Italia, STEDH 2001/96).

Algunas *otras restricciones* es verdad que sí tienen sentido, como cuando se dice que no se puede practicar el careo con *testigos menores de edad*, art. 455.II, pero con buen juicio, incluso en este caso se matiza, ya que sí podrá hacerse el careo *cuando el juez lo considere imprescindible, y no lesivo para el interés de los testigos, previo informe pericial,* salvedad esta añadida por la ley reformadora de 14/1999, de 9 de junio.

Resulta obvio que, como en tantos otros que afectan a los menores o incapacitados, en estos casos habrán de ponderarse circunstancias como de qué tipo de menores estamos hablando, si mayores de 14, que como es sabido pueden prestar testimonio, o solo infantes, impúberes, como les llama la vieja LECRIM, menores de esa edad, que carecen de la capacidad de ser sujeto pasivo del proceso penal, incluso en el procedimiento de menores, y a los que tampoco se les puede exigir juramento o promesa de decir verdad. También habrá que tener en cuenta de qué tipo de delitos se trate, o de qué actos delictivos han tenido

conocimiento los menores, no es lo mismo a estos efectos un delito de hurto que uno sexual, y también cuántas otras maneras habrá de averiguar la verdad en ese caso concreto, si existen o no otras formas o pruebas, que hagan que la restricción de los derechos del menor no se encuentre justificada en el caso.

Y este informe pericial del que habla este 455.II LECRIM es también integrador de una prueba pericial instrumental, de tipo psicológico o psiquiátrico, para adverar la madurez del menor implicado, su grado de afectación o los daños sicológicos causados por el hecho delictivo, cuya entidad servirá para justificar o no que se le someta al estrés de un careo. En este sentido, STS 414/2002, de 11 marzo:

«Respecto al careo interesado entre los menores y el procesado, independientemente de la violencia que para los niños pudiera suponer el enfrentamiento con el autor de los abusos sufridos, la diligencia interesada no es propiamente un medio de prueba, sino una facultad excepcional otorgada al Tribunal sentenciador, que dada su posición en el proceso debe usar con extrema moderación. Se trata más bien de un medio de constatar, precisar y matizar los interrogatorios ya producidos. Por tanto, si el Tribunal ya había formado convicción, como es el caso, la prueba deviene inútil».

Una nueva restricción, no recogida todavía por la legislación, podría venir dada por el caso de los *delitos de violencia de género*, a los que alguna sentencia ha extendido ya[16] la prohibición de celebrar careo, por cierto que interpretando de modo extensivo una prohibición, y en función del peligro que podría conllevar, de victimización secundaria de la mujer denunciante de la violencia, con el supuesto agresor.

Nuevamente hay que decir que mejor sería distinguir caso por caso. Efectivamente, en función de la gravedad del delito, de las circunstancias de su comisión, y sobre todo de la posición o situación emocional, anímica o psicológica de la mujer víctima, habrá muchos casos en que esta prohibición de celebrar careo esté plenamente justificada. Pero también habrá otros en que dada la posición de las partes no haya ningún problema en la celebración.

Por el contrario, resulta harto chocante, tanto si aceptamos que es un medio de prueba como si no, que el careo se pueda aunque sea de modo excepcional, durante el acto de la *vista*

[16] AAP, Ávila, 1ª, de 5 de diciembre de 2019, ROJ AAP AV 291:2019. En la misma línea, ATS, 2ª, 1341/2005, de 7 de julio.

*acordar de oficio* por parte del tribunal, lo cual nos parece criticable, dado que podría provocar indefensión, a la vista del carácter sorpresivo con que se acuerde, teniendo naturaleza inquisitiva, pues quién es el tribunal para acordarla de improviso, teniendo en cuenta que puede afectar no solo a los testigos, sino incluso también a los acusados, a los que se puede poner en evidencia por ej. ante un Jurado, si se niegan a participar en el careo, tanto como si participan en él, sin haber tenido la posibilidad de prepararse para una actuación que puede suponer una renuncia a su derecho a no declarar. No obstante este derecho permanece siempre vigente, de modo que pueden negarse a participar en esta prueba.

3.-*Práctica del careo*

*a. Durante la fase de instrucción*

El careo solamente se regula en nuestra vieja ley, y de modo fragmentario, como diligencia a practicar durante la fase de instrucción, debiendo por analogía aplicarse estas mismas normas cuando se proponga o acuerde como prueba en el acto de la vista.

El careo tanto podrá ser acordado de oficio por el Juez, como solicitado por el Fiscal o las demás partes, al amparo del art. 311, que en general permite solicitar todas las diligencias para sostener la pretensión de cada una de ellas.

A la hora de acordarla el Juez podrá tener en cuenta otros parámetros que pueden desaconsejar su práctica, como que esté vigente el secreto del sumario, o que se trate de testigos protegidos,[17] casos en los cuales habrá de valorarse si la celebración del careo es susceptible de perjudicar los fines del secreto, o de revelar la identidad de los testigos, y las consecuencias que ello podría conllevar[18].

El acto de careo, según el art. 452, *se verificará ante el Juez,* no siendo necesario recalcar la importancia en este caso de la *inmediación* judicial, dado que es al instructor a quien ha de servir esta diligencia para valorar adecuadamente otras anteriormente ya practicadas, y para seguir "tirando del hilo" de la instrucción, acordando otras diligencias de investigación que de aquí se desprendan, en persecución de la verdad histórica de los hechos.

[17] Sobre este punto, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección de Testigos y Peritos, y también la Ley Procesal Militar.
[18] CONDE-PUMPIDO TOURON, *Los procesos penales*, cit., p. 682.

Por eso, aunque corresponda *al Secretario leer* a los imputados o testigos entre quienes tenga lugar el acto las *declaraciones* que hubiesen prestado*,* según este mismo precepto, corresponde sin duda al *Juez preguntar a los testigos,* después de recordarles su juramento y las penas del falso testimonio, si se ratifican en ellas o tienen alguna variación que hacer.

En este punto se hace preciso recordar que a las *partes*, en realidad solo se tratará del imputado o acusado*, no se les puede recordar la exigencia de decir verdad*, porque no les afecta esta obligación, que sólo rige para los testigos, conservando igualmente su derecho a no contestar, a todas o a alguna de las preguntas o cuestiones, íntimamente conexo con el de no confesarse culpables, por lo que obviamente se reduce la eficacia de esta prueba en cuanto a su participación. Por el contario, lo que habrá que recordarles son sus derechos.

Todo ello de conformidad con los principios y derechos constitucionales a los que se refiere la jurisprudencia al interpretar el art. 24.2 de la Constitución Española, y ahora expresamente se recogen en los arts. 118, para todos los imputados, 520 para los detenidos, e incluso el art. 786 de la LECRIM para los representantes que declaren en nombre de las personas jurídicas.

Pero que se reduzca la eficacia de esta prueba no quiere decir que desaparezca por completo su utilidad, correspondiendo al Juez o tribunal valorar la actitud al contestar, o no, a las aseveraciones del otro careado, lo mismo que sus respuestas evasivas, etc. De esta forma, incluso *el silencio durante el careo* tiene su utilidad, sobre todo en la fase de instrucción, pues incluso en el acto de la vista se le reconoce por nuestra jurisprudencia constitucional cierto valor, como se puede ver en la muy reciente STS 513/2019, de 28 de octubre[19].

[19] ROJ 3328/2019. Sobre el valor del silencio, en unión de otras pruebas, como prueba de cargo, *vid.* SSTS 455/2014, de 10 de junio, 487/2015, de 20 de julio, 505/2016, de 9 de junio, 533/2017, de 11 de julio, a partir de la STEDH, en sentencia de 8 de febrero de 1996 (caso Murray), ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a organización armada (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente el juez, valorando las pruebas presentadas por el Fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acosado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.
Así también nuestro TC, en sentencia 26/2010, "hemos afirmado que ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo

Y en cuanto a los testigos que participen en el careo, habrán de recordárseles de nuevo sus deberes como tales, sobre todo el de decir verdad, y tomarles de nuevo juramento o promesa, advirtiéndoles de las penas que corresponden por el delito de falso testimonio.

Seguidamente el juez les preguntará si *ratifican* las declaraciones prestadas o quieren modificarlas; en el supuesto de que alguno de ellos modificara su declaración en el hecho concreto en que existía discrepancia, concordando su manifestación con el otro interviniente en el careo, en principio parece que no tiene sentido continuar la diligencia, haciendo constar la modificación realizada[20], y dando la diligencia o prueba por terminada.

Se suele decir, sin embargo, que el legislador peca de ingenuidad, al pensar que la confrontación de personas que han depuesto de manera contradictoria sobre los mismos hechos ha de permitir aclarar la verdad ante la matización que alguno de ellos haga en el acto del careo, que también puede ser aclaración o rectificación, en mayor o menor medida, de lo dicho antes. Sin embargo, esto, que puede achacarse a todas las pruebas personales, singularmente declaraciones de parte y testifical, no puede llevar a excluir que en algunos casos, realizado el careo la mayor consistencia, verosimilitud, fiabilidad o credibilidad de los careados pueda contribuir en alguna medida al esclarecimiento de la verdad.

En la práctica diaria de nuestros tribunales, es obligado proceder a sopesar las diversas declaraciones en el momento de la valoración de las pruebas en la sentencia, y no se puede excluir que el careo sirva a esta importantísima función, de manera que su utilidad es tan escasa o tan grande como la de otros tantos medios de prueba que se siguen sin embargo admitiendo y practicando abundantemente todos los días, aun no confiando para nada en su utilidad, como es el caso sobre todo de la prueba testifical.

Y si durante la práctica de esta diligencia observa el juez que miente alguno de sus intervinientes podrá exhortarle a decir verdad, naturalmente si es testigo, no si es el imputado, e ilustrarle sobre las penas que podría conllevar el delito de falso testimonio, todo según el art. 452 LECRIM.

No puede permitir el juez durante su práctica de esta diligencia que *los careados se insulten o amenacen,* según se ocupa de recordar, innecesariamente, el art. 454, prevención acerca de la

autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, y 220/1998, de 16 de noviembre).

[20] A. DE DIEGO DIEZ, *Medios de investigación: el careo*, en *El proceso penal*, cit.

cual otra vez hay que decir que les corresponde mantener el orden y el respeto para todos los intervinientes, lo mismo en estas que en todas las demás pruebas, y en el resto de las actuaciones, también durante la instrucción, sin que otra vez aparezca el motivo de la supuesta especialidad o excepcionalidad de este medio de prueba. Al respecto cabe recordar de manera general los arts. 190 y ss. de la LOPJ.

La celebración de la diligencia como regla general solamente tendrá lugar entre dos personas a la vez (artículo 451), dado que el riesgo de enfrentamiento y de coacciones sobre la voluntad de alguno de ellos aumentaría si fueran más los intervinientes.

*El Secretario Judicial dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo y de las preguntas, contestaciones y reconvencione*s que mutuamente se hicieren los careados, así como *de lo que se observare en su actitud* durante el acto; y firmará la diligencia con todos los concurrentes, expresando si alguno no lo hiciere, la razón que para ello alegue (art. 453).

Sin embargo hay que precisar que la determinación y constancia en el acta de las *observaciones sobre las actitudes de* contundencia, firmeza o no, al sostener sus afirmaciones, que tuvieren durante el acto los careados, a diferencia de sus manifestaciones, no corresponde al ahora mal llamado Letrado de la Administración de Justicia, antes más correctamente Secretario Judicial, sino más bien al Juez o al Presidente[21], como sucede en el transcurso de otras pruebas como la de reconocimiento judicial o inspección ocular, o en la de reconstrucción de los hechos, siendo este y no el Secretario quien ha de decidir cuáles apreciaciones al respecto son las que se harán constar de modo expreso en el acta, en la que debe constar las apreciaciones que el Juez manifieste al LAJ.

*b.-Durante la vista del juicio oral*

La LECRIM apenas dedica un par de artículos a la práctica del careo durante el juicio oral, lo cual puede darnos una idea nuevamente de la escasa importancia que se atribuye a este medio de prueba.

Dentro de las normas que se dedican al examen de los testigos, el art. 713 vuelve a repetir, sin añadir nada a lo que ya sabíamos desde la instrucción que «En los careos del

[21]En este mismo sentido, A. DE DIEGO DIEZ, *Medios de investigación: el careo*, en *El proceso penal*, cit., y también CONDE PUMPIDO, *Los procesos penales*, cit., p. 683.

testigo con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirse los careados los cargos y a hacerse las observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad».

Con ello sin embargo se está admitiendo, sin haberlo dicho antes expresamente, que se puede proponer y practicar esta prueba también durante la vista del juicio oral, aunque lógicamente la necesidad y conveniencia no se puede prever hasta el momento final de las declaraciones de imputados y testigos, solo cuando todas ellas se hayan prestado, por lo que no se puede el careo pedir anticipadamente y sujetar a las normas de proposición de las demás medios de prueba, con ocasión de presentar los escritos de acusación o al comienzo de la vista. Esta sí que es una especialidad importante, en la que vuelven a coincidir sobre el careo tanto el legislador como la jurisprudencia y la doctrina, ya que en este punto no han reparado de ninguna manera.

Por esta razón, probablemente, que da lugar a la *mayor especialidad de esta prueba*, norma contenida en el art. 729.1 LECRIM, dentro de las disposiciones comunes, según la que el careo puede ser *acordado de oficio* o a propuesta de

cualquiera de las partes en el momento, que será al final, de la práctica de la prueba en la vista.

Norma que supone una *excepción* al principio contenido en el art. 728[22] de que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, de acuerdo con el principio de aportación de parte que rige sobre la prueba en el juicio oral de manera casi absoluta, y a la que solo se le añaden las otras posibilidades de este mismo art. 729[23], y que son también supuestos de *pruebas instrumentales,* y también de escasa utilización en la práctica.

[22] Artículo 728: "No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas".

[23] Artículo 729: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior 1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles".

Aunque pueda también tener lugar según lo dispuesto en el art. 729 bis [24], mediante el sistema de *videoconferencia,* tanto en la vista como analógicamente durante la fase de instrucción, no parece que vaya a tener mucha utilidad esta prueba si los que han de intervenir en ella no están presentes ante el Juez instructor o el Tribunal que haya de instruir la causa o dictar la sentencia, ya que las reacciones de los careados que habrán de servir para aquilatar y valorar en definitiva la veracidad de sus declaraciones contradictorias se perderán o dificultarán en gran medida si no se encuentran todos ellos con el juez en la misma sala.

Los modernos procesos españoles, que aunque de manera especial y fragmentaria, por remitirse a las normas generales de la vieja ley procesal, han supuesto una puesta al día de nuestro proceso penal, sin embargo han venido a recoger la institución del careo, pero sin aclarar las dudas que esta suscita, simplemente remitiéndose de manera mecánica a lo que ya dispuso la vieja ley decimonónica.

No es el caso del procedimiento *abreviado*, que no contiene mención alguna del careo. Pero, curiosamente, en el art. 797.7ª, se permite su práctica en el marco de los *juicios rápidos*, pero sin quitar ni añadir nada a lo que ya dice sobre el careo la vieja ley. Se trata sin duda de una disposición que tendrá escasa o nula aplicación en la práctica, puesto que este instrumento procesal va dirigido casi única o exclusivamente a la consecución de una conformidad durante el período en el que el Juez de Instrucción se encuentra ejerciendo como Juez de Guardia, por lo que tanto la instrucción como la prueba en la vista se presenta como algo totalmente secundario, en el sentido de que será algo excepcional.

Otro ejemplo en este sentido lo constituye la Ley Orgánica Procesal Militar, 2/1989, de 13 de abril, que en sus artículos 311 y 312 recoge la posibilidad de practicar el careo como prueba durante la vista, tanto de oficio como a instancia de cualquiera de las partes, sin más precisiones sobre su naturaleza y procedimiento.

[24] Artículo 731 bis: "El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

4.-*El careo en el proceso civil*

El careo no figura en principio en la lista de medios de prueba propia del proceso civil. Pero el art. 373 de la ley procesal civil lo menciona a propósito de la prueba testifical, pudiendo también aquí ser acordado de oficio, lo que resulta claramente contradictorio con el principio dispositivo y de aportación de parte propio de este proceso. Esta incoherencia es todavía más grave en el caso del proceso civil, dado que en esta sede las partes disponen también de los hechos, no existiendo el fundamento de la averiguación de la verdad material que lo sustenta en el proceso penal.

El fundamento del careo tampoco puede ser otro que el que tiene en el proceso penal, el de servir para aquilatar la veracidad de las declaraciones anteriores de testigos o partes, al ser matizadas o rectificadas en parte en el momento de su práctica, permitiendo así a quien ha de valorar la prueba, dar mayor credibilidad a una u otra.

También aquí el careo es una prueba indirecta, como la de indicios, o instrumental más bien, ya que no va dirigida a obtener directamente la convicción del juez acerca de la existencia del hecho controvertido, sino a arrojar luz acerca de qué declaración de las anteriores resulta más fiable y convincente.

Y de la misma manera requisito de admisibilidad de esta prueba es que los testigos hayan incurrido en contradicciones, que aquí se exige expresamente que sean *graves*. Por lo tanto, podrá practicarse un careo cuando las personas que conocen los hechos controvertidos incurran en contradicciones de cierta gravedad sobre elementos, datos, o circunstancias fácticas.

La ley procesal civil no nos dice cómo ha de practicarse el careo, ante lo cual parece lógico aplicar analógicamente las normas procesales penales, ya que otras no existen, aunque habrá que adaptarlas a esos principios propios del proceso civil, sobre todo en lo que respecta al careo con alguna o entre dos partes, que aquí son dueñas también de los hechos.

PUBLICIDAD5.-*El careo de peritos*

En el proceso penal, aunque no se le denomine como careo, lo cierto es que los peritos habrán de concurrir al acto de la vista y presentar su informe conjuntamente, ya que habrá de ser dos, al menos en el caso del proceso ordinario.

De manera implícita, lo que se está haciendo ahí es confrontar las versiones de ambos peritos, que pueden ser concordes, pero no necesariamente, o no en todos sus puntos, y para aclarar esto se les obliga, o se les permite, comparecer juntos, para permitir al tribunal precisamente decidir cuál de las dos posturas sobre los hechos es la que resulta más convincente, a la hora de valorar las pruebas.

En el proceso civil, aunque expresamente no se diga, se da por supuesto que los peritos pueden comparecer juntos durante la vista, de acuerdo con el art. 347.1 LEC, previa solicitud de las partes, comparecencia que puede tener múltiples formas, desde la exposición completa del dictamen, o de alguno de sus puntos, respuestas a preguntas u objeciones sobre el método del dictamen, ampliación, y sobre todo crítica del dictamen de la parte contraria, pudiendo el juez formular también preguntas a los peritos, aunque no ampliar su objeto.

Como regla general, en el proceso civil los peritos ratificarán su informe de manera individual, contestando en primer lugar a aquellas cuestiones que les pueda plantear la representación de la parte que los propuso, para posteriormente responder las de la parte adversa. También cabe la posibilidad de que el Juez ejerza sus facultades durante la prueba para solicitar aclaraciones, o explicaciones complementarias.

Pero, frecuentemente existirán dos dictámenes contrapuestos o contradictorios sobre los mismos hechos, o que les otorgan a determinadas circunstancias mayor o menor importancia. Es entonces cuando del debate, mediante esas peticiones de aclaración, explicación o complemento surgirá para el Juez, que habrá presenciado e intervenido personalmente en él, la mejor manera de valorar los hechos y de calificarlos a la vista de lo que hayan pedido las partes.

De manera mecánica, tópica, tanto la doctrina[25], cono la jurisprudencia[26] se viene oponiendo también a considerar estas comparecencias conjuntas de los peritos como un careo, lo cual es verdaderamente sorprendente, dado que es oponerse a la realidad de algo que está sucediendo todos los días de manera natural, sobre todo en los procesos penales. Decimos esto porque en realidad y si bien se mira el acto procesal que se lleva a cabo cuando los dos peritos comparecen conjuntamente es un careo, aunque la ley no llame así, en función de su contenido material. Con mejor criterio, alguna sentencia reciente sí admite la posibilidad hipotética de un careo de peritos en el acto de la vista oral, aunque lo niega para la instrucción, momento en el que se había solicitado.[27]

6. *A modo de conclusión, de cara al futuro*

En *conclusión*, creemos que no puede negarse que el careo tanto puede ser una diligencia de investigación como una verdadera prueba si se practica durante el acto de la vista, debiendo de abandonarse de una vez por todas los prejuicios decimonónicos que contiene la vieja ley procesal penal, y que la jurisprudencia no ha querido revisar, dado que hay que entender que el careo se incluye dentro del derecho a utilizar todos los medios de prueba, sin que sean admisibles las consideraciones de oportunidad, ni mucho menos derivadas de una prevención en contra de un resultado que se presume vano, ni mucho menos de un riesgo de insultos, debiendo también desterrarse la discrecionalidad en su otorgamiento, puesto que no la puede haber, en la medida en que no la hay en las demás pruebas[28].

[25] A. ARNAIZ SERRANO, en *La Prueba*, cit. "Si como se ha expuesto la finalidad del careo es contrastar el valor de las declaraciones y depurar o aclarar las contradicciones o discordancias que entre ellas pudieran existir…tiene sentido que se excluyan a los peritos de la posibilidad de ser sometidos a careos, sin que sea posible entender que la posibilidad contemplada en el art. 724 de la LECRIM, que permite el examen conjunto de los peritos, pueda ser entendida como una puerta abierta a la confrontación mediante careo de los peritos, cuyas declaraciones sólo pueden ser corroboradas a través del interrogatorio".

[26] La STS 2744/1993, de 7 diciembre*:* el 'careo' es una forma de contraste de pruebas que se proyecta normativamente respecto a las declaraciones de acusados y testigos (arts. 451 y siguientes y 729.1. de la LECRIM), pero no en la prueba pericial, en la que la contradicción legalmente prevista se concreta, según el citado art. 724, en las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan y no en esta especial, atípica e insólita forma*"*. También en este sentido, STS 929/2006, de 28 de septiembre.

[27] AAP Valencia, 5ª, 193/2019, de 25 de febrero.

[28] En esta dirección, V. CORTES DOMINGUEZ, con V. MORENO CATERNA, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1999.

*De cara al futuro,* a la deseada reforma total de nuestra ley procesal penal, hay que reconocer que la perspectiva es positiva, aunque no de modo completo. En efecto, los dos últimos *textos prelegislativos españoles*, implicaban un cierto avance en esta materia.

Primeramente, el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal,* debido a la iniciativa del ministerio del profr. Caamaño Domínguez, incluía, curiosamente no como diligencia de investigación, pero sí como una más de las pruebas a practicar durante la vista, en su art. 582, la prueba de careo, en relación con la testifical, y con una regulación similar a la actual, aunque más completa, ya que preveía un interrogatorio de parte después del careo propiamente dicho, sobre los puntos en contradicción que determinaron la procedencia del acto. Se contenía igualmente la limitación del careo con menores de edad.

Y finalmente, en línea con la nueva consideración de la declaración del acusado, como medio más de defensa que de prueba, el careo en su caso solo podría tener lugar si lo consiente y lo solicita su defensa, según el art. 585 proyectado.

Sin embargo, en la regulación que se proponía hay que rechazar el que no se pudiese acordar más que de oficio y de manera excepcional, aunque se suprimían todas las menciones a su discrecionalidad.

Por su parte, el llamado *Borrador de Código Procesal Penal de 2013*, debido al impulso del ministro Gallardón, en sus arts. 387 a 390 se refería al careo como diligencia de investigación a practicar por el Fiscal, sin que se haya introducido más novedad que sustituir las menciones al Juez por el Fiscal, y eso sí, importante a este respecto, se obligaba a la documentación de esta diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

Lamentablemente se volvía a dar un paso atrás, y a insistir en su carácter excepcional, de modo que no se practicarían careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los encausados, y se conservaban las limitaciones en relación con los menores de edad, salvo que el Fiscal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos. No se mencionaba la discrecionalidad en su admisión.

También había un paso adelante, ya que en la fase de juicio oral, se suprimía la prueba de oficio, sin excepción alguna, pero se recogía entre otras la posibilidad de proponer y practicar careos, a solicitud de las partes, art. 446 tanto de testigos como con los acusados, a

la vista del desarrollo de las pruebas practicadas en el plenario, reconociéndose sin nombrarlo su carácter de prueba instrumental, dado que a continuación se podían acordar también cualquier otra prueba que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles. Se admitían también las pruebas propuestas por las partes y cuya pertinencia resulte sobrevenida como consecuencia de revelaciones inesperadas y que resulten absolutamente indispensables para el enjuiciamiento del hecho.

Pero, dicho todo esto, resulta que no había la más mínima referencia a como se haya de practicar el careo en la escasa regulación de la prueba en la vista, ni tampoco remisión a las normas de la instrucción.

Aunque ninguno de estos dos textos preparatorios ha llegado a convertirse en ley, conviene recalcar, de cara a la reforma total del proceso penal que se está preparando en España al parecer en este año 2020, una vez más, que en ambos venía a reconocerse que el careo puede ser un verdadero medio de prueba cuando se practica en el acto de la vista ante el Tribunal sentenciador, y que es posible y deseable prescindir de una vez por todas de las prevenciones que en su contra contiene todavía la vieja LECRIM de 1882, lo que pone de manifiesto que estamos, como otras veces, ante una cuestión frente a la que tanto la doctrina como la jurisprudencia se limitan generalmente a repetir viejos tópicos desde hace muchas décadas sin más discusión, reconsideración, ni puesta al día.

*Abstract*

The confrontation is both an investigation procedure and a true proof, of a personal, indirect and instrumental nature, by means of which two discrepant previous statements made by witnesses or defendants are confronted.

The old Spanish criminal procedural law distrusts its usefulness, and doctrine and jurisprudence qualify it as subsidiary, exceptional or optional, in contradiction with the fundamental right to evidence, as well as the right of the accused to have the witnesses questioned against him , recognized by the jurisprudence of the ECHR.

In line with what was advanced in the latest preparatory texts of the criminal procedure reform in Spain, these preventions and limitations that are currently meaningless should be abandoned.

Santiago, novembre 2020.

ISABEL VILLAR FUENTES*

# *Intelligenza artificiale nesso tra dottrina e giurisprudenza* **

*Nel continente europeo, sin dagli albori dell'attuale millennio, i professori sono stati i veri artefici delle grandi costruzioni giuridiche. La codificazione ha tolto loro il potere di decidere che prima possedevano, ma non quello di commentare, criticare, sistematizzare, incidere, consigliare.*

[R. C. Van Caenegem
*Passato e Futuro del diritto europeo*]

*Sommario*: I. Il concetto di dottrina. A) Esiste una risposta della giurisprudenza alla dottrina? - B) Trasposizione della dottrina in giurisprudenza. - II. La dottrina può incidere in modo efficace sulla giurisprudenza? - III. L'intelligenza artificiale al servizio della dottrina - IV. IA intraprocessuale e in sede giudiziaria - V. IA nesso tra giurisprudenza e dottrina.

## I. *Concetto di dottrina*

La dottrina in campo giuridico possiede in linea di principio due ambiti di lavoro e di studio: la produzione normativa (dai momenti iniziali e dai preparativi, fino alla promulgazione) e la produzione giurisprudenziale.

Lo studio, la critica e l'analisi della dottrina si soffermano proprio su questi due ambiti, rappresentano il loro oggetto di studio e il loro contributo scientifico.

Non ci soffermeremo invece sulla metodologia della ricerca giuridica, poiché non è questo l'obiettivo del lavoro, anche se è necessario che il metodo e il rigore scientifico della

* *Profesora Colaboradora Doctora di Diritto Processuale dell'Università di Cadice.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

dottrina venga riconosciuto, valorizzato e soprattutto ritorni agli operatori del diritto, che ne hanno analizzato i frutti.

La produzione normativa e la giurisprudenza, una volta passate al setaccio dalla dottrina, devono ritornare al legislatore e alle autorità giudiziarie, "sottolineare i rischi", per poi tradurre i suggerimenti della dottrina in norme giuridiche e decisioni giudiziarie[1].

Tale ruolo, così importante, da, si potrebbe dire, rappresentare un'esigenza di qualità, di rispetto degli standard, di adeguamento ai bisogni della società, oggigiorno risulta leggermente offuscato, con una perdita significativa della funzione che dovrebbe svolgere.

Cominciando dalla portata della nozione "dottrina", vi sono autori che la definiscono un lavoro di «ricerca, sistematizzazione e interpretazione che i giureconsulti svolgono nelle loro opere»[2]; altri, studi di «carattere scientifico che i giuristi realizzano sul diritto, sia con lo scopo, puramente teorico, di sistematizzare le loro disposizioni, sia con l'obiettivo di interpretare le norme e indicarne le regole di applicazione»[3].

La dottrina è fatta di critiche, definizioni, interpretazioni, correzioni da parte delle istituzioni giuridiche, dei suoi creatori, delle sue conseguenze e dei suoi effetti. Ciò implica che il lavoro e lo studio della dottrina partono dalle figure giuridiche o da una situazione nuova che necessita di una disciplina, per poi proseguire con il trattamento normativo e i suoi risultati nei provvedimenti giudiziari.

In tale attività di studio e di lavoro, la dottrina, tra i tanti strumenti, si occupa della giurisprudenza, per sapere in che modo si pronuncia su ognuna delle istituzioni giuridiche, nelle ipotesi in cui la corte suprema modifichi uno specifico orientamento giurisprudenziale ecc.[4]. Sono poche le opere dottrinali che non prendono in considerazione la giurisprudenza

---

[1] L. PEGORARO, L.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia Mexicana*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nuova serie, Anno XLIX, n. 147, settembre-dicembre 2016, pp. 137 e 171.

[2] D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, Ciudad de México, 2005, p. 76.

[3] D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, cit., p. 76. Julien Bonnecase afferma che è evidente che la dottrina si riduca a un afflusso di opinioni individuali, ma non per questo sia meno importante.

[4] L. PEGORARO, L.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales*, cit., p. 146: «circolazione infra-formanti (legislatori/legislatori, corti/corti, dottrina/dottrina); Opere infra-formanti (corti/legislatori e legislatori/corti), in particolare sull'utilizzo da parte dellecorti, del diritto straniero in generale, comprese perfino leggi e sentenze. Tuttavia, nessuno - almeno per quel che ne sappiamo, ma potremmo anche

rispetto all'argomento in esame, per commentarlo, criticarlo o semplicemente spiegarlo, per cui possiamo affermare che esiste un percorso unidirezionale tra dottrina e giurisprudenza.

In questo modo, la dottrina si avvale della legislazione e della giurisprudenza per svolgere il proprio studio e la propria ricerca, tuttavia, non riceve alcuna risposta dai legislatori, né dagli operatori del diritto. Tale mancanza di riscontro implica che il lavoro dottrinale risulti sterile, si potrebbe dire che "predica nel deserto"; la ricerca giuridica non viene valorizzata e non ha alcuna efficacia.

Si tratta, a quanto sembra, di un rapporto unidirezionale, sia per quanto riguarda il legislatore, sia per la giurisprudenza. Visto che lo scopo del presente studio è quello di valutare la portata dei lavori relativi alla dottrina nei provvedimenti giudiziari, dobbiamo verificare se esiste una sorta di collegamento, come risposta della giurisprudenza alla dottrina.

A) *Esiste una risposta della giurisprudenza alla dottrina?*

Storicamente la scienza del diritto ha esercitato un impatto sul legislatore e sull'autorità giudiziaria, si basava nel censire i provvedimenti dell'uno e dell'altra. Tale posizione di rilevanza è rimasta fino al XX secolo. «Nel continente europeo, sin dagli albori dell'attuale millennio, i professori sono stati i veri artefici delle grandi costruzioni giuridiche. La codificazione ha tolto loro il potere di decidere che prima possedevano, ma non quello di commentare, criticare, sistematizzare, incidere, consigliare»[5].

La risposta alla questione sollevata, oggi come oggi è assai scadente, infatti l'incidenza della dottrina si manifesta in due forme estremamente leggere.

Da una parte bisogna riconoscere che l'autorità giudiziaria ha definito, nel proprio percorso accademico, una scrupolosa formazione e preparazione, e ha assimilato concetti e istituzioni giuridiche sulla base dei dettami della dottrina. È ovvio che la formazione accademica non è una semplice assimilazione di norme, la scienza del diritto va oltre: è composta da istituzioni, da forme giuridiche, da fondamenti ecc.

---

sbagliarci - si è mai occupato della verifica empirica di un particolare aspetto della "circolazione tra formanti"; ovvero, di come la dottrina si ricolleghi alla legislazione e, per il nostro scopo, alle sentenze».

[5] L. PEGORARO, L.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales*, cit., p. 142, ove citano R.C. VAN CAENEGEM, *JUDGES, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, in particolare cap. I.

In questo modo, giudici e magistrati vengono formati a livello giuridico dall'accademia, sia nelle aule, che nello studio dei manuali. Tale assimilazione di concetti, non è questione di poco conto, visto che la stessa figura o istituzione giuridica può situarsi in una diversa natura giuridica, a seconda che sia stata appresa in una facoltà piuttosto che in un'altra e questa diversità nella catalogazione, probabilmente si vedrà rispecchiata nei provvedimenti giudiziari dell'organo che li ha emessi. Come esempio possiamo prendere degli argomenti di cui si discute come il carattere contenzioso o meno delle questioni preliminari o il carattere di *numerus clausus* delle stesse, in seguito alla modifica della legge di procedura civile secondo la legge 19/2006. Rispetto a tali questioni le diverse posizioni saranno inevitabilmente incluse nelle argomentazioni dei provvedimenti giudiziari emessi.

Non vi è dubbio che l'*imprinting* avuto, resterà nel patrimonio culturale giuridico, che servirà e verrà utilizzato nei provvedimenti.

Tuttavia, tale collegamento tra dottrina e giurisprudenza è da considerarsi estremamente ingiusto e mediocre. La patina dottrinale ricevuta dagli studenti durante la formazione universitaria è caratterizzata da livelli piuttosto elementari, con scarsa profondità. Questo ci porta ad affermare che il pensiero dottrinale, malgrado un lavoro rigoroso, viene sprecato, non riesce ad adempiere alla funzione di informare e correggere che dovrebbe invece avere.

Il secondo possibile contatto della giurisprudenza, come risposta alla dottrina, avviene attraverso la formazione che giudici e magistrati ricevono nei congressi e nei seminari, che «continuano a plasmare la percezione della magistratura davanti a specifiche istituzioni giuridiche»[6].

Partendo da questo tipo di approccio, si può affermare che gli operatori del diritto che creano la giurisprudenza, vengono plasmati dalla dottrina, fin dal primo momento della loro formazione accademica e nel corso della loro evoluzione e dell'esercizio della professione. Il patrimonio giuridico di giudici e magistrati, pertanto, è formato dalla dottrina e tale patrimonio rimarrà presente nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

[6] D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, cit., p. 101.

B) *Trasposizione della dottrina in giurisprudenza*

Giunti a questo punto, ci interessa sapere se la formazione della dottrina in qualche modo si rispecchia nei provvedimenti giudiziari e con che intensità. Per poter realizzare tale verifica, scegliamo alcune sentenze nell'ordinamento della giurisdizione civile e penale della corte suprema, in modo casuale, ottenendo uno scarso risultato.

In primo luogo, si segnala che su un totale di sessanta sentenze consultate, la parola "dottrina" appare in 98% dei casi.

Tuttavia, l'analisi concreta di ogni singola menzione al vocabolo cercato, mostrava come ci si riferisse alla "dottrina giurisprudenziale", "dottrina di quest'aula", "dottrina di questa corte"[7].

Una ricerca del termine "dottrina" nella giurisprudenza, per esempio della Corte Suprema ci restituisce dei termini confusi, che si allontanano dal concetto che abbiamo inteso delimitare, come quello di "dottrina giurisprudenziale"[8]. Il termine "dottrina" si concentra sull'opinione prevalente e uniforme di materie, concetti e istituzioni, di provvedimenti giudiziari e diverse sentenze preferibilmente prodotte dalla Corte Suprema o dalla Corte Costituzionale. I rimandi alla dottrina di tali tribunali sono costanti e ancor più frequentemente alla stessa aula. Potremmo affermare che vengono continuamente prodotte autocitazioni, da parte dei magistrati, alle proprie posizioni e a pronunciamenti precedenti. Tale conclusione ci porta a un diabolico incrocio, che fa pensare che la giurisprudenza si nutre soltanto dei propri pronunciamenti. In definitiva un risultato che di nuovo ci obbliga a sottolineare il

[7] ATS 8801/2019, Sezione Civile della Corte Suprema, nella presente ordinanza appare sei volte la parola dottrina, sempre intesa come dottrina giurisprudenziale, con modi diversi di fare riferimento ad essa. Nel paragrafo successivo la troviamo in due occasioni: «Nella motivazione viene denunciata la violazione dell'art. 71.1 LC, poiché si ritiene che la sentenza si oppone alla dottrina giurisprudenziale della Sezione, stabilita segnatamente dalle sentenze della Corte Suprema n. 629/2012, del 26 ottobre, n. 487/2013, del 10 luglio, sentenza n. 428/2014, del 24 luglio, in quanto di fronte al criterio della dottrina di un severo requisito per un comprovato ed evidente stato di insolvenza, il tribunale di Audiencia Provincial considera che sia sufficiente per revocare i pagamenti imputati a debiti scaduti ed esigibili prima della dichiarazione di fallimento, fatti che devono essere considerati mera presunzione, poiché non sono indicativi dello stato di insolvenza, e non si attengono al fondamento di fatto della sentenza impugnata». STS 7566/2010: «3. Viene esposta la dottrina giurisprudenziale sulla cosa giudicata»; STS 7704/2010. La presente dottrina della Corte Costituzionale è valida per qualsiasi situazione. Il criterio è stato avallato dalle SSTS del 28 luglio del 1995, Sezione Penale del 15 marzo del 1994, Sala del Contenzioso-Amministrativo, del 19 settembre del 1987 e del 23 febbraio del 2004.

[8] D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, cit., p. 76, citazione di Nieto, con riferimento al fatto che in Spagna è stata definita una nuova espressione, quella di dottrina giurisprudenziale, nella quale vengono riuniti i due concetti intorno a cui si basa la presente esposizione: dottrina e giurisprudenza.

poco peso della dottrina nella giurisprudenza, e, ancor più grave, la mancanza di aggiornamento dei provvedimenti giudiziari, che in questo modo corrono il rischio di essere alquanto immobilisti.

Lo scarso arricchimento della giurisprudenza, da parte della dottrina, comporta una situazione di stallo dei provvedimenti giudiziari, una maggiore lentezza nell'adeguamento ai tempi e ai cambiamenti.

Se la funzione dei giudici e dei magistrati è la funzione giurisdizionale, come giudicare e garantire l'esecuzione del giudicato, svolgere un'effettiva tutela giurisdizionale (art. 24.1 CE), il compito della dottrina si concentra nello studio delle istituzioni e delle basi giuridiche. Uno studio che implica delle rinnovate interpretazioni e visioni, a volte audaci, ma sempre rigorosamente scientifiche e, come dimostrato tante volte, corrette.

La dottrina è, per il legislatore, un precursore di nuove sfide, anticipa delle soluzioni per adattarsi ai cambi della società e delle tecnologie, fornisce i criteri di interpretazione e/o applicazione corretta delle norme giuridiche.

Addirittura, rispetto alla giurisprudenza, muove una serie di critiche motivate, che in molte occasioni consentono una correzione.

Quando la giurisprudenza cita la dottrina, troviamo che si fa riferimento agli autori a livello globale, con espressioni quali "dottrina maggioritaria", "dottrina consolidata", "linee dottrinali»"[9].

[9] «Ovvero quello che in dottrina viene descritto come "registrazione di un marchio che si traduce in sfruttamento e ostruzione ingiustificati della posizione conquistata da terzi senza alcun legame mediato tra le parti in conflitto"» STS 415/2017 - ECLI: ES:TS: 2017:415 Id Cendoj: 28079110012017100078 Organo: Corte Suprema. Sezione Civile, Sede: Madrid, Sezione 1, Data: 08/02/2017, N° Ricorso: 1044/2014, N° Risoluzione: 70/2017, Procedimento: Civile, Relatore: IGNACIO SANCHO GARGALLO, Tipo di Risoluzione: Sentenza. Analogamente: «per poter valutare se i terreni delle aziende agricole descritte all'inizio della presente risoluzione siano, o meno, soggetti ad allagamenti naturali causati dalle alte maree primaverili di equinozio, anche se tali inondazioni, totalmente o parzialmente, sono state ostacolate dall'operato dell'uomo, durante l'aratura, la delimitazione e la dotazione dei terreni per lo sfruttamento del sale, la relazione peritale tecnica risulta determinante, e la sua corretta valutazione viene contestata dalla parte appellante nella sentenza impugnata, dobbiamo ricordare, anche sulla base del criterio stabilito dalla presente Sezione e che è noto per essere stato adeguatamente ribadito, che nonostante alcuni settori della dottrina e taluni isolati pronunciamenti giurisprudenziali abbiano cercato di distinguere il sistema di valutazione in base alle regole di corretto giudizio come un tertium genus, una via di mezzo tra prova legale e prova libera, la dottrina della giurisprudenza prevalente sottolinea lo stretto vincolo tra libera valutazione, o meglio discrezionale, e la valutazione effettuata in base alle regole di corretto giudizio, e persino la loro equiparazione, in contrasto con il sistema di "prova legale» (tra le tante sentenze quelle della Corte Suprema con data 21 gennaio 2000, 10 giugno 2000, 22 luglio 2000, 14 ottobre 2000, 24 ottobre 2000, 27 febbraio 2001 e 4 giugno 2001)». In SAP Cadice 2003/2012.

In maniera tale che la citazione della dottrina "stricto sensu" di solito non include gli autori, la fonte della dottrina che contribuisce alla giurisprudenza rimane, così, sfocata.

Tuttavia, le ragioni di tale silenzio rispetto alla paternità della dottrina si trovano nei provvedimenti giudiziari.

I giudici e i magistrati sono concentrati nell'adempimento degli obblighi dell'art. 24.1 CE, dell'effettiva tutela giurisdizionale, e nel giustificare e argomentare i loro provvedimenti giudiziari. Tale base giuridica ruota principalmente intorno ai testi legislativi e ai loro articoli, grazie ai quali si sostengono i pronunciamenti, oltre che alla giurisprudenza che avalla le posizioni adottate in tali risoluzioni, nonostante ciò non viene escluso il riferimento alla dottrina, ma più che altro per questioni interpretative.

Il bisogno di motivazione e fondamento dei provvedimenti giudiziari viene confermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 118/2006 (FJ 4), quando sostiene che «il diritto dell'effettiva tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 24.1 CE, comprende il diritto delle parti a ottenere dai giudici e dalla Corte una risoluzione motivata e basata sul diritto nel merito delle pretese debitamente dedotte dalle parti nel processo». Tuttavia le citazioni dottrinali non vengono considerate imprescindibili mentre lo è tutto ciò che concerne il fondamento della norma.

Anche in quel caso, la paternità di coloro che promuovono o sostengono una determinata posizione o costruzione giuridica, non aggiunge, né toglie nulla rispetto alla verifica dell'osservanza del diritto fondamentale dell'art. 24.1 CE. D'altro canto, bisogna riconoscere che il metodo dei giudici e dei magistrati, così come la struttura dei provvedimenti giudiziari non prevede, in alcun modo, l'utilizzo di riferimenti bibliografici, né di citazioni accurate alla maniera dei membri dell'accademia.

Su questa stessa linea, nel motivare l'assenza di citazioni dottrinali nelle risoluzioni, si trova l'art. 31 *bis* della Legge sulla proprietà intellettuale «Sicurezza e procedure ufficiali. Non è necessaria l'autorizzazione dell'autore quando un'opera viene riprodotta, distribuita o resa pubblica ai fini della pubblica sicurezza o per il corretto svolgimento di procedure amministrative, giudiziarie o parlamentari»[10].

[10] Regio Decreto Legislativo 1/1996, del 12 aprile, recante il testo consolidato della legge sulla proprietà intellettuale, che regola, chiarisce e armonizza le disposizioni di legge vigenti in materia.

Malgrado l'abituale silenzio della giurisprudenza per quel che concerne la dottrina nei suoi fondamenti e ancor di più la paternità in concreto, dobbiamo comunque affermare e sottolineare l'importanza e la necessità che i provvedimenti giudiziari "bevano" dalla stessa.

*I. La dottrina può incidere in modo efficace sulla giurisprudenza?*

Dobbiamo cominciare con il ruolo fondamentale che deve avere la dottrina nelle decisioni giudiziarie. All'inizio del presente lavoro abbiamo citato R.C. Van Caenegem: «Nel continente europeo, sin dagli albori dell'attuale millennio, i professori sono stati i veri artefici delle grandi costruzioni giuridiche. La codificazione ha tolto loro il potere di decidere che prima possedevano, ma non quello di commentare, criticare, sistematizzare, incidere, consigliare».

La dottrina deve svolgere il ruolo di "interdizione dell'arbitrarietà dei poteri pubblici" ai sensi dell'art. 9.3. della Costituzione spagnola[11].

La prospettiva della dottrina, che è la più aggiornata, la più vicina alla realtà, ai modelli dei sistemi legislativi in prospettiva comparata, ai cambiamenti della società e a quelli tecnologici dovrebbe essere interpellata da giudici e magistrati.

Vi sono sistemi nei quali giudici e magistrati avvalorano i propri provvedimenti con riferimenti espliciti a monografie, articoli, saggi di vario genere, voci di dizionari o enciclopedie e, persino, tesi di laurea (come nel caso, per citare alcuni esempi, di Canada e Svizzera).

Esistono altresì ordinamenti nei quali tale pratica viene considerata, se non un sacrilegio, quanto meno inutile ai fini dei giudici; per esempio, l'assenza di riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, influenzata da disposizioni specifiche delle leggi o della prassi che vietano di citare la dottrina giuridica nelle sentenze e che condizionano i giudici - compreso quelli costituzionali, a causa del continuum tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione costituzionale - nella ricerca di materiali selezionati per la soluzione di un caso (Francia, Spagna)[12].

[11] Art. 9.3 Costituzione spagnola: «La Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive dei diritti soggettivi, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri».

[12] L. PEGORARO, L.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales*, cit., p. 139: «In particolare, per l'area del Common Law si contemplano Stati Uniti, Canada, India e alcune ex colonie inglesi; per l'area germanofona, Germania e Austria; Per l'area del Civil Law (con l'eccezione di Francia e Italia,

Risulta evidente che essere condizionati dall'urgenza al momento di emettere dei provvedimenti giudiziari, rende difficile un lavoro di lettura che sia di ispirazione per gli stessi. Possiamo affermare però che una base giuridica che faccia riferimento alla dottrina equivale a una "corrente moderna" o quanto meno è necessario andare in quella direzione.

Il modo per sviluppare tale corrente è proprio quella di effettuare una modernizzazione. Non ha alcun senso che il mondo accademico che sviluppa le proprie attività nelle università, che dovrebbero essere punto di riferimento non solo per quel che riguarda il rigore scientifico, lo studio e il lavoro, ma anche le tecnologie, non ne sappia approfittare, per ottenere presenza e maggior protagonismo nella giurisprudenza.

Le istituzioni private e pubbliche si sono modernizzate e digitalizzate, così come le aziende di tutti i settori, in particolar modo quelle turistiche, commerciali e finanziarie (un esempio di adattamento al nuovo contesto e delle attese dei cittadini e dei clienti è il boom della tecnofinanza e la relativa totale applicazione nelle società avanzate).

Lo stesso settore giuridico viene continuamente travolto da una valanga di legaltech, che occupa tutti i settori e gli scenari al servizio dei clienti e degli stessi studi legali, sia nel "back office" che nel "front office"

Tutto ciò è frutto dell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale (da qui in poi IA) nell'area legale.

## *II. L'intelligenza artificiale al servizio della dottrina*

Dovendo cominciare da una definizione basilare di IA, possiamo affermare che si tratta di una combinazione di algoritmi fissati con lo scopo di creare delle macchine che presentino le stesse capacità di un essere umano.

dove non vengono ammesse citazioni dottrinali, e Spagna, dove non compaiono più per ragioni culturali), per gli ordinamenti latinoamericani, come in Argentina, Brasile, Cile Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Messico Perù e Venezuela; per l'area islamica, Marocco, Egitto e Turchia; per gli ordinamenti "misti", Israele, Sudafrica e Filippine, e per gli ordinamenti ex socialisti, la Russia e altri che verranno indicati in seguito».

Con l'IA si possono creare macchine capaci di realizzare qualcosa di più che una semplice azione meccanica ciclica programmata in precedenza. In alcuni casi si definiscono come macchine, in qualche modo "pensanti" o che, meglio ancora, imitano il pensiero umano[13].

Volendo dare una spiegazione più tecnica potremmo affermare che si tratta di «quegli algoritmi che si materializzano in programmi informatici che, a loro volta, vengono eseguiti su uno specifico hardware e che puntano ad emulare il modo in cui funziona il cervello umano».

La IA parte da alcuni algoritmi, che rappresentano lo script o il protocollo d'azione della macchina, che memorizza tutti i dati e tutte le opzioni di decisione e la funzione dei nuovi dati ricevuti[14] (tramite un complesso processo di operazioni matematiche), inseriti da un essere umano, grazie ai quali può realizzare una serie infinita di operazioni combinatorie, per ottenere degli effetti da tali dati, che permettano di imitare - e sottolineiamo imitare - le funzioni cognitive.

La macchina non si "dimentica" di nessuna informazione, inserita dall'uomo, e fin lì potremmo pensare che sia completamente programmata dall'essere umano e che di conseguenza la sua portata sia limitata come la mente umana. Tuttavia, le combinazioni e i risultati, frutto dei dati eseguiti dalla IA, sono infiniti, tenendo conto, che allo stesso tempo la macchina non smette di "imparare". Le combinazioni effettuate dalla macchina, la riforniscono di nuovi dati, che continuano a generare nuovi feedback.

La IA è un fenomeno di cui solo di recente si parla in tutti i settori, tuttavia, è nata all'incirca 50 anni fa[15]. Il motivo per cui in questi ultimi anni ha avuto una crescita esponenziale e ha cominciato ad offrire un ventaglio di possibilità e di applicazioni, che aumenta di giorno in giorno, è che la capacità di calcolo dei computer ha permesso di raggiungere livelli prima inimmaginabili.

---

13 J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, p. 20.

14 J. Nieva Fenoll riprende la definizione di algoritmo secondo A. GARCÍA SERRANO, *Inteligencia artificial. Fundamentos prácticos y aplicaciones*, Madrid, 2016, p. 2 ss.

15 Il termine è stato utilizzato per la prima volta nel 1956 in una riunione tenutasi presso il Dartmouth College (USA), a cui parteciparono coloro i quali poco tempo dopo sarebbero diventati i principali ricercatori in quella materia scientifica: John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon.

Con questo orizzonte, di fronte alle possibilità poste dall'IA, la Commissione Europea ha deciso di adottare la Carta Etica Europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari[16].

La stessa Carta Etica sottolinea che «L'intelligenza artificiale (IA) può trasformare il nostro mondo in positivo: può migliorare l'assistenza sanitaria, ridurre il consumo di energia, rendere le automobili più sicure e consentire agli agricoltori di utilizzare le risorse idriche e naturali in modo più efficiente. L'IA può essere utilizzata per prevedere i cambiamenti ambientali e climatici, migliorare la gestione dei rischi finanziari e fornire gli strumenti per fabbricare, con minor spreco, prodotti su misura per le nostre esigenze. La IA può anche contribuire a intercettare le frodi e le minacce di cibersicurezza e consente agli organi preposti di far rispettare la legge e alle forze dell'ordine di lottare più efficacemente contro la criminalità. L'IA può portare benefici all'intera società e all'economia. È una tecnologia strategica attualmente in fase di sviluppo e di diffusione a ritmi rapidi in tutto il mondo. Ciò nonostante, crea però anche nuove sfide per il futuro del lavoro e solleva questioni giuridiche ed etiche».

Concentrandoci sul panorama giuridico e legale, di fronte ad un'inarrestabile diffusione della valorizzazione e dell'utilizzo della IA in questo settore, stupisce l'assenza di un'attuazione della stessa atta a mettere la dottrina al servizio della giurisprudenza. La IA nel settore legale può portare vantaggi a tutti gli operatori del diritto, e in diverse direzioni.

Tale approccio ci porta a strutturare i contatti e il rapporto della IA con il processo.

A. IA preprocessuale
B. IA intraprocessuale

A. IA preprocessuale

Gli effetti e le ripercussioni dell'IA prima del processo, nelle fasi precedenti e in quelle preparatorie dello stesso, sono quelli attualmente più sviluppati. Sono gli studi legali quelli che hanno potuto trarne più rapidamente un guadagno. In tutte le loro attività: dal momento

[16] Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica (Bruxelles 8/4/2019).

in cui i clienti richiedono una consulenza o presentano una controversia, fino alla preparazione della strategia processuale, passando per la gestione dello studio.

In questo modo la IA preprocessuale è presente negli studi legali, ed è logico, visto che gli altri operatori dei servizi giuridici, non sono entrati in gioco.

A questo punto, dobbiamo inquadrare la presenza della IA preprocessuale all'interno degli studi degli avvocati.

i. IA nel "back office".

Si tratta del supporto dell'IA per quanto riguarda la gestione dello studio. Parliamo di gestione interna, che non è legata al rapporto con i clienti, ma è uno strumento utile per la gestione di documenti legali o meno.

- Verifica dei contratti: in base a modelli prestabiliti, sarà possibile confrontare diversi modelli di contratti e verificare l'esistenza di clausole non coincidenti, inesistenti o aggiuntive, oltre che le variazioni degli importi economici prestabiliti, o classificare contratti e clausole.

- Ricerca di informazioni, sentenze e giurisprudenza: in base a delle linee guida chiave da inserire nel sistema. Il robot da solo sarebbe in grado di cercare, in pochi secondi, tutta l'informazione utile di cui abbiamo bisogno, ben oltre una semplice ricerca che fino ad ora potevamo effettuare attraverso parole chiave in taluni documenti.

ii. IA nel "front office".

In questo caso, la IA si mette al servizio degli studi legali nella relazione con i clienti. Sia nei primi contatti relativi alla consulenza vera e propria, sia nelle prime risposte che possono essere offerte. È ovvio che stiamo parlando di problemi semplici, ai fini di classificarli e trasferirli agli uffici corrispondenti.

A questo punto è necessario citare ROSS Intelligence (da qui in poi ROSS) che si è autodefinito come il primo avvocato robot.

ROSS[17], l'avvocato che si basa sulla piattaforma Watson di IBM, è un robot dotato di intelligenza artificiale, anche se non è esperto legale né offre applicazioni per tutti i settori, come ci hanno fatto credere, ed è ben lungi dall'essere un avvocato in quanto tale.

[17] Noto per essere la versione giuridica del sistema informatico cognitivo della IBM, il non meno noto Watson, ROSS è più di una semplice copia giuridica di Watson. ROSS opera dal Canada, che si posiziona come uno dei centri mondiali più importanti per quel che riguarda lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, e anche se include

ROSS si specializza in fallimenti e procedure concorsuali, ed è proprio questa la materia per cui l'applicazione si dimostra veramente utile. D'altra parte, però si tratta di un altro sistema di ricerca di diritto e documenti legali, solo che è più sofisticato di quelli conosciuti fino ad ora. Riduce il tempo di ricerca dell'avvocato tra gli 11 e i 15 minuti, riconosce il linguaggio naturale delle persone e se si cerca qualcosa non visualizza solamente quei documenti nei quali compare la parola chiave introdotta, ma anche quelli collegati al tema in questione.

iii. IA e Giustizia Predittiva.

La IA ha permesso di sviluppare notevoli sistemi predittivi. La ragione dipende dal fatto che la IA è particolarmente efficace nell'analisi dei dati (algoritmi) inseriti, li incrocia, effettua molteplici combinazioni e alla fine ottiene le conclusioni, in definitiva, le predizioni.

La giustizia predittiva va inquadrata nella IA preprocessuale, poiché viene utilizzata prima che vi sia il processo e possiamo individuare due diversi orientamenti.

Da una parte la predizione nell'ambito dell'azione penale e dell'indagine e dall'altra, nell'identificazione di modelli giurisprudenziali, che permettano di realizzare previsioni relative ai futuri provvedimenti delle autorità giudiziarie.

All'interno di tale gruppo troviamo, per esempio, COMPAS «uno strumento di intelligenza artificiale che cerca di calcolare la probabilità di recidiva di una persona. Viene utilizzato sia per i detenuti condannati in via definitiva che in via provvisoria»[18].

Il funzionamento di COMPAS è incentrato in una serie di algoritmi basati sulle generalità del reo, che vengono combinati con il crimine eventualmente commesso, per realizzare una predizione sulle probabilità di recidiva del soggetto. COMPAS è stato censurato perché ricolmo di pregiudizi razzisti, pregiudizi stabilitisi fin dall'inserimento dell'algoritmo. Il risultato di tale potenziale onere razzista è che le previsioni incidono sui valori di pericolosità che risultano più alti per gli "afroamericani che per le persone di razza bianca".

alcuni elementi presi in prestito da Watson, il suo punto di forza consiste in un framework di IA creato internamente che si chiama Legal Cortex.

[18] J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial,* cit., p. 67 ss., riporta altri programmi simili di predizione del rischio, ma non così efficaci, quali FOTRES OASIS, HCR-20, SVR-20 e RSVP, SARA, ODARA, VRAG o STATIC.

Dall'altra, la predizione di provvedimenti delle autorità giudiziarie, in base ad analisi e alla sistematizzazione dei dati relativi a ciascuno di tali provvedimenti, volta ad ottenere i probabili pronunciamenti relativi ad ognuno di essi.

La giustizia predittiva, attualmente, comporta, da parte degli studi legali un notevole investimento, soprattutto da parte di avvocati di grande fama, per arrivare, attraverso la IA, a stabilire, il possibile pronunciamento di un caso concreto. La predizione sul probabile pronunciamento si ottiene grazie alla combinazione dei dati inseriti dagli algoritmi e che raccolgono i provvedimenti precedenti della stessa autorità giudiziaria su questioni specifiche.

In questo modo, si ottiene la predizione di decisioni giudiziarie, come nel caso di Watson/Ross della IBM[19] e Blue. Tali strumenti, attraverso la IA, riescono ad individuare modelli giurisprudenziali.

Un altro caso è quello di Lex Machina[20], una piattaforma che svela i dati relativi alle controversie, e visualizza informazioni relative a giudici, avvocati, parti in causa nonché gli argomenti dei casi stessi, estratti da milioni di pagine di informazione sulle controversie. Un'analisi permette di scoprire e comunicare modelli significativi nei dati[21].

B. IA intraprocessuale

Nel momento in cui parliamo di IA intraprocessuale, ci stiamo già focalizzando sulla materia che ci interessa, ossia l'ingresso di questi strumenti nell'ambito processuale.

La presenza dell'IA nel processo è monopolizzata dagli avvocati di parte, un tema che affrontiamo proprio con il presente lavoro, con la proposta di un accesso delle autorità giudiziarie all'IA al momento delle motivazioni dei rispettivi provvedimenti giudiziari.

Ma prima di entrare nella materia in questione, dobbiamo definire alcune limitazioni sulla presenza dell'IA nel processo.

Visto lo sviluppo delle tecnologie e delle comunicazioni e la loro applicazione in tutti i settori della società e nelle relazioni sociali, commerciali, economiche, nei rapporti di lavoro,

[19] ROSS INTELLIGENCE è la versione giuridica di IBM's Watson Debater mentre la versione spagnola è JURIMETRIA (Wolters Kluwer).
[20] *https://lexmachina.com/what-we-do/*
[21] Premonition e LegalOptics. Entrambe le aziende verificano chi sono gli avvocati che vincono i processi, davanti a quali giudici e con quali contenuti.

ecc., sono per forza di cose diventati parte di eventuali conflitti. L'IA entra nel processo sia come oggetto della controversia, ma può anche farlo come mezzo di prova.

Come oggetto di controversia, la IA nelle sue molteplici versioni, genera conflitti ed è fonte di responsabilità civile. In questo modo, nel processo si dibatte la responsabilità del danno causato e pertanto di questioni inerenti la legittimazione passiva.

La IA come mezzo di prova nel processo è un'altra realtà, sia penale che civile.

In particolare, è nel processo civile dove incontriamo una vasta gamma di supposizioni dell'IA, che entrano nel processo sotto forma di mezzo di prova.

A dimostrazione di ciò ci sono gli *smart contract*, contratti la cui esecuzione e adempimento avvengono in modo autonomo e automatico, senza intermediari. Tali contratti sono caratterizzati da "script" (protocolli informatici) elaborati con linguaggi di programmazione, dove i termini contrattuali corrispondono a semplici frasi e comandi nel codice che lo costituisce. Gli *smart contract* sono autoeseguibili e si basano sulla tecnologia della *blockchain,* possono dare origine a conflitti e in questi casi, il loro contenuto, i termini e gli accordi degli stessi, possono diventare oggetto di prova, ragion per cui arrivati a questo punto ci si dovrebbe domandare come possano essere portati nel processo.

Emergono questioni complesse relative al trattamento di queste presunte prove digitali, al loro trattamento come prova periziale o prova documentale, nel definire gli *smart contracts* documenti digitali.

*III. IA intraprocessuale e giudiziaria*

Concretamente l'oggetto di studio del presente lavoro è la presenza dell'IA nel processo, messa al servizio delle autorità giudiziarie.

La realtà dell'IA nella società odierna è innegabile, dobbiamo capire che non stiamo parlando del futuro ma del presente.

In precedenza abbiamo constatato come l'utilizzo degli strumenti dell'IA venga capitalizzato dagli studi legali; la loro presenza nel mondo del diritto si nota con la semplice constatazione che le aziende di *Legal tech,* non smettono di crescere.

Perciò, dopo una breve panoramica sull'utilizzo dell'IA nel mondo del diritto, salta all'occhio in modo eclatante, l'assenza di tali strumenti al servizio delle autorità giudiziarie.

Le nuove tecnologie e il loro utilizzo al servizio del mondo legale. Il presente caso è quello di "Robot Pepper, in Giappone "che è in grado di comunicare e interpretare le emozioni dell'essere umano"[22], si tratta di uno strumento che mira a rilevare l'affidabilità delle testimonianze e dei testimoni, attraverso l'interpretazione del linguaggio non verbale, i lineamenti e l'espressività.

I giudici e i magistrati non approfittano delle possibilità offerte oggigiorno dagli algoritmi. Potremmo dire che svolgono la loro funzione giurisdizionale dando le spalle alla tecnologia, ciò che rappresenta una perdita di opportunità per migliorare, di aggiornamento e di semplificazione.

Nel presente lavoro cerchiamo di mostrare la necessità di un contributo maggiore della dottrina nella giurisprudenza, attraverso la IA, il che vuol dire che il suo punto d'accesso nel processo, è il momento dell'argomentazione nell'elaborazione della sentenza.

Tuttavia, prima, vorremmo ricordare che la presenza dell'IA nell'attività giudiziaria, punta a ottenere maggior protagonismo, con l'intenzione di accelerare determinati procedimenti giudiziari.

Cominciano già a essere presi in considerazione dei sistemi automatizzati per rendere più agili le procedure, raccogliere le argomentazioni e le motivazioni, verificare i dati.

Vengono compiuti dei tentativi di dare soluzioni alle parti per evitare un processo per questioni quantificabili, che sottostanno a formule matematiche: per fissare quantità, multe, liquidazioni, risarcimenti e persino revisioni di reddito, che sono soggette a formule o parametri complessi.

In definitiva, si vogliono decongestionare gli organi giudiziari e nello stesso tempo, dare risposte che siano più tempestive, imparziali nonché, e qui sorge il dubbio, anche più attendibili; però questo verrà analizzato in un altro momento. Non prima di far notare che esistono importanti ostacoli di fronte all'ipotesi di sostituire le autorità giudiziarie, con l'IA.

Il Regolamento 2016/679/UE e la Direttiva 2016/680/UE definiscono allo stesso modo tali concetti negli artt. 3.4 e 5; 4.4 e 5, rispettivamente, come segue:

"Profilazione" qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una

[22] Rivista del Consiglio Generale dell'Avvocatura Spagnola, n. 108, febbraio 2018.

persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica.

"Pseudonimizzazione": il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile;

Allo stesso modo in entrambi i testi dell'UE viene regolato il divieto di decisioni individuali automatizzate, l'art. 22 del RGPD denominato Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la "profilazione", regola l'elaborazione e la raccolta dei dati personali nel modo che segue: 1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la "profilazione", che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

La Direttiva 2016/680/CE nell'art. 3.4 definisce la «profilazione"[23], mentre nell'art. 11 vieta le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la "profilazione", salvo siano autorizzate dal Diritto dell'Unione Europea o dello Stato membro[24], includendo quelle che risultino discriminatorie[25]. Tuttavia, non viene esclusa la possibilità di "profilazione", poiché nell'art. 24 viene inclusa tra i registri delle attività di trattamento.

## *IV. IA nesso tra giurisprudenza e dottrina*

[23] Direttiva 2016/680/CE, art. 3.4: «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

[24] Direttiva 2016/680/CE, art. 11: «sia vietata una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

[25] Direttiva 2016/680/CE, Visto (38) e art. 11.3.

All'inizio del presente lavoro abbiamo visto, come la giurisprudenza soffra la presenza della dottrina.

I provvedimenti giudiziari sono caratterizzati, nella maggior parte dei casi, dall'assenza di tesi dottrinali nelle argomentazioni. Al contrario, abbiamo altresì segnalato, come il termine "dottrina" rimanga relegato ai pareri uniformi di un Tribunale determinato (in special modo la Corte Suprema) o addirittura di una particolare sezione.

Tutto ciò si riflette nei provvedimenti giudiziari, attraverso, verrebbe da dire, un meccanismo di auto feedback da parte della giurisprudenza. Pensiamo che tale isolamento giuridico non sia vantaggioso; la pluralità, i diversi punti di analisi e di studio, l'ampiezza delle interpretazioni delle istituzioni giuridiche, rappresentano un arricchimento. La pluralità di opinioni e prospettive, permette di evolvere in tutti i settori della scienza e della società.

La presenza piuttosto limitata della dottrina, citata sia in modo generico, che individuale, potremmo dire che ne è una testimonianza.

L'immagine che proietta tale realtà è quella di due "informatori" che procedono parallelamente, senza alcun contatto. L'assenza di traffico tra dottrina e giurisprudenza avviene in una direzione, poiché la dottrina quando si occupa di studiare la giurisprudenza, prende come riferimento i procedimenti giudiziari, per osservare la linea adottata ed essere addirittura un modello, in alcuni casi, delle costruzioni della dottrina.

Di conseguenza, «è più importante fare in modo che l'avvicinamento tra la dottrina e la giurisprudenza sia considerato all'interno del sistema giudiziario la normalità, e, in modo corresponsabile, far sì che il mondo accademico elabori un corpus dottrinale che enfatizzi la ricerca di soluzioni praticabili»[26].

È necessaria, pertanto, una modernizzazione nella forma in cui la dottrina viene trasmessa, concretamente la dottrina del diritto. La dottrina ha perso peso e protagonismo nei diversi settori di influenza, nei quali tradizionalmente esercitava un'autorità.

La IA è il canale adatto affinché la giurisprudenza possa "bere" dalla fonte delle teorie dottrinali, così come gli avvocati traggono beneficio dalla giurisprudenza, sia per argomentare gli scritti processuali, sia per ricorrere alla giustizia predittiva, vista in precedenza.

[26] D. CIENFUEGOS SALGADO, D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, cit., p. 101.

La presenza dell'IA nei palazzi di giustizia e nelle aule di tribunale, possiamo dirlo, è minima, Infatti al giorno d'oggi si limita all'utilizzo di motori di ricerca di giurisprudenza, con un meccanismo denominato "intelligenza artificiale debole"[27]. Tenendo conto, che così facendo perdura l'incrocio di giudici e magistrati che si nutrono solamente dei propri pronunciamenti, senza nessuna aspirazione di apertura,

Le possibilità della IA, tuttavia, sono molto più ambiziose, in particolare per quel che riguarda l'argomentazione. Quando si parla di argomentazione è necessario segnalare, che non si tratta di un'attività meccanica, non è un'operazione matematica, dove 2+2=4. L'argomentazione giuridica richiede l'attività umana, che non può essere imitata dall'IA. L'autorità giudiziaria svolge un'attività di valutazione delle sfumature, che non vengono sancite dalla legge, ma che loro, a differenza della macchina, sono in grado di interpretare.

Tuttavia, la IA è uno strumento per cercare e inquadrare argomenti; gli algoritmi vengono messi al servizio del processo.

Alcuni di questi strumenti disponibili al giorno d'oggi sono: QUESTMAP, ARGUMED, CATO o ROSS INTELLIGENCE[28].

In questi casi, gli algoritmi servono per strutturare le argomentazioni giuridiche e facilitare il compito di avvocati e giudici. Anche se a noi interessa di più in questo momento l'impiego da parte delle autorità giudiziarie. La realtà è che tale impiego avviene maggiormente negli studi legali, come abbiamo già osservato in precedenza.

Continuiamo pertanto, a prendere atto della riluttanza degli organi giurisdizionali ad accettare l'ingresso nelle loro attività di effettiva tutela giurisdizionale dell'art. 24.1 CE, di altri attori e strumenti.

Il cambiamento dal punto di vista qualitativo, per fare in modo che la giurisprudenza venga arricchita dalla dottrina, dai suoi studi, dalle critiche alle norme, dalle interpretazioni, ecc. è rappresentato dagli strumenti dell'IA in cui vengono archiviati i lavori dei ricercatori giuridici, del mondo accademico.

[27] J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial,* cit., p. 23 ss.
[28] J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial,* cit., p. 29 ss.

In questo modo, la dottrina porta avanti la propria metodologia scientifica con lo scopo di analizzare da vicino istituzioni e costruzioni giuridiche e metterla al servizio di giudici e magistrati, attraverso la IA.

Si tratta di proporre un modello opposto a quello degli archivi giurisprudenziali, offrendo quel tanto agognato arricchimento della dottrina, che stiamo studiando.

Il modello di ROSS INTELIGENCE, che è la versione legale dell'IBM's Watson Debater, può essere considerato un punto di riferimento per un collegamento tra giurisprudenza e dottrina, che si rispecchia nei provvedimenti giudiziari.

ROSS INTELLIGENCE, si avvale dell'elaborazione del linguaggio naturale e del machine learning o apprendimento automatico, per cui aumenta la qualità dei risultati ottenuti e si riduce il tempo impiegato.

Vero è che ROSS INTELLIGENCE, ottiene maggior successo nel campo della ricerca delle sentenze, ma bisogna tener conto che offre anche testi di diritto.

Questa tecnologia basata su IBM's Watson Debater, ha la capacità di offrire a giudici e magistrati i contenuti dottrinali, ordinati per materie, sistemi legislativi, leggi, ecc.

Un utilizzo dell'IA da parte delle autorità giudiziarie porterebbe a un maggior dinamismo della giurisprudenza, un adattamento più rapido alla realtà sociale, ai cambiamenti tecnologici, della finanza, delle relazioni commerciali.

Partendo dal fatto che la metodologia di coloro che sono responsabili di fornire l'effettiva tutela giurisdizionale, si basa sulla risoluzione delle controversie e sulla corretta emissione delle risoluzioni necessarie a questo fine, il compito di studiare le istituzioni giuridiche o delle relazioni sociali viene delegato agli autori della dottrina, che invocano cambiamenti legislativi e giurisprudenziali.

In questo modo, la IA agevola e semplifica la messa a disposizione, per giudici e magistrati, dei testi dottrinali, affinché possano essere consultati al momento di formulare i provvedimenti giudiziari.

L'influenza della dottrina nella giurisprudenza, attraverso la IA è una possibilità reale, di arricchire i provvedimenti giudiziari, rompere l'immobilismo, che a volte si verifica. Inoltre in questo modo è possibile evitare i pregiudizi che in alcune occasioni vengono ereditati da

alcuni provvedimenti e al tempo stesso rinnovare e arricchire la funzione giurisdizionale, per operare e lavorare in modo consono ai tempi e agli strumenti a disposizione.

*Abstract*

The existing distance between the jurisprudence and the doctrine, is evidenced in the very few references to the doctrine in the judicial resolutions. The doctrine has a methodology for research and study of legal texts and social reality, which is a wealth for judicial decisions. However, judges and magistrates do not regularly consult the opinions of the academy.

This situation shows that the doctrinal authors, as a whole, must modernize. Modernization must be done by taking advantage of AI, to spread their positions and legal constructions.

AI is present in the legal world, especially in law firms, which take advantage of it because it is a benefit, which also translates into better economic results. AI technology is a golden opportunity for judges and magistrates to streamline their decisions without needing the effort or the methodology of the doctrine.

Cadice, novembre 2020.

TIZIANA CROCE*

# *Fake news and online misinformation***

*Summary*: Introduction. - 1. The role of Over the Tops in information management on the Net - 2. Fake news - 3. Information network and democracy - 4. Checking information - Conclusions

*Introduction*

In order to avoid the spread of *fake news,* attempts are made to intervene with regulatory measures, but the Internet, which allows users and their ideas, opinions and manifestations of thought to be connected in different parts of the world effectively prevents greater scrutiny over the exercise of freedoms by individuals. The algorithms[1] used by *Internet Server Providers* play an important role in creating and spreading *fake news,* i.e. false news intentionally spread on the Internet in order to mislead readers, consumers, citizens and voters. It is well known that *ISPs* use algorithms that are able to select information to be suggested to the user, a selection that does not take the reliability and truthfulness of the news article into account but aims to crop the news article on the user's profile. Therefore, in a media environment that offers a great deal of information, the user only receives news articles selected according to his profile which are often unreliable but reflect his way of thinking.

* *Professoressa Aggregata di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] The algorithm is a mechanically executable sequence of steps; this sequence of steps is capable of transforming an initial state of a system into a new one.

1. *The role of Over the Tops in information management on the Net*

First of all, the Net has changed the way information is produced because the production of information is radically decentralized, in fact anyone can create information, suggest facts, ideas, new points of view, photos, videos and this can be achieved through the creation of a website, blog or just being active on social networks such as Twitter, YouTube, Instagram. The ability of everyone to interact with others has grown exponentially but the enormous amount of information to be used must be sorted out and someone must facilitate its usage, here the role of *intermediaries* is played by both social networks and search engines. Although the Net certainly constitutes the virtual place where information democracy takes on the maximum possibility of global implementation, distribution is the prerogative of a few Over the Tops.

There is a maximum decentralization and openness in the production of information, but on the other hand, there is also a strong push for the concentration of services that make this information actually available and usable by a few multinational companies, all this is not without consequences for the concrete structure of freedom of information.

In order for Internet users to make use of the information, an intermediation role is mainly played by search engines, the most widespread being Google, which determines which information should be indexed and the order in which it should be presented, this directs the user to one direction or another. In the social environment, the user randomly stumbles upon information at the expense of the perception of the truthfulness of the information.

Search algorithms used by different platforms determine the order in which information appears to us, *the information that attracts our attention is conditioned by the way the algorithms that guide their distribution are designed.*

Google's search engine uses different kinds of filters, in a first step it selects and sorts the contents based on their relevance, relevance determined by the number of input *links*, the correspondence between terms found and terms included in the documents and

so on; a second *step* attributes the content's relevance in relation to the historical series of searches made by all users. [2]

Google's implementation of the search algorithm called *RankBrain* added the third step which allows correlation between multiple *queries* suggested by the user on the same topic regardless of the presence of search terms in documents and whether the search was set ambiguously.[3] Facebook *News Feed* also selects and sorts what contents and news articles should appear on the user's screen and does so according to the individuals' preferences and interests; this way of operating is called *filter bubble*; social networks also use algorithms to define which news are of greatest interest to the user. The algorithms filter the news that is most consistent with the user's view of reality and therefore only receives everything that is consistent with his beliefs. All this is acceptable when we have to choose a restaurant, a trip etc., but something else is when web personalization influences the formation of public opinion.

Free confrontation between different ideas is necessary in order for free political conviction to be formed in democracies and in support of this, the protection of pluralism of information sources is increasingly important while the *filter bubble* creates mechanisms in the virtual community that targets those who have the same ideas and receive information only from them, thus preventing democratic debate between individuals with completely opposite opinions. On social media channels like Facebook, a new model of information distribution is implemented by *sharing*, literally sharing, as well as on Twitter. Sharing takes the form of information sharing among users or groups in communicating also through chats and videos; this sharing can be extended to third parties who in turn also spread commercial information: social networks therefore become an opportunity for the media to increase readers and to represent a place, although virtual, where users live.

When contents considered dangerous for the security reasons: because they instigate violence, sing the praises of terrorism, proselytize for extremist causes etc., are spread, the

[2] G. PITRUZZELLA, *The freedom of information on the Internet*, in *Media Laws*, 1/2018: «The systems used by search engines and social networks are algorithms based on dozens of "signals" processed by *machine learning* systems... programs are capable of teaching themselves from experience, so software learns from data and predicts the future the same way they estimate the probability of an event».

[3] RankBrain is the name of the new machine learning system based on artificial intelligence which is used to process Google's search results and sort them properly.

web giants come into play and develop technologies necessary to control extremist contents by implementing *counterspeech*.[4] The supervisory system is not fully effective; the supervision action is carried out mainly automatically through the use of algorithms designed to recognize and remove violent messages or those that can be traced back to terrorist groups, but also the use of many human operators who carry out further screenings. However, there is a tendency to exclude and deny the responsibility of web operators for the spread of contents expressed by others especially in the way it was sorted by the main source, the phenomenon and spread of *hate speech* or *fake news* published online especially through *social networks*. The situation in the European area of influence is different, in fact, the governmental regulatory interventions that provide for sanctions for those responsible for inciting hatred or violence are legitimate even if maximum care must be taken as the individual's right to express his or her thoughts is protected by excessive incisiveness.[5] There is a clear tendency for the web operators to take full responsibility for the contents and to proceed with possible removal, but significantly reducing the automatic identification of contents and images considered dangerous.

## 2. *Fake news*

*Fake news* is not new in the world of information, but on the Internet, it becomes more important because the possibilities for it to be produced and spread are much greater. In fact, in an information system such as the Internet, decentralized and in the absence of control and responsibility mechanisms as in traditional publishing, the ease of implement-

[4] In this regard, Facebook, Twitter, Microsoft and YouTube joined the States in drawing up action plans aimed at obtaining the removal of content considered dangerous from their platforms. The *Global Internet Forum in Counter Terrorism* is part of this integrated intervention, a program aimed at preventing violent extremists from using the *hosting services of the platforms participating in the project.*

[5] It is worth mentioning the German law that came into force on January 1, 2018 which was defined by the media as the "Facebook law" and aims to tackle online *hate speech*; the UK has adopted a white paper which provides for the creation of a code of conduct for Internet companies, with the power to impose administrative sanctions and order the shutdown of sites in the event of violations. In Spain, the 2015 legislation known as "Ley Mordaza" is significant, i.e. the gag law, which intervenes in a restrictive sense with reference to various aspects of freedom of expression of thought; in France, a bill obliges search engine and *social network* operators to remove any content *prima facie* deemed to incite hatred, violence or discrimination within 24 hours of the request.

ing *fake news* is increased and easily circulated as a result of *shares* and *likes* on social networks[6].

The lack of information *gatekeepers* means that if a lie is highlighted on the screen and relayed to millions of people, it appears as an uncontroversial fact as a result of the algorithm's logic as mentioned in the introduction. *Fake news* is not only partially or totally false news but also incorrect news because they are inaccurate, distorted, incomplete or not well documented, they are aimed at the user in a decision-making groove predetermined by the objectives of those who programmed the algorithm. Hence the need to access the logic behind the algorithms functioning for a greater scrutiny over the amount of processed data and for a greater supervision of the aims pursued[7].

The web is now the primary source of knowledge in the information society, in fact most people tend to meet their information needs by consulting online platforms; among the different platforms it is possible to distinguish between those that provide traditional information services such as newspapers and radios which extended their activities on the web and social networks where information is not derived from the platforms' editorial process but is the result of users' *uploads*. Information overload on the Net increasingly reduces the time spent on content verification; citizens are not aware of the implications of implementing profiling technologies which establish the presentation and organization of contents using automated decision mechanisms and algorithms. The lack of awareness of this overview by most online information users means that Internet users are not particu-

[6] The first type of *fake news* concerns the attempts by power groups, from small personalities to sovereign states, to shape public opinion at will by manipulating information, here if it always refers to what happened during the American elections, whose outcome would have been heavily influenced not so much by content conveyed on the Net, but by very influential individuals who changed the vote of a substantial part of the voters thanks to the massive spread of false news

The other notion of *fake news* was used to describe the endless amount of data, opinions and stories of low authenticity that the Net is full of; especially on social networks where everyone can publish everything they want without supervision, it is easy to find stories, comments and statements whose reliability is almost zero and which often turn out to be false. They are information circulating on the Net that for often random reasons sometimes manage to have an audience because they are often reproduced by individuals with a large audience. It can also be defined as "chatter" in which there are completely invented statements, and sometimes baseless assumptions on important topics.

[7] The issue was also analyzed by the administrative judicial authority which allows the use of automation tools for data collection and evaluation of discretionary activities especially technical ones, but must respect two main aspects as a minimum guarantee for each hypothesis of the use of algorithms in public decision making or the full upstream knowledge of the module used and the criteria applied, furthermore, the responsibility of the decision to the body holding the power that must carry out the necessary logical assessment and legitimacy of the choice and results entrusted to the algorithm. (Council of State judgements 2270 and 8472 of 2019).

larly keen on verifying the degree of truthfulness of news articles given the amount of information they have to deal with; but they are often inclined to share contents with other users because they believe it to be true. Most of the time those who spread *fake news* use fake names and operate *fake accounts* i.e. anonymous or fake digital profiles often created by robots.

Algorithms therefore have a strong impact on online misinformation and on the process of shaping public opinion which is less influenced by traditional media; moreover, the algorithms used by platforms try to keep users on them for as long as possible which leads to amplifying the most sensational news articles which are capable of arousing users' emotions and reactions by leveraging their opinions and beliefs through profiling.

### 3. *Information network and democracy*

A few years ago the network was celebrated by many as the place to implement a virtual democracy, a new agora to achieve a fully horizontal democracy, but with experience it was understood that the web and social networks are almost never the site of reasonable discussions, but arenas where convictions collide, most of the time, without rational justification or not supported by direct knowledge and experience. The transparency of new technologies on which they relied and the birth of a mature digital citizenship remained mere utopias. The proliferation of the so-called hoaxes or fake news (most common definition) is the result of a structural change in the relationship between citizens and information. In fact, the customization of information introduced by Google's Page Rank search algorithm[8] and consequently the return of suitable results for the individual user created a bubble around each browser that sends only what conforms to their opinions, and everything that does not conform is retained by the filter that separates it from their personal bubble. But even the old information apparatus and party journals aimed to propose a certain vision of reality; the substantial difference is that there is technically no audience in the network, i.e. an audience watching a show, reading a text or listening to a radio

[8] Wikipedia: PageRank is an analysis algorithm that assigns a numerical weight to each element of a set of documents connected by hyperlinks, for example the set of pages in the World Wide Web, in order to quantify the relative importance within the its set.

program, but there is only an individual within the bubble and what is used is a partial and limited representation of the world made to measure, based on its consolidated preferences in the past. Another substantial difference is that one is almost never really aware of living in a bubble; while in the classic information channels, although the information was always partial, every citizen had the possibility of choosing a newspaper from among many, or the power to change the channel with the remote control, choosing independently whether or not to expose themselves to a certain information flow. All this disappears on the network, because one is not able to understand how the algorithms are building us a tailor-made world. The era of network customization, due to the Page Rank algorithm, filters all information from the outside world, making only what conforms to our opinions, tastes and political ideas reach us. When one searches for news on the web one thinks the information received is objective, neutral or the same information that all users are seeing; this means you can't fully understand how often the bubble filter you're in is.

4. *Checking information*

The technological society is capable of breaking geographical barriers and giving shape to globalization concept, generating the need to find supranational responses to new global reference dimension. Therefore, the problem of the national legislation's ability to regulate rights, freedoms and relations arises, which need solutions that go beyond state borders in order to be effectively protected in the technological society [9]. The fundamental global character of the new society leads us to consider supranational acts in order to understand whether there are significant references suitable for founding new freedoms in this type of act, endowed by their nature with the ability to produce effects on different States and particularly interesting for the role they play in the interpretation of constitutional principles and norms. In this regard, reference can be made to Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations Assembly on December 10, 1948 which qualifies the right of freedom of manifestation of thought as the right "to seek, receive and spread information by any means regardless of borders". It also notes

[9] T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet,* Naples, 2015: The issue is complex and calls on the jurist to examine how bytes affect constitutional rights and freedoms. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli,* Bari, 2014.

Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the United Nations on December 16, 1966 and in force from 1976, which provides for the freedom of expression through any means chosen by the individual. These acts are referred to by the United Nations Human Rights Council, which classifies the Internet as a fundamental tool for the exercise of freedom of expression and the other fundamental rights provided for in those acts and is also a necessary condition for guaranteeing other fundamental rights.[10] The Charter of Fundamental Rights of the European Union provided for a number of principles and constitutive rights for the new freedoms made possible by technology including freedom of expression and information to be exercised without borders.[11] Europe has repeatedly stressed the importance of guaranteeing rights and freedoms in the technological society through acts, resolutions and recommendations while recognizing the value of public Internet service and the protection of human rights and fundamental freedoms both online and offline, with the consequent need to help users understand their online rights and actually exercise them.[12]

In 2016, the European Commission, having become fully aware of the *fake news* phenomenon and their ability to reduce the citizens' confidence in the media and public institutions, began a legislative process to stem the phenomenon and try to regulate it, questioning the role that different players must have, trying to define their responsibilities in order to find and implement coherent strategies and measures throughout the European Union. The European objective is to fight misinformation and in order to do this, there is a need for greater collaboration between the various parties involved, more coordination between the different activities and at the same time strengthening citizens' awareness of new media usage. The Common Framework to tackle hybrid threats was also adopted by

[10] *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, presented to the UN General Assembly on May 16, 2011.

[11] More recently, the Council of Europe, with its recommendation titled *The Guide to Human Rights for Internet Users*, made it clear from the *onset* that States are obliged to guarantee each person the human rights and fundamental freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights, stressing that this obligation is also applicable to the Internet context.

[12] How can we forget the European acts relating to electronic communications, especially the 'package' of the 2002 Directives, the 2009 Telecom Package and 2015/2120 Regulation which lays down measures on open internet access and in particular the principle of Net neutrality and Article 3 recognizing the right of end-users to access and spread information and content.

the Commission in the same year.[13]; the public consultation on false news and misinformation was launched the following year and set up a group of high-level experts in order to develop a common strategy with the Member States in order to strike a balance between freedom of information and the citizens' right to information.[14] In 2018, the first report of the group shows that the term *fake news* fails to fully grasp the problem of misinformation because it relates to contents that are not completely *fake* but contents that fabricates hidden information through facts that go far beyond something resembling the news and that includes *fake followers*, manipulated videos or targeted advertisements. Even the term itself is inadequate in representing the complexity of the phenomenon because its use by politicians and supporters is to reject something with which they are not in favor and disagree, and even the citizens often associate the term with debate between political parties. The European approach to tackling misinformation takes the form of a code of good practice that provides for a form of self-regulation among big players and the increase of fact checkers on the Net but at the same time increases transparency, credibility and reliability of information as well as regulating the *fake news* phenomenon. The *Codex of Practice on Disinformation* is a codex signed between the European Commission, private companies and associations, it refers to a legal *framework* including the European Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights, the European Directive 2000/31 on electronic commerce and in particular the articles governing the conduct *of providers*, *hosts* and *social networks*, the provisions on the protection of personal data, the Directive 2005/29 for commercial practices and the 2006 Directive on commercial practices. The codex was signed by Facebook, Google, Twitter, Mozzilla, associations representing online platforms, associations representing the advertising industries and advertisers. The general objectives of the codex are identifying the actions that signatories can take when dealing with challenges posed by misinformation, improving the assessment of advertising placement on online platforms with the aim of obtaining revenue from misinformation and *clickbaiting* mechanisms, ensuring transparency of advertising with political focus, making it clear why

[13] European Commission, *Joint Framework to tackle hybrid threats. The European Union's response,* in *www.europa.eu*, April 6, 2016.
[14] *A multi-dimensional approach to disinformation*, report of the independent High-Level Group on fake news and online disinformation, in *www.europa.eu*, 2018.

some advertisements reach targets rather than others, developing specific policies against this phenomenon, intensifying efforts to close *fake* accounts and establish clear rules to stem bot problems by recognizing what is human from what is not, ensuring the integrity of services, fundamental rights and the right to anonymity. At the same time, the codex provides for the need to make users aware of the online tools and platforms with which they interact, respecting privacy but also allowing data access in order to implement *fact checking* and research activities, implementing *fact checkers* reliability indicators that are used as mechanisms to recognize misinformation, analyzing political announcements, closing false accounts, using *tools* to allow users recognize what is reliable from what does not represent reality.[15]

The Communications Guarantees Authority promotes platforms' self-regulation and the exchange of good practices in order to tackle the *fake news* phenomenon, highlight the centrality of Big Data and Artificial Intelligence, underline self-regulation limits and the measures adopted especially in terms of algorithms which must always be in line with freedom of expression and consistent with direct access to documents through investigating and establishing research tables. AGCOM highlights several times that misinformation processes spread mainly when content monetization and *clickbaiting* are evident and when investments in information decrease, reducing confidence in the traditional information system[16].

*Conclusions*

We live in the so-called post-truth era: the risk of deliberate misinformation in every area of individual and collective life increases exponentially with the use of the Internet and especially with the use of *social networks*. While waiting for algorithms capable of keeping the user's freedom of choice and the pluralism of information together to be implemented, a

[15] Here is how majors implement the good practices of the Codex: Facebook blocks economic incentives to pages, people and domains that spread misleading information by closing accounts and eliminating non-authentic content that may violate privacy and blocks contents deemed harmful from advertising; so also Google and every year it publishes a report of ads that are not true or that do not meet the principle of transparency, and implements algorithms to improve the search for sources. Twitter mainly adopts restrictive measures regarding links to ads that do not comply with the principles of transparency.
[16] F. SIACCHITANO, A. PANZA, *Fake news and online misinformation: international measures*, in *MediaLaws*, 2018.

perspective of change could be to invest in the user's preparation, i.e. to provide the user with the cultural and technical tools needed to verify the credibility of a news article.

*Abstract*

It is always very difficult to strike a balance between the right to freedom of expression and the need for citizens to be informed in the right way. Multiple needs are emerging: the first needs include; new media awareness, understanding the operating logic, data usage, transparency in relation to *digital literacy* which is influenced by the cultural and social level of the audience; the other needs include encouraging cooperation between member states, civil societies, public institutions, big players and lastly to strengthen the research community in order to build a valid and strong network of fact checkers.

Camerino, luglio 2020.

FELICE MERCOGLIANO*

# *Alle radici della corruzione***

*Sommario*: 1. Premessa. − 2. Definizione della corruzione antica. − 3. La corruzione in età repubblicana. − 4. Epilogo. − 5. Postilla bibliografica.

## 1. *Premessa*

Nell'antica Roma, per la fase arcaica della 'nazione latina' e quella repubblicana precedente il culmine dell'imperialismo romano, un argine alla corruzione non fu la repressione, bensì un controllo sociale diffuso del potere, con un rifiuto generalizzato inflitto ai corrotti, che li escludeva definitivamente dall'esercizio del potere stesso. In seguito all'affermarsi delle mire espansionistiche romane transmediterranee non fu più così: la prevenzione e il contrasto alla corruzione vennero ricompresi tra i temi di lotta politica.

Si fece ricorso nell'esperienza giuridica romana a rimedi e mezzi di contrasto avverso tipologie corruttive, in primo luogo con la finalità dell'affermazione di valori e principi di integrità politica ed amministrativa dei ceti dirigenti. Episodi e vicende in materia sono rintracciabili nelle fonti antiche, ma si ravvisa soprattutto una precisa scelta di politica del diritto: la costituzione romana di per sé, per la sua stessa struttura, avrebbe dovuto essere in grado di impedire degenerazioni dai buoni costumi degli antichi padri di famiglia. La tutela della repubblica venne poi rafforzata, in risposta a più turbolente fenomenologie di deviazioni dai valori fondanti del passato, con misure legislative di repressione criminale, in maniera sintomatica intensificatesi nel corso dell'epoca repubblicana.

**Professore associato di Fondamenti del diritto europeo, Diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*
***Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

Il frazionamento dei poteri e la limitazione della durata dell'affidamento di essi nel tempo alla medesima persona rappresentarono, difatti, nella costituzione romana, l'antidoto al tipo di governo assoluto che era stato incarnato dai re, soprattutto da quelli della monarchia etrusca.

Si trattava di una costituzione mista – in equilibrio tra assemblee popolari, senato e magistrature – che suscitava notoriamente l'ammirazione di chi l'osservasse da altre realtà mediterranee, come nel caso celebre di Polibio. Così si resse una comunità composta di cittadini liberi, che erano al contempo soldati, elettori e proprietari-coltivatori delle loro terre, sottoposti all'*imperium* quale potere sovrano di comando esercitato dai magistrati supremi annuali eletti dalla cittadinanza. Ecco il punto chiave implicito dell'esperienza costituzionale romana, in grado di prevenire fenomeni di corruzione grazie, in primo luogo, ad un funzionale governo misto e ad una vera separazione dei poteri.

## 2. *Definizione della corruzione antica*

La concettualizzazione stessa della corruzione ancora mancava in generale nell'epoca repubblicana e si articolò dopo in varie categorie, pur senza mai far configurare un reato specifico definito. Peraltro nelle fonti si riscontra avesse un posto a sé la corruzione politica, che soltanto in casi di rilevanza sul piano del diritto penale emergeva in via autonoma da una configurazione concernente i costumi (*mores*) e sottoposta al solo controllo sociale.

Si possono individuare in linea estremamente di massima quattro fattispecie criminali: la corruzione elettorale (*ambitus*, connesso con il *crimen sodaliciorum*, dalla denominazione di *sodalicia* attribuita a consorterie o conventicole, costituite al fine di manovrare e canalizzare voti alle elezioni); il peculato, ossia l'appropriarsi di beni o denaro pubblico (*peculatus* da *pecus*, pecora, da cui derivò anche *pecunia*); l'estorsione, o concussione, a danno di provinciali (*repetundae*); infine, ma era in realtà la previsione più antica di tutte, la corruzione giudiziale, sanzionata con la pena capitale addirittura sin dalle XII tavole del 451-450 a.C. (tab. 9.3). Fattispecie che viene tramandata da una pagina delle Notti Attiche di Aulo Gellio (20.1.7-8), che riporta un dialogo tra un giurista, Sesto Cecilio, ed un filosofo accademico, Favorino, nel II sec. d.C. Lo squarcio illuminante è il seguente: «e dove sono poi in queste leggi le norme che si possano tacciare di crudeltà? A meno che tu ritenga crudele la legge che puni-

sce con la morte chi, ufficialmente designato giudice o arbitro, è riconosciuto colpevole d'avere incassato denaro per lo svolgimento della causa … 8. Tu conosci a fondo la filosofia: dimmi, dunque, per favore, se non ritieni meritevole della pena capitale la slealtà del giudice che, contravvenendo a ogni diritto divino e umano, tradisce per denaro il suo giuramento …» (trad. Giorgio Bernardi-Perini, Utet, 2017).

In tutte queste figure di reato s'annidava la corruzione, perché essa veniva individuata come distorsione del buon andamento della comunità civile. Sussisteva, quindi, un minimo comun denominatore circa i requisiti essenziali. Se nell'antica Roma, infatti, non si riscontra la presenza di un unico termine, ciò non significa che però, sotto l'aspetto giuridico, non si individuasse comunque tale fenomeno e lo si prevenisse, contrastasse e punisse nelle sue svariate manifestazioni. Almeno un triplice aspetto comune, in verità, pare esserci. I comportamenti devono, in primo luogo, costituire violazioni di doveri d'ufficio; inoltre, dalla condotta tenuta s'è ricavato un beneficio privato a scapito di una diminuzione fraudolenta del patrimonio pubblico; infine, le azioni commesse sono vietate per legge.

### 3. *La corruzione in età repubblicana*

Appare rilevante che il primo reato riconducibile al significato forgiatosi nell'esperienza giuridica romana mediorepubblicana, per indicare la corruzione, sia connaturato all'ambizione elettorale: *ambitus* esprime, difatti, l'attività di chi in periodo di votazioni compia pratiche illecite per procurarsi consensi, andandosene a tal scopo in giro (*ambire*). Fu il fenomeno corruttivo che probabilmente più incise sulla degenerazione delle istituzioni politiche romane e raggiunse l'acme nel I secolo a.C. Dal punto di vista etimologico, «*ambire*» significa proprio andare da una parte e dall'altra (per sollecitare voti). Ne deriva pure il termine «ambizione». La prima legge anticorruzione si riferirebbe appunto a tale reato e risalirebbe al 358 a.C.: la *lex Poetelia de ambitu.*

Emblematica poi appare la vicenda della guerra a Giugurta (che copre l'arco di tempo dal 112 al 105 a.C.), al quale viene attribuita da Sallustio la famosa frase che scolpisce la venalità di una capitale destinata oramai a disfarsi perché in balia del miglior offerente, ma soprattutto perché all'interno della comunità s'era spezzata la concordia necessaria per combattere la corruzione. Si rilegga Sallustio, *La guerra giugurtina* 35.10: «O città venale, e presto

destinata a perire, se troverà un compratore» (*Urbem venalem et mature perituram, si emptorem invenerit!* trad. di Giuseppe Lipparini, Zanichelli, 1955). Considerazione questa moraleggiante tipicamente repubblicana; eppure in seguito Tacito ancor più efficacemente consegnerà ai posteri nei suoi Annali (3.27.3) la lapidaria e celeberrima considerazione, dal tono disperato, che quanto più corrotta era la repubblica tanto più numerose fossero le leggi (*et corruptissima re publica plurimae leges*).

Fino al 18 a.C. che vide l'emanazione di una legge augustea in argomento (*lex Iulia de ambitu*), si susseguirono molti altri provvedimenti legislativi tesi a stroncare illeciti e brogli di carattere elettorale, a testimoniare la persistenza del fenomeno, scemato d'intensità soltanto allorquando, sotto l'imperatore Tiberio, l'elezione dei magistrati venne trasferita dai comizi al senato, di conseguenza influenzata sempre più dal principe. Neppure misure a tutela della segretezza dell'espressione del voto (le cosiddette *leges tabellariae*), evidentemente, avevano debellato prassi corruttive in materia.

L'impressione che si ricava è tuttavia di un'autodifesa da parte dei ceti dirigenti, i quali intendano frenare soprattutto promesse e dazioni di denaro per comprare voti o lo scambio di essi. Insomma, a tutela di sé stessi, come nel caso dell'altro reato tipico dell'aristocrazia senatoria romana: l'estorsione ai danni dei provinciali (il *crimen repetundarum*), oggetto al pari di ricorrenti interventi legislativi, con sintomatici mutevoli pene e altalenanti criteri di composizione delle giurie. Si pensi, tanto per fare un esempio, in ordine alle concessioni individuali o collettive della cittadinanza, che costituivano uno dei fattori più importanti della politica romana nei confronti delle popolazioni soggette, la *lex Acilia repetundarum* del 123/122 a.C. concesse la cittadinanza romana al peregrino che avesse accusato di concussione, radicando la relativa *quaestio de repetundis*, un magistrato romano ottenendone la condanna.

### 4. *Epilogo*

Si può infine evincere dalle fonti relative al principato che, almeno per buona parte di esso, provenga un'attestazione molto bassa di fenomeni di peculato o di estorsione, sia a livello di governo centrale, sia di quello locale. Probabilmente siamo in presenza della punta

di un 'iceberg' di trasmissione di notizie, che peraltro riguardano soltanto poche zone e province. Forse si metteva di più tutto a tacere, ma non sempre.

Nel basso impero, la corruzione aumentò poi a dismisura; ai pubblici funzionari, che si macchiassero di essa oppure di inerzia o abusi nell'amministrazione civile, venne comminata pure l'infamia come strumento efficace di contrasto. A partire dall'avanzato IV secolo i costumi, anche quelli legati al malaffare, propri della vita politica si insinuarono a lungo andare nelle vicende della Chiesa cattolica romana. A riprova che il consolidarsi di strutture di potere, in sostanza divenuti regimi assoluti, non più controllabili democraticamente, abituati all'ubbidienza e non più alla critica, comportasse tra gli scotti da pagare proprio la corruzione.

Ma dalle istituzioni pubbliche romane si era potuto ottenere giustizia, scoprendo le responsabilità risalenti ad esse sul piano corruttivo. Altro problema storiografico sarebbe il ricercare se un pericolo (più grave, non a caso) sia stata la disaffezione verso la politica di strati sempre maggiori della comunità romana, che lasciasse spazi all'accettazione di sistemi reali di potere, nei quali corrotti e corruttori in sintonia prelevavano, per fini privati, risorse destinate idealmente ad essere della *res publica*.

5. *Postilla bibliografica*

Su Roma arcaica all'interno della 'nazione latina', da ultimo, si sofferma Lorenzo Gagliardi, *La nazione latina al tempo della Roma dei re*, in *Cittadinanza e nazione nella storia europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 21 ss.

In argomento di storia della cittadinanza romana e la svolta restrittiva acuitasi dal III secolo a.C., cfr. Giuseppe Valditara, *Civis Romanus sum*, Torino, Giappichelli, 2018, 1 ss., con letteratura, a cui ora *adde* Antonello Calore, *"Cittadinanza" tra storia e comparazione*, in Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, 2018, p. 81 ss., propenso a intravederne gradazioni, e Antonio Palma, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, Giappichelli, 2020.

Sulla struttura mista della costituzione romana, nonché il pensiero greco e romano circa la concezione, la forma e i poteri in uno Stato misto in armonico equilibrio, si v., tra i

tanti, Maria Miceli, *'Governo misto', «quartum genus rei publicae» e separazione dei poteri*, in Luigi Labruna (diretto da), *Tradizione romanistica e Costituzione*, a cura di Maria Pia Baccari e Cosimo Cascione, I.1, «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, Esi, 2006, 659 ss.

Per analisi più ampie in tema di corruzione, fonti e bibliografia, mi permetto di rinviare ad un mio contributo pubblicato di recente, *Le radici romane delle misure di contrasto e prevenzione dei fenomeni corruttivi*, in *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione. Camerino 21 maggio 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 35 ss. (destinato in versione ampliata e riveduta alle onoranze per i 90 anni di Francesco Paolo Casavola), e a un altro mio articolo, *Poteri assoluti e corruzione. Un binomio avversato dalle istituzioni romane*, in corso di stampa nella rivista *Diritto penale XXI secolo*. Altro mio articolo di riferimento ulteriore è *Costituzione e cittadinanza. Fondamenta antiche, fragilità moderne*, in *Le nuove frontiere della scuola*, 16/50, 2019, 142 ss. (testo con note di un intervento che ho tenuto al Convegno Aidu su «70 anni di Costituzione. Una Carta da vivere», svoltosi a Roma nel febbraio 2019 presso la Camera dei Deputati al Palazzo Montecitorio nella Sala della Regina).

Sulla punizione con la pena capitale del giudice corrotto disposta dalle XII Tavole, da ultimo, si v. M. Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, II, a cura di M.F. Cursi, Napoli, Esi, 2018, 503 ss. Si perseguiva, insomma, lo *iudex* o *arbiter* che prendesse denaro per la cosa da giudicare (Gell. 20.1.7-8: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur* … 8. *Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis … non dignam esse capitis poenae existumes?*).

*Abstract*

Limits and rules against corruption and towards those who exercise the government have their genesis in the Roman constitutional experience, together with citizens' rights and duties. This is demonstrated by some examples of the splitting of the supreme powers and the temporal delimitation of them, the prohibition on the accumulation and replication of magistrate offices and the intervals between them. Institutional weaknesses were however

present and it is verified that the phenomenon of corruption followed the *res publica*, above all in connection with the elections of the magistrates in the republican phase, during which recurrent laws are attested. The sources on corruption decrease only starting from the principality, in a significant way, to increase from the lower empire.

Camerino, luglio 2020.

GIULIA TORALDO*

# *La* fiducie québecoise*: storia, evoluzione e criticità del* trust *nel* civil law**

*Sommario*: 1) Introduzione - 1.1 Cenni storici - 1.2 problemi e difficoltà nel recepimento - 1.3 L'approdo del Québec: l'*affaire Tucker*. – 2) La *fiducie* nel C.c.Q. del 1994 – 2.1 La *fiducie québecoise* contemporanea – 2.2 I riferimenti normativi – 2.3 I soggetti della *fiducie* – 2.4 Le modalità di costituzione della *fiducie* – 2.5 Le fattispecie. 3) L'amministrazione – 3.1 Poteri e obblighi – 3.2 Sorveglianza e controllo. – 4) Modificazioni al patrimonio fiduciario. – 5) Cessazione della *fiducie* – 5.1 Effetti della cessazione. 6) L'*administration du bien d'autrui* – 6.1 La nozione di *pouvoir*. – 7) Un'analisi riepilogativa. – 8) Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Per comprendere la natura giuridica della *fiducie québecoise* bisogna partire dal *trust*, dal suo sviluppo nei secoli[1] e dalla struttura dualista del diritto anglosassone.

Il primo obiettivo di questa analisi è dimostrare che la proprietà fiduciaria ha una *chance* di applicazione nel diritto civile, sia dal punto di vista teorico che pratico.

Questa sorta di proprietà fiduciaria, in cui alcuni hanno visto una proprietà con un onere, può essere considerata piuttosto "*comme une modalité du droit de propriété, autrement dit, comme une manière d'être particulière de la propriété*"[2].

Il secondo obiettivo di quest'analisi è quello di saggiare l'importanza di una *fiducie* che si affranchi dal concetto di proprietà.

---

* *Dottoressa magistrale in Giurisprudenza.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Sulle origini del *trust*, M.A. BADRE, *Le développement historique des «uses» jusqu'à l'introduction du «trust» en droit anglais*, 1932, Paris.

[2] Y. EMERICH, *La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?*, (2013) 58:4 McGill LJ 827.

Il codice civile del Québec ha fatto della *fiducie* un *patrimoine d'affectation* su cui nessuno dei protagonisti vanta un vero diritto.

Tuttavia, ci si chiede fino a che punto il legislatore abbia completamente staccato la *fiducie* dalla proprietà, attraverso il prisma dei beni a destinazione specifica e vincolata.

In effetti, tale separazione non può prescindere da seri problemi teorici. Possiamo davvero considerare che la proprietà trasferita in *fiducie* non abbia più un proprietario? In caso affermativo, a chi ci si rivolge quando si acquistano proprietà tenute in custodia e chi è l'altro soggetto la cui proprietà è amministrata dal fiduciario?

Lo scopo è quello allora di tentare almeno, se non è possibile risolvere le contraddizioni generate da un *trust* staccato dalla proprietà, di sollevare una serie di questioni relative alla potenziale perturbazione che la *fiducie* del Québec subirebbe in materia di proprietà.

Due sono le soluzioni di "*acclimations*" della *fiducie* in un contesto di *civil law*: da un lato, quella di analizzarla come proprietà fiduciaria, una semplice *modalité à la propriété*; dall'altro, di ritenerla un *intermède à la propriété*, o, in altre parole, come parentesi o *entracte* della proprietà.

### 1.1 *Cenni storici*

Pur constatando l'assenza dell'ingerenza del diritto romano in quello anglosassone, è altrettanto vero che alcuni istituti si rivelano altamente affini a quelli della tradizione romanistica del IV e II secolo a.C.

Il *trust* è una figura giuridica *sui generis*, posto che la proprietà del *trustee* sui beni ad egli trasferiti costituisce una "*unité juridique, sans pour autant être dotée de la personnalité juridique*"[3].

È deduzione logica che i sistemi giuridici che si trovano a metà strada tra il *common law* e la tradizione romano-germanica siano stati i primi a ispirarsi al *trust* anglo-americano (tra questi, ad esempio, la Scozia, il Québec, lo Stato della Louisiana, La Repubblica Sud-Africana).

La circolazione[4] di un modello la cui peculiarità riposa in un elemento proprio del *common law* ha comportato non pochi problemi d'adattamento in fase di trasposizione.

[3] A.M. HONORE, *Droit de trusts et droit des biens*, cours polyc. De la Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, session printemps, 1967, Strasbourg.
R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, II, Torino, 1988.

In Québec, si succedono due scuole di pensiero contrapposte quanto alla qualificazione giuridica della *fiducie*: chi sostiene che la *fiducie* non sia altro che una forma di deposito o di mandato[5] e chi invece, ed è questa la dottrina maggioritaria, intravede la titolarità del diritto di proprietà sorgere in capo al fiduciario[6]. L'integrazione della *fiducie* nell'ordinamento *québecois* è un processo che può dirsi interamente completato solo un secolo dopo dal suo inizio. Quello del Québec è un caso particolare. Si tratta di una regione di *civil law* che insiste e coesiste su un territorio, quello del resto del Canada, in cui impera, invece, il *common law* e che vede un'alternanza al potere di inglesi e francesi rendendo il suo ordinamento *mediam rem* tra il *common law* inglese ed il *civil law* francese.

Il *trust* non è, tuttavia, un modello legale totalmente estraneo alla tradizione di *civil law*. "*As regards the acceptability of the trust idea, the real split between the civil law and the common law traditions, it seems, does not stem from their roots. The pivotal event was the codifications of the nineteenth century*"[7].

Il vero punto di rottura avviene con l'era delle codificazioni, quella napoleonica in particolare, posto che il *code* rigetta l'idea di una '*multi-generational property holding as a kind of feudal holdover*'[8].

Si comprenderà bene, quindi, che la difficoltà più grande per gli ordinamenti di *civil law* è proprio accettare l'idea dello sdoppiamento[9] della proprietà[10] e soprattutto quali norme e garanzie debbano disciplinare un simile istituto. Il legislatore *québecois* muove i suoi passi quasi un secolo prima rispetto ai paesi europei[11] e questo è, ancora una volta e probabilmente, da ascrivere a ragioni geo-politiche. Motore propulsore di un processo che porta, nel 1879, all'adozione della legge sul *trust*; continua nel 1888 con l'assorbimento di queste previsioni

[5] J. CASGRAIN, *La fiducie dans la province du Québec*, in *«Livre-souvenir des Journées du droit civil français»* (Montréal 31 août – 2 septembre 1934), Paris, Montréal, 1936, p. 239.
[6] P.B. MIGNAULT*, La fiducie dans la province du Québec*, in «*La fiducie en droit moderne, Travaux de la Semaine internationale de droit*», 1937, Paris, p.44 ss.
[7] D.W.M. WATERS, M.R. GILLEN, L.D. SMITH, *Water's Law of Trusts in Canada,* Toronto, 2012, capitolo 28, parte 1a, p. 1411.
[8] M. CANTIN CUMYN, *La fiducie et le droit civil*, in *Meredith Memorial Lectures 1991*, 1991, p. 167.
[9] J. GORDLEY, *«Common Law» v. «Civil Law» una distinzione che va scomparendo?*, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione alle soglie del 3° millennio, a cura di P. Cendon, I, Giuffrè, Milano, 1994.
[10] "*Ownership was ownership, and either you owned something, or you did not".*
[11] Per una ricostruzione della dialettica intercorsa tra i paesi di *civil law* e di *common law ante* Convenzione dell'Aja si veda: M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 1997, pp.411-414.

legislative nel *Civil Code of the Lower Canada* e, culmina con l'entrata in vigore, nel 1994, del *Civil Code of Québec*.

1.2 *Problemi e difficoltà nel recepimento*

Uno dei tanti punti nevralgici in cui si annida la difficoltà di recepimento del *trust*, riguarda la tutela e la protezione del beneficiario[12] contro i terzi[13], ma non solo.

Come evidenziato dal *Code Napoleón* del 1804, infatti, ancor prima della protezione dei beneficiari contro i terzi, che presuppone un istituto di per sé perfetto e perfettamente funzionante, a monte del *trust* c'è da valutare una sua premessa indefettibile: quella della divisibilità della proprietà. È questo l'ostacolo più insidioso, atteso che il *civil law* ritiene la proprietà un diritto assoluto e indivisibile, senza ammetterne eccezioni. *"The owner and the owned object are thus in direct relation, at the two poles of ownership, and nothing and nobody can come between them", except the state by legislation, regulation or decree.* Tal che, se un altro soggetto vanta un diritto in relazione alla proprietà in questione, o si tratterà di diritti su un'altra *res* ovvero "*merely rights against the owner personally*"[14].

Alle due difficoltà suddette se ne aggiunge una terza che discende da una domanda imprescindibile: chi è il proprietario?, dalla cui risposta si determina quale sia la legge applicabile, stanti le distinzioni del *civil law* tra *usus*, *fructus* e *abusus*. "*To say, as the common law does of a trustee, that someone owns a thing but cannot take any benefit from it, risks being a contradiction in terms to a civilian*"[15].

*Quid iuris*?

Una prima soluzione, familiare sia al *common* che al *civil law*, potrebbe consistere nella proprietà detenuta da una persona giuridica[16], come le *business corporations*, nel *common law* o le fondazioni, nel *civil law*. Queste entità, però, non possono essere ritenute propriamente dei *trusts*: il *trust* non è né un semplice contratto né solo una persona giuridica. Accantonando quest'ipotesi, quindi, sembra necessario che o il beneficiario o il *fiduciaire* debbano essere

[12] A. GAMBARO, *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in *Enc. dir.*, *Annali I*, Milano, 2007, pp. 473-492.
[13] H. BATIFFOL, *The Trust Problem seen by a French Lawyer*, 33 *Journal of Comparative Legislation and International Law* 18, 1951.
[14] WATERS AND GILLEN SMITH, *Water's Law of Trusts in Canada*, 2012, chapter 28, part 1a, p. 1414.
[15] WATERS, GILLEN, SMITH, *Water's Law of Trusts in Canada*, cit.
[16] DONOVAN W.M. WATERS, *Private foundations (Civil Law) vs. Trusts (Common Law)*, 2002.

proprietari del bene in *fiducie*. Se proprietario è il primo, non vi sarà alcun problema circa i crediti vantati dai terzi nei confronti del *fiduciaire*; ma, proprio per questo, non si potrà parlare di un vero e proprio *trust*, posto che il beneficiario è messo in condizione di godere appieno dei diritti di una cosa di cui è, fondamentalmente, già proprietario.

Se, invece, la proprietà appartiene al *fiduciaire*, allora bisognerebbe concludere che i suoi creditori possono aggredire i beni in *fiducie*, in ossequio al principio generale per cui il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri. Per evitare questa implicazione, è necessaria una deroga che il *common law* implicitamente ammette: "*it makes the trustee the owner, and at the same time gives the benficiary what amounts to a right of ownership, which protects the latter against the bankruptcy of the former*"[17]. Nel *civil law*, non si può ricorrere a questo *escamotage* con la stessa leggerezza.

A tal proposito, giova menzionare la soluzione adottata dall'ordinamento scozzese (e accolta anche dall'ordinamento cinese e da quello francese) che, pur partendo da una indivisibilità del patrimonio, ammette che il *trustee* possa avere due o più patrimoni (se c'è più di un *trust*), in un'ottica protezionistica per i suoi creditori personali. In tal modo, questi ultimi non vedranno inficiato il loro credito dalla *reductio ad unum* dei due patrimoni[18].

Il diritto civile *québecois* «*[…] a établi un contact entre deux systèmes de droit qui s'expriment à l'aide de notions fondamentalement différentes et il a choisi l'institution qui reflète le mieux ces différences. L'opération n'allait pas sans risque, soit qu'elle échoue à cause d'un défaut de communication, soit qu'elle entame la cohérence du système récepteur*[19]». Dunque, tali disposizioni non precisano la natura giuridica dell'istituto che disciplinano. Incomberà sulla dottrina e sulla giurisprudenza completare il *dictum* della norma fornendo il supporto teorico necessario all'*épanouissement* della *fiducie*. Purtroppo, bisogna constatare che entrambe non hanno trovato un punto d'incontro: la dot-

[17] WATERS AND GILLEN SMITH, *Water's Law of Trusts in Canada*, cit.

[18] G. GRETTON, *Trust Without Equity*, 49 I.C.L.Q. 599, 2000, osserva che «*it is possible to understand much, if not all, of the common law of trusts in this way, even though the concept of patrimony is traditionally alien to the common law. In fact, the common law does not itself have traces of the multiple-patrimony thinking. For example, even the common law (in the narrow sense that excludes Equity) refused to allow a personal creditor of an executor to seized property held as executor, which amounts to a recognition that it belonged to the executor in a different capacity*».

[19] H. BATIFFOL, *Trusts, The trust problem as seen by a French lawyer*, 1949, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, pp.239-247.

trina si è limitata a spiegare il ruolo assegnato alla *fiducie* nel diritto civile, ma senza fondamentalmente esplicitarne la chiave per il buon funzionamento[20]; la Corte suprema, invece, ha preferito far ricorso ad una nozione di proprietà *sui generis*, sebbene con qualche perplessità della dottrina circa l'integrazione di questo concetto di proprietà nel diritto civile tradizionale.

1.3 *L'approdo del Québec: l'affaire Tucker*

Addivenire ad una soluzione coerente col suo impianto giuridico non è stato semplice. È una decisione della Corte Suprema, in uno di quelli che diventerà *leading case* in materia di *fiducie*, a dipanare i dubbi che avevano pervaso le menti dei giuristi.

Ai sensi del *Civil Code of Lower Canada*, la Corte Suprema Canadese, nell'*affaire Tucker v. Royal Trust Co.*[21], aveva statuito che in capo al *trustee* sorgesse un diritto di proprietà *sui generis*, mai vista o conosciuta dal mondo del *civil law*: soluzione che non fu ritenuta soddisfacente dai tecnici del diritto[22]. La controversia era la prima grande opportunità che la Corte aveva per risolvere uno dei problemi più intricati dell'ordinamento *québecois*, dato che in *Crown Trust Company v. Higher*[23], la Corte Suprema aveva stabilito l'impossibilità di costituire un *trust* al di fuori della previsione dell'art. 981a e ss. (ossia al di fuori dello "*scope of arts*"). Non solo.

Una pronuncia che antecedeva l'*affaire Tucker*, *Curran v. Davis*, era di sicuro da considerarsi il *milestone* in materia di *fiducie*. Le difficoltà linguistiche erano state, tuttavia, tali da comportare una ambiguità circa l'interpretazione della pronuncia stessa.

Riprendendo e allineandosi al *dictum* di *Curran v. Davis*, l'*affaire Tucker* supera le ambiguità linguistiche della pronuncia precedente ma non totalmente quelle contenutistiche.

La controversia, in *Tucker*, verteva sulla validità di un atto di donazione che creava un fondo fiduciario a beneficio dei figli del donatore, non ancora nati, in qualità di beneficiari principali. Il donatore intentava, nel 1974, un'azione legale contro l'amministratore fiduciario per accantonare l'atto di donazione in *trust* e per essere dichiarato proprietario del patrimonio

[20] M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, note 120 ss.
[21] La sentenza è reperibile sul sito della Corte Suprema Canadese, *https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5454/index.do*.
[22] M. CANTIN CUMYN, *Porquoi définir la fiducie comme un patrimoine d'affectation?*, in *Québec Research Centre of Private and Comparative Law*, *Thirtieth Anniversary Conference: Cross-Examining Private Law* 131, pp. 135-137.
[23] 1977, S.C.R. 418.

fiduciario; richiesta corroborata dal fatto che la legge *québecoise* non ammette, a titolo di donazione, il conferimento di benefici a persone future, che non siano esistenti al momento del trasferimento al fiduciario.

Il quesito essenziale, quindi, era capire se l'accettazione da parte del solo fiduciario fosse sufficiente a costituire la *fiducie* e a renderla perfetta e irrevocabile in considerazione del fatto che, all'epoca, i beneficiari primari non erano né nati né concepiti.

Nel caso *Curran*, infatti, l'accettazione da parte del fiduciario, in assenza di quella di un beneficiario primario esistente, era stata ritenuta sufficiente alla costituzione di una *fiducie*. La questione così posta, però, rischiava di non cogliere appieno '*the real thrust of the matter*'[24]. Se si affermava che l'accettazione da parte del *fiduciaire* fosse sufficiente, si era costretti, nella coerenza logica dei principi del diritto di proprietà *québecoise*, a riconoscere un qualche titolo di proprietà al *fiduciaire*. Non si poteva concludere, in altre parole, che la proprietà, che in linea di principio aborrisce il vuoto, risiedesse in qualche persona futura o non concepita.

Mr. Justice Beetz, come prima di lui Mr. Justice Rinfret in *Curran*, concludevano che l'amministratore fiduciario fosse un proprietario: il fiduciario ha un "diritto di proprietà *sui generis* che il legislatore ha implicitamente, ma necessariamente, inteso creare".

E in realtà, non è né necessaria né inevitabile una lettura della legge del Québec per giungere ad una tale conclusione al fine di attribuire alla *fiducie québecoise* una certa portata operativa.

Non si può negare, però, che una lettura rigorosa delle disposizioni del codice, che nega qualsiasi titolo al *fiduciaire* - e conserva così la coerenza del diritto di proprietà del Québec -, riduce tuttavia l'utilità pratica dell'istituto.

La decisione della Corte Suprema in *Tucker* rappresenta, quindi, la volontà di far assolvere alla *fiducie* nel Québec, almeno in parte, la stessa funzione per cui è stato previsto il *trust* nell'ordinamento anglosassone, estendendo il ruolo molto limitato che sembra esserle assegnato dal legislatore *québecois*.

Segna forse anche la fine della tendenza storica del Québec di favorire un'interpretazione restrittiva in materia di libertà in generale?

[24] J.E.C. BRIERLEY, *L'affaire "Tucker" sous les feux du droit comparé*, 1984.

Si può sostenere, sulla base dell'*affaire Tucker*, che è stato fatto un passo verso il riconoscimento della *fiducie* come un modo autonomo di disporre gratuitamente della proprietà: in altre parole, che ci sono donazioni, testamenti *e* trusts. La *fiducie*, in una tale filosofia, non è più solo una modalità di donare o testamentare, ma diventa un istituto a sé stante.

Ciò che sorprende, in questo caso, è come una Corte abbia affermato così a chiare lettere l'esistenza di una nuova specie di proprietà su cui il legislatore è stato molto meno specifico.

Accogliere o meno il punto di vista della Corte Suprema del Canada è una scelta che include la disponibilità ad accettare che la Corte *québecoise* sia stata chiamata a dare vita ad una giurisprudenza creativa laddove il legislatore stesso è rimasto così a lungo in silenzio sulla questione.

D'altra parte, la visione più ampia e progressista della collocazione della *fiducie* nell'ordinamento *québecois* non è più facile da accettare quando è sostenuta dall'argomentazione che, data la sua apparente ispirazione inglese (almeno a livello linguistico), si è per ciò solo legittimati, quanto a tecnica interpretativa, a fare riferimento al *common law* come fonte e parametro giuridico.

La Corte Suprema, infatti, aveva precisato che nell'applicazione e nell'interpretazione della *fiducie*, doveva farsi ricorso al *common law* solo come supplemento, cioè in caso di silenzio nel codice civile, e solo nella misura in cui la relativa interpretazione fosse stata compatibile con i principi del diritto civile del Québec[25].

È questo orientamento della Corte Suprema che ha prevalso fino all'adozione del nuovo codice civile nel 1994.

## 2. *La* fiducie *nel C.c.Q. del 1994*

È solo con l'adozione del nuovo *Civil Code of Québec*, in vigore dal 1° gennaio 1994, che si fa fronte al problema, in maniera più coerente all'ordinamento di *civil law*.

L'art. 1261 C.c.Q. prevede ora che: «*Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*».

[25] *Royal Trust Co.* c. *Tucker*, [1982] 2 R.C.S. 250, 261.

A ben vedere, la norma sembra richiamare il pensiero di Pierre Lepaulle che, negli anni '30, riconosceva l'esistenza di un "*patrimoine d'affectation*", in cui non era tanto il proprietario ad avere un ruolo centrale, quanto piuttosto il fine per cui il patrimonio veniva istituito. Il che riporta anche all'*hereditas iacens*, di romanistica memoria, nel senso di prevedere un patrimonio, quello della *fiducie*, come temporaneamente sprovvisto di un proprietario.

Non è, quindi, il rapporto di proprietà (e neanche è visto qui come necessario) sul bene che rende il *fiduciaire* in grado di amministrare e gestire i beni, in quanto "*he holds those powers pursuant to the comprehensive codification governing the administration of property belonging to another, which also serves, for example, in the tutorship of a child or the management of the affairs of a dependant adult*"[26].

### 2.1 *La* fiducie québecoise *contemporanea*

Prendendo le distanze dalla formulazione precedente, la nuova *fiducie québecoise* ha come premessa un *patrimoine d'affectation*, su cui nessuno (quindi né il *constituant*, il *fiduciaire* o il beneficiario) vanta alcun diritto reale, inteso come diritto *in rem*. Il *fiduciaire* ha il potere di gestire la proprietà, che discende dal codice (ma, si faccia attenzione: il potere di gestire non lo rende, per ciò solo, proprietario).

Se il dubbio circa i creditori del *fiduciaire* viene fugato nascono, però, nuove questioni da risolvere: il fatto che la proprietà dei beni in *fiducie* sembri senza un titolare, appare una soluzione più teoricamente accettabile che praticamente plausibile.

E infatti, assumiamo, per esempio, che il beneficiario abbia diritto ad ottenere un'entrata derivante dalla *fiducie*: egli non vanta un diritto reale di proprietà, ma è un creditore. E se in un'obbligazione devono esserci un creditore e un debitore, chi è qui il debitore? E a chi si rivolge il beneficiario se queste entrate, che ha diritto ad ottenere, non dovessero arrivare? Se, come prospettato all'inizio, la *fiducie* fosse una persona giuridica, non sorgerebbero problemi di sorta: sarebbe essa stessa debitrice e chiamata in causa dai beneficiari. Ma non avrebbe senso, a quel punto, una previsione *ad hoc* se non per discostarla dalla disciplina di una semplice persona giuridica. Né si può concludere che vi sia una totale corrispondenza tra la fondazione, pure disciplinata nel Libro IV dedicato alla proprietà, e il *trust*: i due istituti si escludono a vicenda.

[26] WATERS, GILLEN, SMITH, *Water's Law of Trusts in Canada*, cit.

Si potrebbe dar seguito ad un'ipotesi paventata da alcuni tecnici del diritto: quella della *fiducie* come *sujet de droit*, non volendo intendersi, con questa espressione, una persona giuridica (dato che, a volte, vengono utilizzate come sinonimi), ma "*a kind of intermediate case between full legal personality and the absence thereof […]. This is not simply a renaming of a legal person; there are substantial differences between a legal person and a sujet de droit, which is not a legal person*"[27].

In questo modo, la *fiducie* si troverebbe ad un gradino inferiore rispetto ad una persona giuridica non potendo, ad esempio, vantare diritti extra-patrimoniali, ma deterrebbe la proprietà dei beni in *trust*, sarebbe essa stessa debitrice e potrebbe finanche essere chiamata in causa.

Un'altra opzione potrebbe essere quella adottata dal diritto scozzese, come su menzionato, ma l'art.1261 C.c.Q. è chiaro in tal senso: il *fiduciaire* non vanta alcun diritto reale sulla proprietà oggetto di *fiducie*.

Eppure, una lettura estensiva della norma potrebbe far approdare ad un'ulteriore conclusione: il diritto reale del *fiduciaire* è escluso per ciò che concerne il suo patrimonio ovvero un beneficio suo personale; cosa diversa sarebbe riconoscergli un diritto reale limitatamente funzionale agli interessi della *fiducie*. Sarebbe così giustificato il riferimento del *code* al *fiduciaire* come "*the owner of trust assets*" e il suo poter esercitare "*all the rights pertaining to the patrimony*" (art. 1278 C.c.Q.); il *fiduciaire* sarebbe debitore e creditore in virtù della *fiducie*, ma i suoi creditori/debitori personali potrebbero aggredire solo il patrimonio suo proprio, così come quelli del *trust* si rivarrebbero solo sul patrimonio della *fiducie*. Dal punto di vista procedurale, sarebbe, però, inappropriato, chiamare in causa la *fiducie*: anche in questo caso, sarebbe il *fiduciaire* a dover comparire (e la giurisprudenza ha ampiamente confermato che non è possibile per il *trust* essere esso stesso parte processuale)[28]. Il più grande ostacolo resta, *rebus sic stantibus*, il codice stesso: le norme che disciplinano il patrimonio della fondazione fanno

[27] M. CANTIN CUMYN, *Le fiducie, un nouveau sujet de droit?*, in J. BEAULNE ed., *Mélanges Ernest Caparros*, 2002, p.131.
[28] Si vedano, a tal proposito:
- *Château Wilson Inc. c. Fiducie Familiale Pezeyre-Lacroix-Foch*, B. E. 2003BE-634 (C.Q.);
- *Banque Nationale du Canada c. Société en commandite Jean-Jacques Olier*, 2001, Carswll Que 1316 (Que S.C.), par.32-33;
- *Demers c. Blouin*, 2003, Doc. C.S. Québec 200-05-008632-981;
- *Re Fiducie Côté Poirier*, 2007,CarswellQue 9938,R.J.Q.2648;
- *Levasseur c.9095-9206 Québec inc.*, 2009 QCCS 4615, par. 12.

esplicito riferimento alla divisione del patrimonio (che sarebbe, quindi, possibile). Ma il codice dice anche che, nel caso di una '*appropriation to a purpose*', come avviene nel *trust*, il patrimonio non appartiene a nessuno.

Ed allora, e ancora, *quid iuris*?

A tal proposito, l'unica soluzione sembra quella di considerare la *fiducie québecoise* come un *unicum*: essa non è una persona giuridica; non vi è un patrimonio separato appartenente al *fiduciaire* in quanto tale, ma siamo in presenza di un patrimonio "*which is not owned by anyone, but which at the same time is not wholly ownerless*", sotto il controllo (ma non la proprietà) del *fiduciaire*.

### 2.2 *I riferimenti normativi*

Mentre la legislazione francese prevede che un contratto fiduciario sia nullo se stipulato con un'intenzione liberale a favore del beneficiario[29], la legislazione del Québec prevede la possibilità di costituire una *fiducie* per testamento o per donazione. C'è stato un tempo in cui questo era l'unico modo per stabilire una *fiducie* nel Québec. Sebbene esistano ora altre modalità di costituzione della *fiducie* previste dal codice civile, testamenti e donazioni rimangono gli strumenti preferiti per l'assegnazione di beni ad un particolare scopo[30]. Quando è stato adottato il nuovo codice civile del Québec, il legislatore ha introdotto un vero e proprio regime generale per la *fiducie*, aggiungendo, al libro sul diritto di proprietà, il Titolo IV: "*De certains patrimoines d'affectation*", quarantatré articoli sui *patrimoines d'affectation* – artt. 1256 a 1298 C.c.Q. - che si occupano della *fiducie* e della fondazione.

Senza respingere la teoria classica del patrimonio, il legislatore ha optato per un diritto patrimoniale "bicefalo"[31]. Così, oltre alla regola generale per cui ogni persona è proprietaria

[29] Art.2013 Code civil français.
[30] J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., coll. "Bleue", Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, no 134, p. 116.
[31] Così, J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, cit., no 18, p. 13.

di un patrimonio, il codice prevede ora che questo patrimonio possa essere diviso o assegnato, ma solo nella misura prevista dalla legge[32], e la *fiducie* ne è un esempio[33], non riconoscendo alcuna duplicazione della proprietà, ma ammettendo l'esistenza di un patrimonio "*sans titulaire*" (il che non significa che la proprietà è "*sans maître*", poiché il fiduciario ha comunque i poteri che gli sono riconosciuti sui beni della *fiducie*)[34]. Sebbene la *fiducie québecoise* consista in un patrimonio destinato, non ha personalità giuridica. Di conseguenza, non può citare in giudizio e solo il fiduciario ha questo potere, in qualità di '*administrateur du bien d'autrui*'[35]. Anche i titoli relativi al patrimonio fiduciario sono emessi a nome del fiduciario[36]. Il professor Brierley spiega come la *fiducie québecoise* si sia "civilizzata" con l'adozione del nuovo codice, diventando un'istituzione autonoma e indipendente dalle fonti del diritto inglese[37]. Tuttavia, egli ammette che l'esperienza della tradizione del *common law* resterà probabilmente un'utile ispirazione per il diritto del Québec in determinate circostanze. A fronte delle riforme succedutesi, l'art.1260 C.c.Q. prevede, oggi, che «*la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ».* Saltano all'occhio i tre elementi essenziali del *trust*, quali il trasferimento di beni ad un altro patrimonio, l'assegnazione per uno scopo specifico e l'accettazione da parte di un fiduciario.

---

32 Art.2 C.c.Q.: *«Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi».*

33 Art.1261 C.c.Q.: «*Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel* ».

34 Article 1278 C.c.Q. E inoltre: J. E.C. BRIERLEY, *De certains patrimoines d'affectation: Les articles 1256-1298*, dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, PUL, 1993, p. 735, nº 13, p. 747.

35 Articolo 1274 C.c.Q.; si veda inoltre: *Levasseur* c. *9095-9206 Québec inc.,* 2009 QCCS 4615, par. 12; *Château Wilson inc.* c. *Fiducie familiale Pezeyre-Lacroix-Foch*, B. E. 2003BE-634 (C.Q.).

In *common law,* cfr.: L. SMITH, "*Trust and Patrimony*", 2008,38 *R.G.D.* 379, 396: "*Even in the common law, it is not uncommon to speak of the trust as if it were a legal entity, rather than a way of holding property. Examples abound. In a recent decision of the Supreme Court of Canada on fiduciary obligations, a number of trusts were named as parties to the litigation* (*Strother v. 3464920 Canada Inc.,* 2007 SCC 24.). *Nothing turned on this and nothing was made of it, but a common law trust can no more be a party to litigation than can a contract. It is even more astonishing when such mistakes appear in the statute book.*"

36 Articolo 1278 C.c.Q.

Si veda inoltre: F. RAINVILLE, *L'administration du bien d'autrui et les patrimoines d'affectation*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., "Biens", Doctrine-Document 8, Montréal, 2001, nº 215-216.

37 J.E.C. BRIERLEY, "*De certains patrimoines d'affectation : Les articles 1256-1298*", cit., p. 743.

E inoltre, cfr.: J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, cit., n 78, pp. 68-69; P.E. GRAHAM, *Evolution of Quebec Trust Law: Common Law Influence Seen From 1962 to 1992 is Likely to Continue in Relation to the New Civil Code of Quebec*, (1993-1994) 96 *R. du N.* 474.

La semplice presenza delle parole "*en fiducie*", "*in trust*" o "*en fidéicommis*" in un testamento, una donazione o un contratto non sarà, tuttavia, sufficiente per concludere che si è in presenza di una *fiducie*[38].

2.3. *I soggetti della fiducie*

Gli attori della *fiducie québecoise* sono gli stessi di quelli previsti dalla normativa francese, disciplinati in maniera meno restrittiva in Québec.

*a.* Il *constituant* può essere una persona fisica o giuridica[39]. Egli è generalmente colui che nomina il fiduciario o i fiduciari, o che provvede alla loro sostituzione[40].

*b.* Il *fiduciaire*[41], nel caso di persona fisica, deve essere pienamente in grado di esercitare i suoi diritti civili. Il requisito della piena capacità giuridica si spiega con il fatto che il fiduciario è colui che ha l'autorità sul patrimonio della *fiducie*. Se fiduciario è una persona giuridica, deve essere autorizzata dalla legge. Quando non diversamente previsto, al *fiduciaire* si applicano le norme relative alla "*pleine administration du bien d'autrui*"[42]. Il ruolo di fiduciaire potrebbe essere svolto finanche da una *société de fiducie*[43].

Una *fiducie* può anche avere più di un *fiduciaire*[44]. In questi casi, gli amministratori dovranno deliberare a maggioranza[45].

Inoltre, il *constituant* o beneficiario può essere *fiduciaire*, ma solo a condizione che agisca congiuntamente con un altro fiduciario che non sia né *constituant* né beneficiario[46]. Elemento di non poco rilievo è quello dell'accettazione da parte del *fiduciaire*: solo con questa il *constituant* è di fatto spogliato della proprietà in questione e si completa la costituzione della *fiducie*. Nonostante le libertà riconosciute al *constituant*, la legge del Québec non permette che questi possa vantare un controllo significativo sulle attività del patrimonio in *fiducie*: sarebbe una

38 *Harp Investments Inc. (Syndic de),* [1992] R.J.Q. 1581 (C.S.); *St-Arnaud* c. *Banque Toronto-Dominion*, [2000] R.R.A. 500 (C.S.) (rés).
39 N. GIROUARD, "*Diverses utilisations des fiducies*", dans *Fiducies personnelles et successions (2004)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2004, EYB2004DEV390, p. 5.
40 Art. 1276 C.c.Q. In mancanza, il tribunale può designare un fiduciario ai sensi dell'art. 1277 C.c.Q.
41 Art. 1274 C.c.Q.
42 Artt. 1278, comma 2 e 1306 ss. C.c.Q.
43 Si tratta di società di fiducie la cui esistenza è prevista, in Québec, dalla *Loi sul les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*.
44 Art.1276 C.c.Q.
45 Art. 1332 C.c.Q.
46 Art.1275 C.c.Q.

contraddizione in termini, posto che un *trust* non ha ragion d'essere se il *constituant* non si "affida" al *fiduciaire* (il diritto *québecois* implicitamente esclude il "*bare trust*", attuabile, invece, in *common law*).

*c.* Per quanto attiene al *beneficiarie*, la cui presenza o esistenza non sono necessarie nel momento della costituzione della *fiducie*, può essere una persona fisica o giuridica[47], pur dovendo soddisfare le condizioni richieste per diventar tale ai sensi dello statuto[48]. Al contrario, all'atto dell'apertura del suo diritto o affinché il suo *status* divenga effettivo, deve necessariamente esistere.

Nella *fiducie* a titolo gratuito, beneficiario potrà essere una persona capace di ricevere per donazione[49] o per testamento[50]; dovrà possedere le qualità richieste all'apertura del suo diritto[51]. Se vi sono più beneficiari di uno stesso tipo/grado, sarà sufficiente che uno di loro possegga le qualità richieste per preservare i diritti degli altri[52].

Una *fiducie mortis causa*, creata in favore di bambini non ancora nati al momento della sua costituzione, non verrà ritenuta invalida per il sol fatto che i beneficiari non esistono ancora: sarà la loro perdurante assenza all'apertura della *fiducie* a provocarne la caducazione.

Oltre a queste condizioni di base, il beneficiario dovrà altresì rispettare quelle previste dall'atto costitutivo[53].

È importante determinare criteri sufficientemente chiari che permettano di individuare con precisione e certezza il beneficiario della stessa.

Il costituente può riservarsi la facoltà di eleggere un beneficiario, o esserlo egli stesso[54], ma ben potrebbe capitare che tale onere incomba sul fiduciario, su un altro dei beneficiari o su un terzo[55].

47 Artt. 617, 618 e 1279 C.c.Q.
48 Art.1280 C.c.Q.
49 Art.1814-1815 C.c.Q.
50 Art.617 C.c.Q.
51 Art.1279, comma1, C.c.Q.
52 Art.1279, comma 2, C.c.Q.
53 Art.1280 C.c.Q.
54 Art. 1281 C.c.Q.
55 Art.1282 C.c.Q.

Quanto alle prerogative, il beneficiario ha diritto di esigere, per la durata della *fiducie*, la prestazione a lui accordata o il pagamento dei frutti o dei redditi o del capitale o di entrambi[56]senza, tuttavia, vantare dei diritti reali sul patrimonio fiduciario[57].

La sua accettazione non è necessaria all'atto della costituzione (e sarebbe una contraddizione in termini una previsione diversa, posto che il beneficiario potrebbe non essere nato). All'apertura del suo diritto, nell'ipotesi di una *fiducie* a titolo gratuito, l'accettazione è presunta[58], dato che non vi è pregiudizio per il beneficiario stesso.

Laddove volesse rinunciare, la legge prevede che sia fatto per atto pubblico[59], salvo che si tratti di una *fiducie d'utilité sociale*, per cui non sono previste formalità.

Infine, la cessione dei suoi diritti in *fiducie* da parte del beneficiario è sovente resa impossibile da una clausola d'inalienabilità, espressamente prevista nell'atto costitutivo.

### 2.4 *Le modalità di costituzione della* fiducie

L'articolo 1262 C.c.Q. prevede quattro diverse modalità di costituzione : *par contrat, à titre onéreux ou gratuit*; *par testament*; *par la loi (dans certains cas)*; *par jugement*[60].

Questa è un'altra delle distinzioni con cui alcuni autori hanno classificato i tipi di *fiducie*. Tuttavia, l'introduzione di una vastità di scelta, che si offre al costituente, ha comportato non pochi problemi, anche imprevisti, per ciò che concerne l'importanza da attribuire a queste stesse modalità di costituzione: si tratta di semplici condizioni per saggiarne la validità o determinano uno spartiacque tra *fiducies* a titolo oneroso e *fiducies* a titolo gratuito?

È un interrogativo, questo, che ha portato alcuni studiosi a individuare la migliore distinzione dei tipi di *fiducies* in base all'*affectation*, piuttosto che alla modalità di *constitution*, secondo un metodo "*cartesienne et logique*"[61]. La legge *québecoise* preferisce distinguere la *fiducie* in base alle diverse fattispecie.

---

[56] Art.1284 C.c.Q.
[57] Art.1261 C.c.Q.
[58] Art. 1285, comma 1, C.c.Q.
[59] Art. 1282, comma 2, C.c.Q.
[60] A tal proposito, per esempio, l'art. 591 C.c.Q. prevede: «*Le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, ordonner au débiteur de fournir, au-delà de l'hypothèque légale, une sûreté suffisante pour le paiement des aliments ou ordonner la constitution d'une fiducie destinée à garantir ce paiement*».
[61] J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, cit., p. 153.

2.5. *Le fattispecie*

Diversi sono i tipi[62] di *fiducie* che il *code* propone, classificati in base ai fini perseguiti da ciascuno di essi:

- *fiducie personnelle*, che avvantaggia le persone (e rientra nei *trusts* costituiti a titolo gratuito). Utilizzata spesso in ambito successorio, questa *fiducie* non è perpetua e la sua durata è limitata a tre ordini di beneficiari e cioè un massimo di due ordini di beneficiari di frutti e reddito, oltre al beneficiario del capitale[63];

- *fiducie d'utilité privée*, di cui indirettamente beneficia un soggetto (e può essere altresì adoperato in ambito commerciale, ad esempio, per un investimento collettivo, come garanzia di un'obbligazione o per assicurare la pensione). Nonostante questa categoria comporti il beneficio ultimo di persone giuridiche, la relativa costituzione avviene comunque a titolo oneroso. A differenza della *fiducie personnelle*, che è limitata nel tempo, quella *d'utilité privée* può essere perpetua[64], così come la *fiducie d'utilité sociale*;

- *fiducie d'utilité sociale*, il cui scopo è culturale, educativo, filantropico, religioso o scientifico; ciò significa che saremo sovente in presenza di un istituto senza scopo commerciale o di profitto[65].Può essere costituito un fondo fiduciario a fini sociali per raccogliere fondi a sostegno di enti di beneficenza, per trovare una cura per una malattia o per creare un istituto di istruzione.

Questi diversi tipi di *fiducie* possono essere costituiti per testamento. In alcuni casi, devono essere obbligatoriamente a titolo gratuito (è il caso della *fiducie personnelle*)[66]. Per quanto riguarda le persone giuridiche, esse non possono mai essere beneficiarie per un periodo superiore a cento anni. Indipendentemente dal tipo di *fiducie* scelta da un testatore, l'istituzione della stessa comporta non pochi vantaggi[67].

---

62 Art. 1266 C.c.Q.
63 Art. 1271 C.c.Q.
64 Art. 1273 C.c.Q.
65 Art. 1268 C.c.Q.
66 Art. 1267 C.c.Q.
67 Per i diversi vantaggi che la *fiducie* comporta si vedano:
N. GIROUARD, *Diverses utilisations des fiducies*", in *Fiducies personnelles et successions (2004)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2004, EYB2004DEV390, pp. 5, 6, 15 e 16;
E.C. LAMARRE, "*Chronique – J'ai une fiducie, tu as une fiducie, il a une fiducie, nous avons tous des fiducies, mais pourquoi donc?*", dans *Repères*, septembre 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP728.

Il legato oggetto di *fiducie* consente, per esempio, di beneficiare delle agevolazioni fiscali[68]. Questo tipo di eredità può aiutare a limitare l'erosione delle fortune familiari, poiché il testatore ha la capacità di distribuire i benefici su diverse generazioni. La *fiducie* protegge, altresì, le persone vulnerabili che avrebbero difficoltà a gestire i beni loro affidati. Si tratta, quindi, di un modo per proteggere il capitale trasferito o per proteggerlo da beneficiari che potrebbero sperperarlo.

Il testatore esercita così un maggiore controllo sui suoi beni, poiché ne fissa la devoluzione per diversi anni a venire, ben oltre il momento della sua morte.

3. *L'amministrazione*

Il *fiduciaire* detiene i beni trasferiti in *fiducie* dal costituente e provvede alla loro amministrazione.

Quando il *constituant* o il *beneficiaire* sono a loro volta *fiduciaires*, agiscono di concerto con un altro che potremmo definire 'indipendente'[69], proprio al fine di evitare il verificarsi di situazioni di conflitto di interesse ovvero che il costituente frazioni con artifizi il suo patrimonio per raggirare i suoi creditori. La relativa norma è da considerarsi di ordine pubblico[70], rendendo perciò invalida una *fiducie* che non contempli la presenza di un altro fiduciario indipendente[71]. La scelta di una persona giuridica in qualità di fiduciario è sicuramente più costosa rispetto all'investitura di una persona fisica, ma è altrettanto vero che comporta meno rischi e problemi nella gestione della *fiducie*. Quanto alle modalità di scelta del fiduciario, il caso più frequente nella prassi è che la scelta venga fatta dal costituente[72].Talvolta, questi rinuncia a designare nominalmente il fiduciario preferendo, piuttosto, stabilire una modalità di designazione. Può accadere, infine, che sia il tribunale a scegliere il fiduciario, in caso di

[68] Per esempio, suddividendo il reddito imponibile tra i beneficiari della *fiducie* e rinviando gli importi dovuti a titolo di imposte fino a ventun'anni.
[69] Art. 1275 C.c.Q.
[70] *Brassard c. Brassard*, 2009 QCCA 898, par.139 (CanLII) (JugeMorin).
[71] Si veda, in merito, *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*, 2012 QCCS 5733, par. 41-79 (CanLII).
[72] Art. 1276 C.c.Q.

omissione o impossibilità nel designarne uno[73] ovvero qualora le condizioni dell'amministrazione lo esigano[74]. Sia il costituente che il tribunale possono aggiungere altri fiduciari, quando l'amministrazione della *fiducie* sia divenuta più gravosa.

3.1. *Poteri e obblighi*

Il *fiduciaire* agisce liberamente senza dover tener conto delle opinioni del *constituant* o del *beneficiaire*[75]; detiene la *maîtrise* e l'amministrazione esclusiva del patrimonio destinato[76]. Si comporta come un amministratore dei beni altrui e come se dei beni fosse il proprietario, sebbene egli non disponga di alcun diritto reale sul patrimonio. Vista l'estensione dei poteri detenuti dal fiduciario, non si può concludere che il patrimonio vincolato sia un '*patrimoine sans maître*'. È, altresì, tenuto ad evitare una qualsiasi situazione che possa porlo in conflitto di interessi[77], confondendo la sua sfera personale con quella di fiduciario[78]. È raro che il costituente si rimetta alle sole norme del codice per determinare i poteri e gli obblighi del fiduciario. L'atto costitutivo fornisce generalmente una disciplina dettagliata dei poteri che sono lui attribuiti. Il costituente precisa, inoltre, la natura delle attività permesse, nonché l'ipotesi in cui il fiduciario debba essere dispensato dall'obbligo di accrescere il patrimonio, accordandogli un ampio margine di movimento (e questo grazie alla legislazione fiscale favorevole). Il fiduciario ha, talvolta, addirittura la facoltà di apportare, di propria iniziativa, alcune modifiche sostanziali all'atto costitutivo (sebbene la legalità di una tale disposizione sia discutibile e discussa). Il costituente può riservarsi un diritto di sorveglianza sull'operato del fiduciario, in costanza di una *fiducie d'utilité privée* costituita a titolo oneroso. Tuttavia, in alcuni casi è difficile nella prassi verificare se effettivamente il costituente abbia trasferito delle attività al patrimonio fiduciario o se invece abbia, piuttosto, ceduto la gestione di tali attività al fiduciario. Chiamati a pronunciarsi sulla qualificazione di regimi di risparmio regi-

[73] Art. 1277, comma1, C.c.Q.
[74] Art. 1277 comma 2, C.c.Q.
[75] Art. 1261 C.c.Q.
[76] Art. 1278 C.c.Q.
[77] Art. 1310 C.c.Q.
[78] Si veda, *Pelletier c. Desrochers*, C.S.Q. n° 500-05-029683-974, 8 luglio 1997 (1997) A.Q. (Quicklaw) n° 2454, par. 57-78.

strati, i tribunali hanno negato la qualificazione a titolo di '*fiducie*' quando il costituente conserva la gestione di tali attività. Dall'altro lato, invece, la costituzione di una *fiducie* è stata riconosciuta quando il fiduciario amministra il fondo, anche se il costituente conserva il diritto di manifestare la sua preferenza tra una serie di '*placements*', che può ben consigliargli di intraprendere.

3.2. *Sorveglianza e controllo*

Rientrano, tra i legittimati alla sorveglianza e controllo, il costituente o i suoi eredi. Una tale circostanza risulta essere eccezionale poiché il costituente non vanta più diritti sui beni, una volta destinati al patrimonio fiduciario. I beneficiari, seppure eventuali, godono dello stesso privilegio.

Nell'intento di alleggerire e facilitare il compito di sorveglianza, il fiduciario è tenuto, al momento della costituzione, a rilasciare una dichiarazione e, conseguentemente, a rispondere alle domande che gli vengono poste dalla persona o dall'organismo incaricato di sorvegliare sul suo operato[79].

Il costituente, il beneficiario o chi ne abbia interesse possono agire contro il fiduciario, per esempio intimandogli di astenersi dall'intentare ovvero eseguire delle attività che possano essere lesive della *fiducie*. Possono altresì chiederne, al tribunale, la destituzione: in tal caso, il giudice procederà alla valutazione delle prove addotte dagli attori (esaminando l'operato del fiduciario allo stesso modo in cui accade in sede di *administration d'un bien d'autrui*).

Possono, infine, agire per l'annullamento degli atti del fiduciario compiuti in frode al patrimonio o ai diritti del beneficiario[80].

4. *Modificazioni al patrimonio o alla* fiducie

Chiunque può provvedere all'aumento del capitale fiduciario[81]. Ciò non rende, però, il soggetto che vi provvede '*constituant*' del patrimonio: i beni si aggiungeranno a quelli già presenti. Nella prassi, un aumento del capitale si verifica spesso nella *fiducie d'utilité privée* costituita a titolo oneroso e in quella di *utilité sociale*.

[79] Art. 1288 C.c.Q.
[80] Art. 1290 C.c.Q.
[81] Art. 1293 C.c.Q.

Quanto, invece, alla modifica della *fiducie* vera e propria, potrebbe accadere che l'atto costitutivo si presenti incompleto o poco adatto a disciplinare minuziosamente alcune circostanze. Il giudice può modificare l'atto costitutivo, al fine di meglio rispettare la volontà del costituente o far sì che la *fiducie* venga realizzata nel migliore dei modi[82]. In questa ipotesi, le persone interessate dovranno essere messe a conoscenza del procedimento dinanzi al tribunale[83].

Infine, l'atto costitutivo di una *fiducie* può, in alcuni casi, accordare al fiduciario il potere di modificarne[84] alcune sue parti: ciò al fine di evitare il continuo ricorso all'intervento del giudice. Se questa disposizione si inserisce in un'ottica deflattiva nonché di ossequio alla celerità delle operazioni, è altrettanto vero che la dottrina è divisa sulla legalità della concessione di un simile potere al fiduciario[85].

Se fosse riconosciuto, si tratterebbe comunque di uno spazio di manovra molto ristretto, dato che il fine per cui la *fiducie* è costituita è inevitabilmente cristallizzato nell'atto costitutivo e una sua qualsiasi modifica non potrebbe non tradire, in qualche modo, la volontà del costituente.

5. *Cessazione della* fiducie

La durata[86]. della *fiducie* è stabilita dalla destinazione che ne viene fatta dal costituente; ciò nonostante, anche il legislatore è intervenuto per prescriverne, in ogni caso, una durata limitata[87]. Nel caso, invece, della *fiducie d'utilité privée* o *sociale*, esse possono essere perpetue.

Quanto alla cessazione[88], questa può essere ben prevista già all'atto costitutivo, conseguire a cause sopravvenute o disposta con decisione del giudice. È stata avanzata l'idea che

[82] Art. 1294, comma 2, C.c.Q.
[83] Art. 1295 C.c.Q.
[84] Art. 1309 C.c.Q.
[85] J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, cit., e J. B. CLAXTON (2005), *Studies on the Quebec law of Trust*, Toronto, Carswell, pp. 596-605.
[86] La durata della proprietà fiduciaria è stata portata da 33 a 99 anni, a seguito di una modificazione della legge sulla *fiducie*, codificata ai sensi degli artt. 2018-2 C.c.F.
A tal proposito, si veda: *Encyclopédie juridique Dalloz:* F. BARRIÈRE, *Répertoire de droit civil*, «*Fiducie*», nº 56.
[87] La dottrina ha già dimostrato, però, che la perpetuità non è essenziale per la proprietà.
[88] Artt. 1296-1297 C.c.Q.

alla scadenza della proprietà fiduciaria non è la proprietà che finisce, ma solo quella modalità o modo d'essere specifici della proprietà, che è la proprietà fiduciaria[89].

Nell'ipotesi di una *fiducie* costituita per testamento, è possibile che sia previsto che beneficiari siano i figli del testatore e che, al decesso dell'ultimo di loro, i nipoti possano rilevare il capitale. Ciò significa che il decesso dell'ultimo dei figli costituisce il termine finale della durata della *fiducie* (al pari di una condizione risolutiva). Tutti i beneficiari possono decidere di rinunciare ai diritti loro accordati: la *fiducie* in questo modo viene ad essere caducata, così come lo è laddove non vi siano beneficiari all'apertura della stessa (stesso discorso può farsi nell'ipotesi di estinzione/esaurimento dei beni oggetto del patrimonio fiduciario). Infine, il tribunale detiene un potere di caducazione della *fiducie*, quando questa abbia smesso di rispondere alla volontà del costituente, in ragione o di impossibilità ovvero di eccessiva onerosità sopravvenute, ma sempre a seguito di una minuziosa analisi da parte del giudice che, in ossequio al principio generale di conservazione degli atti giuridici, tenderà comunque a ricercare la soluzione che possa impedire una cessazione anticipata della durata della *fiducie*.

5.1. *Effetti della cessazione*

Quando la *fiducie* termina, i beni destinati sono trasferiti a chi ne ha diritto. Più raramente, il costituente ha diritto a riprendersi i beni (ad es., quando la *fiducie* sia stata costituita per finalità di garanzia e il costituente-debitore abbia estinto la sua obbligazione rimborsando il suo creditore). In alcune circostanze, per esempio nell'ipotesi di rinuncia dei beneficiari al capitale, gli eredi del costituente possono vedersi trasferiti i beni fiduciari. Quando una *fiducie d'utilité sociale* termina per impossibilità di perseguimento del fine in ragione del quale fu costituita, i beni sono trasferiti ad altra *fiducie*, a una persona giuridica o ad altri gruppi di persone giuridiche che abbiano uno scopo affine a quello della *fiducie* estinta. In questa ipotesi, però, è compito del giudice stabilire la *fiducie* beneficiaria, ai sensi dell'art.1298 C.c.Q.

[89] F. FRENETTE, *La propriété fiduciaire*, (1985) 26: 3 C de D, pp. 727-735.

6. L'administration du bien d'autrui[90]

Si è più volte fatto riferimento all'*administration d'un bien d'autrui*[91]. È imprescindibile trattare, seppur brevemente, la disciplina cui il legislatore rinvia nella regolamentazione della *fiducie*, ove compatibile, soprattutto per ciò che attiene alla figura del fiduciario. L'introduzione di un titolo interamente dedicato all'*administration* rappresenta una delle più importanti innovazioni del *Code Civil du Québec*. Il titolo riservato all'*administration du bien d'autrui* non è semplicemente una rielaborazione delle regole secondo un piano diverso di sistemazione: Bisson l'ha chiamato "*effet de codification*"[92], che ha richiesto un certo tempo per venire a galla, in quanto i giuristi hanno dovuto, non senza fatica, scoprire e appropriarsi gradualmente del titolo sull'*administration du bien d'autrui*. Negli ultimi anni si è assistito all'emergere di un *corpus* giurisprudenziale e dottrinale sempre più ricco, a conferma del posto importante che occupa ora nella legge del Québec. Bisogna sottolineare l'importanza teorica che ha *l'administration du bien d'autrui*, che vede il concetto di *pouvoir* come *contrepoint* a quello di diritto soggettivo, chiarendone la sua specificità, considerato che l'esercizio di un potere non comporta gli stessi obblighi o sanzioni dell'esercizio di un diritto.

6.1. *La nozione di pouvoir*

L'art. 1299 C.c.Q. definisce lo scopo e le fonti *dell'administration du bien d'autrui*: *«Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui»*. Può derivare da un atto giuridico, da una sentenza, dalla legge ovvero da alcune circostanze quali la gestione aziendale o l'amministrazione di fatto. Mentre il titolare di un diritto lo esercita nel proprio interesse, la persona cui è stato conferito il potere di amministrazione, lo esercita nell'interesse di altri o per lo scopo previsto. Alcuni autori hanno utilizzato l'espressione "*prérogative égoïste*" per descrivere il diritto soggettivo e

[90] È doveroso ringraziare, anche in questa sede, la Professoressa Michelle Cumyn, con cui ho avuto l'onore di confrontarmi *vis-à-vis* sull'argomento, presso l'Université Laval du Québec, ove è titolare della cattedra di diritto civile.
[91] M. CANTIN CUMYN, M. CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2e éd., in *Traité de droit civil*, Cowansville, Yvon Blais, 2014.
[92] A.F. BISSON, *Effet de codification et interprétation*, 17 R.G.D., pp. 359-360, 1986.

"*prérogative altruiste*", per descrivere il potere giuridico[93]. Naturalmente, nulla impedisce al titolare di un diritto soggettivo di esercitarlo altruisticamente. Gli unici limiti generali all'esercizio di un diritto soggettivo sono quelli posti dall'ordine pubblico, le norme imperative, la responsabilità civile, la buona fede e l'abuso del diritto. Al contrario, la persona cui viene conferito un potere è soggetta a obblighi molto più restrittivi e l'abuso di potere è chiaramente legato all'abuso di diritto[94]. All'amministratore è vietato beneficiare personalmente della proprietà: egli deve, invece, assicurarsi che l'interesse dei beneficiari o lo scopo perseguito dalla sua amministrazione sia realizzato. La nozione di potere, così intesa, costituisce l'equivalente funzionale del *legal title* di *common law*.

Il diritto civile non distingue tra *legal title* e *beneficial ownership*, che deriva dalla competenza concorrente dei tribunali di *common law* e dei tribunali di *equity*, prima della loro fusione nel XIX secolo. L'*administration du bien d'autrui* non consiste, quindi, nella proprietà: al contrario, essa è radicalmente diversa. L'autonomia del *pouvoir* rispetto al diritto soggettivo lo rende compatibile con diversi scenari relativi a tale proprietà. In primo luogo, il titolare può essere il beneficiario dell'amministrazione (o i beneficiari possono essere comproprietari del bene amministrato, eventualmente). È questo il caso della tutela, della curatela, del mandato di protezione, della gestione aziendale (quando il gestore compie atti giuridici), della gestione della comproprietà o della comproprietà frazionata e del contratto per la gestione autonoma di beni (quale, ad es., il portafoglio di valori mobiliari). In secondo luogo, può accadere che il bene o il patrimonio amministrato appartenga ad un soggetto di diritto che sia o meno una persona giuridica[95]. Infine, la terza ipotesi di figura compatibile con l'*administration* è quella di una temporanea assenza di proprietà. Questo sarebbe il caso della *fiducie*[96].

È per questo che la *fiducie* può essere considerata come "*intermède à la propriété*", che *non è più* del costituente, ma *non* è nemmeno *ancora* del beneficiario. Indubbiamente, la *fiducie* è una figura che sconvolge gli schemi classici della proprietà dato che, non appena vi siano dei beni in gioco, è deformazione professionale ed automatica per un giurista andarne a ricercare

[93] M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, par. 168 ss.
[94] Y. EMERICH, *La fiducie civiliste*, cit., parr. 831 e 832.
[95] M. CANTIN CUMYN, *La fiducie, un nouveau sujet de droit?*, cit., p. 129.
[96] Art. 1261 C.c.Q.: si tratterebbe di un «*un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*».

prima di tutto il proprietario. Una parte della dottrina[97] ritiene che non vi sia una recisione netta con il concetto di proprietà e con il vincolo di appartenenza, anche adottando una concezione di *patrimoine d'affectation détaché de la propriété*. Sebbene non abbia torto nell'essere riluttante ad ammettere una proprietà senza detentore, è altrettanto vero che forse è un problema meno grave e reale di quello che appare dato che, nel frattempo, la proprietà è *comunque* affidata ad un amministratore. L'interesse, a tal proposito, a considerare la *fiducie* come *sujet de droit* si basa anche su altre considerazioni: si tratta di riconoscere la presenza di un'entità che ha una certa durata, autonomia e perfino personalità. Insomma, l'*administration du bien d'autrui* rappresenta il complemento della proprietà, come modalità di esercizio delle prerogative riguardanti i diritti patrimoniali. La nozione di *pouvoir*, su cui si basa la struttura dell'*administration*, permette di distinguere facilmente tra i vari tipi di contratto; tale che, salvo casi eccezionali, un locatario, mutuatario o prestatore di servizi che sia non potrà concludere alcun atto giuridico che incida sui beni, non essendo investito del relativo potere. Essi, infatti, non sono amministratori di beni altrui, anche se eventualmente detengono fisicamente il bene di cui hanno godimento o custodia.

L'amministratore è tenuto genericamente all'*obligation de loyauté*[98]- diversa e più intensa della semplice buona fede[99]- ed a quella di *prudence et diligence*. Sia al centro della *fiducie* e dell'*administration du bien d'autrui* che del *trust* vi è il dovere di lealtà. Una parte della dottrina ha opportunamente operato una distinzione tra il dovere di lealtà che inerisce i soggetti di cui sopra e gli obblighi derivanti da contratto ovvero da responsabilità aquiliana[100]. In Québec, sotto l'influenza del vicino *common law* del resto del Canada, molti giuristi hanno addirittura preso l'abitudine ad etichettare sotto il nome di "*obligation fiduciaire*" ciò che in realtà è e resta un dovere di lealtà, dato che questo obbligo fiduciario non esiste nel diritto civile.

97 Y. Emerich, *La fiducie civiliste*, cit., parr. 831 e 832.
98 L. AYNES, *L'obligation de loyauté*, *Arch. de phil. dr.*, 2000, p. 195.
99 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1989.
100 "*[…] In fiduciary law, by contrast, it is assumed that the parties are interacting for the exclusive benefit of one of them – the beneficiary. Fiduciaries are liable where they personally take property or profits obtained through the exercise of fiduciary power, regardless of whether the beneficiary had a pre-existing entitlement to, or even a reasonable expectation of procuring, the property or profits. The duty of loyalty prohibits conflicts regardless of whether their realization entails a risk of harm to the beneficiary*".

7. *Un'analisi riepilogativa*

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, è possibile sostenere che la proprietà fiduciaria è teoricamente possibile nel diritto civile, costituendo una proprietà orientata e finalizzata. «*La propriété est fiduciaire lorsqu'une personne devient propriétaire afin d'exécuter une mission, à l'issue de laquelle la chose est rétrocédée à l'aliénateur initial ou un tiers par lui désigné*»[101]. Tuttavia, come è stato giustamente sottolineato, «*les spécificités du droit de propriété s'expliquent par la fonction technique qu'elle remplit sans remettre en cause son essence*»[102]. Il fiduciario non può certamente agire con assoluta libertà, ma la proprietà è ben lungi dall'essere il diritto assoluto d'impostazione classica cui il giurista di diritto civile fa riferimento: il legislatore può, a seconda della definizione stessa di proprietà, fissare limiti e condizioni per il suo esercizio[103]. In questo caso, la proprietà fiduciaria non crea ricchezza per il fiduciario, poiché egli deve agire nell'interesse di un beneficiario[104].

Questo spiegherebbe perché, nella *fiducie*, non siamo in presenza di un diritto soggettivo di proprietà, ma di un mero esercizio di poteri giuridici[105], nonostante non sia certo che un diritto soggettivo in generale, o di proprietà in particolare, debba necessariamente essere esercitato nel proprio interesse.

In realtà, la proprietà di diritto civile è un istituto malleabile, in grado di adattarsi perfettamente ai cambiamenti che la proprietà fiduciaria implica. Quest'ultima costituirebbe una proprietà speciale, in quanto il proprietario fiduciario è soggetto a determinate restrizioni sulla *res* fiduciaria, pur trovandovi gli attributi tradizionali della proprietà, *usus, fructus e abusus*. Il fiduciario ha quindi, in linea di principio, tutti i poteri sulla proprietà della *fiducie*[106]. Gli eventuali limiti alla proprietà sono perfettamente compatibili: invero, la proprietà non consiste tanto nell'effettivo esercizio di tutte le prerogative conferite dalla proprietà, quanto piuttosto nella vocazione ad esercitarle.

---

101 ZENATI-CASTAING, REVET, op cit., *supra* nota 117.
102 B. KAN-BALIVET, *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, (2009) 185 Dr. e parte 70, p. 73.
103 Art. 947 C.c.Q. e art. 544 C.c.F.
104 M. GRIMALDI, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, [1991] 12 *Répertoire du Notariat Defrénois*, art. 35085, 897 p. 913.
105 M. CANTIN CUMYN, *Le pouvoir juridique*,52: 2 RD McGill 215, 2007, p. 225.
106 Si vedano, ad es., art. 1265 C.c.Q. e soprattutto l'art. 1278 C.c.Q. ai sensi del quale il fiduciario «*a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et […] exerce tous les droits afférents au patrimoine*». Si veda altresì l'art. 2023 C.c.F.: «*Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire*».

Infine, tra gli attributi ritroviamo l'esclusività della proprietà - poiché il fiduciario non ha bisogno dell'assistenza di nessuno per esercitare i suoi poteri sulla proprietà fiduciaria[107] - che è '*la marque de la propriété*'[108].

La nozione di *modalité de la propriété* può essere emblematicamente utilizzata per spiegare la *fiducie* francese.

I termini del diritto di proprietà « *sont des manières d'être qui affectent le droit de propriété et se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire, sans que la propriété soit, pour autant, démembrée* »[109]. Quindi una modalità della proprietà, "*affectée, modelée par une affectation*". La proprietà fiduciaria istituita dalla legge francese sembra inserirsi perfettamente nello stampo della *modalité*, poiché si tratta di una proprietà *affectée* e *finalisée*. Tuttavia, parte della dottrina continua ad esprimere riserve sulla qualificazione della proprietà come fiduciaria, *mode ou manière d'être particulière de la propriété*, comportando il rischio che la *fiducie* si allontani semplicemente dal concetto di proprietà.

Lo schema della *fiducie québécoise*, come risulta dal codice civile del Québec, non è esattamente lo stesso di quello della *fiducie* francese e l'ipotesi di una scissione della *fiducie* con il concetto di proprietà è nel primo caso più probabile e sentita. Ma allora, la *fiducie québécoise* rappresenta una sorta '*d'intermède ou de parenthèse à la propriété*'?

Il Codice Civile del Québec ha fatto della *fiducie* un patrimonio *d'affectation* che si distacca dalla nozione di diritto reale, il che solleva la questione se il *trust* di diritto civile possa o meno sciogliere tutti i legami con il diritto di proprietà. A differenza della *fiducie* francese, il legislatore del Québec ha riconosciuto l'esistenza di un patrimonio autonomo e distinto da quello del fondatore, fiduciario o beneficiario, sul quale nessuno di essi ha un diritto reale[110]. Il patrimonio a destinazione vincolata è un patrimonio impersonale, separato dalla persona-

[107] F. BARRIERE, *Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (1ère partie)*, [2007] 4 Bulletin Joly Sociétés 440 [Barrière,«*Commentaire de la loi n° 2007-211 (1ère partie)*»].
Si veda altresì, a titolo comparativo, l'art. 1278 C.c.Q.: «*Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration* exclusive *du patrimoine fiduciaire*».

[108] F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété: Contribution à la théorie du droit subjectif,* thèse de doctorat en droit, Université Jean-Moulin – Lyon 3, 1981, p. 543.

[109] J. CARBONNIER, *Droit civil: Les biens*, t. 3, 19e éd, Paris, 2000, par. 78.

[110] A tal proposito, Brierley ha concluso che la nozione di diritto reale era semplicemente "superata" nel contesto del nuovo codice.

lità giuridica, che deriva dalla finalità cui è destinato, piuttosto che dalla persona che lo detiene. Questa concezione moderna o oggettivista del patrimonio, iniziata dalla dottrina tedesca di Brinz e Becker[111], sfida direttamente la teoria classica o personalista del patrimonio, così come fu forgiata nel XIX secolo da Aubry e Rau[112]. È quindi l'attribuzione all'obiettivo comune, e non più la personalità, che crea il legame tra i beni e le obbligazioni all'interno di tale patrimonio, atteso che « *désormais, en droit québécois, un patrimoine autonome peut donc être constitué sans que personne ne puisse en revendiquer la titularité. Ceci heurte la théorie personnaliste qui clamait haut et fort la nécessité absolue de l'existence d'un droit de propriété sur les bien* »[113]. Secondo i *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil*, la *fiducie québécoise* è il riconoscimento di un patrimonio senza titolare, poiché i diritti o la proprietà possono ora essere riconosciuti senza che una persona agisca come loro sostegno o titolare.

Tuttavia, i beni che costituiscono il patrimonio della *fiducie* non sono beni *sans maître*, poiché il *fiduciairie* ne ha, comunque, il controllo e la detenzione. È stato anche considerato in dottrina che il concetto, fatto proprio dal codice civile del Québec, di patrimonio a destinazione specifica, differisce dal concetto europeo di patrimonio a destinazione vincolata, che è visto più come un'universalità di fatto: in altre parole, come una massa di attività senza passività corrispondenti. Secondo la professoressa Madeleine Cantin Cumyn, « *cette manière de concevoir le patrimoine d'affectation découle […] de la préférence en Europe pour une fiducie construite sur la propriété fiduciaire* »[114].

Quest'ultima osservazione ci porta a rivalutare il rapporto tra la *fiducie* del Québec e la proprietà. Ai sensi del *Code Civil du Bas Canada*, l'esistenza della proprietà fiduciaria era stata espressamente riconosciuta e qualificata come proprietà *sui generis* dalla Corte Suprema del Canada nella causa *Royal Trust Company v. Tucker*: posizione criticata da chi riteneva la proprietà fiduciaria addirittura antitetica alla proprietà classica.

---

111 S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 par. 1.
112 N. KASIRER, *Translating Part of France's Legal Heritage: Aubry and Rau on the Patrimoine*, (2008) 38: 1 RGD 453, par. 4.
113 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 25.
114 M. CANTIN CUMYN, *Pourquoi définir la fiducie comme un patrimoine d'affectation?*, in Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Colloque du Trentenaire, 1975-2005: Regards croisés sur le droit privé,* Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 131, p. 140.

Nella legge contemporanea del Québec, è generalmente accettato che la *fiducie* abbia reciso tutti i legami con la proprietà.

È vero che, ai sensi del 1261 C.c.Q., nessuna delle parti dell'operazione vanta un diritto reale, il che costituisce senza dubbio la differenza più importante rispetto alla *fiducie* francese.

Sebbene siano possibili diverse interpretazioni di questo assunto, ognuna delle quali, però, non recide il legame con la proprietà, resta il fatto che la posizione maggioritaria, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, sembra essere quella di una *fiducie québécoise* che sarebbe ora staccata dalla proprietà e dai diritti reali, attraverso il concetto di patrimonio *d'affectation*.

Allora è vero quanto afferma quella parte della dottrina per cui non bisogna più ragionare in termini di diritto soggettivo, esercitato nel proprio interesse, quanto piuttosto in termini di poteri d'amministrazione, esercitati per conto dei beneficiari (il che porta a distinguere i diritti economici in diritti reali e diritti personali)[115]. Orientamento che sembra essere stato ripreso dalla Corte d'appello del Québec, in una decisione del 18 dicembre 2009, relativa ad una garanzia fiduciaria costituita dal Tribunale ai sensi dell'articolo 591 C.c.Q., nell'ambito di una garanzia di un credito alimentare.

L'articolo 1278 del C.c.Q. prevede, inoltre, che il fiduciario "agisce in qualità di amministratore dei beni degli altri incaricati dell'amministrazione completa", che è interpretato come un riferimento al titolo VII del C.c.Q. relativo all'amministrazione dei beni altrui[116]. L'effetto del rinvio alle norme dell'*administration du bien d'autrui* è, da un lato, quello di conferire al *fiduciaire* il potere di compiere tutti gli atti relativi al bene gestito, nella misura in cui lo ritenga necessario o utile nell'interesse della *fiducie* o dei beneficiari e, dall'altro, di assoggettarlo ad un insieme di disposizioni volte a garantirne l'integrità e la qualità della sua amministrazione.

Tuttavia, anche supponendo che il codice civile del Québec abbia voluto tagliare il cordone con la proprietà attraverso il patrimonio *d'affectation* e il riferimento negativo alla

115 «*L'administrateur n'exerce pas un droit, mais un pouvoir sur le bien d'autrui*».
116 Art. 1299 C.c.Q.: «*Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui*».

nozione di diritto reale, dubbi permangono. Ciò è dovuto in particolare al legame tradizionale e consustanziale tra patrimonio e proprietà.

È plausibile chiedersi se la *fiducie* crei una sorta di interludio alla proprietà, in altre parole, una parentesi in cui non si pensa più in termini di proprietà e di diritto reale, ma che tuttavia tiene conto della realtà della proprietà, poiché la proprietà del bene affidato in *fiducie* sarà trasferita al termine della stessa ad un nuovo proprietario.

L'idea di una *fiducie* indipendente dalla proprietà solleva quindi nuovi interrogativi: l'assunto di un patrimonio fiduciario distaccato dal diritto patrimoniale e dal diritto soggettivo non è privo di significative sfide teoriche per un tecnico di diritto civile.

La prima domanda riguarda chi sia quest'altro soggetto i cui beni sono amministrati dal fiduciario. Per definizione, la proprietà è oggetto di *appropriation*. Tuttavia, se il fiduciario agisce in qualità di amministratore di beni altrui come previsto dall'articolo 1278 C.c.Q., ciò significa che esiste un proprietario "terzo" dell'immobile in *trust*? Si pone quindi legittimamente la questione di chi sarebbe questo altro proprietario, se non l'amministratore fiduciario.

Non è certamente il *constituant* che, secondo la definizione stessa del *trust*, non possiede più la proprietà trasferita alla *fiducie*. Se prendiamo il legislatore in parola e il fiduciario amministra effettivamente beni che non sono suoi, allora l'ombra della proprietà (quella del beneficiario? Quella della *fiducie* stessa?) incombe nuovamente sulla *fiducie*.

Un'altra importante questione teorica si pone quando vengono acquistati i beni fiduciari e, in particolare, da chi è che si acquistano. Dean François Frenette aveva risposto attraverso una *fictio juris*, e cioè paventando che, laddove non vi fosse un proprietario e la *fiducie* non avesse personalità giuridica, l'acquisto fosse *a non domino*, tale che «*quiconque acquerrait un bien du fiduciaire, n'acquerrait de personne*»[117].

Sicuramente i titoli saranno a nome del fiduciario. Ma ciò è sufficiente ad ammettere che l'acquirente acquisisce il titolo di proprietà da un *non* proprietario, tendendo presente il principio tradizionale del diritto civile, secondo il quale non possono essere trasferiti più diritti di quanti ne esistano?

[117] F. FRENETTE, *La propriété fiduciaire*, cit., p. 727.

Ritorna, allora, la tesi per cui la *fiducie* dovrebbe essere riconosciuta come un nuovo soggetto di diritto. Più specificamente, « *il s'agit de considérer que la fiducie est le sujet des droits et obligations compris dans le patrimoine fiduciaire, alors qu'elle n'a pas le statut de personne morale*»[118]. Questa non persona dovrebbe quindi essere «riconosciuta come oggetto dei diritti e degli obblighi inclusi nel patrimonio fiduciario». La *fiducie* dovrebbe essere accettata come terzo tipo di soggetto di diritto, accanto alla persona fisica e a quella giuridica. Questa teoria dimostra quanto sia difficile rompere completamente con la proprietà e il vincolo di appartenenza, anche adottando una concezione di un patrimonio *d'affectation* staccato dalla proprietà. Se l'articolo 1261 C.c.Q. viene interpretato in modo tale da considerare che nessuna delle parti dell'operazione fiduciaria è proprietaria, forse è la *fiducie* stessa ad avere questo *status*?

Se questa idea ha il merito di rinnovare, almeno indirettamente, il legame tra *fiducie* e proprietà e, in modo minimo e più esplicito, di riallacciare il legame tra soggetto di diritto e oggetto di diritto, resta il fatto che la soluzione implica una revisione fondamentale della concezione di *sujet de droit*, tradizionalmente legata a quella personalità giuridica: cercando, innanzitutto, di evitare la nozione di personalità giuridica e di formalità. Poiché questa tesi non è stata finora accettata, si pone nuovamente la questione di chi sia l'altro proprietario, se non è né il *fiduciaire* né la *fiducie* stessa. Se c'è un terzo proprietario, che non è il fiduciario, poiché quest'ultimo amministra la proprietà di altri, né il costituente, che per definizione non è più il proprietario della proprietà che ha trasferito alla *fiducie*, di chi stiamo parlando?

Sarebbe il beneficiario, che potrebbe essere considerato come proprietario, trovandosi in procinto di diventarlo, e il cui *status* sarebbe simile a quello del sostituto nominato? Questa soluzione comporterebbe il sorgere, in capo al beneficiario, di una "vocazione alla proprietà", quel *certain droit* a cui si riferisce l'articolo 1265 C.c.Q.?

È quest'ombra della futura proprietà del beneficiario che può spiegare la lettera della norma quando prevede che "il fiduciario amministra la proprietà altrui"? Sembrerebbe che l'intenzione del legislatore del Québec sia stata quella di accantonare la nozione di proprietà, almeno nel suo senso tradizionale, attraverso il concetto di *patrimoine d'affectation*. Tuttavia,

[118] M. CANTIN CUMYN, *La fiducie, un nouveau sujet de droit?*, cit., pp. 129-142.

tale accantonamento è solo parziale e temporaneo, poiché la proprietà sarà ripristinata al termine della *fiducie*[119], non appena il fiduciario restituirà la proprietà al beneficiario.

La *fiducie québécoise* potrebbe quindi essere analizzata non tanto come una negazione della proprietà, quanto piuttosto come una parentesi alla proprietà, o addirittura come un nuovo modo di acquisto della proprietà.

8. *Conclusioni*

La risposta alla nostra domanda iniziale se la *fiducie* civile può essere considerata come una *modalité à la propriété* o come un *intermède* alla proprietà probabilmente non necessita di un'affermazione chiara e univoca. Il percorso logico lungo il quale abbiamo camminato dimostra che la proprietà è un diritto sufficientemente flessibile ad adattarsi alla proprietà fiduciaria, come dimostra il diritto positivo francese. Allo stesso tempo, è indubbiamente possibile, in un dato sistema giuridico, cercare di rompere i legami con la matrice del diritto di proprietà e quindi qualificare il patrimonio della *fiducie* come un *intermède à la propriété*, che potrebbe essere la soluzione adottata dal diritto positivo del Québec. Qualunque sia il percorso esplorato, tuttavia, un tecnico di *civil law* faticherà a distaccare completamente l'analisi della *fiducie* dalla nozione di proprietà. E infatti, il legislatore del Québec ha fatto della fiducia un *patrimoine d'affectation*, lasciando che l'ombra della proprietà continui ad incombervi. Le concezioni del diritto civile in questo settore sembrano così fortemente radicate nella proprietà - che è il legame per eccellenza della persona con la *res* - che se la *fiducie* è considerata una violazione della proprietà, ciò implica almeno due conseguenze.

Da un lato, questa rottura non può essere unica, ma porta con sé una serie di cambiamenti teorici, il principale dei quali è la ridefinizione del concetto di patrimonio, che si rinnova completamente, ma che potrebbe estendersi anche ad altri concetti fondamentali, compreso quello di soggetto giuridico, come alcuni autori hanno già proposto.

Dall'altro lato, invece, questa rottura non può essere totale o permanente e può essere vista al massimo come una parentesi o un *intermède* alla proprietà, dato che l'ombra della

[119] François Frenette et Sylvio Normand l'hanno chiamata *vis attractiva*, quarto attributo della proprietà accanto all'*usus,* al *fructus* e all'*abusus* — che consisterebbe nella capacità della proprietà di ricomporsi interamente e riespandersi al termine della *fiducie*.

proprietà segue la *fiducie* per tutta la sua durata e per poi ripristinarsi e riespandersi con tutta la sua forza quando la *fiducie* termina.

*Abstract*

The following article concerns '*la fiducie québecoise*', starting from the history and geo-political motivations of the transposition and integration of the common law model of trust, to culminate in its regulation, after the leading case 'Tucker' and the following reformation of the Civil Code in 1994. Then, a look at the *administration des biens d'autrui*, the reference framework for the application of its rules to the *fiducie*, whenever possible.

Finally, comparing with the French model, the initial question about the nature of the *fiducie* and its concrete application is answered by looking at the *fiducie* as a parenthesis of property, at the end of which the right to property is re-expanded with all its force to the beneficiary.

Camerino, marzo 2020.

PIER LUIGI FALASCHI*

# *La Facoltà giuridica camerte: ritorno al passato.*

## *(Conversazione con le matricole)* **

Sono emozionato nel trovarmi una volta ancora, all'avvio d'un nuovo anno accademico, all'interno della Facoltà che ha assorbito tanta parte della mia vita, dando ad essa anche uno scopo meritevole d'essere perseguito: vi entrai come studente matricola nel 1953 - son quasi 70 anni! - e la lasciai per collocamento a riposo come professore ormai sono 20 anni.

Fu l'amore per questa Università che mi spinse a ricercarne il passato: proverò ad esporre a grandi linee questa storia dopo aver fornito alcuni avvertimenti, sicuramente utili a chi sta intraprendendo in questi giorni gli studi di giurisprudenza.

Non c'è settore storiografico inquinato da falsi e travisamenti intenzionali quanto quello dedicato alle Università. Non seguirò l'andazzo, ma lo segnalo nel timore che qualcuno, in vena di comparazioni, possa trovare deludente l'avvio modesto della scuola superiore camerte. È stata l'emulazione continua fra atenei a favorire l'esposizione di leggende e vanterie o, nel caso migliore, ricostruzioni solo celebrative. Un avvio molto remoto accresceva il lustro dell'Ateneo che lo vantava, aumentava il prestigio di chi vi insegnava, era di richiamo per studenti di città anche lontane, desiderosi di impegnarsi al massimo. Le fandonie si sono per lo più giovate della povertà e dispersione della documentazione più antica relativa alle Università, situazioni collegabili al carattere a lungo privato di queste, non interessate pertanto a

* *Già Docente di Storia del Diritto Italiano dell'Università degli Studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Lo scritto rappresenta la lezione tenuta al Campus della Scuola di Giurisprudenza mercoledì 14 ottobre 2020.*

produrre molti documenti e in difficoltà nel promuovere, proteggere e tramandare archivi. Solo da qualche lustro l'andazzo storiografico lamentato sta cambiando, grazie alle iniziative del Centro interuniversitario per la storia delle Università (CISUI), costituitosi a Bologna nel 1996, ma anche per l'affermazione rapida ed aggressiva di tante sedi recenti, indotte ad ignorare antichi retaggi.

Per cogliere e valutare l'avvio d'una scuola superiore è importante tener presenti alcune vicende e caratteristiche proprie della Scuola di Bologna, giustamente osannata come *alma mater studiorum*, cioè madre prolifica - nel senso di esempio materno da imitare e di fatto imitato - di tutti gli altri Studi, che si sarebbero diffusi prima in Europa e poi negli altri continenti.

E una precisazione si rende subito necessaria: per secoli la scuola superiore che oggi chiamiamo "Università" ebbe la denominazione di "Studio", in latino "Studium", mentre il termine "Università" o "Universitas" fu a lungo riservato alle associazioni che gli studenti costituivano a tutela dei loro interessi nelle sedi dove si trovavano a studiare, mentre 'rettore' era detto lo studente scelto dai colleghi come capo dell'associazione. È da aggiungere che nel passato molte ed importanti furono le realtà associative definite "università": nell'Italia meridionale il termine, senza altre specificazioni, indicava il comune, in quanto associazione unitaria dei cittadini; nelle Marche "università" poteva anche indicare l'insieme dei residenti in un luogo titolari di usi civici.

Va altresì ricordato che i docenti degli Studi, inizialmente e per molti secoli, furono ufficialmente designati come "dottori" o "doctores", dal verbo "docere" che - come sappiamo - significa insegnare. I termini *magistri* o *professores*, sia pur non inusitati, potevano anche coprire, come in certi casi accade anche oggi, l'assenza del titolo dottorale, l'unico che allora abilitasse in modo pieno all'insegnamento. I dottori erano a loro volta uniti in un'associazione professionale definita *collegium doctorum*.

Il primo Studio - l'abbiamo anticipato - nasce a Bologna e nasce come scuola di diritto. Nasce prevalentemente ad opera di Irnerio, un personaggio mitico vissuto all'incirca fra il 1060 e il 1130.

Giosuè Carducci, poeta e storico a tutti noto, nonché professore a Bologna dal 1860 al 1904, desideroso di celebrare da protagonista l'ottavo secolo di fondazione dello Studio, a

sua discrezione ritenne di poter fissare la ricorrenza otto volte secolare dell'avvio nell'anno 1888, immaginando che Irnerio, nato nel 1060, avesse cominciato ad insegnare ad un'età plausibile di 28 anni. La scelta risultò così largamente accetta e condivisa che un secolo dopo, precisamente nel 1988, veniva celebrato il nono centenario: alle manifestazioni, su delega del rettore del tempo Mario Giannella, ebbi l'onore di rappresentare l'Università di Camerino.

Irnerio è un maestro di arti liberali, cioè delle sette discipline nelle quali l'alto medio evo aveva ridotto tutto lo scibile umano. Presa passione particolare per lo studio del diritto - coltivato fino ad allora nell'ambito della grammatica, della dialettica e della retorica - Irnerio decide di sua iniziativa (Odofredo: *per se coepit studere*), qualcuno aggiunge incoraggiato dalla contessa Matilde di Canossa, di dedicarsi esclusivamente allo studio e all'insegnamento del diritto romano, considerato ancora oggi l'espressione più alta della civiltà romana. Si trattava d'un diritto durante l'alto medioevo per tanta parte dimenticato e soprattutto incompreso per il decadimento della cultura dovuto alle successive invasioni barbariche e ad un fenomeno di regressione ricorrente dopo picchi elevati di civiltà. La società italiana che esprime Irnerio e sta dando vita ai comuni, realtà istituzionali ancora in embrione, avverte il bisogno di disporre di norme evolute in grado di assecondare l'accelerata ripresa spirituale, politica, economica e culturale che sta caratterizzando l'avvio del secondo millennio.

Irnerio riscopre, almeno in parte, ed interpreta le leggi e i frammenti selezionati della giurisprudenza romana fatti raccogliere a Costantinopoli dall'imperatore Giustiniano fra il 528 e 534: il *Codex*, le *Institutiones*, i *Digesta*, nonché le *Constitutiones* così dette *Novellae*, da lui emanate ad integrazione fino alla morte, avvenuta nel 565. Per interpretare questo patrimonio culturale Irnerio usa le glosse: richiamo di passi non contigui che si integrano vicendevolmente e soprattutto brevi spiegazioni d'una parola o d'un passo, e "glossatori" saranno detti lui e i continuatori del metodo.

La scuola di Irnerio, e - dopo la sua morte - di più generazioni di maestri, è una scuola classificabile come laica: in quanto quasi tutti i docenti non sono di condizione ecclesiastica, né dipendono da autorità religiosa e, quando lo ritengono indispensabile, mostrano autonomia di pensiero rispetto agli insegnamenti della Chiesa.

È scuola privata perché non riceve né direttive, né finanziamenti dalle pubbliche autorità. Più generazioni di docenti bolognesi rifiuteranno sovvenzioni da parte del Comune, accortosi presto dei vantaggi che la presenza di studenti procura alla città. Per il lavoro di insegnanti vengono remunerati dagli studenti, in prevalenza danarosi perché di ceto elevato, mediante collette molto remunerative; la sede della scuola si identifica di frequente con la dimora del docente. Solo nel Trecento avanzato i professori bolognesi accetteranno dal Comune il c.d. *salarium*, cioè lo stipendio, ambienti per le lezioni ed altri servizi. L'assetto bolognese impedisce di negare dignità di scuola superiore ad iniziative didattiche di docenti privati.

La scuola è specialistica, in quanto studia solo il diritto, prevalentemente quello romano, e non quindi tutto lo scibile sia pur ridotto a nozioni essenziali, come accadeva nelle scuole di arti liberali.

La scuola insegue subito la creatività e - direi - la scientificità, in quanto non si limita a trasferire agli allievi nozioni da tempo acquisite e consolidate, ma interpreta in modo creativo, ricorrendo a sofismi sottili e giovandosi di fraintendimenti spesso voluti, i testi romani fatti raccogliere da Giustiniano, rendendoli a poco a poco più adatti alle esigenze d'una società in forte evoluzione.

Sono docenti privati, ad esempio, e ciascuno gestisce una propria scuola, i quattro dottori, allievi diretti di Irnerio: Bulgaro, Martino, Ugo e Giacomo (Ottone Morena, cronaca XIII secolo: *Bulgarus os aureum, Martinus copia legum, mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego*). Per seguire i loro corsi presto giungono a Bologna studenti d'ogni parte d'Italia e anche d'Oltralpe.

Questi dottori, in quanto studiosi ed ammiratori del diritto romano, non possono ignorare l'autorità di Federico I Barbarossa, ritenuto - come sacro romano imperatore - successore di Giustiniano e attivissimo in Italia ai loro giorni; partecipano pertanto alla dieta da lui indetta a Roncaglia, località di campagna vicina a Piacenza e prossima al Po, nel corso della quale riconoscono legittimi i diritti che egli rivendica come sommo sovrano: le c. d. *Regalie*.

Il Barbarossa premia i quattro dottori emanando una legge: l'autentica 'Habita' (1155-1158), che afferma questi principi: professori e studenti sono sotto l'alta protezione dell'imperatore; divenuti pellegrini per amore della scienza, possono viaggiare liberamente, insieme

agli addetti alla loro persona, in ogni parte dell'impero; sono esentati dal pagamento di pedaggi e dazi; non sono sottoponibili a rappresaglia (l'istituto col quale i comuni confiscavano i beni di forestieri, concittadini di debitori rivelatisi insolventi); i *doctores* sono riconosciuti giudici degli studenti da sottoporre a giudizio. Quest'ultima parte dell'autentica non risulterà accetta ai comuni, deliberati a valorizzare i propri giudici.

Come si diventa dottori? Il titolo per secoli è prerogativa unica dei laureati in legge; soltanto nel Quattrocento sarà esteso a chi avrà completato altri corsi di studio riconosciuti impegnativi. Il titolo si consegue dopo un esame finale valutato positivo dai dottori appartenenti al Collegio della sede universitaria: costoro si documentano sugli anni di studio dell'aspirante dottore (otto o nove anni: certamente un tempo lunghissimo per le speranze di vita del tempo), quindi lo sottopongono ad una prova volta a saggiare la preparazione raggiunta e, infine, con una cooptazione, espressa con una *laudatio*, col bacio e col dono d'un anello con sigillo, lo promuovono alla loro dignità. Il laureato omaggia con doni gli esaminatori.

Nel 1219, papa Onorio III prevede per Bologna una commissione di laurea composta sempre dai dottori, ma presieduta dall'Arcidiacono, il capo del capitolo della locale cattedrale. Successivamente e altrove i papi imporranno come presidente delle commissioni di laurea i vescovi delle città in cui è attivo lo Studio. Non è sicuramente un caso che Camerino nel corso dei secoli ebbe solo vescovi e arcidiaconi dottori, in grado di non sfigurare nel ruolo di presidenti di commissione di laurea.

La laurea conferiva la *licentia ubique docendi*, cioè l'abilitazione ad insegnare ovunque, ed era titolo d'un numero molto ristretto di eletti, di regola destinati, oltre che all'insegnamento, ad importanti incarichi e a lauti guadagni; per chi non aspirava ad insegnare, ma al ruolo di giudice, avvocato, podestà bastava un corso di studio di quattro o cinque anni.

* * *

Con queste premesse: origine privata della scuola, protezione concessa a docenti e studenti, laurea riservata a pochi eletti aspiranti all'insegnamento, intervento tardivo e progressivo di pubbliche autorità locali e centrali, possiamo finalmente valutare le tracce lasciate a Camerino dal funzionamento della scuola superiore.

Quando nel 1975 fui invitato a compiere una ricerca storica sull'Università camerte la situazione degli studi era la seguente: silenzio agghiacciante sulla scuola da parte dei maggiori storici locali fioriti nel corso dei secoli XVI-XVIII; divagazioni letterarie di due rettori della seconda metà dell'Ottocento che, storici improvvisati, avevano attribuito all'istituzione, richiamandosi a prove fasulle, origini medievali, speranzosi così di esorcizzare minacce ricorrenti di soppressione. I tribolati rettori ritenevano infatti che il secolo e poco più trascorso dalla bolla pontificia di Benedetto XIII del 1727 e dal diploma imperiale di Francesco Stefano I di Asburgo-Lorena del 1753, ritenuti nel loro intimo atti fondativi dell'Università, non fosse un tempo sufficiente ad ancorare l'istituzione alla città in modo definitivo. Un'articolata monografia dedicata all'Università nel 1951 da Domenico Aringoli, studioso per tanti aspetti apprezzabile, ma ossessionato da una visione statocentrica ritenuta da lui applicabile anche al medioevo, riconoscendo con umiltà e senza discutere l'origine settecentesca, di fatto finiva per prospettare come insensate e temerarie eventuali indagini volte a scoprire una più remota ascendenza.

Questa la situazione da cui partiva la mia ricerca. Dopo una ricognizione accurata delle lacunose fonti documentali camerti che mi faceva apparire giustificati il silenzio su una Università medievale degli storici più risalenti e la scelta rinunciataria di Aringoli, mi balenava in mente l'opportunità di compiere un tentativo all'apparenza banale per l'alta probabilità che esso fosse stato già effettuato da altri senza risultati: quello di procedere ad una lettura attenta dei testi statutari di Camerino giunti fino a noi, cioè il testo manoscritto, riproducente la redazione del 1424, pervenuta a noi priva di parte delle rubriche del primo libro, e il testo a stampa del 1563 pervenutoci ovviamente completo e perfettamente sovrapponibile, almeno per quanto riguarda la materia scolastica e ove consentito, per la mutilazione del testo più antico, appunto a quest'ultimo. E la lettura appena attenta - evidentemente prima mai eseguita - permetteva di scoprire varie rubriche chiaramente inserite per consentire ed agevolare il funzionamento in città d'una scuola superiore.

Scopriamone i contenuti: la rubrica I.27 (a. 1563), fissando l'ordine di precedenza delle corporazioni della città nelle cerimonie civili e religiose, assegna il primo posto al *Collegium iudicum sive doctorum*, il secondo posto al *Collegium procuratorum et notariorum*, seguono poi in decrescita le altre arti. Non c'è dubbio che il collegio dei dottori accolga giuristi abilitati all'insegnamento e per questo considerati di rango diverso, più elevato, dei procuratori e notai pur notoriamente dotati di preparazione giuridica. La considerazione di cui godono i dottori in città si coglie anche in una *reformatio* risalente al 1562 (nota per essere stata riprodotta nel volume degli Statuti del 1563) volta a limitare il lusso: le consorti dei dottori possono indossare gioielli di maggior valore di quelli consentiti a donne comuni. I catafalchi dei dottori morti potranno godere di candele più numerose e grosse di quelle concesse per i catafalchi dei cittadini non del rango.

Rubrica I.60 (a. 1563) [I.80 (a. 1424)]: in occasione dei consigli comunali convocati per trattare la diffusione nei centri prossimi dei bandi delle fiere da parte dei banditori comunali si valuti, prima ancora di affrontare il tema, l'opportunità di divulgare - sempre a carico del comune - i bandi che gli insegnanti di diritto canonico, diritto civile, medicina e materie letterarie approntano per portare a conoscenza di eventuali interessati le loro iniziative didattiche. La specificazione dei corsi mira sicuramente ad escludere dal servizio le iniziative didattiche proposte dai conventi e monasteri di Camerino, non privi - come rivelano varie fonti - di religiosi attivi come lettori. Nell'epoca della grande comunicazione come la nostra solo una riflessione attenta può consentire di afferrare l'importanza del servizio reso gratuitamente dal comune ai docenti, la concessione del quale - ovviamente - attestava anche l'avallo del Comune all'iniziativa didattica e la disponibilità dello stesso ad accogliere studenti forestieri.

La rubrica I.96 (a. 1563) [I.130 (a. 1424)] esclude di concedere ai professori indennità integrative oltre la remunerazione preventivamente concordata.

La rubrica I.103 (a. 1563) [I.133 (a. 1424)] prevede sanzioni pecuniarie per i docenti che abbandonino l'insegnamento prima del termine convenuto.

La rubrica I.104 (a. 1563) [I.134 (a. 1424)] in parte ripropone l'autentica 'habita' di Federico Barbarossa, in parte la rende esecutiva: prevede infatti libertà di ingresso, di residenza e di allontanamento per gli studenti che vengono a studiare a Camerino e per gli addetti

alle loro persone, nonché intangibilità dei loro beni personali, anche nel caso in cui per delibera del Comune pendano rappresaglie contro gli originari del luogo da cui lo studente proviene.

Rubrica I.122 (a. 1563) [I.153 (a.1424)]: i docenti possono servirsi del processo sommario, cioè semplificato, per rivendicare ratei di stipendio scaduti e rivalersi, in caso di insolvenza del comune, nei confronti del rappresentante del comune che ha trattato l'ingaggio. Questa rubrica rivela, in modo più chiaro della I.103, la natura pubblica della scuola.

Rubrica III.54 (a. 1563) [III.55 (a.1424)]: il podestà e il capitano del popolo di Camerino, chiamati a punire e possibilmente ad estirpare a Camerino l'omosessualità debbono disporre indagini particolari nei luoghi in cui abitano ed abitualmente si intrattengono gli studenti. Il testo lascia intravedere una loro presenza non esigua e luoghi della città da loro prescelti abitualmente per incontrarsi e intrattenersi.

Si tratta d'un numero non elevato di disposizioni, ma in realtà neppure esiguo se si considerano l'abituale concisione degli statutari e l'approssimazione dei testi da loro prodotti. La non contiguità numerica delle rubriche e l'origine evidente di alcune da casi particolari verificatisi in loco e risolti la prima volta dal giudice inducono a ritenere un'emanazione differita nel tempo. Forse furono prodotte per prime ed insieme la rubrica che agevola la promozione dei bandi dei docenti e quella che tutela la libertà degli studenti: si tratta di garanzie minime e irrinunciabili da parte degli studenti. Le disposizioni che attestano la remunerazione del docente a carico del comune potrebbero essere intervenute dopo una fase iniziale privata della scuola.

L'individuazione di varie norme relative allo Studio negli Statuti comunali del 1424 e del 1563, norme - ribadiamo - tra loro sovrapponibili, più che risolvere in modo definitivo gli interrogativi sulla presenza e continuità a Camerino d'una scuola superiore ne apriva altri, fra cui importante quello così formulabile: dando per provata l'esistenza d'uno Studio a Camerino, quando esso fu realmente avviato e fino a quando si mantenne attivo? Le norme relative alla scuola potrebbero anche non essere state abrogate a esperienza conclusa, magari nella speranza d'una ripresa dell'attività.

Per formulare un'ipotesi sull'epoca di avvio dell'attività didattica di livello superiore mi soccorreva un amico mons. Sandro Corradini, il quale mi mostrava un folio pergamenaceo

che, da lui rinvenuto nell'archivio capitolare di Camerino, riproduceva una successione di rubriche sicuramente appartenute alla redazione statutaria del 1355, ricordata dallo storico seicentesco Camillo Lili ma ritenuta perduta: fra queste rubriche col numero LXXXV (sicuramente del primo libro) appariva già inserita quella relativa alla diffusione gratuita dei bandi dei maestri. La segnalazione permetteva d'aggiungere settanta anni al possibile varo della rubrica prima conosciuta attraverso le redazioni statutarie del 1424 e 1563 e, quindi, di scoprirla vigente a Camerino in anni prossimi a quello in cui Cino da Pistoia, poeta e grandissimo giurista fondatore della scuola del commento, aveva offerto una testimonianza sulla Marca. Cino in un suo commento al Digesto avviato e subito interrotto per il sopraggiungere della morte, avvenuta nel 1336, ricordava la Marca - dove aveva risieduto negli anni 1319-1321 - come un territorio singolare per la presenza di scuole di diritto anche *in castris*, cioè nei piccoli borghi fortificati. Documenti che si conservano a Siena attestano che Cino da Pistoia nella primavera del 1321 era stato raggiunto a Camerino da emissari del comune toscano che lo invitavano ad accettare una cattedra nella loro città decisa ad aprire uno Studio.

Sulla scorta di Cino, avanzando a ritroso ancora di qualche lustro, era inevitabile imbattersi nelle iniziative didattiche promosse sul finire del Duecento a Macerata e a Tolentino, allorché i due luoghi, ancora nella condizione di *castra* e all'epoca tanto meno prosperi ed evoluti di Camerino classificata già *civitas maior*, offrivano ospitalità a solitari docenti di diritto e, almeno il comune di Macerata, pur senza alcuna previsione statutaria, provvedeva con suoi messi a bandire in più luoghi il testo scritto da un oscuro maestro per richiamare giovani interessati allo studio del diritto. Ipotizzare il varo della rubrica camerte relativa ai bandi dei maestri avvenuto almeno sul finire del Duecento non appare temerario.

Ma mons. Corradini, allora membro della Congregazione per le cause dei santi e quotidianamente operoso negli archivi vaticani per motivi d'ufficio, veniva in mio aiuto anche con la segnalazione di altro documento importante da lui rinvenuto in uno dei registri pontifici risalenti al periodo avignonese: ebbene questo registro conserva copia d'un breve datato 29 gennaio 1377 con cui Gregorio XI, per intercessione di Gentile III da Varano, Signore e vicario apostolico *in temporalibus* di Camerino e d'un vasto territorio, concede al Comune e al Popolo della città per un quinquennio lo *Studium generale*, coi corsi di diritto civile e canonico

e con la potestà di promuovere con autorità apostolica ai gradi accademici del baccellierato, della licenza e del dottorato gli studenti valutati idonei dopo congrua prova di esame.

Ho dimostrato in un mio saggio come questo privilegio dello Studio generale fu elargito a Camerino, rimasta fedele al papato, in una fase di lotta armata contro quest'ultimo di trenta città del centro Italia (la c. d. 'lega maledetta'), città per lunga tradizione schierate coi papi, ma ora ridotte all'esasperazione dal comportamento dei funzionari corrotti e politicamente inabili spediti da Avignone in Italia. Probabilmente il privilegio fu concesso su suggerimento del camerte Luca di Ridolfuccio, all'epoca vicario del papa per la città di Roma. Costui dottore in diritto canonico, su mandato del cardinale Capocci, aveva anni prima curato la realizzazione del collegio universitario di Perugia, primo del genere istituito in Italia e in seguito denominato "Sapienza vecchia". Di sicuro il privilegio fu concesso a Camerino durante il periodo di chiusura degli Studi di Bologna e Perugia, resi inoperosi dagli interdetti pontifici emanati contro queste città ribelli, e fu elargito non solo per favorire Camerino, quanto per non danneggiare gli studenti che si ritenevano pronti per affrontare le prove per il conseguimento dei *gradus*, in particolare il dottorato.

Non si sa se il privilegio fu in seguito confermato a Camerino senza più limiti temporali: parte degli archivi avignonesi è andata dispersa. Ho però forti dubbi sull'interesse reale del Comune a tenere in piedi, oltre il quinquennio, la struttura sicuramente più dispendiosa necessaria ad accompagnare gli studenti fino al dottorato, per altro inseguito - anche nelle sedi abilitate - solo da una minoranza, composta da chi aspirava all'insegnamento e dai pochi altri che speravano di esercitare con titolo più elevato e di maggior credito la professione di *iudex* o di avvocato che non lo richiedeva.

C'è una tendenza da me rilevata nello Studio di Perugia a farmi escludere una vita oltre il quinquennio dello Studio generale: nel corso del Trecento vari sono gli studenti perugini, con Bartolo da Sassoferrato in testa, che per raggiungere il dottorato, si trasferiscono a Bologna da Perugia, pur abilitata da Giovanni XXII, fin dal 1318, a conferire tutti i *gradus*.

Favorevole invece ad attestare una lunga durata della scuola è la supplica che il Consiglio generale di Camerino nel 1726 inoltra a Benedetto XIII, quella che provocherà la bolla *Liberalium disciplinarum* dell'anno successivo: ebbene la supplica rivela l'intento del Consiglio di aggiungere cattedre di diritto canonico e civile e teologia scolastica e morale a quelle di

materie letterarie, di eloquenza e di filosofia, che vengono indicate attive in città da tempo immemorabile. Queste ultime cattedre rappresentavano forse i resti dello Studio medievale?

Le notizie lacunose che ho esposto possono dimostrare solo come la fondazione dell'Università di Camerino del 1727 - che prevedeva funzionanti le facoltà di Teologia, Giurisprudenza, Medicina e Matematica - fu in realtà una rifondazione, ma è proprio questo oblio totale dell'esperienza scolastica medievale a far meglio risaltare quanto fosse radicata, al punto di riemergere nel tempo, l'ambizione culturale della piccola città.

Cinque lustri più tardi, esattamente nel 1753, al riconoscimento pontificio dell'Università camerte si aggiunge quello imperiale: Francesco Stefano I di Asburgo Lorena, consorte di Maria Teresa d'Austria, con apposito diploma riconosce la validità delle lauree camerti in tutto il territorio del sacro romano impero, concede al rettore della Università il titolo di conte palatino e all'Ateneo la facoltà di innalzare a salvaguardia delle persone e dei beni - appartenenti appunto all'Ateneo - le armi imperiali: in pratica la facoltà di disporre e fregiarsi del bellissimo e complesso stemma suo personale, che tuttavia l'istituzione adotterà come proprio soltanto dopo la fine dell'impero asburgico e la composizione d'ogni vertenza fra l'Italia e l'Austria.

* * *

Il tempo non consente oggi di attardarci sui dottori che possono aver insegnato nello Studio camerte nel secondo medioevo, un percorso per gran parte ancora da compiere ma ben promettente almeno per la presenza accertata in Atenei lontani e nelle corti signorili d'un numero rilevante di dottori provenienti da Camerino, e per la conservazione in questa città di manoscritti del Tre e Quattrocento, di incunaboli e innumerevoli cinquecentine, tutti di contenuto giuridico e non ancora studiati. Il tempo ugualmente non consente oggi di attardarci sui docenti passati sulle cattedre camerti dalla rifondazione del 1727 al 1860, una fase ripercorribile con facilità grazie alla produzione letteraria dei professori dell'epoca, da loro affidata alle stamperie presenti a Camerino dal Cinquecento, ma certamente non si può tacere lo sviluppo eccezionale che l'Ateneo camerte raggiunse a partire dalla unificazione italiana.

Con l'annessione delle Marche al Regno sabaudo, l'Università camerte - precedendo quelle di Perugia, Urbino e Ferrara - ottiene nel gennaio del 1861 lo status di Università libera, che prevede per il Comune l'obbligo di integrare le rendite immobiliari proprie dell'istituzione. Venuta meno la Facoltà di Matematica e Filosofia, sempre poco accorsata, e passata quella di Teologia coi docenti ecclesiastici al locale Seminario, l'Università conserva le Facoltà di Giurisprudenza e Medicina e le Scuole di Veterinaria e di Agronomia. Per l'Ateneo s'apre un secolo di vita grama sul piano economico, eppure straordinario per la produzione scientifica e l'attività didattica dei professori. Camerino, demograficamente troppo esigua per pretendere di alimentare con docenti del luogo il corpo insegnante, come invece fanno città appena più grandi, s'apre ai professori più giovani e promettenti d'Italia, accreditandosi presto nella Penisola e nell'intera Europa come un "vivaio" di grandi maestri. L'eccellenza si afferma in modo sorprendente nel periodo in cui ad attribuire gli incarichi di insegnamento e a nominare i commissari per i concorsi a cattedra sono niente meno che i membri del Consiglio comunale, ormai solo proprietari terrieri e professionisti che hanno sposato gli ideali risorgimentali, hanno cospirato per la caduta del governo pontificio e, senza temere le scomuniche, hanno acquistato con modesto esborso i fondi agricoli confiscati dai Piemontesi alle congregazioni religiose. Il dubbio che questi consiglieri comunali, molti dei quali sicuramente aderenti alla massoneria, subissero nella scelta dei docenti le indicazioni dei capi dell'associazione culturalmente più impegnati è fortissimo.

Il passaggio rapido sulle cattedre camerti di giovani valorosi docenti, trasferitisi in seguito in Università grandi, consente a quella camerte di accogliere una varietà di ingegni preclusa alle maggiori, dove l'approdo d'un maestro impediva per lustri e fino al declino senile l'arrivo d'un successore. Capita così che Università accorsate come quelle di Bologna, Roma, Napoli possono esibire solo alcune delle molte glorie toccate a Camerino.

I giovani professori, ancora liberi da impegni avvocateschi e politici distoglienti dallo studio, nel raccoglimento della città piccola - eppur seducente per i edifici storici e scorci panoramici - trascorrono qui il periodo migliore per la ricerca e - molti affermeranno - della loro vita. Trasferiti altrove, portano ovunque il ricordo piacevole di Camerino ed il carattere loro impresso da una straordinaria tradizione culturale, alimentata da acume scientifico e

febbrile laboriosità, da relazioni umane sincere e cordiali, da stile di vita frugale eppure dignitoso. L'autonomia ottenuta a Camerino consente ai giovani docenti di affrancarsi rapidamente dalle vecchie metodiche nelle quali, appagati, si attardano i loro maestri a Roma o a Napoli; le facoltà di arrivo di ex camerti, riprendono subito accelerazione e quota.

Sulle cattedre di Camerino si susseguono così docenti che daranno contributi rilevanti alla evoluzione della dottrina, influenzeranno la giurisprudenza e a tempo debito parteciperanno al rinnovo della legislazione.

Si pensi a Vittorio Scialoja (Torino 1856 - Roma 1933). Dotato di anime distinte, storica e sistematica - come appropriatamente rileva un suo estimatore -, insegna diritto romano e civile come era allora normale, provenendo come tutti i giuristi della seconda metà dell'Ottocento dalla pandettistica, la scienza giuridica costruita sull'opera di Giustiniano - particolarmente sulle Pandette (o Digesto), da cui la denominazione - che aveva raggiunto punte di eccellenza, oltreché in Germania, in Francia e in Italia. Nel 1879 Scialoja, nell'aula magna della Biblioteca Valentiniana, pronuncia la celebre prolusione *Del diritto positivo e dell'equità*; tra i ricordi da lui tramandati su Camerino quello della sera tarda in cui con gli studenti, incantati dalla sua esposizione, rimase chiuso nel palazzo ducale, avendo ritenuto il bidello terminata ogni attività didattica, e fu costretto, ragazzo coi ragazzi, a scavalcare le lance acuminate poste sulla sommità del cancello di accesso. Uomo buono per ogni stagione politica, come spesso i grandi intellettuali, ottenne incarichi prestigiosi dai successivi governi italiani. Dal 1921 al 1932 rappresentò l'Italia alla Società delle Nazioni.

A Scialoja subentrò negli anni 1880-83 e negli stessi insegnamenti il genovese Pietro Cogliolo (1859-1940). Partito con la pubblicazione della *Storia del diritto privato romano*, parteciperà dopo il 1910 al dibattito su temi di diritto civile e commerciale, riuscendo a definire figure giuridiche emergenti dalle realtà del commercio: il contratto di borsa, il contratto dei giornalisti, il contratto di trasporto. Fondamentale la sua sistemazione della teoria della colpa, ottenuta indagando nelle varie branche del diritto. Negli anni 1886-1887 insegna civile e romano Giacomo Venezian: di religione ebraica, si converte al cattolicesimo per sposare una giovane camerte e supererà per zelo religioso la sposa, cattolica disinibita. Notevole è tuttora la fama di Venezian, sia per gli studi sugli assetti giuridici della proprietà e su altri modi di possedere, sia per la partecipazione con Giosuè Carducci alla fondazione della Società Dante

Alighieri di cui compilò lo Statuto, sia - infine - per la sua morte eroica avvenuta sul Carso nel 1915.

Negli anni 1887-1893 è a Camerino Vincenzo Simoncelli (Sora 1860 - Frascati 1917) del quale si apprezzano ancora gli scritti sulle servitù prediali, sulle locazioni, sul diritto successorio. È quindi la volta di Giovanni Pacchioni (Cesena 1867-1946), che ordinario a Camerino nel 1894, passa poi ad Innsbruck. Fondamentali i suoi libri sulle obbligazioni, sui contratti, sul diritto internazionale privato.

Impossibile dar conto di tutti i professori eccellenti: tra i civilisti che qualificano il Novecento si possono ricordare ancora - a mo' d'esempio - Antonio Cicu, a Camerino negli anni 1907-11, seguìto immediatamente da Filippo Vassalli, nel novero delle menti capaci di rilevare i segni del mutamento e di aprire strade nuove, e si può compiere un salto fino al torinese Mario Allara, attivo a Camerino negli anni 1926-29. Come studiosi dediti prevalentemente al diritto romano si profilano giganti Pietro Bonfante (1889-90), Vincenzo Arangio Ruiz (1906-1909), Emilio Albertario (1912-1919).

Come cultori del diritto pubblico di primaria importanza vanno ricordati Oreste Ranelletti, a Camerino negli anni 1892-1899, e Santi Romano, qui negli anni 1899-1902. Il diritto amministrativo, già prima di Ranelletti, costituiva un insegnamento autonomo, ma si trattava di disciplina ancora fortemente debitrice del diritto privato e della pandettistica, indirizzo maturato in vigenza di regimi autoritari e per reazione indotto ad esasperare l'autonomia dell'individuo. È a Ranelletti che si deve il primo articolato disegno della categoria dell'interesse legittimo, intorno al quale costruisce la duplice figura dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito. Celebre l'opera di Santi Romano su *L'ordinamento giuridico*, che mi piace collegare ad un sillogismo passato alla storia come 'sublime' d'un grande giurista del Trecento, Baldo degli Ubaldi. Con l'opera di Santi Romano si sono dovuti confrontare tutti i maggiori giuristi del Novecento, fra i quali i costituzionalisti Carlo Esposito e Vezio Crisafulli e l'amministrativista Massimo Severo Giannini.

Notevole anche la successione dei docenti di storia del diritto italiano, una successione che annovera Giuseppe Salvioli (1883-1884), Luigi Siciliano Villanueva (1902-1904), Silvio Pivano, Aldo Checchini (1909-1921), Eduardo Ruffini (1926-1930), Mario Chiaudano (1930-

1932), Dina Bizzarri, Guido Astuti. Dina Bizzarri, mancata molto giovane negli anni trenta del Novecento, è ricordata come la prima donna cattedratica della disciplina.

Come docenti di discipline economiche, ma altresì come importanti sociologhi della prim'ora, vanno ricordati Maffeo Pantaleoni, a Camerino già nel 1882, gli immediati successori Antonio de Viti De Marco, Giovanni Zucconi, per saltare a Guido Sensini; Zucconi e Sensini vanno ricordati altresì per la loro ininterrotta appartenenza alla cittadinanza camerte. Vilfredo Pareto, incardinato nella Università di Losanna e ritenuto nume in Europa delle discipline economiche, considerò gli economisti camerti come i migliori italiani. Zucconi, come deputato al Parlamento del collegio di Camerino, ebbe il merito di garantire con la legge 24 giugno 1888 la conservazione degli usi civici, minacciati da scelte borghesi volte a privilegiare la proprietà c.d. solitaria. Sensini - lo attesta un consistente epistolario affidato alle stampe - fu il principale interlocutore italiano di Vilfredo Pareto.

Tante le stagioni favorevoli che si sono succedute per la Facoltà, oggi Scuola di Giurisprudenza di Camerino, ma certo negata a qualunque altra Facoltà italiana la congiunzione di docenti eccezionali che qui si determinò negli anni Trenta del secolo scorso. Vi si trovarono ad insegnare insieme: Giuseppe Chiarelli, docente di diritto amministrativo, che dal 1971 al 73 sarà presidente della Corte costituzionale; Carlo Esposito, maestro dei migliori costituzionalisti maturati nel secondo dopoguerra; Norberto Bobbio il filosofo del diritto e della politica più osannato del secolo ventesimo; Guido Astuti, equiparabile solo al suo maestro Patetta per conoscenza delle fonti relative all'alto medioevo; Giovanni Leone, notevole come penalista ma soprattutto innovatore della dottrina della procedura penale: sarà presidente della Camera dei Deputati, presidente del Consiglio dei ministri ed, infine, presidente della Repubblica, purtroppo ingiustamente oltraggiato con una campagna di stampa risultata solo calunniosa. Delitala, Sabatini, Pannain, docenti di discipline penalistiche, si affermeranno come principi del foro; Salvatore Satta, maestro del diritto processuale civile, solo dopo la morte, purtroppo, sarà scoperto anche come scrittore e poeta di talento; Raffaele Gangemi, economista, sarà il pupillo di Alberto de Stefani, il ministro delle finanze, sempre più rivalutato, di cui si giovò il regime fascista; i romanisti Sanfilippo, Orestano, Nocera, Grosso si profilano come maestri tuttora importanti; l'internazionalista Giuliano Enriques, incaricato a Camerino e bocciato al concorso a cattedra per la sua origine ebrea, si toglierà qui la vita.

Ho omesso finora volutamente di ricordare una figura di studioso eccezionale, che nell'epoca della specializzazione ormai più spinta, coltivò ed insegnò con uguale passione varie discipline: si tratta di Emilio Betti, un professore totalmente camerte, in quanto non solo docente ma anche nato in città nel 1890 e, nonostante il suo approdo alla Sapienza, rimasto legato all'Ateneo fino alla morte, avvenuta a Camorciano di Camerino nel 1968. A distanza di mezzo secolo dalla scomparsa, alla maniera d'un faro che, visto da vicino, sembra emanare poca luce e rifulge invece da mezzo il mare, va delineandosi sempre più nettamente come il massimo teorico del diritto espresso dall'Italia nel Novecento, e insieme come solido storico ed importante filosofo. I suoi scritti, tradotti nelle principali lingue, attraggono sempre più lettori, nonostante la complessità dei contenuti.

Cari studenti, accordando fiducia alla Scuola di giurisprudenza di Camerino, avete fatto una buona scelta. Non vi risulterà difficile riscoprire nei testi sui quali studierete i nomi e le opere dei professori camerti coi quali vi ho intrattenuto e - temo - annoiato. Perdonatemi.

*Bibliografia essenziale*

Sull'origine delle Università: G. MANACORDA, *Storia della scuola in Italia*, Palermo, Sandron, 1914 (rist. anast. Firenze, Le Lettere, 1980); J. VERGER, *Le università del medioevo*, Bologna, Il Mulino, 1991; M. BELLOMO, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2004.

Sulla Università di Camerino in particolare: F. FIORGENTILI, *Degli studi generali ed universitari di Camerino e de' suoi fasti letterari e politici. Memoria*, Camerino, Tipografia Sarti, 1864; G. GALLERANI, *La libera Università di Camerino e i suoi istituti scientifici*, Camerino, Tipografia Savini, 1895 (rist. anast. Camerino 1986); D. Aringoli, *L'Università di Camerino*, Milano, dott. A. Giuffrè, 1951; P.L. FALASCHI, '*Ut vidimus in Marchia*'. *Divagazioni su Cino da Pistoia e il suo soggiorno nelle Marche*, Napoli, Jovene Editore, 1987; ID., *20 settembre 1336: fondamento di un anniversario (Per la storia dell'Università di Camerino*, Camerino, Centro interdipartimentale audiovisivi e stampa dell'Università, 1988; ID., *I bandi dei maestri*, in "Studi maceratesi", 35 (1999), pp. 23-44; ID., *'Studium generale vigeat'. Alle origini della Università di Camerino*, Camerino, Università

Centro audiovisivi e stampa, 2000; ID., *Studio medioevale e Facoltà di medicina (1727-1927) a Camerino*, in G. DANIELI (a cura di), *Uomini e luoghi della cultura nelle Marche*. II, Ancona, Il lavoro editoriale, 2006, pp.29-49; ID., *L'Università degli studi di Camerino. Cenni storici*, in F. PEDROTTI (a cura di), *L'Orto botanico "Carmela Cortini" dell'Università di Camerino*, Trento, Temi, 2009, pp. 37-44.

Per le biografie dei docenti: I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013, voll.2.

*Abstract*

Fornite alcune consolidate notizie sull'avvio dell'Università di Bologna - madre prolifica degli altri 'Studi' (*alma mater studiorum*) - per ricordare l'organizzazione modesta delle origini di contro al complesso impegno ermeneutico rivolto dai maestri al diritto giustinianeo, il testo passa ad esaminare la situazione di Camerino, segnalando le norme emanate a tutela dei docenti e degli studenti (di diritto civile, diritto canonico, medicina e materie letterarie) dimoranti ed operosi in città, norme rintracciabili in successive edizioni degli Statuti locali (1355, 1424, 1563). Lo Studio attivo almeno dalla fine del Duecento, come sembra orientare anche una testimonianza sulla Marca di Cino da Pistoia, a Camerino nella primavera del 1321, nel 1377 è elevato a *Studium generale* per un quinquennio da Gregorio XI. Nel 1727 l'istituzione culturale, probabilmente mai spenta ma ridotta a vita grama, è rifondata come *Universitas studii generalis* da papa Benedetto XIII; a conferire singolari privilegi alla stessa provvederà nel 1753 Francesco Stefano I di Asburgo Lorena, sacro romano imperatore. Splendido per la didattica e soprattutto per la ricerca scientifica il periodo durante il quale l'Università camerte godette dello status di "Università libera", protrattosi dall'annessione delle Marche al regno sabaudo (1860) alla statizzazione dell'Ateneo (1958): fu questo il periodo durante il quale ebbero cattedra a Camerino i maggiori maestri italiani del giure.

*Abstract*

Provided some consolidated information on the beginnings of the University of Bologna - prolific mother of the other 'Studies' (*alma mater studiorum*) - to recall the modest organization of the origins against the complex hermeneutic commitment addressed by the masters to the Justinianean law, the text goes on to examine the situation of Camerino, pointing out the norms issued to protect teachers and students (civil law, canon law, medicine and literary subjects) residing and working in the city, norms that can be traced in subsequent editions of the Statutes local (1355, 1424, 1563). The firm active at least since the end of the thirteenth century, as a testimony on the Marca of Cino da Pistoia seems to orientate, in Camerino in the spring of 1321, in 1377 was elevated to *Studium Generale* for a five-year period by Gregory XI. In 1727 the cultural institution, probably never extinguished but reduced to a poor life, was re-founded as *Universitas studii generalis* by Pope Benedict XIII; in 1753 Francesco Stefano I of Habsburg Lorraine, holy Roman emperor-king, will confer some privileges on it. Splendid for teaching and especially for scientific research, the period during which the University enjoyed the status of "Free University", which lasted from the annexation of the Marche to the Savoy kingdom (1860) to the statization of the University (1958): this was the period during which the greatest Italian masters of *Jura* held professorship in Camerino.

Camerino, novembre 2020.

FELICE MERCOGLIANO*

# *In ricordo dell'amicizia con Alberto Filippi***

Il contributo che Alberto Filippi ha pubblicato in *Index* nel 2017, sulla tematica singolare dei processi alle streghe[1] (ma in realtà sulla più ampia vicenda del dispiegamento in forze da parte del tristemente famoso tribunale dell'inquisizione di uno spietato metodo procedurale penale inquisitorio nelle fattispecie di individui reputati eretici e di stregoneria[2]), dischiude per me ricordi, riflessioni, prospettive, che non sono affatto legate a qualche suggestione romanistica che pur si può con facilità ravvisare in materia, qual è nel caso della tematica dell'uso della tortura, mezzo di prova addossato agli schiavi, addirittura invocato talvolta dal reo, come nel caso noto di Pisone padre del 20 d.C.[3].

La tortura, difatti, veniva usata nell'esperienza della procedura penale romana anche a danno di persone libere, e già nell'età repubblicana, per poi espandersi con l'inquisitoria

**Professore associato di Fondamenti del diritto europeo, Diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*

***Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

1 A. FILIPPI, *Per la storia critica del potere punitivo e la difesa dei 'giuridicamente vulnerati'*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*. Per Luigi Labruna ottuagenario, 45, 2017, 662-670 (a proposito di FR. SPEE, *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de E.R. ZAFFARONI, Buenos Aires, Ediar, 2017).

2 Sulla procedura inquisitoria basata sulle confessioni di streghe penitenti e, in generale, circa il fenomeno stregonesco e le strategie repressive si v., per tutti, F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 415-457.

3 Sul punto rinvio a F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 66-67 con nt. 18. In effetti, circa l'accusa di avvelenamento perpetrato su Germanico, l'imputato, Pisone padre, chiedeva di offrire alla tortura i propri servi ed i servitori del banchetto in cui il veneficio sarebbe stato commesso, affinché testimoniassero a sua discolpa (così Tac. *ann.* 3.14.2: … *offerebat familiam reus et ministros in tormenta flagitabat* …); la richiesta del reo, forse perché sarebbe risultata a lui favorevole, non venne accolta e il processo virò dal *veneficium* verso la più «comoda» da provare e generica fattispecie di *maiestas*.

*cognitio extra ordinem* criminale[4] «per estorcere la verità»[5]. L'ampliamento delle fattispecie che consentissero nelle indagini istruttorio la tortura è indicativo che in primo luogo portano ai reati di magia, da un iniziale uso distorto soprattutto per il crimine di lesa maestà[6]. A torturare gli eretici, quindi, si giunse in seguito alla costituzione imperiale[7] con cui, nel 380 d.C., Teodosio I proclamò il cristianesimo, secondo il credo niceno, il culto ufficiale dell'impero e comminò sanzioni nei confronti di quegli *haeretici*, i quali praticavano l'allontanamento da questo modello religioso, di conseguenza dovevano subire pene in ambito criminale e incapacità giuridiche di diritto civile[8]. Giustiniano, infine, rinsalda il quadro dogmatico classico in materia[9]. Insomma, il mezzo repressivo della tortura quale mezzo di affermazione e tutela del potere assoluto, ha radici romane, ma svolgimenti medioevali e moderni fortemente significativi.

Subito riaffiora, invece, nella mia mente la propensione di Alberto all'analisi critica e all'approfondimento con acume intellettuale di motivi ispiratori e cause delle vicende più svariate, senza penombre concettuali né banali accondiscendenze a slogans che andassero di moda. L'argomento scelto, infatti, sottende la problematica della creazione di sensi di colpa e l'induzione all'esigenza di persecuzione penale di comportamenti e situazioni che di per sé non richiederebbero una repressione organizzata per non ledere l'andamento ordinato e pacifico della vita in comune e degli organismi sociali. Come viene precisato in un recente

[4] Ha rimesso decisamente in discussione il postulato di matrice mommseniana che gli uomini liberi non potessero essere, nella repubblica romana, sottoposti a tortura C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano, Giuffrè, 2002.

[5] Su ciò v. di recente A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, Bononia University Press, 2011. Il brano di riferimento obbligato sull'interrogatorio mediante tortura, come strumento probatorio ammesso nel processo criminale, è quello in Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.41: *'Questionem' intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem.*

[6] Conclude peraltro per una «legalità» manifesta dell'acquisizione delle prove mediante torture, disapprovata appena sul piano della dialettica oratoria e da parte degli storiografi, principalmente in riferimento al periodo della dinastia giulio-claudia, C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., 179-188.

[7] CTh. 16.1.2

[8] Si v. in argomento T. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'incapacità nella legislazione religiosa tardoantica*, in *Studi in onore di F. Grelle* (Bari, Edipuglia, 2006) 281-287 [= Id., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano* (Napoli, Jovene, 2013) 355-361].

[9] Nella *sedes materiae* dei *Digesta*, vale a dire il titolo 48.18 *De quaestionibus*: così A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem*, cit., 11.

contributo monografico su Spee di Silvio Silvi, si genera paura con la persecuzione penale: s'era creato dunque un ingranaggio che produceva colpevoli[10].

Ma mostra nessi per me evidenti con una tendenza a una progettualità intellettuale tipica di Alberto, abbinata ad una preferenza marcata verso l'argomentazione *costruens* anziché *destruens*, nonché visioni di fondo che la sua generazione ha condiviso con le personalità migliori sul piano politico a sinistra e principalmente nel mondo accademico, qual è il caso sintomatico dell'Ateneo camerte dagli ultimi anni '60 agli anni '70 del secolo che è scorso portandosi irrimediabilmente con sé speranze e illusioni.

Per certi versi, accomuna Alberto e altri protagonisti della cultura non solo universitaria dell'epoca il senso della lotta politica, connessa con una concezione contenuta di una sorta di diritto penale minimo (l'espressione non a caso divulgata dal suo grande amico Alessandro Baratta è stata ripresa a Camerino di recente dal nostro Direttore, Rocco Favale, in un convegno sull'anticorruzione[11]).

D'altro canto, Alberto era pienamente cosciente del clima di garantismo e legalità costituzionale repubblicana, che connotava i colleghi e suoi amici del tempo, da Labruna a Lucarelli, a Perlingieri, nonché Ferrajoli, il quale in maniera sintomatica salda i due corni della problematica: conia l'espressione diritto penale minimo, in una più vasta elaborazione del garantismo penale, ed è l'alfiere del costituzionalismo come paradigma normativo della democrazia tra la seconda metà avanzata del Novecento e i primi decenni del Duemila[12]. Alberto di suo ha arricchito il tutto con una sensibilità superlativa per l'America Latina, della cui realtà è stato impareggiabile conoscitore, interprete e fautore di novità e svolte. Qui festeggia il raddoppio dei quarant'anni e Gli auguro con l'affetto e l'amicizia più che ventennale che ho sempre coltivato di conservarmi la Sua preziosa vicinanza anche a distanza, modalità che paradossalmente connota questi tempi tristi segnati dal Covid.

---

10 Si v. S. SILVI, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, Grottaminarda (Av), Delta 3 Edizioni 2007, e cfr. ID., *La caccia alle streghe*, in *Universidade de Caxias do Sul. Brasil, Filos. Educ.*, 23, n. especial, dossiè Educação, Ética e Religião, 2018, 59-77.

11 R. FAVALE, *Principio di legalità ed eventi catastrofici*, in *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione.* Camerino 21 maggio 2019, a cura di F. MERCOGLIANO e S. SPUNTARELLI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 14-15.

12 Si v., almeno, le opere maggiori dei suoi quarant'anni di impegno scientifico in tal senso: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, e ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia.* 1-3, Roma-Bari, Laterza, 2007.

Forse anche la riflessione che qui ho ripresa denota un'ennesima apertura mentale di Alberto Filippi all'inestricabile intreccio tra potere politico e discriminazioni sociali.

Si rileggano, a tale proposito, alcune considerazioni recenti sulla devastante stagione di massimo ampliarsi della cosiddetta caccia alle streghe[13], per cercare di comprendere «di che cosa venivano precisamente accusati le donne, e, in minor misura, gli uomini imputati di stregoneria? I numerosi trattati di demonologia, che comparvero in corrispondenza con la 'caccia alle streghe', offrono un repertorio vastissimo, una casistica minuziosa ricavata dalle confessioni processuali; ma ci sono anche testimonianze dei primi Padri della Chiesa, soprattutto i Padri del deserto e i loro agiografi, testimoni dell'incessante lotta contro i demoni. È a loro che si deve una prima analisi dei poteri demoniaci, alla quale altre faranno seguito – fino a costruire un repertorio tanto articolato da richiedere una suddivisione in 'filoni' argomentativi – a partire da Agostino di Ippona che con il suo *De divinatione daemonum*, che riprende, a sua volta, e integrandolo, il *Contra Celsum* di Origene, finiva per attribuire, per primo, al diavolo una 'identità cristiana'… Le costanti che è possibile rinvenire nei diversi compendi demonomachiachi, si muovono attorno a tre filoni principali: in primo luogo, l'apostasia dalla vera fede, con conseguente passaggio nel numero degli adepti del diavolo che può avvenire attraverso modalità sacrileghe…, in secondo luogo, i sortilegi che la strega ha il potere diabolico di realizzare, spesso al servizio degli altri; infine, i malefizi che fanno da contraltare ai sortilegi e nascono dallo stesso potere diabolico e che presentano una gamma ancor più variegata e vasta».

Individuare l'imputato significava già aver prodotto il colpevole, dato l'accusa era già rivolta come una sentenza verso chi sintomaticamente veniva, difatti, capace di magie, stregoneria, atti demoniaci. In questi casi il pregiudizio sociale, che poi diviene di credo religioso, significa già una condanna penale per chi ne fosse vittima. Ecco perché per ottenere «la certezza che il meccanismo d'accusa funzionasse puntualmente 'fabbricando' colpevoli, si aveva con la tortura a cui venivano sottoposte – spesso più volte – le vittime che si dichiaravano innocenti»[14].

[13] Riprendo le osservazioni di S. SILVI, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, cit., 39-40.
[14] Così, persuasivamente, S. SILVI, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, cit., 94.

Il modulo di storiografia giudiziaria che si può intravedere dunque è la persecuzione di atti, di per sé non punibili perché non rientranti manifestamente in altre fattispecie dai contorni di diritto penale più precisi, che consentano di condannare determinati soggetti non autori di diversi specifici reati: casi del genere, con imputazioni improbabili per magia, si ritrovano già nell'esperienza romana del primo principato[15]. Quest'ultimo fu il periodo durante il quale sembrò quasi delinearsi il modello stesso, poi applicato per accuse che assunsero un risvolto collegato dal III secolo in poi a fattori diversi, in riferimento a linee dogmatiche di ortodossia cristiana, ma pur sempre per ostentate ragioni di ordine pubblico, che con un sintomatico slittamento di significato diventavano di sicurezza (*securitas*). Almeno dopo che divenne matura la trasformazione del concetto in uno strumento di comunicazione, secondo l'efficace politica del diritto perseguita in tal senso da Augusto, che addirittura concepì ed approntò un disegno di topografia urbana che evocasse la sicurezza della città di Roma, laddove la sicurezza davvero voluta era quella sua e della *domus Augusta* costruita abilmente sulle macerie delle secolari guerre civili finalmente debellate[16].

È appena il caso di accennare un momento al caso di Libone Druso[17], giovane nobile di rango consolare, dell'illustre *gens Scribonia*, pretore nel 16 d.C., il quale venne sintomaticamente accusato in quell'anno di trame rivoluzionarie anche per l'utilizzazione di pratiche magiche e condannato per *maiestas*, che così giunse a inglobare la *coniuratio*, nonostante il

15 Cfr. di recente M. NIEDERMAYER, *Die Magie in den römischen Strafrechtsfällen. Von Richtern, Tätern und Dämonen*, Gutenberg, Computus Druck, 2017, sulle vicende di coloro che, accusati di praticare la magia, furono coinvolti e puniti secondo il sistema di giustizia penale romano, a partire dal processo contro M. Scribonio Libone Druso del 16 d.C. (*ibid.* 79-96).

16 In argomento ultimamente si v. C. RICCI, *Security in Roman Times. Rome, Italy and the Emperors*, London - New York, Routledge, 2018, la quale individua nel passaggio decisivo dalla repubblica al principato il momento di mutamento della concezione di pax e *securitas*, quali strumenti della nuova ideologia di regime di repressione dei conflitti e dei disordini (spec. 31-104).

17 In letteratura si v., per tutti, L. DESANTI, *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas. Indovini e sanzioni nel diritto romano*, Milan. Giuffrè, 1990, 63-68, e più recentemente la monografia di A. MAIURI, *La giurisdizione criminale in Tacito. Aspetti letterari e implicazioni politiche*, Roma, Alpes, 2012, spec. 29-35 e *passim* (nonché, più in dettaglio, ID., *Occultae notae. Linee evolutive del trattamento del reato di magia negli Annales di Tacito: profilo giuridico e puntualizzazioni*, in *Contesti magici/Contextos mágicos*, Roma, De Luca, 2012, 85-100), sulla quale cfr. A. PETRUCCI, *L'immagine della dinastia giulio-claudia nei processi penali descritti da Tacito. Spunti a margine di una recente monografia di A. Maiuri*, in *Mediterraneo antico*, 16.2, 2013, 843-850; da ultimo, J. PETERSEN, *Recht bei Tacitus*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2019, 312-316 con bibliografia.

suicidio prima della sentenza emessa dal tribunale senatorio. Viene, difatti, affermato espressamente da Tacito che Libone venne accusato perché *moliri res novas*[18].

Della vicenda di Libone, nonché dei risvolti connessi con la magia e l'astrologia dei reati che gli vennero contestati, Tacito si occupa in ben sei capitoli del II libro degli Annali[19], sin dall'antefatto intessuto di macchinazioni ordite da un senatore amico intimo di Libone: Firmio Cato. Questi avrebbe stuzzicato il giovane ingenuo a seguire le orme dei suoi illustri antenati e prestare fede ad oroscopi degli astrologi Caldi, a riti magici e a interpretazioni di sogni[20]. Soltanto dopo si accusò Libone di aver consultato le ombre degli inferi con formule magiche e vennero anche aggiunte accuse di consultazione di indovini e, in particolare, di aver apposto *atroces vel occultae notae* su Cesari e senatori.

Insomma, l'accusa venne formalmente ammessa soltanto quando un delatore di professione, Fulcinio Trione, riferì ai consoli di aver appreso da un certo Giunio che Libone lo aveva sollecitato ad evocare con formule magiche gli spiriti d'oltretomba[21]. Nel senato, convocato dai consoli, il dibattito si aprì su indizi quasi ridicoli, ma si verificò una svolta processuale, che determinò la rovina dell'imputato: la produzione in giudizio di alcuni fogli in cui, accanto ai nomi dei Cesari e di alcuni senatori, comparivano alcune annotazioni misteriose con la scrittura dell'imputato stesso[22]. Il processo a Libone s'imperniò a questo punto presumibilmente su una sorta di alto tradimento e si assiste ad un intervento dell'imperatore,

---

[18] Tac. *ann*. 2.27.1: *Sub idem tempus e familia Scriboniorum Libo Drusus defertur moliri res novas*. Piace ricordare quanto osservava sulla portata eversiva dell'endiadi *res novae* T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*[3], Napoli, Jovene, 2010, 15: «*novus* aveva nella sensibilità linguistica dell'epoca una forte carica eversiva (si pensi ai sommovimenti politici, *res novae*)».

[19] Tac. *ann*. 2.27-32. Seconda per estensione negli *annales* soltanto alla vicenda giudiziaria di Pisone, su cui rinvio a F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici*, cit., 15-35. Si noti che Tacito dichiara di voler ripercorrere minuziosamente tutto quanto accadde, perché allora affiorarono per la prima volta quelle macchinazioni delatorie che per tanti anni corrosero la repubblica: Tac. *ann*. 2.27.1. *Eius negotii initium ordinem finem curatius disseram, quia tum primum reperta sunt quae per tot annos rem publicam exedere*. Segnala che il giudizio nel caso di Libone costituisca una sorta di precedente spartiacque, in assenza paradossale del termine *maiestas*, nell'esposizione tacitiana dei processi maiestatici sotto Tiberio, J. PETERSEN, *Recht bei Tacitus*, 312, sulla scia di Kunkel: «Der Prozess gegen Scribonius Libo markiert für Tacitus eine Zäsur, weil er ihm als Präzedenzfall für die Majestätsprozesse gilt, die den Staat über so viele Jahre aufrieben … Das ist umso bemerkenswerter, als das Wort 'maiestas' während der gesamten ausführlichen Darstellung nicht einmal fällt».

[20] Tac. *ann*. 2.27.2: *Firmius Cato senator, ex intima Libonis amicitia, iuvenem improvidum et facilem inanibus, ad Chaldaeorum promissa, magorum sacra, somniorum etiam interpretes impulit …*

[21] Tac. *ann*. 2.28.2: *donec Iunius quidam, temptatus ut infernas umbras carminibus eliceret, ad Fulcinium Trionem indicium detulit ...*

[22] Tac. *ann*. 2.30.2: *Inerant et alia huiusce modi stolida vana, si mollius acciperes, miseranda; uni tamen libello manu Libonis nominibus Caesarum aut senatorum additas atroces vel occultas notas accusator arguebat*.

Tiberio, il quale fa dare in vendita gli schiavi del reo ad un agente dell'erario pubblico (*actor publicus*), affinché possano deporre sotto tortura contro il precedente padrone, dato che di regola non era ammesso[23], come mezzo di prova, l'uso della tortura dei servi nei casi di interrogatori contro il loro attuale padrone (*quaestio in caput domini*)[24]. Si ritrovano conferme varie del racconto tacitiano presso molteplici altre fonti[25].

Insomma, Libone risultò 'colpevole' di un disegno eversivo contro il potere del principe e del senato e a tal fine probatorio si inanellarono sospetti di pratiche occulte, al punto che subito dopo il processo con un senatoconsulto vennero espulsi dall'Italia i maghi e gli indovini[26]. L'accusa di magia estorta con la tortura si saldava così, nell'esperienza giuridica e politica imperiale romana, con la questione dell'esclusione dalla cittadinanza, destinata a una storia di lunga (e nefasta) durata…

*Abstract*

Rilettura del contributo che Alberto Filippi ha pubblicato in *Index* nel 2017, sulla tematica dei processi alle streghe, a proposito di FR. SPEE, *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de E.R. ZAFFARONI, Buenos Aires, Ediar, 2017, con alcune osservazioni finali sul racconto di Tac. *ann*. 2.27-32, relativo al processo che nel 16 d.C. subì Druso Libone, sospettato di magia, alla luce della possibile archetipicità risalente a questo caso di alcune

[23] Specifica, con ammirevole precisione, C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., 116 nt. 242: «Divieto che l'oratore riconduce ai *maiores* (v. *pro Mil.* 22.59 e *pro rege Deiot.* 1.3), mentre per Tacito sarebbe stato introdotto da un antico senatoconsulto (*Ann.* 2.30) …»; adduce come testimonianza del divieto anche Cic. *pro Rosc. Amer.* 42.120 la A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem*, cit., 206-207 nt. 53

[24] Tac. *ann.* 2.30.3: *Negante reo adgnoscentes servos per tormenta interrogari placuit; et quia vetere senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur, callidus et novi iuris repertor Tiberius mancipari singulos actori publico iubet, scilicet ut in Libonem ex servis salvo senatus consulto quaereretur.* Cfr. A. MAIURI, *La giurisdizione criminale in Tacito*, cit., 32-33, il quale giustamente osserva a proposito di Tiberio *callidus et novi iuris repertor* (*ibid.*): «Tacito … vuole evidenziare ancora una volta come il principe intenda mantenere un ossequio formale per la legalità, ma senza deporre le proprie reali intenzioni».

[25] In primo luogo, come fonti di tradizione manoscritta, Vell. Pat. 2.130.3 (ove la menzione emblematica dei primi *scelerata consilia* di Libone: *Si aut natura patitur aut mediocritas recipit hominum, audeo cum deis queri: quid hic meruit, primum ut scelerata Drusus Libo iniret consilia* …); poi, Sen. *epist.* 70; Suet. *Tib.* 25.2 e 8; Dio Ca. 57.15.4-5; nonché i Fasti Amiternini (CIL. I².1, p. 244), che menzionano in via epigrafica come Libone fosse stato condannato dal senato per avere concepito disegni nefandi (*nefaria consilia*).

[26] Tac. *ann.* 2.32.3: *facta et de mathematicis magisque Italia pellendis senatus consulta.*

caratteristiche presenti nella storia del potere punitivo esercitato tramite tortura sui 'giuridicamente vulnerabili'.

*Abstract*

Re-reading of the contribution that Alberto Filippi published in *Index* in 2017, about witch trials, speaking of FR. SPEE, *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de E.R. ZAFFARONI, Buenos Aires, Ediar, 2017, with some final remarks on the story of Tac. *ann*. 2.27-32, relating to the process that in 16 A.D. suffered Druso Libone, suspected of magic, in light of the possible archetypal character dating back to this case of some characteristics present in the history of the punitive power exercised through torture on the 'legally vulnerable'.

Camerino, ottobre 2020.

*Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2020*

## CONTRIBUTI DI:

| | |
|---|---|
| MARIA ANTONIA CIOCIA | *Professoressa ordinaria di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"* |
| GIOVANNA D'ALFONSO | *Professoressa Associata di Diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"* |
| DANIELA DI SABATO | *Professoressa ordinaria di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"* |
| ANDREA LEPORE | *Professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"* |
| ROBERTA MARINO | *Ricercatrice confermata di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi di Napoli Federico II* |
| FLAVIA STEFANELLI | *Dottoranda di ricerca in "Diritto Civile e Diritto Privato Comparato" presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II* |
| UGO PIOLETTI | *Docente di Diritto Penale presso l'Università degli studi di Camerino* |
| SABINE SWOBODA | *Professor an der Ruhr-Universität Bochum* |
| Mª AMALIA BLANDINO GARRIDO | *Profesora Titular di Diritto Civile dell'Università di Cadice* |
| LETICIA CABRERA CARO | *Profesora Titular di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Cadice* |
| JOSÉ CARO CATALÁN | *Contratado Predoctoral in Diritto processuale nell'Università di Cadice* |
| MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN | *Catedratica di Diritto civile nell'Università di Cadice* |
| IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI | *Professore titolare di Diritto Civile dell'Università di Cadice* |
| ESTHER HAVA | *Professoressa Ordinaria di Diritto Penale Università di Cadice* |
| Mª. LOURDES NOYA FERREIRO | *Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago* |
| MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO | *Professore titolare di Filosofia del Diritto dell'Università di Cadice* |

| | |
|---|---|
| ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO | *Profesora Titular di Diritto Processuale dell'Università di Cadice* |
| BERNARDINO J. VARELA GÓMEZ | *Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago* |
| ISABEL VILLAR FUENTES | *Profesora Colaboradora Doctora di Diritto Processuale dell'Università di Cadice* |
| TIZIANA CROCE | *Professoressa Aggregata di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino* |
| FELICE MERCOGLIANO | *Professore associato di Fondamenti del diritto europeo, Diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara* |
| GIULIA TORALDO | *Dottoressa magistrale in Giurisprudenza* |
| PIER LUIGI FALASCHI | *Già Docente di Storia del Diritto Italiano dell'Università degli Studi di Camerino* |