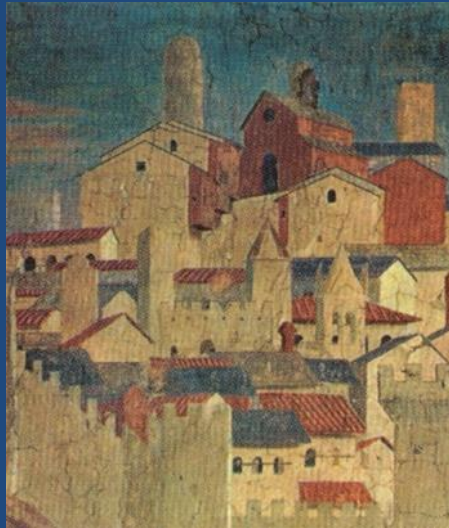


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2011 - Numero 2

Saggi

- L'armonizzazione del diritto europeo dei contratti, di Marisa Meli..... p. 91
- La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. 5913/2011 (con una postilla), di Stefano Pagliantini..... p. 97

Materiali e commenti

- L'esposizione di simboli religiosi nella scuola pubblica: la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009 nel caso Lautsi contro Italia (ricorso n. 30814/06), di Davide Scaffidi..... p. 120
- La decisione della *grande chambre* sul caso del crocifisso nelle scuole italiane, di Alessandro Errante Parrino..... p. 129
- La giurisprudenza sulla nozione di *operatore qualificato* nei contratti derivati, di Jacopo Mazzantini..... p. 142

Attualità

- Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino, di Antonio Musto..... p. 147

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Editore: Persona e Mercato
Direttore Scientifico Responsabile: Giuseppe Vettori
Redazione: Fabio Addis; Massimo Franzoni; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Collaboratori: Antonio Gorgoni, Francesca Lucchesi, Mario Mauro, Serena Meucci.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Alessandro Errante Parrino; Marisa Meli; Jacopo Mazzantini; Antonio Musto; Stefano Pagliantini; Davide Scaffidi.

L'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

Di Marisa Meli

Professore Straordinario di Diritto privato

1. E' ormai da più di un decennio che si discute di armonizzazione del diritto privato europeo o, più specificamente, del diritto contrattuale europeo. Ma non tutti sanno che il dibattito comincia in tempi assai più lontani ed ha inizio proprio qui, a Firenze.

Era il 1976 quando, presso l'appena sorto Istituto Universitario Europeo si teneva un seminario internazionale dal titolo *Nuove prospettive di un diritto comune europeo*¹. All'incontro partecipavano eminenti comparatisti (non solo europei), ma anche storici del diritto e giuristi positivi che, forse per la prima volta, si confrontavano in ordine all'assetto normativo da dare all'Europa.

Un'Europa che rappresentava, allora, soltanto l'espansione della "zona di commercio" di ogni singolo stato, da realizzare attraverso le quattro libertà di circolazione e la tutela della concorrenza e del mercato; ma che già a partire da tale prospettiva rivelava un'esigenza di regolazione dei rapporti più aperta agli scambi. In tale contesto, la netta separazione dei diritti nazionali cominciava ad esser percepita come non più rispondente alle sfide della modernità.

Era il 1976 e solo da pochi anni ai sei paesi fondatori della Comunità Economica Europea si erano aggiunti la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda. Una novità di non poco conto, destinata a sfaldare per sempre la compattezza di un sodalizio tra Stati

fino ad allora appartenenti alla medesima tradizione giuridica.

Su queste basi, le riflessioni dei partecipanti all'incontro si attestavano su temi che per molto tempo ancora hanno dominato la scena, nel dibattito sulla armonizzazione.

Alcuni studiosi (Merryman, Kahn-Freund) si soffermavano sulla contrapposizione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, al fine di metterne in luce le diversità ma, anche, di coglierne le similitudini, dedicando particolare attenzione a quei sistemi in cui le due diverse tradizioni riescono a convivere (valga, per tutti, l'esempio del Québec, all'interno del sistema di *common law*).

Qualcun altro (Ole Lando, non a caso un danese) si dichiarava pronto a sfidare tali diversità e ad intraprendere i lavori per una codificazione di diritto privato o, almeno, per una sorta di *Restatement*, un *European Uniform Commercial Code*. Un lavoro che avesse come obiettivo la creazione di un sistema normativo efficiente, al fine di assicurare il miglior funzionamento del mercato, e non inevitabilmente destinato a tradursi nella perdita delle rispettive tradizioni. D'altra parte, aggiungeva Lando, anche rispetto a tale eventualità, bisogna sapere accettare le sfide del tempo: in fondo nessuno si aggira smarrito in Europa sol perché, nel tempo, sono andate perdute *Les Coutumes de Paris* o l'*Allgemeines Landrecht* prussiano.

Altri ancora (Coing, Gorla) avvertivano il bisogno di affidarsi alla storia, verso la riscoperta di un

¹Gli interventi sono raccolti nel volume M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspective for a Common Law of Europe*, Firenze, 1978.



passato giuridico comune, fondamento degli attuali sistemi giuridici europei. A partire da tale premessa, veniva messo in luce come quella netta separazione tra diritti nazionali fosse, tutto sommato, un fatto recente e non ineliminabile, in un continente in cui per diversi secoli ha dominato un diritto comune ai diversi paesi.

Tra questi ultimi contributi merita, in particolare, di essere ricordato quello di Gorla².

Dedicato alla *communis opinio* – ovvero alla *jurisprudencia forensis* (ciò che, nel linguaggio dei comparatisti, verrebbe oggi indicato col termine *law in action*), che ha dato il suo contributo interpretativo a partire dai testi romani, ma anche dalle consuetudini, dai diritti locali, ecc.; Gorla ha condotto una ricerca sul contributo della *jurisprudencia forensis* nel periodo successivo al XV secolo – epoca interessante per varie ragioni – tra queste per il fatto che i tribunali e in generale i *forenses* si auto-impongono una regola, che è quella di conoscere, prima di emanare una decisione, non soltanto le regole o i costumi locali vigenti, ma la *communis opinio* formatasi in altri Stati o paesi. Gorla individua, dunque, un processo di armonizzazione del diritto che parte dalla giurisprudenza e, soprattutto, una tendenza dei tribunali italiani (in particolare toscani) ad essere aperti e transnazionali.

Una ricerca interessante, che mette soprattutto in luce come del tutto simile fosse lo stile delle sentenze (ed è ben noto come lo stile delle sentenze sia esso stesso espressione delle caratteristiche di un dato sistema giuridico). Sentenze redatte secondo uno stile che è ancora oggi quello inglese (opinione personale di ciascun giudice, con eventuale indicazione di una *dissenting opinion*; metodo casistica; precedenti vincolanti, ma solo quelli dei tribunali supremi).

2. È ben noto come l'idea di un diritto comune all'Europa sia definitivamente tramontata nel XIX secolo, nel periodo delle grandi codificazioni.

In ogni ordinamento il momento della codificazione è più o meno coinciso con la (nel senso che ha fatto seguito alla) formazione di uno stato unitario (Francia, Germania, Italia); ed anche nei paesi

² G.GORLA, *La "communis opinio totius orbis" et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la "civil law" et la "common law"*, p.45 del volume indicato alla nota precedente; ma sul medesimo tema anche *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, cap.27 e *Il ricorso alla legge di un "luogo vicino" nell'ambito del diritto comune europeo*, *Foro it.*, 1973, V, 89. Gli argomenti trattati sono ripresi da G.PUGLIESE, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in *Studi in memoria di G.Gorla*, Milano, 1994, II, 1077

che un codice non hanno (Inghilterra) la formazione dello stato unitario ha rappresentato il momento in cui (molti secoli prima) il "diritto comune" (*common law*) ha soppiantato quello frammentario delle diverse realtà locali. Anche in Inghilterra, peraltro, il XIX secolo ha rappresentato un periodo di grandi trasformazioni (importanti riforme del sistema giudiziario), in cui quel sistema di *common law* si è strutturato con quelle caratteristiche che possiede tutt'oggi (eliminazione delle *forms of action*, abrogazione dei tribunali di *equity*, ecc.)

Alla formazione di uno stato unitario si è dunque accompagnata, pressoché ovunque, la creazione di un "diritto privato nazionale" quale tappa obbligata ai fini dell'affermazione del principio di sovranità degli stati moderni.

L'armonizzazione del diritto privato europeo esprime un'esigenza opposta – lo abbiamo detto sopra – ovvero l'idea che la netta separazione dei diritti nazionali rappresenti piuttosto un limite, rispetto agli obiettivi che l'Europa si è data.

Il dibattito ha avuto inizio a livello accademico/dottrinale. Le prime iniziative in tal senso delle istituzioni comunitarie si hanno parecchio tempo dopo, all'inizio degli anni '90 (e vedremo come, nel lungo periodo, lo scambio tra iniziative accademiche e iniziative comunitarie abbia giocato un ruolo ben preciso)

E' il Parlamento europeo ad intervenire per primo – con due Risoluzioni (atti non vincolanti). La prima è del 1989³. Ivi si legge che la Comunità ha finora provveduto alla armonizzazione di numerose singole parti del diritto privato, ma ciò non basta a far fronte alle esigenze e alle aspettative del mercato unico.

Al fine di "una reciproca comprensione dei vari codici e dei diversi sistemi di diritto privato ed a sostegno di un'azione di unificazione, si rende necessario incentivare – moralmente e materialmente – gli studi di diritto comparato e in generale i tentativi di codificazione".

Sulla base di tali premesse il Parlamento chiede che "si dia inizio agli indispensabili lavori preliminari all'elaborazione di un codice europeo comune di diritto privato invitando gli stati membri a dichiarare, una volta portati a termine i relativi negoziati, se intendono partecipare alla progettata unificazione".

La seconda Risoluzione è del 1994⁴. In essa il Parlamento in maniera ancora più puntuale chiede (alla Commissione) di avviare i lavori sulla possibi-

³ Doc. A2-157/89

⁴ Doc. A3-0329/94



lità di elaborare un Codice comune europeo di diritto privato; chiede l'insediamento di una commissione composta di studiosi di chiara fama che presenti proposte in ordine alle priorità di un'armonizzazione parziale a breve termine e più completa a lungo termine; ritiene opportuno continuare a sostenere la Commissione sul diritto contrattuale europeo nei suoi lavori per l'armonizzazione del diritto contrattuale (vedremo tra un attimo di cosa si tratta).

A partire da tali affermazioni la dottrina (non solo europea) ha avviato un estenuante dibattito in merito all'opportunità di una armonizzazione del diritto privato (opinioni favorevoli e contrarie – spesso riproposte riprendendo a modello la polemica Savigny e Thibaut sulla codificazione in Germania).

Dibattito che non credo abbia senso riprodurre, se non per ricordare che una delle obiezioni più significative mosse al progetto di codificazione era l'assenza di una base giuridica adeguata: nessuna disposizione del trattato – e soprattutto il principio di sussidiarietà su cui si basava l'intero impianto delle competenze comunitarie - autorizzava una simile iniziativa.

Dibattito, comunque, che ha avuto certamente il merito di aprire ad una riflessione e soprattutto ad una maggiore conoscenza dei sistemi giuridici europei (ne sono testimonianza le numerose opere, anche sottoforma di Trattato, dedicate al diritto privato europeo e le numerose riviste specialistiche che per la prima volta “aprono” al diritto privato europeo; e questo ovviamente avviene non solo in Italia).

Ripartendo dalle due Risoluzioni del Parlamento europeo, inviterei ad una riflessione sulle date, che non sono casuali. Entrambe fanno seguito alle tappe che segnano il passaggio dalla Comunità Economia Europea all'Unione europea: la prima risoluzione è successiva all'Atto Unico Europeo, la seconda al Trattato di Maastricht.

Questo significa che di fronte alla nascita di un nuovo ordinamento giuridico, dotato di propri principi, propri organi e propri cittadini è apparsa contraddittoria la differenziazione normativa esistente tra i diversi paesi, rispetto al diritto privato. Anche sotto un profilo simbolico, non diversamente da quanto accaduto con le codificazioni ottocentesche, si auspicava una unità normativa una volta realizzata l'unità sul piano politico, economico e monetario.

Ma si trattava solo di questo?

Ovviamente, no.

L'idea di una maggiore armonizzazione risponde anche a funzioni precise. Che sono state messe in evidenza dalla Commissione in quello che può esse-

re considerato il primo significativo intervento in materia di armonizzazione, non dell'intero diritto privato ma del diritto contrattuale: la Comunicazione del 2001.

La tecnica è quella usuale della consultazione, con cui si chiede alle parti interessate se e come procedere nella direzione di una maggiore armonizzazione del diritto contrattuale. Nel porre questo interrogativo la Commissione individua le questioni centrali:

1. *il problema della legge applicabile alle trattazioni transfrontaliere e le ripercussioni sul mercato interno.* Se cioè la coesistenza di diversi diritti nazionali possa essere d'ostacolo al funzionamento del mercato. Vero è che secondo la fondamentale regola contenuta nella Convenzione di Roma le parti possono scegliere la legge applicabile al loro rapporto; la Commissione tuttavia avverte come tale possibilità di scelta possa non rappresentare la soluzione ottimale, nell'ambito dei rapporti contrattuali che interessano il mercato europeo. La scelta, infatti, rinvia comunque ad un ordinamento straniero, che bisogna innanzitutto conoscere, con conseguente aumento dei costi transattivi. In ogni caso, le incertezze connesse all'applicazione di un diritto straniero possono finire per disincentivare il ricorso agli scambi internazionali, soprattutto per le piccole e medie imprese; senza contare, poi che la scelta in ordine alla legge applicabile può concretamente essere imposta dal contraente più forte;

2. *il problema di una applicazione uniforme del diritto comunitario.* Dal proliferare di normative nel settore del diritto dei contratti, in particolare nei b2c, la Commissione avverte come lo strumento fino ad oggi adoperato, ovvero la direttiva, possa presentare dei limiti in ordine alla possibilità di ottenere risultati omogenei in tutto il territorio europeo. Ciò, relativamente a diversi profili: le direttive comunitarie utilizzano termini giuridici astratti, dei quali non viene fornita una definizione ed i medesimi termini possono assumere un significato diverso all'interno dei singoli stati; inoltre, trattandosi di uno strumento per definizione frammentario le direttive, pur concernendo un medesimo ambito applicativo possono contenere al loro interno contraddizioni e incongruenze; infine, imponendo una misura di armonizzazione minima, le direttive non riescono ad eliminare del tutto il problema relativo alle differenze di legislazione tra i singoli stati. L'obiettivo, dunque, è andare oltre la prospettiva di armonizzazione indiretta e frammentaria, rappresentata dallo strumento della direttiva.

Di nuovo attenzione alle date: la Comunicazione è del 2001 ed esattamente in quell'anno è successa un'altra cosa importante.

Deve essere riconosciuto ad Ole Lando il merito di avere tenuto fede all'impegno assunto in occasione dell'incontro fiorentino. Ha presieduto nel corso di questi lunghi anni la Commissione per il diritto europeo dei contratti la cui prima parte è stata pubblicata proprio nel 2001.

Gli obiettivi perseguiti dai redattori sono ambiziosi: nell'edizione italiana si dichiara senza ambiguità che i principi "si candidano a prova d'autore di un codice europeo".

Ma a prescindere da tale corso eventuale della storia i PECL "intendono fornire una base comune al diritto dei contratti": rappresentano cioè una struttura normativa che possa essere adoperata come testo di riferimento dello stesso legislatore comunitario e dai legislatori nazionali (essi sono stati davvero utilizzati come modello normativo di riferimento in molti paesi che avevano da ricostruire il loro diritto privato - paesi dell'ex area socialista).

Sul piano applicativo, i principi rappresentano (avrebbero voluto rappresentare) una moderna *lex mercatoria* europea. Nelle intenzioni dei compilatori possono essere scelti dalle parti come strumento di regolazione del loro rapporto (sempre sulla scorta di quanto disponeva l'allora art. 2 della Convenzione di Roma)

Ma possono altresì trovare applicazione (art. 1:101 comma 3) quando le parti "non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto". Quindi nelle intenzioni dei compilatori la applicazione più ampia possibile, almeno tutte le volte in cui le controversie in materia contrattuale siano rimesse alle competenze degli arbitri.

In seguito alla pubblicazione dei PECL sembrava quasi che la partita dell'armonizzazione fosse chiusa.

I PECL rispondevano esattamente a quelle funzioni che la Commissione aveva messo in risalto (più alla prima, in verità). Lo stesso Parlamento europeo anni prima aveva messo in luce l'opportunità di affidarsi alla Commissione Lando (con la Risoluzione del 1994 e questa aveva infine prodotto un risultato apprezzabile).

Per di più, di lì a poco veniva presentata la proposta di trasformazione della Convenzione di Roma in strumento comunitario (ciò che è oggi avvenuto con l'adozione del regolamento Roma I, che ha avuto una gestazione particolarmente lunga).

Nella proposta di regolamento - per rafforzare l'autonomia della volontà, principio cardine della Convenzione - si autorizzavano per la prima volta le

parti a scegliere come legge applicabile un diritto non statale. In particolare, si leggeva nella motivazione della proposta, potrebbe essere autorizzata la scelta dei principi Unidroit, dei PECL o di un eventuale strumento comunitario facoltativo.

Sembrava dunque la quadratura del cerchio: addirittura la possibilità che i PECL venissero indicati quale legge applicabile davanti ai giudici; sembrava proprio che l'UE si apprestasse ad accoglierli.

E invece la partita non era affatto chiusa.

Nel 2003 la Commissione è intervenuta con una nuova Comunicazione, auspicando una "maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo" ed in cui per la prima volta individua la strada da intraprendere nell'elaborazione di un CFR.

3. *Il Quadro Comune di Riferimento sostituisce dunque l'idea originaria di codice europeo.* La finalità principale del CFR viene individuata nel fatto di potersene servire, tanto in sede comunitaria quanto in ambito nazionale, ai fini dell'emanazione di nuove direttive e della loro attuazione; a tal fine, esso dovrebbe contenere la definizione di concetti-chiave, consentendo di eliminare il rischio dell'utilizzazione di una terminologia difforme nei diversi paesi.

Ne veniva tuttavia ipotizzata una ulteriore e diversa funzione, quale corpo di regole applicabili alla materia contrattuale, da adoperare quale strumento opzionale.

Questa iniziativa comunitaria ne ha innescato molte altre.

Nascono nuovi "compilatori di principi", stavolta su preciso incarico della Commissione. Ma stavolta si procede alla sistematizzazione del diritto comunitario

I Principi (del diritto comunitario esistente, dunque il prodotto finale del lavoro commissionato) sono stati pubblicati nel 2008.

L'articolato predisposto dal *Gruppo Acquis* si presenta come un *Restatement* del diritto comunitario in vigore, piuttosto che come l'enunciazione di norme completamente nuove (come i PECL). Dal punto di vista del metodo di lavoro: si è trattato innanzitutto di reperire tutti i materiali pertinenti. In primo luogo, oltre alle norme del Trattato, venivano in considerazione i regolamenti e le direttive, nonché i principi e le regole desumibili dalla giurisprudenza innanzitutto della Corte di Giustizia. Il lavoro è stato in qualche modo aperto anche al metodo comparatistico, ma non nello stesso modo in cui lo è stato con i PECL (ove, come si è detto, si è trattato di far confluire in un unico risultato differenti tradizioni giuridiche europee); piuttosto, al metodo comparativo si è fatto ricorso solo e nella misura in cui si rendeva necessario verificare il modo in cui le



direttive comunitarie erano state recepite nei diversi Stati.

Il lavoro è caratterizzato dall'approccio funzionale che è caratteristico del diritto comunitario (più che da approccio concettuale e dogmatico). E in questa direzione va compresa anche la terminologia adoperata. Lo scopo perseguito è stato quello di ridurre ad unità le diverse espressioni volta per volta adoperate; il termine finale prescelto e adoperato è quello che è parso maggiormente funzionale allo scopo perseguito. Poiché, infatti, la coerenza (del diritto contrattuale) implica anche una terminologia non viziata da contraddizioni, l'impiego costante delle medesime espressioni si è rivelata necessaria per denotare i medesimi concetti.

Così, ad esempio, l'espressione *recesso* è stato (definitivamente) impiegata per indicare il *jus poenitendi* – indipendentemente dal fatto se l'espressione fosse coerente con la figura del recesso codicisticamente disciplinata nei diversi sistemi.

Attraverso il lavoro svolto, la maggiore coerenza diviene un monito per lo stesso legislatore comunitario: fino ad oggi si è espresso in modo poco rigoroso ed anche casuale nelle diverse direttive; è tempo che si proceda ad un'opera di concordanza tra le diverse utilizzazioni di espressioni dal medesimo significato, nel contesto della formazione (e dell'affermazione) di un nuovo linguaggio: quello dell'Unione.

L'opera di sistematizzazione svolta avrebbe già potuto adempiere al ruolo, anche in assenza di specifica approvazione da parte dell'Ue: ruolo di cornice di riferimento, per il legislatore comunitario, per quelli nazionali, per gli organi giurisdizionali primo la CG ma anche i giudici nazionali.

Infatti a livello comunitario sono stati adoperati come modello per la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori.

Ma dal punto di vista dell'armonizzazione del diritto privato la strada è stata ancora un'altra, perché il lavoro non risponde ancora alle esigenze dell'Unione.

Il CFR è nato con l'obiettivo di "migliorare la qualità e la coerenza del diritto europeo dei contratti". E' evidente che con questa formula ci si riferisce innanzitutto all'esigenza di rimediare alle molteplici incongruenze e antinomie presenti nei diversi e frammentari interventi comunitari che hanno riguardato la materia contrattuale (soprattutto, ma non solo, nell'ambito dei rapporti B2C).

Non si tratta, tuttavia, solo di questo. Anzi, se riferito esclusivamente a questo, si finisce col riconoscere al diritto europeo dei contratti un ruolo davvero esiguo. Si tratterebbe, infatti, di un processo innanzitutto già ultimato, avendo trovato compimento

con la pubblicazione dei Principi dell'*Acquis*⁵. Per di più, si tratterebbe di un lavoro che non richiede una formale adesione dell'Unione né sarebbe preclusivo di altri interventi del legislatore comunitario, attraverso l'adozione di nuove direttive. Al contrario, esso sarebbe unicamente funzionale a tali successivi interventi.

L'obiettivo di una maggiore "coerenza" o sistematizzazione del diritto contrattuale esistente assume, dunque, un significato diverso e più ampio.

Per comprenderlo, bisogna considerare come il progressivo aumento dei compiti dell'Unione e l'espansione dei suoi ambiti di intervento, abbia condotto quest'ultima ad intervenire in maniera molto più estesa, rispetto al passato, rispetto a materie di interesse privatistico. Lo ha fatto, tuttavia, sempre entro i limiti di quelle specifiche competenze, dunque in maniera settoriale e sporadica e senza una cornice che facesse da sfondo: senza, appunto, un "sistema" di diritto privato sottostante che guidasse la sua stessa azione⁶.

L'esigenza di "dotare" l'Unione di un sistema di diritto privato europeo è divenuta, dunque, prioritaria. Per soddisfarla, è stato necessario attingere alle diverse e talora contrapposte tradizioni giuridiche europee, per poi innestare su questo lavoro, basato sulla comparazione, anche quel diritto privato "comunitario" risultante dall'*acquis* esistente.

Concretamente: si è finito per far confluire i principi *Acquis* con i principi nascenti dalle diverse tradizioni o codici nazionali, ovvero con i PECL (o analoghi lavori nel frattempo svolti in riferimento ad altre aree tematiche⁷).

Opera non molto convincente; che ha lasciato tutti attoniti innanzitutto per la mole di lavoro prodotta, dando vita al Draft del CFR (che tra l'altro non copre solo la materia contrattuale ma anche responsabilità extracontrattuale, trasferimento proprietà di beni mobili, garanzie reali, negozi fiduciari, arricchimento senza causa...). Il DCFR è stato pubblicato nella sua versione definitiva nel 2009. Opera mastodontica. Sette volumi la versione completa (significa corredata da note e commenti).

3. Siamo così giunti quasi alla fine del nostro excursus storico.

⁵ Per un commento analitico ai quali v., per tutti, AAVV, I "Principi" del diritto comunitario dei contratti, a cura di G. De Cristoforo, Giappichelli, 2009.

⁶ Per una efficace sintesi delle funzioni assegnate al diritto privato europeo v. J.BASEDOW, *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, ERPL, 3/10, 443.

⁷ Dai singoli gruppi di lavoro che confluiscono nello *Study Group on European Civil Code*



Ma vediamo nel frattempo cosa è successo, nel più generale contesto europeo:

a) La Convenzione di Roma è stata trasformata nel regolamento Roma I (nel 2008). Il regolamento non ha mantenuto quella previsione per cui le parti potrebbero affidarsi nella scelta della legge applicabile ai PECL o ai Principi Unidroit. Soltanto nel considerando 13 si legge: il presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale (dunque i PECL o i principi Unidroit vengono, per così dire, declassati a modello da usare come fonte per contenuto/clausole contrattuali). E nel considerando 14: qualora la Comunità dovesse adottare in un idoneo strumento giuridico norme di diritto sostanziale dei contratti... tale strumento può prevedere la possibilità per le parti di scegliere l'applicazione di tali norme (come legge applicabile al rapporto)⁸.

b) E' entrato in vigore il trattato di Lisbona.

Intanto, a livello comunitario, per quanto concerne l'organizzazione dei compiti dell'Unione, l'armonizzazione del diritto dei contratti passa dalla direzione Consumatori al settore Giustizia, libertà e sicurezza. Nel trattato di Lisbona troviamo alcune significative novità in questo ambito, ovvero per ciò che concerne la creazione di uno "spazio giuridico europeo". In particolare l'art.81 (ex art.65) che, dopo avere affermato "l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio del reciproco riconoscimento.... " aggiunge non a caso "tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

Più precisamente: il tema della cooperazione giudiziaria ha sempre coinvolto aspetti quali il riconoscimento decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie nei diversi paesi, l'armonizzazione delle regole di conflitto sulla legge applicabile, ed altri profili di natura più strettamente procedurale e probatorio. Nel trattato di Lisbona, per la prima volta, compare questo riferimento al ravvicinamento delle disposizioni normative. Il nuovo testo del trattato sembra-

⁸ Per i contratti B2C: ai sensi dell'art. 6 sono disciplinati dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale (a condizione che il professionista svolga o diriga le sue attività nel paese in cui il consumatore ha la sua residenza). Dunque in linea di massima sottratti al potere di scelta. In deroga a tale regola, le parti sulla base di quanto stabilito nel secondo comma possono scegliere la legge applicabile, a condizione che tale scelta non privi il consumatore dalla protezione delle norme imperative contenute nella legge altrimenti applicabile.

rebbe dunque fornire la base giuridica per l'eventuale adozione del CFR.

Ma l'Europa si sta apprestando davvero ad accogliere il CFR? e in che modo?

I colpi di scena fino alla fine non mancano. Nel maggio del 2010 è stato costituito il Gruppo di esperti sul CFR (il gruppo è molto snello, i componenti sono scelti tra quelli che hanno partecipato alla stesura del Draft) con l'incarico di predisporre un *user friendly text* di circa 150 regole, che possa servire da base per la futura adozione di uno strumento di diritto contrattuale europeo.

La Commissione tuttavia non si pronuncia sulla natura di tale strumento, la cui scelta viene nuovamente rimessa ad una nuova consultazione pubblica. Nel luglio del 2010 c'è un nuovo Libro verde (sulle possibili opzioni per un diritto europeo dei contratti); ma la consultazione è solo apparente, perché in realtà essa contiene già la scelta in merito all'adozione di uno strumento opzionale. D'altra parte, già nel conferimento dell'incarico al Gruppo di esperti la Commissione metteva bene in evidenza che il Parlamento Europeo propende per l'adozione di un *optional instrument* (riguardante i rapporti B2B e B2C)⁹.

L'idea che già nel Libro verde è indicata come "vincente" è l'adozione di un *optional instrument* con un regolamento.

Ma uno strumento con quale contenuto? Nelle prime riunioni si discuteva di argomenti relativi alla parte generale del contratto (formazione, interpretazione); finché la linea di lavoro non è stata più specificamente individuata nell'adozione di uno strumento riguardante il solo contratto di compravendita (con possibili estensioni ad altri contratti, ad esempio aventi ad oggetto la prestazione di servizi, in cui la vendita di beni in qualche modo è correlata). Il testo del documento finale elaborato verrà reso pubblico nei prossimi giorni. I lavori procedono parallelamente all'adozione della direttiva sui diritti dei consumatori.

⁹ The European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI) supports the idea of an optional European contract law. It adopted by a large majority, on 12 April, a draft opinion by Diana Wallis (ALDE, UK) on European contract law. "Today's vote was an important step towards introducing a simplified and flexible optional instrument, which will enlarge the choice of parties when drawing up contracts, provide legal certainty across borders and can be put in place relatively quickly," commented the rapporteur after the vote. This optional legislation would be an alternative to the existing national contract laws and would be available in all languages. It could apply either in cross-border contracts only, or in both cross-border and domestic contracts. Proposals are announced for the end of this year.



LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEL NOTAIO TRA NULLITÀ PARZIALE, RELATIVITÀ DELLA LEGITTIMAZIONE E NULLITÀ INEQUIVOCA: A PROPOSITO DI CASS. N. 24867/2010 E DI CASS. 5913/2011 (CON UNA POSTILLA)

Di Stefano Pagliantini
Professore Ordinario di Diritto civile

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari: la lettura ancipite dell'art. 34, 2 co. d. lgs. n. 5 del 2003 ed il contrasto (?) in Cassazione. - 2. Il viluppo argomentativo -in quattro Leitmotive- di Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867. - 3. La pretesa esimente notarile della nullità relativa. Analisi di una massima dottrinale (e giurisprudenziale) mentitoria. - 4. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 2 co.: spunti su due casi controversi (l'art. 540 c.c. e l'art. 778 c.c.). Il canone di un'argomentazione orientata alle conseguenze. - 5. La responsabilità disciplinare del notaio nei casi di nullità parziale oggettiva. Quid iuris per la nullità assoluta sanabile? - 5.1. Segue: l'art. 1419, 2 co. in un trittico di casi. - 6. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 1 co. ed il caso della severability clause nei contratti tra professionisti. - 7. Lo ius novum della Cassazione ed il problema della nullità testuale equivoca: per una responsabilità del notaio nei casi di annullabilità incerta? - 8. Il decisum 5913/2011 come prologo implicito (o inespresso) ad un bouleversement della giurisprudenza anteriore? I rischi di un parametro eventuale: i casi dell'illecito amministrativo e di quello fiscale. - 9. L'art. 34, 2 co. come un (possibile) caso di ortopedia contrattuale? - Postilla: Il decisum di Cass. 20 luglio 2011, n. 15892: self-restraint o vincolo del diritto vivente per il notaio?

1. Osservazioni preliminari: la lettura ancipite dell'art. 34, 2 co. d. lgs. n. 5 del 2003 ed il contrasto (?) in Cassazione.

Il notaio non è un professionista preposto alla «nuda registrazione» della volontà delle parti, bensì un soggetto tenuto a svolgere il proprio operato affinché non venga turbata «la certezza dei rapporti giuridici»¹. Orbene, il notaio che abbia rogato l'atto

costitutivo di una società di persone, includendovi una clausola compromissoria che contravviene all'art. 34, 2 co. del d. lgs. n. 5 del 2003, incorre in responsabilità per violazione dell'art. 28 l. not. ?

C'è, al riguardo, un conflitto tra le diverse sezioni della Cassazione: per la terza², infatti, la nullità

ziale, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 1051 ss.

2 V. Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Notaio*, n. 49 ed in *Giust. civ.*, 2011, p. 348 ss. In dottrina, in modo parzialmente adesivo, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza dell'arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 233-236. Si consulti però anche Cass., 3 febbraio 2011, n. 2558, ivi, 2011, p. 612 (con nota di F. Della Rocca), ove di

1 Sono parole che si leggono in Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1106 ss. e v. poi, per tutti. P. RESCIGNO, *Interesse all'atto del notaio rogante e nullità nego-*



comminata dall'art. 34, 2 co., per il caso in cui il potere di nomina di tutti gli arbitri non sia rimesso a soggetto estraneo alla società, è testualmente univoca: col risultato, se l'avverbio "espressamente" figurante nell'art. 28, comma 1 n. 1, l. not. va ormai *estensivamente* inteso come "inequivocamente", che il notaio risponde in via disciplinare. Secondo la sesta sezione -sottosezione terza³- così invece non è, viste le contrastanti letture dei giudici di merito sul fatto che quello endosocietario costituisca, in deroga all'art. 806 c.p.c., la sola forma di arbitrato ammessa. E siccome, così si prosegue, la *ratio* e la storia dell'art. 28 escludono che possano imputarsi al notaio «compiti ermeneutici, ... in presenza di incertezze interpretative oggettive», è da escludere che l'art. 34, 2 co., documenti una nullità inequivoca. Donde l'escludersi di una responsabilità disciplinare del notaio che abbia autenticato due scritture private, relative alla costituzione di società in accomandita semplice, con annessa clausola compromissoria rinviante alla disciplina di diritto comune⁴, se è vero che il divieto di ricevibilità di cui all'art. 28 è inoperante quando la nullità opposta non è *manifesta*. Formula, questa, che se da un lato si iscrive nella giurisprudenza consolidata della Corte, pare dall'altro sottendere lo stesso convincimento su cui per vero si impernia il *decisum* della terza sezione: e cioè che quando la nullità parziale, oggettiva ed as-

nuovo veniva in rilievo, sempre ai fini dell'art. 28 l. not., la questione se l'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 contempli, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato, senza tuttavia impedire alle parti l'utilizzo delle clausole compromissorie di diritto comune (per arbitrato libero o rituale). Questione che non viene però trattata in quanto assorbita dal primo motivo di ricorso, subito accolto, poggiante sull'allegazione di un vizio squisitamente processuale (la qualità del Consiglio dell'ordine, cui appartiene il notaio incolpato, di litisconsorte necessario, essendo portatore di un interesse alla esatta applicazione della sanzione disciplinare).

3 V. Cass. 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1537 ss., con nota di L. FELLETTI, *Nullità della clausola compromissoria societaria e responsabilità del notaio ex art. 28, n. 1, l. n.: finalmente la questione approda in Cassazione ... ed è già contrasto*. In dottrina, sulla formulazione inequivoca dell'art. 34, 2 co., mostrano di insistere F. CORSINI, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 872 e L. SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 548 ss. Per una diffusa disamina delle decisioni emesse, nell'ultimo triennio, dalle C.Re.Di. v. S. MIRANDA, *La clausola compromissoria: applicazione ed invalidità*, in *Società*, 2010, p. 294 ss.

4 Mentre nel caso deciso da Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, lo statuto prevedeva una clausola compromissoria con nomina di un arbitro unico da parte dell'assemblea dei soci. Ma v. *Postilla*.

soluta, è inequivoca, il notaio rogante *incontestabilmente* risponde.

Quindi una divergenza, se si eccettua l'opposta valutazione sull'evidenza invalidante dell'art. 34, 2 co., solo apparente? Non è da escludere. Onde però evitare l'impressione di un ragionamento che procede per notazioni prolettiche, bisogna compulsare la motivazione della prima sentenza⁵. Che, rispetto al *decisum* della sesta sezione, mostra un *iter* argomentativo assai più articolato.

2. Il viluppo argomentativo -in quattro Leitmotive- di Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867.

Richiamandosi a tutta una serie di precedenti assai poco inclini, se li si vaglia con attenzione, a veicolare delle interpretazioni liberalizzanti⁶, la terza sezione ha modo infatti di statuire,

-che l'art. 28 involge qualsiasi vizio, formale e sostanziale, determinante la nullità assoluta del contratto;

-che, nel comparto delle nullità assolute, sono da annoverare sia le testuali che le virtuali inequivoche;

-che, ove sia assoluta, non rileva poi, ai fini della configurabilità di un illecito disciplinare, che la nullità sia totale o parziale; e, sebbene quest'ultimo enunciato costituisca un *obiter*,

-che l'esonero da responsabilità per le fattispecie di nullità relativa è da ritenersi circoscritto alle ipotesi in cui questa risulti «rilevabile solo da chi vi abbia interesse e non d'ufficio». Col risultato, perciò, di fondare *a contrario* un illecito disciplinare quando di questa nullità relativa sia prescritta *ex lege* la rilevabilità *ope iudicis*. Il che, particolare solitamente trascurato⁷, non è poi una notazione così

5 Sulla quale, in termini che solo in parte sono adesivi, v. *amplius* per i riflessi processuali dell'art. 34, 2 co., E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 629 ss.

6 Fugando così i timori palesati da C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, Milano, 2002, p. 303 s. e da G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 822.. Tra le sentenze più restrittive, espressamente o implicitamente richiamate, sono da annoverare, nel silenzio della dottrina, quelle rese da Cass. 12 aprile 2000, n. 4657, in *Vita not.*, 2000, p. 1064 ss. e, con una motivazione alquanto elaborata, da Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 1599 ss., con nota di R. MARAZZI, *Responsabilità del notaio ed art. 28 legge notarile*.

7 Tranne che per un'osservazione incidentale di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*,



sorprendente, se è vero che, già nella sentenza n. 21493 del 2005⁸, la Cassazione aveva *incidenter* definito la nullità relativa come una *species* invalidante non rilevabile d'ufficio, «ipotesi strutturalmente simile all'annullabilità o all'inefficacia, pur conservando poi profili tipici della nullità, quali l'imprescrittibilità dell'azione e, secondo alcuni, anche l'irrinunciabilità e l'insanabilità». E, va aggiunto, la sentenza n. 1394 del 2001⁹, relativa ad un atto pubblico di compravendita carente della dichiarazione prescritta dall'art. 3, co. 13-ter, l. n. 165/1990, era nello stesso senso. Dunque un consolidato giurisprudenziale parzialmente difforme, in realtà, dalla rappresentazione che, nel corso di questo decennio, ne ha comunemente offerto la dottrina prevalente.

Ciò posto, però, che dire? La prima impressione infatti è che, a pieno titolo, il *decisum* della terza sezione sia catalogabile tra le pronunzie che pongono più problemi di quanti in realtà sono in grado di risolverne: e non solo per la lettura, fin troppo affrettata, che il Supremo Collegio ha offerto della nullità relativa *seu* di protezione. Una nullità, è vero, che in tutti i precedenti succedutisi al *grand arrêt* del 1997 è sempre stata espunta dall'ambito di operatività dell'art. 28¹⁰: ma, si badi¹¹, per effetto di altrettanti *obiter dicta* e soprattutto, giova ripeterlo, sempre e solo in virtù dello sviante postulato di una nullità relativa quale figura *spuria* con una qualificazione sospesa tra l'annullabilità e l'inefficacia. Che significa, sebbene la tendenza a riquilibrare la nullità di protezione nei termini di una peculiare *species* di annullabilità rafforzata affiori qua e là in giurisprudenza¹², «trascurare tutta la più recente

meditazione sul tema»¹³. Per fare un solo esempio: se un notaio riceve un contratto di cessione di ramo d'azienda nel quale figura la clausola disponente che, ove il cessionario non paghi una rata inferiore all'ottava parte del prezzo, il contratto si risolve, si ha oppure no responsabilità? La clausola evidentemente viola il disposto dell'art. 1525 c.c. ed è priva d'effetto: d'altra parte, è vero¹⁴, ove la si dovesse intendere come nulla, in quanto pattuizione contraria ad una prescrizione imperativa -l'art. 1525- avente la precipua funzione di limitare l'autonomia privata¹⁵, soltanto il cessionario potrebbe avere interesse ad impugnare. Quindi una figura (*codicistica*) di nullità relativa, per l'essere l'art. 1525 dettato nell'esclusivo interesse dell'acquirente¹⁶: ma, visto che officiosità e relatività possono coesistere¹⁷, rilevabile d'ufficio?¹⁸

13 Così, incisivamente, G. DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzioni disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 634. Sul fatto che il proliferare di una vasta gamma di *species* di nullità abbia avuto l'effetto di far perdere il «senso, più che il significato originario, di quello che un tempo era la nullità, precisa categoria formale, non dogma», v. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, p. 5. Sull'opportunità di evitare l'impiego di «clausole generali di incerta estensione» v., invece, il puntuale ammonimento di P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Milano, 2003, p. 26. Il che, sia detto per inciso, rende ancor più claudicanti certe asserzioni della Cassazione.

14 V. Co. Re. Di Lombardia, 10 marzo 2010, in *Notariato*, 2011, p. 220.

15 Almeno così l'hanno intesa, prospettando un'invalidità della clausola risolutiva espressa, Cass., sez. un., 26 marzo 1993, n. 11718, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1252 ss. L'autonomia contrattuale, vi si legge, «trova un limite nella eteroregolamentazione legale che richiede, affinché la vendita possa risolversi su domanda del venditore rimasto creditore del prezzo, che il compratore non sia inadempiente per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo».

16 Così già Cass. 14 luglio 2000, n. 9356, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 561 (secondo la quale, poi, l'art. 1525 c.c. non è «invocabile da soggetti diversi dalla parte acquirente») e, prima ancora, Cass. 1 marzo 1995, n. 2347, *ivi*, *Rep.*, 1995, voce cit. n. 450.

17 Dato ormai acquisito. Da ultimo v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 117 e sia consentito pure il rinvio a S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 407 ss.

18 Interrogativo, si prenda nota, che può ripetersi con riguardo, come si avrà modo di evidenziare (*infra* § 4, testo e nt nn. 37 - 38), all'art. 540 c.c., per l'ipotesi di una disposizione testamentaria lesiva del diritto di godimento vitalizio riservato *ex lege* al coniuge superstite. Non a caso chi rimanda all'azione di riduzione, escludendo che la disposizione lesiva possa dirsi «nulla in senso tecnico», fa nel contempo notare -dato ancor più suggestivo- che qui poi

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 373, il quale parla di una giurisprudenza della Cassazione veicolante un'«apparente riduzione dell'ambito di rilevanza della sanzione».

8 La sentenza, datata 7 novembre 2005, si legge in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 149 ss. ed il passo riferito è il 3.3. della motivazione. In termini del tutto consimili v. Trib. Torino, 6 ottobre 2006, inedita ed App. Bologna, 4 gennaio 2010, in *Notariato*, 2010, p. 211.

9 Consultabile anche in *Riv. not.*, 2001, p. 892 ss.

10 La sentenza che ribalta un precedente indirizzo, costante nel configurare una responsabilità del notaio anche per gli atti annullabili ed inefficaci, è Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, consultabile, *inter alia*, in *Notariato*, 1998, p. 7 ss., seguita dalla pronuncia, gemella per motivazione, di Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, cit.

11 Il rilievo si deve a A. A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 76. V. poi G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, n. 89, cit. p. 822.

12 Emblematico quanto si legge, seppur con riguardo alla nullità per vizio di forma di cui all'art. 23, 3 co., T.U.F., in Trib. Verona, 1 ottobre 2009 (ined.), che, per conseguenza, ammette la convalida tacita del contratto.



Dopo di che, *sic stantibus rebus*, quell'impressione, cui si faceva cenno, di una sentenza -la 24867- che dinamicamente reitera, per il medio di rilievi controvertibili, un'interpretazione, tutt'altro che problematicamente restrittiva, dell'art. 28 si rinalda: e, va detto, lo scarno periodare argomentativo della sesta sezione -nella succedanea 5913 - non la fa scemare.

3. La pretesa esimente notarile della nullità relativa. Analisi di una massima dottrinale (e giurisprudenziale) mentitoria.

Intanto, se fosse vero che la lettera dell'art. 28 comprende tutte le forme di nullità cd. relativa rilevabile d'ufficio, se ne dovrebbe dedurre che, dopo la parentesi evasiva della sentenza n. 3526 del 2008¹⁹, la Corte ha voluto rinserrare -e non riscrivere- l'area della responsabilità disciplinare del notaio. Non solo infatti, già si potrebbe far notare, si hanno ben due fattispecie di nullità relativa ove la rilevabilità d'ufficio è espressamente disposta (artt. 67-*octiesdecies*, 1 co. e 134, 1 co., c. cons.), ma poi non risulta vi sia un *solo* caso nel quale il legislatore abbia mai testualmente provveduto ad escludere che ciò possa avvenire. Né devono trascurarsi altri due dati che viceversa la Corte superficialmente omette: la rilevabilità d'ufficio è un *obbligo*, stando ad una giurisprudenza più che consolidata della Corte di giustizia²⁰, quand'è questione di clausole vessatorie

si avrebbe una nullità azionabile «*esclusivamente dal coniuge lesa*»: v. G. GABRIELLI, *sub art. 540 c.c.*, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, Padova, 1992, V, p. 63 (c.vo. aggiunto).

19 Ove si legge -compendiosamente ma senza alcuna specificazione- che l'art. 28 «*attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione dei vizi che comportano la mera annullabilità od inefficacia dell'atto stesso, ovvero la sua nullità relativa*». La pronuncia -della terza sezione e datata 14 febbraio 2008- è consultabile in *Vita not.*, 2009, p. 715 ss. con ampio commento di G. La Marca, *Intorno agli atti espressamente proibiti al notaio: rilevanza della nullità relativa e della nullità sanabile* ed in *Riv. not.*, 2008, p. 1414. V. anche A. FUSARO, *Nullità speciali nell'attività notarile*, in *Vita not.*, 2009, p. 1041 ss.

20 V., almeno, C. giust. 4 giugno 2009, causa C-243/08, causa C- Pannon GSM Zrt. c. E. S. Győrfi; C. giust. 17 dicembre 2009, causa C-227/08, Eoa Martín Martín c. EDP Editores SL; C. giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt (ove la statuizione di un obbligo del giudice di procedere persino ad un'istruttoria d'ufficio della vessatorietà di una data clausola) e, da ultimo, quanto alla rilevabilità per difetto di trasparenza, C. giust., 16 novembre 2010, causa C-76/10, Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčková. Sull'argomento sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuo-*

e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali perché gli artt. 6 (dir. 93/13) e 5, n. 1 (dir. 85/577/CEE) sono norme imperative di ordine pubblico. Donde l'esclusione di una qualsiasi esimente per tutte le fattispecie di cui agli artt. 36, 3 co.- 47 c. cons. e poi, per il principio che, in seno allo stesso sistema normativo, non possono coesistere due significati diversi per il medesimo concetto, pure per i casi di cui agli artt. 117 e ss. t. un. bancario: se è vero che la lettera riformata dell'art. 127, 2 co. contempla delle nullità operanti «*soltanto a vantaggio del cliente*» e rilevabili d'ufficio. A tacer del fatto che la Cassazione sembra pure ignorare come, a voler riconoscere la qualifica di *norma generale* all'art. 36, 3 co., c. cons., l'attributo della rilevabilità d'ufficio diventi analogicamente una *costante* integrativa quanto meno per tutte le fattispecie consumeristiche di nullità di protezione virtuale (artt. 52, 3° co., 67, 5° co., 72-*bis*, 3° co., 78, 124, 134, 3° co. e 143, 1° co., c. cons.; artt. 44, 3 co. e 45, 2 co. c. tur.). Mentre a voler seguire l'opposta idea²¹, tutt'altro però che singolare, di un art. 36, 3 co. quale disposizione formalizzante non una legittimazione soggettivamente limitata bensì una nullità ad effetto unidirezionale, in quanto solo espressiva di una parzialità dell'effetto caducatorio, si avrebbe per conseguenza che in ogni invalidità denominata di protezione è da ritenersi implicita, in realtà, una nullità assoluta: rilevabile *ex se* d'ufficio, come lo sono le fattispecie, queste sì propriamente di nullità relativa, di cui agli artt. 67-*octiesdecies*, 1 co., 134, 1 co., c. cons. e, *ope interpretationis*, 2, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, riguardo alla fideiussione a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (vista l'evidente finalità preventiva di una norma dettata per ovviare al fallimento *in itinere* del costruttore)²².

ri dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia, Torino, 2010, p. 2 ss.

21 Suggesta, com'è noto, da A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 432. Vi aderisce R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità cd. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 339 ss. Di recente sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 407 ss.

22 Se infatti lo scopo della norma, dettata per neutralizzare forme di dissesto finanziario di grande allarme sociale, è di garantire all'acquirente (almeno) la restituzione di tutte le somme ch'egli abbia versato al costruttore, ove costui, prima che l'immobile venga ultimato, fallisca, non ci si può non orientare per una rilevabilità officiosa. V., nel dettaglio, F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*. Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano, 2006, 115. Ampia disamina in A. RIZZIERI, *Art. 2 d.lgs.*



Risultato, delle due l'una: o la sentenza, di là dal formale richiamo del *revirement* del 1997, vuol rafforzare la coerenza dell'art. 28 nella prospettiva (inconsapevole) che, come in effetti è, le nullità protettive salvaguardano una razionalità dell'agire negoziale a garanzia di un mercato concorrenziale efficiente²³, oppure la Corte, con un eccesso di disinvoltura, ha ommesso di considerare che, nonostante la rilevanza, la stessa clausola abusiva (art. 9 l. n. 192/1998) o vessatoria (art. 33, 2 co., c. cons.) merita solitamente una qualificazione ancipite. Con una nullità che, infatti, trasmuta in validità allorché risulta documentata l'esistenza di una trattativa (art. 34, 4 co. c. cons.) ovvero la reale possibilità, per chi abbia subito l'abuso, di rinvenire, sul mercato di riferimento, delle alternative soddisfacenti. Ed al notaio, in assenza di indici certi di riconoscibilità, non si può domandare, visto che l'accertamento della vessatorietà implica il rimando alle circostanze esistenti al momento della stipula e la valutazione di un eventuale collegamento contrattuale (art. 34, 1

122/2005, in DE CRISTOFARO - ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1237 ss. Per di più neanche si potrà dire che lo (*stringente e non eventuale*) rifiuto del notaio di ricevere l'atto (mancante della fideiussione) abbia l'effetto di impedire all'acquirente di conseguire il bene. Qui, infatti, la nullità è comminata per l'intero contratto: e, va aggiunto, il notaio neanche potrebbe confidare sull'eventuale possibilità per l'acquirente di tutelarsi *ex post* visto che l'eventuale dissesto del costruttore rappresenta una variabile aleatoria idonea a frustrarne *in toto* le aspettative. Che poi, sia detto di passata, tutto questo ragionamento non abbia come corollario necessario l'insanabilità del contratto, è vero: si pensi al promissario acquirente che eccepisce la nullità del contratto per mancata prestazione della garanzia fideiussoria allorché l'immobile promesso, pur se non ancora trasferito, risulti però integralmente edificato (cfr. A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*. Appendice a *La compravendita*, 4 ed., Torino, 2005, p. 17). Ma è questione diversa. Per quale ragione, infatti, se la *ratio* della garanzia (e dell'ancillare) nullità risiede nell'esigenza di assicurare la restituzione delle somme versate ove il costruttore dovesse incorrere in una situazione di crisi, si dovrebbe accordare protezione ad un interesse di tutt'altro segno, conclatamente speculativo (nel caso l'azione risulti promossa per stipulare aliunde una compravendita più vantaggiosa) o, comunque, per conseguire un maggior saldo (contabile) non dovuto (si immagini un'azione intentata allo scopo di ottenere una riduzione del prezzo inizialmente pattuito)? V., comunque, per altri sviluppi *infra* nt. 64.

23 È quindi, è esatto, *nullità miste*, perché «in parte di interesse privato» (seppur seriale), «in parte d'interesse pubblico»: così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, p. 297. Ma v. pure M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, p. 104 ss.

co., c. cons.), «di fare il *detective*»²⁴. Quindi, una responsabilità che si schiude per effetto di una valutazione poggiate sul contingente intersecarsi di due elementi: la riconoscibilità (del vizio) e la diligenza professionale (del notaio)²⁵. Pur se, va aggiunto, la serialità contenutistica dei contratti con i consumatori è destinata ad evocare, col tempo, delle *Fal-lgruppen*, sinonimo di clausole contrattuali tipo (ed insieme) di un accertamento semplificato.

Non solo. Neanche può dirsi esatto sostenere che l'art. 28, in quanto innescato da fattispecie di nullità assoluta, legittima un'indiscriminata esclusione di responsabilità per l'intera classe delle nullità operanti soltanto a vantaggio del consumatore (o del cliente)²⁶. Per almeno tre motivi:

-la regola della nullità parziale necessaria è espunta allorché si abbia una declaratoria di vessatorietà o di intrasparenza della clausola principale. Se è vero, infatti, che la lettera dell'art. 34, 2 co. delimita ed integra il disposto conservativo dell'art. 36, 1 co., è da credere che la nullità parziale si converta in totale -v. art. 6, § 1 dir. 93/13 e soprattutto art. 125-bis, 8 co. t. un. bancario- allorché il caducarsi della clausola compromette la struttura del contratto per carenza di un requisito essenziale, neppure surrogabile per il tramite di una norma di legge dispositiva²⁷;

-se al notaio non può ragionevolmente imputarsi una responsabilità per le clausole presuntivamente vessatorie soggette ad un accertamento complesso (art. 33, 2 co.), difficilmente però potrà dirsi lo stes-

24 Così, finemente, A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 299 che evidenzia come si possa «tutt'al più discutere della misura di ragionevoli domande che il notaio rivolgerà alle parti per chiarirsi e chiarire opportunità e rischi». Di clausole vietate «a certe condizioni» discorre M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

25 Sicché, in un contesto così articolato, è esatto dire che la complessità di accertamento è destinata ad avere la rilevanza di una «causa di giustificazione a posteriori»: così G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, *A margine dell'art. 28*, l. 16 febbraio 1913, n. 89, cit. p. 841.

26 Così invece, seppur con articolata argomentazione, G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, pp. 139 - 141.

27 V., già diffusamente, S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 e ss. e C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle cl. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 38. Di recente A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 11 e p. 232. Sull'ineoperabilità dell'art. 1419, 1 co., ed il contestuale operare di una sostituzione (non contemplata ma) necessaria «per non frustrare la finalità protettiva della norma che commina la nullità della clausola», v. per tutti G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, pp. 486 - 489.



so per quelle ipotesi di vessatorietà tipizzata, quantunque vi sia stata trattativa, figuranti nell'elenco dell'art. 36, 2 co. ll. a - c²⁸. Casi sì di nullità parziale necessaria, in quanto non essenziali, ma innegabilmente predicate di un tasso di *evidenza oggettiva*. *Quid iuris*, perciò, per la clausola che, in sede di stipula di un contratto preliminare, attribuisce al costruttore-venditore l'incarico di redigere il regolamento condominiale? Qui, infatti, il promissario acquirente si trova ad accettare, ora per allora, un regolamento del quale non è edotto: e il su citato art. 36, 2 co., lett. c) commina la nullità per le clausole che prevedano l'adesione del consumatore come estesa a pattuizioni che costui non ha avuto, di fatto, «la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto»²⁹. Tanto, si prenda nota, che potrebbe persino arrivarsi a pensare, sulla scorta di un noto *decisum* che ebbe a riconoscere come inefficace la clausola del regolamento condominiale, cui facevano espresso rinvio tutta una serie di successive vendite, circa il risolversi dell'originario acquisto di alcuni locali di proprietà condominiale, ad una nullità che si propaga alla clausola «a sorpresa»: tale perché totalmente estranea al contenuto *tipico* del negozio richiamato³⁰;

- vi sono, infine, forme di nullità protettiva, importanti caducazione dell'intero contratto, per omissione di una singola clausola, non ad accertamento complesso (artt. 67-*septies decies*, 4 co. c. cons. e 30, 7 co., t. un. finanziario). Fattispecie *manifeste* per le quali, non foss'altro a motivo di una valutazione in termini di negligenza³¹, il notaio che riceva

28 Lo ha ben messo in risalto M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit., del quale non risulta semmai convincente il rilievo sull'ambivalenza valutativa delle clausole contenute nella cd. lista nera: che, secondo una certa interpretazione (v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 10), potrebbero risultare non vessatorie ove il professionista dimostri, pur senza l'argomento della trattativa, che non importano alcun significativo squilibrio. Stando infatti al più recente orientamento della Corte di giustizia -v.C. giust. 4 giugno 2009, causa C-243/08, causa C- Pannon GSM Zrt. c. E. S. Győrfi, cit.- per le clausole della lista nera è da ipotizzarsi una presunzione assoluta di vessatorietà. Sicché, per il notaio, il divieto di ricevere un atto che le documenti pare davvero incontrovertibile.

29 V., in special modo, Trib. Monza, 14 luglio 2004, inedita e Trib. Firenze, 19 febbraio 2003, in *Foro tosc.*, 2003, p. 155.

30 Clausola, quindi, in questo senso *atipica*. La vicenda, che i giudici di legittimità ebbero a decidere più di trent'anni fa, si legge in Cass. 14 febbraio 1981, n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497 ss., con nota di L. FRANCIOSI, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia privata (a proposito della "relativo" nei negozi formali)*.

31 Un insistito riferimento alla «gravità della negligenza o imperizia del notaio», quale parametro orientativo del

un atto dev'essere chiamato a rispondere. Nè il rilievo deve sorprendere. Risiede anche qui infatti, cioè nella decisa sottolineatura di un approccio caso per caso, il significato della (corretta) notazione, ormai invalsa nell'uso, secondo cui è da escludere che la classe (aperta) delle nullità di protezione sia composta di figure isoformi.

4. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 2 co.: spunti su due casi controversi (l'art. 540 c.c. e l'art. 778 c.c.). Il canone di un'argomentazione orientata alle conseguenze.

Seconda riflessione: la questione, su cui i giudici di legittimità erano chiamati a statuire, della nullità parziale di diritto comune. Questione assai insidiosa e che, *per incidens*, non è detto sia sempre e solo di stampo contrattuale. Si pensi al testamento pubblico nel quale, su espressa indicazione del *de cuius*, all'unico figlio sia stata attribuita, a titolo di erede, la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare, sebbene, stante la lettera dell'art. 540, 2 co., c.c., il coniuge superstite sia legatario *ex lege* dei diritti di abitazione (della stessa) e di uso (dei mobili che la corredano)³².

Ebbene, secondo una discussa ma ancora incontrastata sentenza della Cassazione³³, ove l'erede, trascritto l'atto di accettazione ex art. 2648 c.c., costituisca ipoteca volontaria sull'immobile a favore della banca quale garanzia del mutuo concessogli, il conflitto che così si innesca tra il coniuge superstite ed il terzo creditore dell'erede, verrà risolto con la disciplina dettata dall'art. 534, 2 e 3 co., c.c. Per la Cassazione, infatti, il diritto di godimento vitalizio è invocabile a prescindere dall'azione di riduzione in quanto il coniuge superstite acquista automaticamente, come qualsiasi altro legatario di specie, all'apertura della successione (art. 649, 2 co., c.c.)³⁴.

suo agire, si legge in G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 463.

32 V., per tutti, G. GABRIELLI, *sub art. 540 c.c.*, cit. p. 55 ss. e L. MENGONI, *Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1999, p. 31 ss.

33 V. Cass. 24 giugno 2003, n. 10014, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3063 ss. Per un attento esame critico delle (molte) questioni originate dalla sentenza v. R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 15 ss.

34 V., tra le più recenti Cass. 15 maggio 2000, n. 6231, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Successione ereditaria*, n. 121 e Cass. 6 aprile 2000, n. 4239, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 33. In dottrina si mostrano dello stesso avviso L. FERRI, *Dei legittimari*, *sub artt. 536 - 544*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja



Donde, in un contesto ove l'erede ed il legatario *ex lege* sono ambedue aventi causa dal testatore di diritti compatibili, il ricorso all'art. 534 c.c., con gli annessi corollari

-di un mutuatario concedente l'ipoteca che figura nella duplice veste di erede vero (quanto alla nuda proprietà) ed apparente invece (per la piena) giacché *non dominus* del diritto di abitazione³⁵;

-di un terzo creditore, avente causa *inter vivos* dall'erede, destinato a soccombere salvo per il caso di una procedura esecutiva già intrapresa prima della morte del debitore³⁶; e, per finire, se è vero che questo legato (intrascrivibile) di abitazione si acquista *ex lege contra testamentum*,

-di una (eccezionale)³⁷ nullità parziale (per di più *relativa*) della scheda testamentaria ex art. 1419, 2 co. c.c.³⁸. e/o del successivo atto costitutivo di ipoteca³⁹. Che significa, considerato che al notaio è fatto divieto di ricevere un atto contrastante con l'ordinamento, una responsabilità disciplinare del medesimo ex art. 28, «essendo irrilevante, se non ai fini

della determinazione della sanzione, se [poi] detto contrasto investa tutto l'atto o solo parte di esso»⁴⁰.

E' esatto opporre, l'obiezione vien facile, che nello specifico esiste un altro modo di declinare la fattispecie sunteggiata, immaginando nel dettaglio

-che il terzo creditore ipotecario acquisti da un erede, che è vero proprietario, in quanto il coniuge superstite, quale riservatario, può solo agire in riduzione contro quest'ultimo e

-che poi il coniuge superstite, esercitata vittoriosamente l'azione di riduzione, potrà domandare la restituzione dell'immobile, nei limiti del diritto di abitazione spettantegli, libero da ogni peso o ipoteca, ai sensi dell'art. 561 c.c.⁴¹. Di là però dal diverso ordinare i termini della questione, di questa lettura interessa qui ciò che essa interpretativamente pare sottendere: ovvero la propensione per una tecnica valutativa che da subito scarta la logica dell'invalidità onde così arginare forme di nullità striscianti, rispetto alle quali persino l'argomento di una diligenza professionale del notaio ex art. 2236 c.c., quale parametro delimitante l'operatività dell'art. 28, potrebbe rivelarsi spuntato. L'idea di una colpa lieve, quale criterio inidoneo a purgare la nullità delle singole clausole ma utile per «esonere il notaio dalla responsabilità ex art. 28»⁴², non può infatti servire quando il contrasto riguarda disposizioni (manifeste) come l'art. 540 c.c.: rispetto alle quali sembra semmai valere (e mostrare più presa) un discorso ermeneutico che mitighi una troppo drastica qualificazione delle singole vicende col medio di un'argomentazione orientata alle conseguenze. Pro-

e G. Branca, Bologna - Roma, 1981, p. 52 ss. e C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, Milano, 1989, p. 501.

35 Per la Corte, infatti, «l'erede, al quale perviene per testamento la proprietà dell'immobile già adibito a residenza familiare, acquista su tale immobile un diritto di proprietà gravato dal diritto reale limitato di abitazione». Nello stesso senso M. C. LUPETTI, *Concessione di ipoteca dall'erede in parte apparente e diritto di abitazione del coniuge superstite: un importante monito per le banche*, in *Riv. not.*, 2004, p. 548 ss.

36 Così Cass. 13 gennaio 2009, n. 463, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 681 ss.

37 Eccezionale perché, facile la replica, solitamente la disposizione testamentaria pretermisiva, in tutto o in parte, della quota di legittima, non è invalida ma diviene inefficace, ove il giudice accerti la lesione del diritto riservato al legittimario, dopo l'utile esperimento dell'azione di riduzione.

38 L'intuizione originaria si deve a L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 120. Sul fatto, invece che, se si trattasse di una nullità relativa, si avrebbe poi l'effetto di un «carattere lesivo del testamento ... rilevato dal giudice officiosamente» (così G. GABRIELLI, *sub art. 540, cit. p. 63*), non c'è troppo da sorprendersi: attesa la compatibilità tra legittimazione relativa e rilevanza. Quindi, a quanto parrebbe, un altro caso di nullità protettiva *ante litteram* dopo quello divisato, *sub art. 527 c.c.*, da A. ZACCARIA, *La rinuncia all'eredità manifestata successivamente alla sottrazione o all'occultamento di beni ereditari: un caso 'primigenio' di nullità relativa?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, p. 2497 ss. Diverso è poi ragionare, come di seguito nel testo, in termini di argomentazione orientata alle conseguenze.

39 Per un precedente, anche se nei termini di una (discutibile) responsabilità aquiliana del notaio che aveva autenticato una scrittura privata di concessione di un'ipoteca (nulla per mancata indicazione del credito garantito), v. Cass. 7 novembre 2005, n. 21495, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1223 ss.

40 Così Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, cit. § 4. 1 della motivazione.

41 V. G. GABRIELLI, *sub art. 540, cit.*, p. 62 (nonché ID., *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 119) e L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1992, p. 169. Anche se le obiezioni formulabili - non a caso si parla di *un'azione di riduzione speciale* - sono molte e di non marginale rilievo. Bisogna infatti tener conto della circostanza che questa azione di riduzione viene ad avere dei tratti un po' singolari visto che è esperibile nei soli riguardi dei titolari *mortis causa* del diritto di abitazione e per una attribuzione gravante, come si legge nell'art. 540, 2 co., primariamente sulla disponibile. Si aggiunga che la può promuovere esclusivamente il coniuge superstite, anche se rinunziante all'eredità: che significa perciò, in deroga all'art. 564, 1 co., senza che si renda necessaria la previa accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Quindi un complicato viluppo di controdeduzioni.

42 Cfr. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, cit. p. 464 e, a seguire, G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 847.



prio quell'argomentazione, viceversa, che sembra assente nel periodare di chi propugna una visione del notaio quale «garante della conciliabilità tra ciò che i contraenti hanno pattuito e i fini complessivi dell'ordinamento»⁴³.

Pur se *prima facie* condivisibile, la stringente notazione, che si è testé riferito, pare infatti percorsa dal limite di sovraccaricare l'art. 28 di una funzione *stricto sensu* punitiva difficile da giustificare. Sostenere che il notaio deve vagliare «l'atto in funzione degli effetti che esso è in grado di produrre» di per sé, invero, è corretto: abbisogna però, in un contesto dominato da un eccesso di nullità virtuali, del correttivo di una *folgenorientierte*⁴⁴ onde consentire all'interprete di orientarsi per l'ipotesi dell'inefficacia ove questa realizzi, per il valore in gioco, una protezione simile a quella garantita dalla nullità. Si pensi, per fare un esempio concreto e non libresco, al notaio che riceva un atto contemplante una clausola nella quale figura una procura generale attributiva della facoltà di costituire un fondo patrimoniale senza però la previa designazione dei beneficiari né una predeterminazione dell'oggetto del fondo. Fattispecie che, in prima battuta, può ed è stata assimilata ad un mandato a donare: nulla, perciò, ai sensi dell'art. 778, 1 co., c.c. in quanto costitutiva della facoltà per il procuratore di predisporre un fondo patrimoniale, composto dai soli beni del rappresentato, ad esclusivo vantaggio di terzi⁴⁵; ma che, *in dubio*, intendendo l'art. 778, 1 co. come una disposizione riferita esclusivamente al mandato e non ad un atto unilaterale di tipo preparatorio quale la procura, potrebbe pure leggersi, in modo assai meno *tranchant*, come inefficace.

Di qui, allora, due rilievi d'insieme ed una prima conclusione.

Allorché c'è congruenza con lo scopo della norma violata⁴⁶, questo il primo rilievo, meglio una qualificazione in termini di inefficacia, per la quale notoriamente non si pone un problema di responsa-

bilità disciplinare⁴⁷, in luogo di una stringente (e straripante) nullità: che, non a caso, quando si fa questione di godimento vitalizio ex art. 540 c.c. torna ad imporsi se risulta che il testatore ha attribuito ad un terzo la casa familiare a titolo di assegno divisionale. E' vero infatti che l'art. 549 c.c., non compromettendo l'operatività degli artt. 733 e 734 c.c., riconosce il potere del testatore di formare le quote dei legittimari: se non fosse, come la migliore dottrina insegna⁴⁸, che l'art. 540, 2 co., è prescrittivo al riguardo di un limite cogente. Donde la nullità parziale (e di nuovo *relativa*) della divisione: quale, a differenza che nell'ipotesi pregressa, giusto rimedio⁴⁹.

D'altro canto, ecco il secondo rilievo, in un'ottica di interpretazione orientata sistematicamente, la nullità *a fortiori* sarà da escludersi recisamente ogni qual volta si profili una fattispecie documentante la violazione di una regola di comportamento. Ad una responsabilità disciplinare, per violazione della regola di buona fede oggettiva,⁵⁰ osta infatti la (pervasiva) circostanza che, per un principio di stretta legalità⁵¹, non sono configurabili delle nullità virtuali

47 In dottrina, in luogo di tanti, G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, n. 89, cit. p. 821 e, per la giurisprudenza, Cass. 11 giugno 2007, n. 13690, in *Riv. not.*, 2008, p. 635 ss.

48 Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit. p. 357. Ed è da credere, in ragione dei rilievi pregressi, che si tratterà di una nullità relativa.

49 V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011, I, p. 1 ss., spec. p. 8.

50 Sotto questo aspetto sorprende allora, a leggerlo nell'ottica di una ammessa nullità virtuale di protezione, il *decisum* di Cass. 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Mutuo*, n. 5, ove è stata dichiarata la nullità della clausola di rinuncia del mutuatario ad opporre, nei riguardi del mutuante, l'eccezione di mancata consegna del veicolo da parte del venditore, per contrarietà a buona fede. Il *decisum*, è vero, ricorda Cass. 11 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 ss. (ripresa a sua volta da Cass. 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 356 ss.) e, nella fattispecie decisa, il contratto era stato concluso per scrittura privata. Se fosse vero, però, che la nullità della clausola origina dal fatto che, siccome la somma mutuata potrebbe ripetersi dal venditore, «non [sussiste allora] alcun interesse del mutuante diverso da quello di favorire il venditore», ove la negoziazione avvenisse per atto pubblico ovvero per scrittura privata autenticata, va da sé che il notaio sarebbe chiamato a rispondere ex art. 28. Con tutto quello, la notazione è scontata, che ne consegue a svolgere un elementare ragionamento in termini di costi/benefici.

51 V., con persuasiva dimostrazione, G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione. (Variazioni sulla nullità)*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini S., Torino, 2009, p. 14 s.. Sia consentito anche il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1044 s.

43 Così N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 367 (pure per la citazione che segue).

44 V., per tutti, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss. e L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 91 ss.

45 Così App. Venezia, 3 aprile 2010, in *Notariato*, 2010, p. 591, in riforma di Co.Re.Di. Trentino -A.A. Friuli Venezia Giulia e Veneto, 19 gennaio 2009, *ibid.*, espressosi correttamente per l'inefficacia dell'atto.

46 D'altronde è lo stesso N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 367 a rilevare che il controllo di legalità dev'essere «verificato a posteriori con riferimento al modo in cui gli effetti di quell'atto hanno inciso su sfere di interesse che l'ordinamento non può non tutelare».



di protezione. Né totali né parziali. Ad argomentare in senso opposto, com'è stato fatto acutamente notare, si corre d'altronde il rischio di una nullità decretata senza rendersi conto «del costo che pronunce» di un certo tipo «arrecano al mondo economico»⁵².

E si arriva così alla prima conclusione, sintetizzabile in questo modo. In un contesto applicativo ove la nullità *pro parte* è sempre più ricorrente, non c'è -è vero- nessuna massima stereotipata che definisca il tipo di rapporto intercorrente tra gli artt. 28 (l. Not.) e 1419, 2 co., c.c.: ma, pur se spesso obliqui, i riferimenti ad una nullità assoluta quale sinonimo di atto proibito, con la parzialità degradata a fattore quantitativo (e non qualitativo) rilevante solo «ai fini della determinazione della sanzione»⁵³, rappresentano in realtà, al contrario di quanto è abituale credere⁵⁴, un *continuum* nel periodare dei nostri giudici, sia di legittimità che di merito. Sicché, pure sotto questo profilo, il *decisum* della Terza sezione non rappresenta un *quid novi*.

5. La responsabilità disciplinare del notaio nei casi di nullità parziale oggettiva. *Quid iuris* per la nullità assoluta sanabile?

Tornando alla narrativa della prima sentenza, se si sta al periodare della Terza sezione, l'illecito disciplinare del notaio è indipendente dalla griglia dei rimedi confezionati *ex lege* per conservare «l'atto a fini privatistici» in quanto la struttura di detto illecito si consuma istantaneamente. E di qui allora, con una motivazione ricalcante l'unico precedente specifico apparso sull'argomento⁵⁵, una responsabilità *ex art.* 28 giacché è col redigere una clausola nulla che l'infrazione disciplinare si consuma in maniera definitiva ed irreversibile.

Noto è l'apparato argomentativo che più abitualmente si oppone:

-l'art. 28 vieta di ricevere atti che siano proibiti nel loro complesso (e non *pro parte*)⁵⁶,

-quand'è questione di nullità parziale necessaria a legittimazione assoluta sono proibite delle clausole (non l'atto in sé) e, per di più,

-nelle fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., il sostituirsi automaticamente della clausola viziata con quella prescritta dalla legge, sortisce l'effetto di far apparire quel contratto valido sin dall'inizio. Di talché, siccome la clausola imposta figura nel contratto già nella sua cd. fase genetica, «non vi sarebbe motivo, per il notaio, di rifiutarne l'accoglimento»⁵⁷. Donde, per questo meccanismo di una integrazione che previene la nullità⁵⁸, nessuna responsabilità disciplinare.

Orbene, già si potrebbe discutere -e molto- sulla circostanza che il capoverso dell'art. 1419 c.c. formalizzi davvero una *inqualificazione* della clausola sostituita anziché, come più persuasivamente sembra, una nullità la quale, in ragione della sostituzione cogente, vien poi a derogare alla disciplina ordinaria sul propagandarsi al tutto del vizio⁵⁹. Anche ad ammettere però che il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, 2 co., c.c. rimandi ad un fenomeno di «irrelevanza, come fatto storico, delle clausole» contemplanti una vicenda effettuale difforme (da) o contraria (a) quella prevista da una norma cogente⁶⁰, resta il fatto che un periodare così articolato sconta il limite di non neutralizzare l'assunto principale dei giudici di legittimità: per i quali, gio-

te contenga clausole nulle, ancorché in minima parte alcune di esse siano valide».

57 V. M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit. (la clausola nulla «ed imperativamente sostituita non va riguardata alla stessa stregua di una clausola del tutto priva di effetti»). Sebbene poi questo stesso a. reputi il rilievo non «incontrovertibile».

58 Secondo la classica ricostruzione suggerita da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53 e, seppure con argomenti *pro parte* differenti, da P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 156. Di recente v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 869.

59 Di clausola inqualificata discorrono G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970, p. 338 e, successivamente, *per extenso*, M. NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975, p. 136. Per un più convincente inquadramento del fenomeno nell'area della nullità v., in luogo di tanti, B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 157; G. PATTI-S. PATTI, *sub art.* 1339, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, p. 267 ss. e le belle pagine di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007, p. 5 e p. 53 s.

60 Il rilievo si legge in R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica*, a cura di F. Vassalli e G. Visintini, Milano, 1980, p. 291. *Contra* M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 509.

52 COSÌ P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, cit. p. 26.

53 V. già Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, *loc. cit.* Nello stesso senso G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 849.

54 V. A. FUSARO, *Clausola compromissoria "statutaria" e responsabilità notarile*, p. 8 (del manoscritto). Non dissimile il ragionamento di S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, p. 686 ss.

55 Cioè la già citata Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, *Ma v. pure*, con una motivazione analoga, Trib. Torino, 6 ottobre 2006, cit.

56 Sebbene, come osserva M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit., se così fosse, dovrebbe riconoscersi che può riceversi un contratto «che per la gran par-



va sottolinearlo, la *ratio* dell'art. 28 non risiede nella tutela di un *interesse privato*, essendo piuttosto funzionalmente organica alla professione esercitata. E se non è un problema di garantire la validità dell'atto, dovendosi invece assicurare il *superiore interesse pubblico* ad un esercizio il più corretto possibile dell'attività notarile, diviene poi consequenziale ammettere che il conservarsi del negozio, per effetto dell'integrazione correttiva di cui all'art. 1419, 2 co., non può mondare il fatto 'comportamento lesivo' del notaio: per il quale, se il dovere è quello di ricevere atti conformi all'astratto schema tipico, prescritto *ex lege* a pena di nullità, neanche può avere evidentemente un senso distinguere tra norme ordinarie (con annesso onere) e norme proibitive⁶¹. Il tutto di là dal configurare, nel caso di specie, una responsabilità *contrattuale* del notaio per gli eventuali danni cagionati ai soci ignari.

Già, se non fosse -verrebbe da dire- che un ragionamento siffatto, corroborando oltremodo quella funzione punitiva dell'art. 28 che prima si è inteso rigettare, si presta persino, sebbene i giudici non lo sentenzino, ad avallare una responsabilità del notaio che provveda a confezionare *clausole ambigue*: nel senso di clausole suscettibili di una pluralità di significati, uno dei quali apprezzabile in termini di nullità.

Dopo di che però, con una nullità declassata al rango di circostanza da vagliare ai fini della sanzione da irrogarsi al notaio, il problema divien per certo quello di appurare se mai può esservi una compatibilità tra questo modo di intendere l'attività notarile, trasmutata di nuovo in rigida garanzia di legalità, ed un art. 28 declinato invece come necessaria appendice delle sole ipotesi di nullità assoluta. Che siano poi sostanziali o formali, al servizio di un scopo proprio «dello Stato Comunità o all'opposto dello Stato amministrazione»⁶².

Se infatti la correzione eterointegrativa del contratto presuppone il compimento di un illecito disciplinare «sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva» l'una o l'altra forma di recupero (della nullità) coniata *ex lege*, allora bisognerà riconoscere che una questione di responsabilità del notaio rogante deve ammettersi sia per le fattispecie, rilevabili d'ufficio, di *nullità protettiva convalidabile* sia per quelle di *nullità assoluta confermabile*. Per le prime, a motivo del fatto che, secondo il periodo dei giudici comunitari, il diritto di interpellare riconosciuto al consumatore funge da contrappunto

ad una disapplicazione inoperante, non a caso, ove il consumatore, reso edotto della nullità, opponga che non intende eccepire la natura abusiva della clausola. Da cui la convalida giudiziale di una clausola nata come nulla che però, a seguire il ragionamento della terza sezione, dovrebbe annoverarsi tra i rimedi legali inidonei ad esperire un'efficacia ablativa della punibilità, salvo -ovviamente- il ricorrere di una prescrizione testuale nell'escludere che il ricevimento di un atto nullo convalidabile costituisca violazione dell'art. 28. Quel tipo di prescrizione, giova evidenziarlo, che infatti non manca -v. art. 47, 1 co. t. un. edil.- per le fattispecie nominate di confermabilità *formale*, anche ad opera di una sola delle parti o dei suoi aventi causa, documentate dagli artt. 30, 4 co-*bis* e 46, 4 co. t. u. edil.⁶³: ma di cui, invece, non è dato trovare traccia, anche ad ammettere che il legislatore le tratti alla stregua di tre forme di nullità (totale) sanabile⁶⁴, nella trama rispettivamente

-dell'art. 2, 1 co. del d. lgs. n. 122 del 2005 (per il mancato rilascio all'acquirente di una fideiussione di importo corrispondente alle somme che il costruttore ha riscosso o riscuoterà prima del trasferimento della proprietà),

-nell'ordito dell'(abrogato) art. 3, 13 co.-*ter* della l. n. 165 del 1990 (per l'omessa dichiarazione dell'a-

63 Ed infatti entro questi limiti, per effetto di un plausibile argomento *a contrario*, è Cass. 14 febbraio 2008, n. 3526, cit.

64 Sebbene l'art. 6, 1 co., lett. g, d. lgs 122/2005, diversamente dall'art. 72-*bis*, 3 co., c. cons., non commini testualmente la nullità, è da credere infatti che sia nullo il contratto preliminare carente degli estremi della fideiussione rilasciata ai sensi dell'art. 2. E pur tuttavia, se la garanzia documentalmente omessa è stata rilasciata, perché mai si dovrebbe ammettere che il promissario acquirente possa slealmente esercitare, per il tramite di una pretestuosa *exceptio nullitatis*, uno *ius se poenitendi contra* o *praeter legem*? Ed ancora: siccome non v'è alcuna illiceità sostanziale, ma solo un vizio documentale, su quali argomenti si può coonestare l'idea di una preclusione all'operare d'una conferma successiva, modellata sullo schema dell'integrazione formale di cui all'art. 46, 4 co., d. p. r. 380/2001? Almeno per chi crede che, nel sistema vigente, la nullità mostri la doppia veste di tecnica ancillare all'essere del contratto come atto e di strumento congeniale allo svolgersi di questo nella veste di «rimedio di regolamento, quale mezzo tecnico cioè di gestione e controllo [dell'operazione economica]» (così V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in in *Riv. dir. civ.* 2006, I, p. 244 s. che iscrive il fenomeno in una «prospettiva di *oltrepassamento* della teorica della fattispecie» (corsivo nel testo). Di «intrinseca flessibilità delle nuove nullità formali» parla U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 720. V. poi S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, *passim*.

61 Per questa classica bipartizione v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², rist. Napoli, 1994, p. 116 s. e S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 116.

62 Così Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, cit. che affronta *ex professo* la questione di una possibile *summa divisio* tra norme imperative e norme ordinarie.



liante di aver ottemperato agli obblighi fiscali)⁶⁵ e, per finire,

-nel corpo dell'art. 10, 1 co., l. 353/2000 (quanto all'obbligo di richiamare la destinazione preesistente negli atti di compravendita di aree ed immobili situati nelle zone incendiate, stipulati nel quindicennio successivo all'evento causativo dell'incendio)⁶⁶. Senza che il dato, all'evidenza, suoni sorprendente.

Se infatti l'idea portante è che la *ratio* dell'art. 28 postuli indefettibilmente una contrarietà (alla legge) operante sul piano del divieto, ha innegabilmente più di un senso riconoscere che le tre figure citate in realtà congegnano una vicenda -la confermabilità o l'integrabilità dell'atto- rispetto alla quale si può ben dire che, per mano del notaio, si consuma la violazione di norme proibitive⁶⁷. Del resto, come si è avuto modo di statuire⁶⁸, la circostanza che gli

eredi possano confermarla o darvi volontaria esecuzione ai sensi dell'art. 799 c.c., è disciplinarmente ininfluenza per il notaio che abbia ricevuto una donazione nulla, in quanto stipulata dal donante a mezzo di procuratore, in violazione dell'art. 778 c.c. E lo stesso vale per l'atto di scissione, che determini il trasferimento di diritti reali su alcuni terreni, privo delle allegazioni prescritte dalla normativa edilizia, dopo che sia stato iscritto nel registro delle imprese: se è vero che, ferma restando la responsabilità disciplinare del notaio, l'invalidità della scissione non può più essere pronunziata (artt. 2504-*quater* e 2506-*quater* c.c.)⁶⁹.

Quid iuris allora? C'è indiscutibilmente del vero nell'evidenziare che, se il legislatore contempla una forma di sanatoria volontaria dell'atto nullo, è poi poco plausibile pensare ad una responsabilità disciplinare del notaio incentrata su quello stesso giudizio di disvalore di cui le parti possono invece disporre.⁷⁰ Ma allora, di nuovo, delle due l'una: o si rimette casisticamente la questione all'interprete o si identificano gli 'atti proibiti dalla legge' con quelli illeciti, in quanto contrari a norme imperative proibitive⁷¹, con esclusione perciò degli atti nulli per difetto strutturale o di forma (giacchè non sono illeciti), onde così suffragare l'assunto escludente una responsabilità del notaio che sia disgiunta da una confermabilità (o convalidabilità) dell'atto, notoriamente irrecuperabile se provvisto di causa od oggetto illeciti (artt. 2126 e 1972, 2 co., c.c.). L'alternativa, si diceva, è ricostruire il giudizio di legalità dell'art. 28 nei termini di un sindacato che legge il divieto in termini relativi, escludendo cioè la sanzione allorché l'interesse finale, protetto dalla norma violata, risulta comunque soddisfatto (o, almeno, non pretermesso)⁷². Dunque, verrebbe da dire, in termini di riduzione teleologica o di interpretazione restrittiva

65 *Contra*, per altro, Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, cit., in forza dell'assunto, per la verità controvertibile, che la chiusa dell'art. 1423 configuri «un'ipotesi normativa eccezionale», rispetto alla regola generale dell'inconvalidabilità, per la quale «non è possibile l'interpretazione analogica». Per una rilettura della chiusa eccezionale dell'art. 1423 c.c., nel senso che è dato riscontrarvi una riserva di legge, ma non una espressa in quanto l'inciso *-se la legge non dispone diversamente-* lungi dal significare che occorra un'espressa previsione di convalida, deve spiegarsi come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo (o dallo scopo) della previsione *risulti altrimenti*, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit. p. 200 ss.

66 Per una illustrazione di questa disciplina v. F. PARENTE, *Incendi boschivi e vincoli legali ai poteri di contrattazione e di utilizzazione dell'area*, in *Riv. not.*, 2010, p. 941 ss. Sulla confermabilità ai sensi della l. 31 luglio 2010, n. 122, v. invece M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel D.L. 31 Maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 Luglio 2010, n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. Not.*, 2011, I, P. 335 SS.

67 Se è vero che l'art. 28 «configura la responsabilità disciplinare del notaio con riferimento ad una condotta sua propria», la quale, «una volta realizzata», va indenne dalla possibile «rilevanza retroattiva [di] comportamenti altrui, futuri ed eventuali»: così, non a caso, Cass. 12 gennaio 2001, n. 383, in *Vita not.*, 2001, p. 949, relativa alla violazione dell'allora art. 2476, 2 co. -ora 2464, 5 co.-, prescrivente, a pena di nullità, il versamento dell'intero capitale sociale all'atto della costituzione di società unipersonali. Una nullità che, essendo stata rifiutata l'omologazione, era stata emendata, modificando l'atto, con il versamento integrale del capitale sociale. Nello stesso senso Trib. Pesaro, 23 maggio 2002, in *Vita not.*, 2002, p. 1342 (per l'atto costitutivo di una s.p.a. con un unico socio). In dottrina v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 96 ss.

68 V. Co. Re. Di. Toscana, 19 maggio 2008, in *Notariato*, 2010, p. 591 e Co. Re. Di. Toscana, 27 novembre 2010, *ivi*, 2011, p. 220. V. anche Cass. 1 febbraio 2010, n. 2234, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 842 ss. (fattispecie nella quale due soggetti avevano donato a se stessi, agendo in nome e per

conto del donante, sulla base di un mandato nullo ex art. 778).

69 Ma per una fattispecie in cui è stata decretata la nullità parziale, v. Trib. Firenze, 7 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 461 ss., con nota di P. LUCARELLI, *Nullità parziale della fusione*.

70 Lo sostiene, tra gli altri, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, studio 106-2009/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, p. 975 ss.

71 Mostra di prediligere questa interpretazione A. GENTILI, *Atti notarili 'proibiti' e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 274 ss.

72 Si pensi, volendo esemplificare, al caso in cui l'eventuale azione di nullità, con annessa responsabilità disciplinare ex art. 28, per omesso rilascio della garanzia fideiussoria, sia promossa dall'acquirente dopo l'acquisto della proprietà. E si consideri pure l'ipotesi del rilascio della fideiussione *in itinere*.



della norma imperativa disapplicata. *Tertium*, in ogni caso, *non datur*.

5.1. Segue: l'art. 1419, 2 co. in un trittico di casi.

E per la nullità parziale oggettiva? Ebbene, nonostante il contrario avviso di una parte della dottrina, l'impressione è che debbano tenersi ben distinte tre fattispecie.

Ove infatti -prima ipotesi- la nullità parziale si mostri testualmente evidente ed assoluta, non sembra che residuino margini per immaginare che il combinato disposto degli artt. 2236 e 1176, 2 co. c.c. possa funzionare da esimente, almeno senza vulnerare la funzione di pubblica fede del ministero notarile. Si pensi ad una clausola che contempli un divieto convenzionale di concorrenza, per l'amministratore di una società per azioni, di durata superiore a cinque anni (art. 2596, 2 co., c.c.) oppure, continuando nell'esemplificazione, si potrebbe immaginare l'ipotesi della clausola risolutiva espressa, figurante in un contratto di credito fondiario, in forza della quale la banca sia ammessa a risolvere il mutuo ai sensi dell'art. 1456 c.c., quand'anche il mutuatario abbia omesso di versare una sola rata. Nulla la clausola, *non il contratto*, per evidente violazione di quell'art. 40, comma 2, T.U.B., che inderogabilmente deroga, a tutela del mutuatario inadempiente, alla disciplina generale sulla risolvibilità del contratto in caso di ritardo o di mancato pagamento⁷³. E, sempre in quest'ottica, qualche utile spunto può venire pure da quel *dictum* della Cassazione che, seppur a titolo di *obiter*, ha mostrato di voler intendere l'art. 1938 alla stregua di una norma imperativa di ordine pubblico, col risultato che sarebbe perciò nulla la clausola del contratto di garanzia atipica sprovvista dell'indicazione di un importo massimo garantito⁷⁴. A pensare infatti che l'art. 1938 rilevi come una norma imperativa transtipica, si avrà ch'essa troverà applicazione, in quanto norma materiale, direttamente e non per via analogica, in tutta la variegata classe delle garanzie autonome.

⁷³ Che, nell'economia della disposizione, rileva infatti solo quando il ritardato pagamento «si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive»: v., poi, nel senso del testo, Trib. Salerno, 4 febbraio 2011, inedit.

⁷⁴ Così Cass. 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 663 ss., con nota di P. E. Corrias. Ma v. anche, giacché indirettamente corrobora il ragionamento sopra svolto, Cass. 4 marzo 2009, n. 5044, ivi, 2011, II, p. 287 ss., secondo la quale deve escludersi che la nullità della clausola contemplante la pattuizione di interessi ultralegali si comunichi all'intero contratto visto che, eccezion fatta per l'ipotesi degli interessi usurari, «non è contraria all'ordinamento».

Se poi -seconda ipotesi- la nullità espressa, seppur relativa ma rilevabile *ex officio*⁷⁵, si sostanzia non in una *sostituzione* bensì in una *riduzione* del contenuto pattizio difforme (es. artt. 120-ter, 1 co., 120-quater, 6 co., 125-bis, 6 co. t. un. bancario e 1354, 2 co., c.c.)⁷⁶, manca in realtà persino il presupposto per asserire che il contratto nasce valido. E, si prenda nota, nel caso di cui agli artt. artt. 120-ter, 1 co., 120-quater, 6 co. neanche può essere d'ostacolo (alla responsabilità) la circostanza che il mutuatario o il debitore, obbligati a versare un compenso *seu* una penale ovvero un altro genere di indennità, siano degli imprenditori. Entrambe le disposizioni richiamate proteggono, invero, il mutuatario o il debitore *tout court*, con semmai la variante per l'art. 120-ter, 1 co. che si tratti di una persona fisica: il che poi origina la peculiarità, sulla quale ci sarebbe da riflettere, di una validità -delle clausole penali ancillari ad un mutuo contratto inizialmente da una *società*- che si converte in *nullità sopravvenuta* a seguito dell'accollo ad opera di una persona fisica che negozi per gli scopi normativamente prescritti dall'art. 120-ter, 1 co.⁷⁷.

Diverso infine, terza ipotesi, è il caso del notaio che, appurato il ricorrere di clausole affette da nullità parziale necessaria, constati la ferma intenzione del cliente (o del consumatore) di stipulare, ciò nondimeno, il contratto. E' vero che l'ipotizzare un rifiuto del notaio di ricevere *questo* contratto avreb-

⁷⁵ Di talché errano coloro che -da ultimo C. RADICE, *Estinzione anticipata del mutuo e clausole sulle prestazioni del mutuatario*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Padova, 2009, p. 153 s. e Co. Re. Di. Calabria, 8 marzo 2010, in *Notariato*, cit. p. 219 s.- dall'essere la nullità relativa, «secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità», escludono la responsabilità del notaio. La giurisprudenza della Cassazione, come poc'anzi osservato, distingue, infatti, le nullità in merito alla rilevanza: e poi l'attuale formulazione dell'art. 127, 2 co.- «le nullità operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice»- spazza via ogni equivoco. Anche quelli che aveva ritenuto di formulare S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. pp. 987 - 989.

⁷⁶ Sulla distinzione tra le due vicende si rinvia a A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 196 ss. Per una rassegna ragionata P. DUVIA, *La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, 2 co.*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 789 ss.

⁷⁷ E, per la verità, un problema di cd. nullità sopravvenuta si pone anche per le clausole compromissorie confezionate prima del d. lgs. n. 5 del 2003 e non adeguate nei tempi e nei modi previsti dall'art. 41. Problematica sulla quale si rinvia, sebbene l'apparato argomentativo non convinca sempre a pieno, a V. CORRIERO, *La nullità sopravvenuta della clausola compromissoria tra interpretazione letterale e sistematica*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 358 s.



be l'effetto di convertire in totale una nullità parziale, col risultato per di più di spogliare la parte del suo «interesse primario alla ... conclusione»⁷⁸. Epperò, intanto un contratto parzialmente nullo non è meno riprovevole di uno viziato *in toto*, ipotizzare una ricevibilità dell'atto così confezionato fa d'altronde pensare ad una repressione virtuale dell'abuso, accrescendo molto il tasso di litigiosità, senza trascurare, di là dai problemi connessi al reale accertamento di una volontà genuinamente adesiva del cliente⁷⁹, che spesso talune clausole -v. art. 71, 1 co., allegati sub ll. a, b, c, d c. cons.- sono testualmente imposte e valgono in termini di contenuto minimo prescritto. In soccorso dell'interprete neanche potrebbe venire, d'altra parte, una prospettiva che scambii la ferma acquiescenza del consumatore con una coeva forma di convalida ex art. 1423 (e non, com'è frequente trovar scritto, ai sensi dell'art. 1444 c.c.)⁸⁰. Pure ad ammettere infatti, come per la verità si è inclini a credere, che l'art. 143, 1 co., c. cons. non precluda al consumatore di rinunciare o disporre dei propri diritti, è indubbio che queste forme di rinuncia valgono se posteriori alla stipula dell'atto, non quando antecedenti o contestuali alla conclusione⁸¹.

6. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 1 co. ed il caso della *severability clause* nei contratti tra professionisti.

C'è -altra notazione- una responsabilità del notaio allorché si profili una nullità parziale ex art. 1419, 1 co. c. c. ? La dottrina prevalente è incline a riconoscerla giacché, questo è quanto si osserva⁸², il *favor* del legislatore verso la conservazione del contratto, mandato della clausola nulla, non può costituire un convincente motivo di esonero per il notaio laddove faccia difetto un preminente interesse *ex lege* di necessaria parzialità a tutela del consumato-

78 È l'avviso di S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 990.

79 Che dimidia, comunque, la «funzione promozionale» del notaio: così G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie, A margine dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 814.

80 V., ampiamente, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 10 e p. 39.

81 Sicché, ad es., sarebbe nullo -ed irricevibile- il patto col quale costruttore ed acquirente convenissero di escludere l'obbligo di rilascio della fideiussione.

82 V., specialmente, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 991 s. ma spunti anche in M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

re o del cliente. Né, in effetti, avrebbe molto più senso osservare che, per giurisprudenza consolidata⁸³, la nullità totale, per vizio di singole clausole, costituisce un'eccezione per di più non rilevabile d'ufficio. Se infatti il tratto tipico dell'attività notarile è la «funzione antiprocessuale»⁸⁴, rogare un contratto, che le parti non avrebbero stipulato senza quella parte del suo contenuto sospetta sin dall'inizio di nullità, mina evidentemente quella «certezza dei rapporti giuridici» alla cui tutela l'agire del notaio è costitutivamente servente. E l'ipotesi di una nullità virtuale, che non sia manifesta *seu* inequivoca, potrebbe così costituire l'unica eccezione plausibile ad una irricevibilità dell'atto altrimenti stringente.

Tutto vero, ma con un'obiezione a fare da contrappunto, potendosi invero opporre che il notaio potrebbe trovarsi a ricevere un atto, *tra professionisti*, nel quale figurino una *severability clause*⁸⁵, con l'annessa così parzialità della nullità per il caducarsi di una qualsiasi clausola del regolamento contrattuale. La critica solitamente opposta, incentrata sulla dubbia validità di ogni *salvatorious clause* nella misura in cui scinde il giudizio di essenzialità della clausola da una valutazione in termini di equilibrio causale e, a cascata, di buona fede del regolamento contrattuale⁸⁶, non sembra infatti del tutto pertinente: almeno se si pone mente al fatto che, non potendo la nullità totale rilevarsi d'ufficio⁸⁷, ove le parti

83 V., principalmente, Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 252 ss; Cass., 27 febbraio 2003, n. 1189, in *Contratti*, 2003, p. 682; Cass., 5 maggio 2003, n. 6756, *ivi.*, 2003, p. 998; Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 467 e Cass., 27 febbraio 2008, n. 5203, *ivi.*, 2008, *Professioni intellettuali*, n. 99 (fattispecie nella quale si è ritenuto che la prestazione fosse stata convenuta come eseguibile collegialmente ed indivisibilmente dal collegio di professionisti incaricato di redigere il progetto di una costruzione civile). In dottrina rimane essenziale lo scritto di V. ROPPO, *Poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 1106 s.

84 Così, nel segno di una consolidata dottrina, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 992 e M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit. (ivi il riferimento ad una «azione cautelativa»). Da ultimo v. G. CASU - G. SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, p. 154.

85 Per le quali v. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 59; ID., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 270.

86 E' l'avviso di V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 866.

87 Naturalmente, ove abbia constatato l'essenzialità della clausola denunziata, il giudice avrà il potere di provocare il contraddittorio delle parti ex art. 183, 4° co., c.p.c. sulla questione di una (possibile) caducazione integrale del contratto. Ma il fatto è che la lettera dell'art. 1419, 1° co., c.c. salvo che di rimando non venga proposta domanda di



di un cd. contratto alieno abbiano consapevolmente voluto circoscrivere gli effetti dell'eventuale nullità di una singola clausola, plausibilmente non faranno poi valere in giudizio l'estensione all'intero contratto del vizio inficiante *pro parte* l'autoregolamento d'interessi.

Insomma, vero che la *severability clause* si presenta come una clausola a rischio di nullità in quanto confezionata in sospetta violazione di una norma imperativa dell'ordinamento (art. 1419, 1 co. c.c.): ma, accantonata la logica liberalizzante di una volontà ipotetica⁸⁸, la circostanza che le parti, nei limiti della liceità, abbiano inteso definire un'essenzialità convenzionale non può non indurre a pensare che «qui la funzione del notaio, quale pubblico ufficiale», sia da intendere in ragione di quello stesso interesse *negativo*⁸⁹ che i contraenti hanno inteso documentare per iscritto. Che significa, in luogo dell'irricevibilità, obbligo per il notaio, sanzionabile a norma dell'art. 136 l. not., di avvertire le parti dell'esistenza del vizio, rendendole edotte dei loro diritti. Con annessa, poi, responsabilità civile dello stesso ove il suddetto scambio dialogico con le parti venga invece a mancare⁹⁰.

accertamento incidentale di una nullità totale, non formalizza alcuna deroga al principio dispositivo: e, come si fa notare, in caso di nullità totale, il «*petitum* dell'azione dichiarativa [è] diverso e più ampio» (così C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 981).

⁸⁸ E, quindi, di un giudizio di essenzialità condotto sulla scorta di parametri rigorosamente soggettivi: così, specialmente, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*, Milano, 1959, p. 232.

⁸⁹ Sono le parti stesse infatti ad aver escluso di voler ricorrere in giudizio a causa di un vizio parziale del contratto. Sicché, se hanno inteso predisporre una oggettiva scindibilità delle singole clausole, si deve assumere che ricorra non una *voluntas hypothetica* presunta *iuris tantum* bensì una reale volontà contrattuale incondizionata. Né, verrebbe da chiosare, va sottaciuta la circostanza che, se una delle parti muta in itinere l'originario, è assai probabile che verrà negoziato, onde avviare allo squilibrio, un'offerta di riequilibrio, ad opera della parte avvantaggiata, ricalcata sullo schema degli artt. 1432, 1450 e 1467, 3 co. c.c. V., pur se con qualche dubbio, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 868. Insomma, non sono clausole escludenti l'operare dell'art. 1419, 2 co., bensì pattuizioni che evitano «le incertezze del giudizio di scindibilità...»: così, acutamente, G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, ora in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit. p. 95.

⁹⁰ Un appiglio si può trovare -v. *infra* Postilla- in Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, cit. laddove si legge - § 5. 1 della motivazione- che, quanto all'opzione interpretativa personale, questa rileva «ai fini del rapporto professionale con il cliente»: il quale, «dell'opinabilità della ... ricostruzione e della ... scelta», dev'essere avvisato.

In questa prospettiva, anche la distinzione, assai fine ma fortemente discussa⁹¹, tra *atto disapprovato*, in quanto confezionato in violazione di un divieto, ed *atto rifiutato*, per il quale è solo questione di autorevolezza delle parti, potrebbe riacquistare un preciso significato, se è vero che un'interpretazione troppo rigorosa dell'art. 28 può sortire l'effetto di innescare un «inevitabile isterilirsi della prassi»⁹², specie con riferimento a contratti tendenzialmente autosufficienti, corredati di rimedi invalidanti spurii, «fortemente inclinat[i]... a protezione degli interessi di parte»⁹³. E l'art. 27 l. not., giova rammentarlo⁹⁴, contempla un dovere di rogare l'atto rispetto al quale il successivo art. 28 si pone come un'eccezione da intendersi restrittivamente.

7. Lo *ius novum* della Cassazione ed il problema della nullità testuale equivoca: per una responsabilità del notaio nei casi di annullabilità incerta?

L'ultima notazione, la più intrigante, riguarda il modo in cui ha più senso leggere il sintagma nullità inequivoca, coniato dal *leading case* del 1997⁹⁵: che, in entrambi i *dicta*, funge da limite all'irricevi-

⁹¹ L'allusione, va da sé, è al saggio di N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 1996, p. 47 ss. Una panoramica delle numerose -e talora aspre- critiche rivolte a questa interpretazione - di un notaio 'custode della parola' e garante della 'legalità linguistica' - si legge diffusamente in G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 821 ss.

⁹² L'interessante notazione è di A. FUSARO, *La responsabilità del notaio*, in G. Visintini (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale, II, I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, p. 591 ss. e v., in special modo, R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in *Diritto civile tra principi e regole, I*, Milano, 2008, p. 607 ss. e soprattutto p. 612.

⁹³ Così, significativamente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 868.

⁹⁴ Di un «notaio stretto tra il dovere di rogare dell'art. 27 e il dovere-diritto di rifiutare dell'art. 28» discorre A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema delle invalidità*, cit. p. 265.

⁹⁵ Secondo cui «è sufficiente che la nullità», da reputarsi comunque 'espressa' se si combina la singola norma imperativa violata e l'art. 1418, 1 co., «risulti in modo inequivoco». Anche se, forse, sarebbe più corretto parlare di un sintagma ripreso: se è vero che di una nullità così strutturata già si discorre in App. Catanzaro, 24 novembre 1953, in *Foro pad.*, 1954, I, c. 526 s., mentre per App. Napoli, 30 gennaio 1958, in *Foro nap.*, 1958, p. 175, il contrasto giurisprudenziale poteva solo rilevare alla stregua di una circostanza attenuante. Un richiamo all'interpretazione dottrinale si legge pure in Trib. Reggio Emilia, 14 novembre 1980, in *Riv. not.*, 1981, p. 193.



bilità dell'atto. E, va detto, in prima battuta sembra più convincente il periodare della sesta sezione, non foss'altro per il fatto che il vivace contrasto giurisprudenziale, sull'intendere l'arbitrato endosocietario come esclusivo o concorrente con quello di diritto comune (art. 806 e ss. c.p.c.)⁹⁶, pare davvero costituire la rappresentazione emblematica di cosa integra quel dubbio interpretativo che, per i giudici di legittimità, vale da esimente per il notaio. Vero infatti che, *sub specie naturae*, non è dato registrare una differenza qualitativa tra norme imperative perfette ed imperfette. Epperò, per quanto qui la legge non disponga diversamente, è esatto che non può bastare una *littera legis* controversa a trasmutare in univoco *seu* indiscutibile quel che i *savants* reputano controverso⁹⁷.

Questione allora, almeno «per chi crede nel diritto vivente più che [in quello] vigente»⁹⁸, archiviata? Non proprio e, in ogni caso, non in modo esauriente. Problematica infatti, sebbene si tratti di una

formula sperimentata⁹⁹, resta la nozione stessa di nullità inequivoca dottrinale, quale *tertium genus* sospeso tra la nullità testuale e quella virtuale. E non solo perché, come già si è fatto notare¹⁰⁰, trattasi di un sintagma talmente duttile ed insidioso da rendere incerto sia capire quand'è che un orientamento dottrinale può dirsi consolidato sia comprendere se abbia davvero un senso, visto che *tempus regit actum*, legare la responsabilità disciplinare del notaio ad un fattore mutevole come il formarsi di un'opinione dottrinale incontrastata. Che, al momento del rogito, potrebbe non esserci più, complice l'esistenza di contrasti giurisprudenziali, per ricomparire poi in un momento successivo. Quesiti che neanche il rinvio, mai viceversa apparso nei *dicta* precedenti, ad un «giudizio di valore condiviso»¹⁰¹, per ciò stesso dottrinale e giurisprudenziale, riesce davvero a risolvere. Senza contare che potrebbe manifestarsi pure l'ipotesi di un acceso contrasto tra l'opinione consolidata della dottrina ed il contrario avviso costante della giurisprudenza. Si pensi, per fare soltanto due esempi, al contratto di trasferimento, a titolo oneroso, del possesso di terreni gravati da un uso civico di natura demaniale: nullo, stando all'opinione della Cassazione, per impossibilità dell'oggetto¹⁰², ma valido, in quanto

96 Esempificato, nella prospettiva di un'ammissibilità del cd. doppio binario, da Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2006, p. 500; Trib. Bologna, 9 febbraio 2006, n. 344, in *Il merito*, 2007, p. 34; Trib. Bari, 5 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 1329; App. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2237 ss. ed App. Genova, 25 febbraio 2010, in *Notariato*, 2011, p. 219 nonché Trib. Prato, 15 giugno 2010, in *Soc.*, 2010, p. 1504 ss. ed in dottrina, *inter alios*, da G. DE NOVA, *Controversie societarie. Arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, p. 847; A. ZOPPINI, *I diritti disponibili relativi al rapporto sociale nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1173 ss.; S. RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 771 ss. e T. GALLETTO, *Linee evolutive dell'arbitrato societario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 489. *Contra*, in special modo, Trib. Torino, 6 ottobre 2006, cit., Trib. Torino, 29 aprile 2008 (ined.), App. Bologna, 4 gennaio 2010, cit.; App. Bologna, 6 marzo 2009, in *Notariato*, 2010, p. 474 (che ragiona in termini di specialità della nuova disciplina e, nell'ipotesi di una società di capitali, prospetta persino una responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 138-bis l. nt., giustificata «in ragione della funzione di controllo di legalità... che [costui] è ora chiamato a svolgere sugli atti delle società di capitali da iscrivere nel Registro delle imprese») e Trib. Parma, 11 aprile 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1004 ss. Ma soprattutto -v. *amplius Postilla-* è per Cass. 20 luglio 2011, n. 15892 cit. che il disposto dell'art. 34 è da intendere come «prescrittivo di una forma necessaria ed esclusiva di clausola compromissoria nell'ambito societario indicato dalla norma stessa».

97 Il francesismo, calzante nel rendere l'idea di una dottrina che conia regole operative in funzione *lato sensu* nomofilattica, si legge in A. DI MAJO, *La nullità*, ne *Il contratto in generale*, T. VII, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2002, p. 140 ss.

98 Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 292.

99 Che ricorre, in un modo fin troppo assertivo, pure in Cass. 21 gennaio 2000, n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153 ss. e nell'interessante Cass. 6 luglio 2006, n. 15351, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 432, dove si potevano nutrire non pochi dubbi sull'inequivocità della prescrizione imperativa imperfetta figurante nell'allora vigente art. 2 della legge 1815/1939 (quanto al divieto di costituire una s.r.l. avente ad oggetto l'esercizio di attività riservata ai consulenti del lavoro). In dottrina una valutazione positiva della formula si incontra in E. BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, in *Notariato*, 1998, p. 12 e, prima ancora, in Trib. Vercelli, 21 aprile 1997, in *Riv. not.*, 1997, p. 1221, con nota di G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*.

100 V., in special modo, P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, cit. p. 26 e P. ZANELLI, *La nullità 'inequivoca'*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1253 ss.

101 Così, a margine del precedente orientamento, A. DI MAJO, *La nullità 'non equivoca'*, nota ad App. Milano, 5 febbraio 1999, n. 329, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1164. e, in termini consimili, T. GAETA, *Riassetto della invalidità negoziale e controlli notarili*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, cit. p. 368 s.

102 V., in special modo, Cass. 13 ottobre 2010, n. 21168, inedita; Cass. 28 settembre 2005, n. 18787, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Agricoltura*, n. 141; Cass. 14 aprile 1999, n. 3670, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2561 ss.; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Corr. giur.*, 1997, p. 315; Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Contratti*, 1997, p. 468 ss. nonché Cass. 17 gennaio 1994, n. 363, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1059 ss. V. pure Co. Re. Di. Lazio, 9 settembre 2008, in *Notariato*, 2010, p. 334. In dottrina, per una panoramica d'insieme, F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 149 ss.



promessa traslativa atipica, per una parte della dottrina. Oppure, prima che l'art. 41 *sexies*, 2 co., l. n. 1150/1942 innesca un fenomeno di validità sopravvenuta, alla vendita di unità immobiliari separata da quella degli spazi di parcheggio: che la giurisprudenza tutta ma assai meno la dottrina, col medio di una norma imperativa virtuale, assoggettava al combinato disposto degli artt. 1374 e 1419, 2 co., con l'attribuzione *ex lege* ai proprietari condomini di un diritto reale d'uso (sull'area di parcheggio) condizionato al versamento di un'integrazione del prezzo¹⁰³.

Ciò che di più sorprende però è il modo, del tutto diverso dal passato, con cui la sesta sezione declina la nozione di nullità inequivoca: conia, è bene rammentarlo, per meglio raccordare l'avverbio *esspressamente* (dell'art. 28) con i casi in cui la sanzione della nullità (dell'atto) derivi solo dal disposto dell'art. 1418, 1 co. Un'inequivocità, quindi, come fattore idoneo a selezionare, nel *genus* delle nullità virtuali, la *species* di quelle inesprese ma univoche, valutate per ciò stesso motivo di irricevibilità dell'atto.

Ebbene, l'art. 34, 2 co. del d. lgs. n. 5 del 2003 non appartiene al novero delle norme imperative imperfette in quanto la nullità della clausola, che non conferisca «il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società», è comminata testualmente. Donde una nullità ai sensi dell'art. 1418, 3 co. e non in virtù del primo. Ciò però comporta che, nell'argomentare della sesta sezione, la nozione di nullità inequivoca non vale più *soltanto* ad ampliare il raggio di operatività dell'art. 28, servendo piuttosto *anche* a circoscrivere l'area delle nullità testuali causa di responsabilità¹⁰⁴. Le quali, a quanto è dato capire, se il divieto non può dedursi «in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto» non danno *ex se* ragione dell'irricevibilità dell'atto. Stipulativamente, quindi, delle nullità denominabili come *assolute incerte*, col diritto vivente a fungere da «strumento misuratore della (in)certezza»¹⁰⁵.

103 V., tra i tanti, F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 477 ss.

104 Per l'idea che, col medio della consolidata opinione, si fosse voluto fare riferimento «al coinvolgimento degli stessi oggetto e/o causa dell'atto nel giudizio di contrarietà (alla legge)», v. A. DI MAJO, *La nullità 'non equivoca'*, cit. 1164.

105 L'espressione, seppure formulata ad altro fine, si legge in A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, cit. p. 89.

Il che, sia detto per inciso, visto che ogni interpretazione è sempre sistematica e la chiarezza (di un enunciato normativo) sempre un *posterius*¹⁰⁶, può pure esser vero, con l'argomento di una *nullità flessibile*, prevalente nel tempo odierno «sui valori della certezza»¹⁰⁷, che senz'altro lo corrobora: ma è un periodare che, nel momento in cui parametrizza l'interpretazione notarile sul diritto vivente, si presta a molti -fors'anche troppi- corollari. Tutti, lo si vedrà, connessi alla natura costitutivamente ancipite (e non *ex uno latere*) del diritto vivente.

Dopo aver negato implicitamente qualsiasi rilevanza al canone dell'*in claris non fit interpretatio*, la sesta sezione compie infatti un'operazione interpretativa opposta e speculare a quella che si conduce allorché è dubbio se la finalità perseguita dal legislatore, comminando una certa sanzione, possa dirsi soddisfattivamente attuata «con la relativa irrogazione»¹⁰⁸. Cioè il criterio del cd. minimo mezzo. Sicché, primo interrogativo, *quid iuris* allorché il notaio si trovi a ricevere un atto proibito dalla legge per il quale, in conformità a quanto si legge nella chiusa dell'art. 1418, 1 co., la legge disponga sì inequivocamente una sanzione diversa dalla nullità (artt. 428 e 1439 c.c.), ma sia dubbia la congruità, rispetto allo scopo protetto, di questo disporre diversamente? Casi di annullabilità testuale che, per effetto di un consolidato quanto discutibile orientamento interpretativo¹⁰⁹, si convertono in una manifesta nullità inespressa ex art. 1418, 1 co. sono, nonostante le fondate perplessità delle Sezioni Unite¹¹⁰, il contratto integrante gli estremi del delitto di

106 Sul fatto che il brocardo *in claris non fit interpretatio* sia «falso» ed «inaccettabile», v., per tutti, P. PERLINGIERI - P. FEMIA, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, 6 ed., Napoli, 2007, p. 97 ss.

107 Secondo l'autorevole prospettiva, significativamente consonante, suggerita da N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 368 (ove poi il rilievo sull'assenza di un «criterio legislativo unificante cui rapportare il finale giudizio di validità»).

108 Cfr., per tutti, G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, ora in *Il contratto*, cit. p. 269.

109 Può bastare il richiamo a Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1094; Cass. 23 maggio 2006, n. 12126, in *Il civilista*, 2009, fasc. 6, p. 73 e, in senso conforme, a Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Giur. it.*, 2004, I, p. 2290 (nonché in *Contratti*, 2005, 997 ss., con nota di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*). In dottrina, criticamente, v. U. BRECCIA, *Contratto illecito*, in *Trattato di diritto priv. dir. da Bessone, Il contratto in generale*, XIII, t. 3, Torino, 1999, p. 130 (nt. 19) e G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 711.

110 V. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, c. 784 (che invitano a rimeditare sull'attitudine di una condotta penalmente rilevante a determinare la nullità virtuale del contratto). Ma, in senso contrario, sempre



circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.) e, se si segue una recente giurisprudenza¹¹¹, pure quello concluso in forza di una tangente. Non lo è, notoriamente, quello stipulato per effetto di truffa di un contraente in danno dell'altro, ritenuto annullabile ai sensi dell'art. 1439 c.c., in virtù del legittimo rilievo che il dolo del delitto di truffa non è diverso da quello viziante il consenso negoziale¹¹². Ma, come si è fatto opportunamente rilevare, è difficile pensare che, in termini di disvalore, rogare un atto nel quale l'immobile sia identificato con un numero di particella erroneo sia meno grave che rendere «indiscutibile la capacità delle parti quando è assente»¹¹³. Il che introduce un secondo interrogativo.

Forse l'equivocità che ancora attanaglia qualsiasi interpretazione dell'art. 28 l. not. origina dal fatto che non serve, per identificare la classe degli atti ricevendo i quali il comportamento del notaio si mo-

ragionando in termini di un art. 643 c.p. quale disposizione preposta alla tutela della libertà di agire negoziale dei soggetti incapaci, Cass. pen., sez. IV, 23 aprile 2008, n. 27412, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 38, p. 103 e Cass. pen., sez. II, 22 aprile 2008, n. 19665, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2908. In dottrina, per un riesame critico, v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, pp. 21 - 24 e p. 35 s.

111 L'allusione è a Cass., 16 dicembre 2010, n. 3672, in *Danno e resp.*, 2010, p. 790 ss., relativa ad un caso di licitazione privata conclusasi con l'aggiudicazione del contratto d'appalto ad una società in forza della corresponsione di tangenti a taluni amministratori dell'ente pubblico committente. E' vero che i giudici non chiariscono quali sarebbero le prestazioni contrattuali illecite: ma resta il fatto che, per la Corte, il combinato disposto 'illiceità e elusione delle norme -inderogabili- a presidio dell'interesse pubblico alla scelta del contraente più affidabile (nonché meglio tecnicamente organizzato) importa indiscutibilmente la nullità del contratto. V. anche (pressoché iterativa) Cass. 5 maggio 2008, n. 11031, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 1066 ss. e G. BARALIS, *L'art. 8 d. lgs. 122/2005: obblighi e responsabilità notarili*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive. Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, cit. p. 93 s. (pur se con un apparato esemplificativo opinabile).

112 E' il motivare di Cass. 31 marzo 2011, n. 7468, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 70 e di Cass. 26 maggio 2008, n. 13566, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 472. Diffusamente M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit. pp. 36 - 40.

113 Così G. DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, cit. p. 635. E v. pure F. P. CLAPS, *Le clausole generali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2009, p. 655 (ove il richiamo alla menzione circostanziata «della vicenda negoziale... con riferimento indiscusso ai comportamenti dei suoi autori ed alle rispettive imputabilità»). Interessante, ma misconosciuta, Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 1999, n. 1399, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3432, per la quale incorre nel reato di falso ideologico il notaio che riceve un atto attestando una capacità inesistente.

stra così grave da meritare la sanzione della sospensione da sei mesi ad un danno (art. 138, 6 co.), ragionare sempre e solo in termini di pena civilistica comminata. La gravità infatti, nella trama dell'art. 28, pare piuttosto rilevare come «un predicato del ricevere l'atto»¹¹⁴. La nullità delle intese restrittive della concorrenza è assoluta e rilevabile d'ufficio (art. 2, 3 co. l. n. 287/1990): ma, in assenza di indici di evidenza lessicale, potrebbe non rivelarsi riconoscibile al notaio. E «l'irriconeoscibilità», è vero, «vale come esimente» per il notaio diligente ex art. 2236 c.c.¹¹⁵. Al contrario, non v'è chi non lo veda, il notaio che roghi un contratto annullabile nonostante sia edotto o possa riconoscere le determinanti circostanze illecite sottese alla stipula, abdica senz'altro alla sua funzione pubblica di verifica della legalità sostanziale dell'atto¹¹⁶. In quest'ottica, diversamente da quanto asseriscono reiteramente i giudici di legittimità¹¹⁷, la circostanza che il contratto annullabile possa convalidarsi, nulla aggiunge e nulla toglie alla gravità di una condotta che sempre si consumerà istantaneamente per il fatto stesso di ricevere un atto così formatosi. E, va aggiunto, neanche l'eventuale obiezione che, fin quando il contratto annullabile non è bilateralmente eseguito, la sua inefficacia danneggia di più la controparte dell'incapace (o di chi abbia subito il vizio), potendo quest'ultimo sempre opporre l'eccezione imprescrittibile di annullamento, è pertinente. A tacer d'altro, infatti, il rilievo non vale ove l'esecuzione, pur se *pro parte*, sia già avvenuta e, in ogni caso, il difetto di tutela si palesa macroscopico allorché, compiutasi l'esecuzione, la prescrizione dell'azione di annullamento abbia fatto *medio tempore* il suo corso¹¹⁸.

114 Cfr. G. DE NOVA, *op. ult. cit.* p. 633.

115 Cfr. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 299.

116 V., in luogo di tanti, C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, cit. p. 304.

117 Che sembrano trascurare -già lo fa notare A. GENTILI, *Atti notarili proibiti e sistema delle invalidità*, cit. p. 273- l'esistenza di cause di annullabilità costitutivamente connesse alla violazione dell'ordine pubblico. Si pensi, nel settore dell'intermediazione finanziaria, agli artt. 21, 1-bis (a e b) T.U.F. e 23, 3 co. Reg. congiunto Consob -Banca d'Italia n. 16190 del 2007.

118 Per quest'ultima notazione v. già A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 600.



8. Il *decisum* 5913/2011 come prologo implicito (o inespresso) ad un *bouleversement* della giurisprudenza anteriore? I rischi di un parametro eventuale: i casi dell'illecito amministrativo e di quello fiscale.

114 Quand'è così, si deve dunque pensare che, nel periodare della sesta sezione, si annidi un potenziale *bouleversement* surrettizio della regola operativa espressa nell'*overruling* del 1997, con una nullità (assoluta o relativa) rilevabile d'ufficio, quale criterio orientativo mobile della responsabilità disciplinare, corretta ed integrata da una valutazione del singolo caso concreto? A tutta prima, visto che per la sesta sezione l'interpretazione del notaio foggia la norma sulla scorta di «indici desumibili dal concreto atteggiarsi dell'esperienza»¹¹⁹, è più di un'impressione. D'altronde è un approccio che premia la funzione del notaio quale «affidabile filtro» preposto a garantire «un adeguato sindacato preventivo [sulla] liceità e moralità ... degli atti da rogare»¹²⁰. Epperò, se così fosse, con un orientamento interpretativo consolidato a fare da «fattore di riconoscimento» (della nullità) e di «propulsione» (di un moderno agire del notaio)¹²¹, si dovrebbe riflettere meglio su almeno tre questioni.

La prima. *Quid iuris*, ad esempio, per il contratto configurante un grave illecito amministrativo? È vero infatti che la connessione tra «norma proibitiva e invalidità è rar[a], ma esiste»¹²². La più recente si riscontra nell'art. 1, co. 23-bis, del decreto legge 194/2009, convertito dalla l. 25/2010, che sancisce la nullità per ogni contratto di locazione di immobili, di proprietà dello Stato, non stipulato dall'agenzia

del demanio¹²³. Ma si potrebbe fare pure il caso della nullità -v. art. 3, 59 co., l. n. 224/2007- dei contratti di assicurazione con i quali l'ente pubblico assicura i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi all'incarico da costoro ricoperto.

La seconda. *Quid iuris* poi, stante la circostanza che l'art. 28 mostra di voler distinguere tra un giudizio di legalità ed uno di liceità¹²⁴, per il contratto che realizzi un illecito fiscale? La *communis opinio* propensa ad escludere la nullità del contratto conosce, infatti, l'eccezione della nullità, financo parziale (v. art. 13, 1 co. l. 431/98, per il caso della pattuizione fissante un importo del canone locativo superiore a quello documentato)¹²⁵, testualmente comminata (art. 1418, 3 co.) e l'ipotesi contigua della nullità per mancanza di causa in concreto (art. 1418, 2 co.) allorché il contratto -es. costituzione di un diritto di usufrutto su partecipazioni azionarie in favore di una società residente nel territorio dello Stato italiano- risulti stipulato, in assenza di un qualsiasi vantaggio economico per l'usufruttuario, al solo scopo di far ottenere un vantaggio d'imposta al nudo proprietario (la società estera titolare del pacchetto)¹²⁶. E, va aggiunto, la nullità spuria (e sanabile)¹²⁷

123 Sull'argomento, con riguardo già all'art. 2, co. 222, della l. 191/2009, v. *AdC*, 2009, p. 454.

124 Lo fa notare C. DONISI, *Il notaio e il 'controllo di liceità' del regolamento negoziale*, in *ID.*, *Ricerche di diritto civile*, rist. Napoli, 2002, p. 159: ed è un fatto incontrovertito che la Cassazione, legando sempre la nullità alla violazione di norme imperative, sopprime la distinzione, svuotando di un significato autonomo le «clausole generali» del buon costume e dell'ordine pubblico (così pure G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 823).

125 Ovviamente nel contratto scritto e registrato. Sulla fattispecie v., in luogo di tanti, V. CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 357 ss.

126 V., rispettivamente, Cass. 7 marzo 2002, n. 3328, in *Foro pad.*, 2003, I, c. 71 ss., con nota di FRANCESCHIN, *Nullità del contratto per violazione di norme fiscali*, ove la statuzione che la clausola del contratto preliminare con la quale si convenga di indicare, nel contratto definitivo di compravendita, un prezzo inferiore a quello pattuito, è nulla per violazione degli artt. (non più vigenti) 62 e 72 d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131, e, se di carattere essenziale, determina la nullità dell'intero contratto e Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 310 ss., sui contratti finalizzati al cd. *dividend washing*. Se non constano *dicta* iterative della prima, anticipa per contro la seconda Cass, sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Corr. trib.*, 2005, p. 3729 ss. (con riguardo all'ipotesi dell'acquirente di azioni da un fondo comune d'investimento il quale, dopo averne percepito i dividendi, provveda a rivendere i titoli al fondo stesso per finalità elusive). Ma v. pure, più di recente, pur nella diversa prospettiva dell'inopponibilità all'erario, le notissime Cass., sez. trib., 21



ma testuale (del contratto di locazione immobiliare) di cui all'art. 1, comma 346, l. n. 311/2004, per l'omesso adempimento di quell'onere di registrazione cui è connessa l'obbligazione tributaria, è un altro caso di norma fiscale, avente il rango di un precetto imperativo, che contravviene alla previsione contenuta nell'art. 10, comma 3°, ult. inciso, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (sul cd. *statuto dei diritti del contribuente*), apparentemente univoca nello statuire che «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto»¹²⁸. Qui infatti, non v'è chi non lo veda, la nullità, lungi dall'essere dettata a tutela del conduttore, è inequivocamente preposta a finalità recuperatorie del gettito fiscale.

Se si muove perciò dall'idea di una responsabilità disciplinare che è tutt'uno col manifestarsi di una nullità assoluta inequivoca, ove per talune fattispecie di evasione fiscale l'invalidità rappresenti una costante giurisprudenziale, indotta da una lettura

gennaio 2009, n. 1465, in *Dialoghi trib.*, 2009, p. 300 ss., se è vero che il divieto di comportamenti abusivi non vale più allorché le operazioni negoziali si possano intendere altrimenti (e non solo all'esclusivo fine di conseguire dei risparmi d'imposta); Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Corr. trib.*, 2009, p. 415 ss. (ancora sulla prassi del cd. *dividend washing* e *stripping*) e Cass, sez. un., 23 dicembre 2008, n.30057, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2131 ss. (con specifico richiamo all'art. 53 Cost.). In dottrina, per l'opinione prevalente, v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 64 ss. e, di recente, A. C. PELOSI, *Riflessioni su recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto e di abuso del diritto*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 50 ss.

127 Almeno secondo quanto ha ritenuto di statuire Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, (in *Notariato*, 2010, p. 170 ss. con nota di R. MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*) che ipotizza una nullità convalidabile, con effetto *ex nunc*, per effetto di una registrazione, assimilata alla conferma, che rende valido il contratto di locazione. Per una qualificazione, invece, in termini di inopponibilità al Fisco, v. V. CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, cit. p. 467.

128 Segno, come si è intelligentemente scritto, che «sulla base di questa disposizione *in sé considerata* l'interprete non è in condizione di stabilire *immediatamente* in quali casi la nullità debba essere esclusa, tutto ruotando intorno all'estensione che si dia alla formula (in larga misura "tautologica") *disposizioni di rilievo esclusivamente tributario*»: così G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. Com'è da qualificarsi, ad es., il rogito, avente ad oggetto il trasferimento *inter vivos*, di beni provenienti da una successione non dichiarata, nel quale alienante sia l'erede (o il legatario)? Con ogni probabilità, si prenda nota, il contratto è da intendere come valido (se il notaio allega documentalmente la circostanza che il bene proviene da una vicenda successoria occulta): ma in via interpretativa.

ra in senso solidaristico dell'art. 53, 1 co., Cost. quale norma imperativa inderogabile legittimante previsioni aventi una funzione punitiva a protezione di un interesse generale¹²⁹, è da credere che potrebbe fondatamente prospettarsi l'applicabilità dell'art. 28¹³⁰. Non foss'altro, verrebbe da chiosare, per il fatto che il notaio, ove l'orientamento giurisprudenziale sia affidabilmente sicuro, non potrà opporre che i «casi dubbi»¹³¹ non possono venire affidati (al e risolti dal) suo ministero.

La terza, a mo' di prima chiusa. *Quid iuris* se un notaio, anziché stipulare un atto di compravendita relativo ad un terreno, reso edotto dalle parti, già obbligate per effetto di contratti preliminari, dell'esistenza di un terzo confinante con diritto di prelazione all'acquisto del medesimo, suggerisce alle stesse di stipulare simulatamente una permuta, in quanto vicenda ostativa all'esercizio della prelazione di cui alla l. n. 890/1965? Stando infatti ad una isolata, ma non datata, sentenza della Cassazione¹³², il notaio che invita le parti a formalizzare diversamente la loro precedente intesa, «attestando falsamente nell'esercizio delle sue funzioni fatti non veridici rispetto al loro contenuto intrinseco», incorre nei reati di abuso d'ufficio e di falso ideologico. E' vero che il contratto, in quanto simulato, è inefficace anziché nullo¹³³: e da tempo, notoriamente, costituisce un dato acquisito che possa mancare una

129 Riecheggiata -discutibilmente- per la questione dell'accollo di imposta da Cass. 5 gennaio 1985, n. 5, in *Giur. it.*, 1986, I, c. 953 (quanto alla nullità dei negozi ove dalle parti sia pattuito il trasferimento sui terzi degli effetti della tassazione). Ma v. anche Corte cost., 16 marzo 1990, n. 134, in *Giur. cost.*, 1990, p. 751 che, in una prospettiva di rafforzamento degli obblighi di registrazione, ricollega la nullità all'esigenza di «assicurare la prevenzione e la repressione dell'evasione».

130 Prevista poi nell'ipotesi di cui all'art. 29, co. 1-bis., l. 27 febbraio 1985, n. 52, *giacché gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, esclusi i diritti reali di garanzia, devono contenere, a pena di nullità, per le unità immobiliari urbane, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie. Prima della stipula dei predetti atti, prosegue la norma, «il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari». Per un primo diffuso commento v. A. BUSANI - U. MORELLO, *Passaggio in catasto per i nuovi requisiti di forma ad substantiam degli atti immobiliari*, in *Contratti*, 2010, p. 918 ss.*

131 L'espressione è di A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, cit. p. 601.

132 V. Cass. pen., sez. V., 6 giugno 2008, n. 38338, in *Riv. pen.*, 2009, p. 700, con nota di DE BELLIS, *Responsabilità del notaio per rogito di contratto simulato ed abuso d'ufficio*.

133 V., in luogo di tanti, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XII ed., Napoli, 2006, p. 973.



corrispondenza tra illiceità penale (della condotta) e l'invalidità civile (dell'atto)¹³⁴. A ragionare, però, in termini di gravità della condotta -qui il dolo- o di un sicuro elemento di colpevolezza, il dubbio sull'applicabilità dell'art. 28 si instilla. Soprattutto se poi si ritiene che il giudizio di nullità sempre debba basculare tra una componente strutturale ed una, decisamente più vischiosa, di carattere comportamentale¹³⁵.

C'è spazio, perciò, per un'ultima chiosa. In una pratica degli affari mostrante sempre più una contaminazione spinta tra validità ed invalidità, il primo effetto conseguente è una funzione notarile stretta tra due polarità di segno specularmente opposto¹³⁶: irricevibilità dei soli atti illeciti per un notaio quale libero professionista, soggetto alla responsabilità di diritto comune per tutte le altre irregolarità, oppure notaio come attore vigile «dell'esperienza»? La sensazione, a seguire il motivare di Cass. 5913/2011, è che, per una singolare eterogeneità dei fini, una figura -le *nullità assolute incerte*- conosciuta per restringere le ipotesi di illecito disciplinare, sia destinata a fungere da parametro che amplia (e non circoscrive) il raggio di azione dell'art. 28, moltiplicando così i fattori di incertezza. E se è vero che la *ratio* di questo articolo non è più declinabile per il solo tramite di «equilibrismi esegetici interni al suo dettato»¹³⁷, neanche va sottovalutato il pingue florilegio di incertezze che lo *ius novissimum* della Cassazione, letto in senso forte, è destinato ragionevolmente ad innescare. A meno di non tradurre tutto, s'intende, in una questione di «buon senso (tecnico e di esperienza)»¹³⁸.

134 V., in special modo, G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. 15 e G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit. p. 145 (ed ivi il rilievo che l'idea di una complementarità tra illiceità penale e nullità rappresenta una posizione *agée* «sul terreno teorico e smentita dallo stesso ordinamento, che conosce casi di coesistenza della sanzione penale e del vincolo giuridico negoziale»).

135 Che aleggia nelle pagine di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 371.

136 La prima notazione è di A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 302 mentre la seconda è di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 378.

137 Così N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 374.

138 V., rispetto al precedente periodare della Cassazione, A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, cit. p. 93 (nt. 39).

9. L'art. 34, 2 co. come un (possibile) caso di ortopedia contrattuale? Postilla: Il *decisum* di Cass. 20 luglio 2011, n. 15892: *self-restraint* o vincolo del diritto vivente per il notaio?

Come si è visto, stando al periodare della terza sezione, la nullità della clausola compromissoria è parziale, involgendo esclusivamente la modalità di nomina. Il risultato è un'operazione di ortopedia contrattuale che salva la clausola binaria¹³⁹. Il che però, sia detto per inciso, può destare più di una perplessità.

Se si muove infatti dall'assunto che, per l'operare della sostituzione automatica, deve aversi una norma imperativa che imponga inderogabilmente un contenuto alla clausola difforme, vien facile osservare che l'art. 34, 2 co. si limita a comminare la nullità, senza contemplare alcuna modalità di nomina alternativa operante in sostituzione. Quella dell'art. 34, 2 co., a voler riprendere una suggestiva immagine carneluttiana¹⁴⁰, è un'imperatività che si esplica solo in negativo, non anche in positivo: di conseguenza, non potendosi prospettare una «circoscrivibilità del vizio» per il limitarsi della legge ad una qualificazione in termini di non meritevolezza dell'interesse¹⁴¹, dovrebbe piuttosto concludersi nel senso di una clausola arbitrale che cade, scomparendo dallo statuto (o dall'atto costitutivo) della società. In senso contrario varrebbe ben poco obiettare che, per giurisprudenza consolidata della Cassazione¹⁴², l'art. 1419, 2 co. si applica quand'an-

139 Ma, in tutt'altra prospettiva, volta ad evidenziare come la nullità non predichi la sola clausola di nomina, essendo «riferita alla clausola compromissoria come tale», di talché «*vitiatur et vitiat* la stessa previsione dell'arbitrato», v. Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, cit.: per la quale *amplius infra* Postilla.

140 V., in una celebre pagina, F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 240 s. E v. pure M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 29 SS. E 185 SS.

141 Decisive rimangono le considerazioni di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 166 s. (ove poi il rilievo che il presupposto per l'operare dell'art. 1419, 2 co. è «che la norma imperativa esprima, essa stessa, una regola che possa sostituirsi alla regola negoziale»). V. anche A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 3 ed., Torino, 2009, p. 305 ss. La citazione è tratta invece da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, cit. p. 635.

142 V. le notissime v. Cass., sez. un., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2739 ss., con nota di MATASSA e Cass. sez. un., 17 febbraio 1984, n. 6602, ivi., 1985, I, 710, anch'essa con nota di Matassa. Consolidata non vuol dire, però, incontrastata: basta infatti leggere Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in *Contratti*, 2001, p. 236 ss., con nota di



che difetti un'esplicita previsione eterointegrativa. Anche ad ammettere infatti, nonostante qualche *decisum* diversamente orientato¹⁴³, che la formula codicistica dell'art. 1419, 2 co. "sono sostituite di diritto" sia da intendere nel senso di una atipica automaticità (e non di una testualità) della singola sostituzione, per via del fungere dell'art. 1339 c.c. da norma cornice¹⁴⁴, comunque dovrebbe convenirsi su di una circostanza: che per gli elementi essenziali o tipici, destinati a calarsi o a versarsi automaticamente nel contenuto del regolamento in luogo della clausola contrattuale difforme, la legge deve avere *necessariamente* apprestato uno statuto inderogabile. E, all'evidenza, l'art. 34, 2 co. non indica né contempla, «con criteri predeterminati, l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla»¹⁴⁵.

Il discorso cambia, è vero, ove si provveda a richiamare l'art. 1419, 1 co., immaginando così che trovi applicazione analogicamente l'art. 809, 3 co., c.p.c.¹⁴⁶: per quanto, pure qui, la caducazione parziale della clausola compromissoria (con coeva salvezza della stessa quanto all'opzione volontaria per il rimedio arbitrale) postula che si appuri previamente la non essenzialità, per le parti, del sistema - progettato- di nomina convenzionale degli arbitri¹⁴⁷. Diversamente, l'intera clausola è destinata a cadere *hic et nunc*: di là dalla circostanza che, al pari dei giudici della terza sezione¹⁴⁸, si intenda la «nomina

eterodeterminata» dell'art. 34, 2 co. come funzionale ad assicurare una miglior garanzia di imparzialità del giudice.

Quand'è così, *quid iuris* allora? Senz'altro, infatti, è da escludere una lettura che rinvii ad una applicazione in via analogica dell'art. 1339 c.c., per il difetto di una fattispecie che regoli un caso simile: mentre, va detto, all'idea di un'integrazione giudiziale osta l'assorbente rilievo che quella disposta dall'art. 1339 è *costitutivamente* una sostituzione legale.

Epperò, come si è fatto acutamente notare¹⁴⁹, l'art. 34, 2 co. si presenta come una disposizione che mira a spogliare le parti del potere di nomina, mentre le è estranea la definizione del soggetto che, *in concreto*, debba poi procedere alla designazione. E siccome, si prosegue, la disciplina generale dettata per l'arbitrato di diritto comune è applicabile, salvo che non sia disposto diversamente, all'arbitrato societario, si potrebbe immaginare che sia il Presidente del Tribunale a provvedere alla designazione. Quindi un ricorso diretto all'art. 810 c.p.c., con l'art. 34, 2 co. elevato così a disposizione che «suggerisc[e]» interpretativamente il criterio dal quale può dedursi la regola sostitutiva¹⁵⁰: che, è bene evidenziarlo, ricorda molto da vicino quella pagina carneltiana ove, onde consentire comunque l'operare della sostituzione automatica, veniva suggerito di leggere l'art. 1419, 2 co. nel senso di una disposizione che si *deve* azionare allorquando si *possa* assumere che il singolo divieto, pur se espresso solo in negativo, contiene il rinvio implicito ad una integrazione da condursi col medio delle regole generali (inderogabili) della singola materia¹⁵¹. Col risultato, nella pagina carneltiana, di una sostituibilità della clausola 'oro valore' nulla, convenuta per eludere il principio nominalistico, con la disposizione sul «valore legale della lira», mentre nella vicenda attuale, di un rimando indiretto, *seu* «in qualche guisa»¹⁵², alla lettera dell'art. 810, ultimo comma, c.p.c.

Chi, nel segno di una lettura comunque ampliata dell'art. 1419, 2 co., preferisce ipotizzare un'in-

GIOV. TUCCI. (in una fattispecie relativa ad una clausola di un contratto preliminare ov'era pattuito di dichiarare, in sede di rogito notarile, non il prezzo reale ma la minor cifra indicata dal venditore: clausola nulla per violazione dell'art. 60 d.p.r. n. 634/1972, in quanto patto elusivo degli obblighi fiscali) per avvedersi che il diritto applicato è ben più fluttuante.

143 V., in special modo, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. p. 35 e poi, almeno, E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 50 e A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 239. In giurisprudenza v. Cass. 11 febbraio 1982 n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081 ss.; Cass. 2 settembre 1995 n. 9266, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 1055 ss. e, più di recente, *ex professo*, Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, cit. *Incidenter* Cass. 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 827.

144 Così, con diffusa motivazione, Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce Contratto in genere, n. 464.

145 Così, in motivazione, Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, cit. e, seppur *obiter*, Cass. 29 settembre 2005, n. 19156, in *Vita not.*, 2006, I, p. 280 ss.

146 E' l'avviso di M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 489.

147 Puntualmente G. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 90.

148 Lo fa notare E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, cit. p. 636.

149 E' la tesi di F. P. LUISSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 717.

150 La felice espressione, seppur riferita al tema contiguo dell'integrazione conseguente a nullità protettive, è di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 240.

151 V., incisivamente, F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, cit. c. 241. Adombra un ragionamento consimile, di recente, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2001, p. 640 s.

152 Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 238, nt. 16. (mentre la citazione pregressa è di F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*).



tegrazione dedotta -e che si dipana¹⁵³- dalla *ratio* della disposizione, segue magari un altro percorso argomentativo: ma, all'evidenza, non sembra ragionare troppo diversamente. E, va aggiunto, nella misura in cui non deve procedersi ad una operazione giudiziale di determinazione del prezzo né si tratta di un contratto di cui sia parte la P.A., fattispecie ambedue ove la giurisprudenza esclude recisamente che una sostituzione automatica possa avere luogo in mancanza di una espressa disposizione di legge¹⁵⁴, l'idea di una norma imperativa, prefigurante implicitamente i criteri per la determinazione della normativa in sostituzione (della clausola illegittima), ha forse il pregio di palesarsi come la soluzione interpretativa plausibilmente più acconcia.

Postilla.

Quando questo scritto era già in corso di stampa è apparsa la sentenza del 20 luglio 2011, n. 15892: la quale, estrapolando dalla motivazione, fa mostra di avallare «il principio di diritto di cui a Cass. n. 5913 del 2011, ma, nel contempo considera fondata la ricostruzione fatta da Cass. n. 24867 del 2010 a proposito della natura della nullità derivante dalla violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003»¹⁵⁵. Quindi una pronunzia che, senza profili di pregnante novità, si limita a comporre il conflitto? Non proprio.

Intanto non è del tutto vero che, rispetto alla lettura offerta dalla terza sezione, ci sia una piena consonanza di vedute. La nullità -assoluta- della clausola, si legge, «comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto davanti all'a.g.o., restando escluso [invece] che possa trovare applicazione la disciplina generale della clausola compromissoria prevista dal codice di procedura civile»¹⁵⁶. Quindi, nell'ottica di un art. 34 come disposizione espressiva di un limite per l'autonomia privata, una nullità *totale*¹⁵⁷, anziché *parziale*. E non è un distinguo da poco giacché, col sentenziare che l'ammettere due forme diverse di arbitrato confligge con lo statuire che una

delle due venga osservata a pena di nullità, la Corte evita di pronunciarsi sulle (molte) questioni pendenti a margine di una responsabilità disciplinare del notaio quando si profila l'applicazione dell'art. 1419, 1 e 2 co., c.c.

Riguardo invece a come debba intendersi l'art. 28, la sentenza -è vero- si mostra iterativa del principio di diritto proclamato dalla sesta sezione. Sicché, quando è dato registrare un «rilevante contrasto sia in seno alla dottrina sia nella giurisprudenza di merito circa la ricostruzione della nullità»¹⁵⁸, allora deve escludersi il ricorrere di un illecito disciplinare perché la comminatoria non è inequivoca¹⁵⁹. Ergo, come si è prima detto nel testo, esistono delle nullità assolute che, seppur testuali, possono rivelarsi incerte.

Ma c'è un'altra, più saliente, novità.

Con un procedimento argomentativo, sempre meno infrequente¹⁶⁰, il *decisum* si autoproclama infatti atto di interpretazione autentica e sancisce che, a far data da quando lo stesso diverrà «not[o] al pubblico, eventuali atti costituiti rogati da notai con previsione di clausole compromissorie difformi [da quanto dispone] l'art. 34, comma 2, diverranno sanzionabili sul piano disciplinare»¹⁶¹, in quanto che, così pare corretto sunteggiare la sentenza, il notaio di regola deve *astenersi* da una (seppur motivata) interpretazione personale del dato normativo ed attenersi al significato che ad esso riserva dapprima il prevalente formante dottrinale e giurisprudenziale (di merito) poi, ove questo non assicuri una ricostruzione univoca dell'atto come proibito, al significato suggerito dalla Cassazione. Donde un primato, parrebbe incontrastato ed a pieno titolo, del diritto vivente, rilevante alla stregua di un fattore assicurante una *prevedibilità* di massima al sindacato giu-

158 Cfr. il § 5.1 della motivazione.

159 Così già App. Catanzaro, 2 febbraio 2011, ined. e CO. RE. DI. Calabria, 11 giugno 2010. Nella dottrina specialistica, già prima, G. LAURINI, *Diniego di omologazione e responsabilità del notaio ex art. 28 legge notarile*, in *Riv. not.*, 1987, p. 820.

160 V., da ultimo, Cass. 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1075 ss.

161 Cfr. il § 5.2 della motivazione e, già prima, il 4.1 (*in fine*). E senza, si badi, che un'omessa pubblicazione tempestiva della sentenza nelle riviste specializzate possa valere da esimente, giacché allo scopo supplisce la pubblicazione «nel Servizio novità del sito *web* della Corte di cassazione, accompagnato da un *abstract* di presentazione, curato dall'Ufficio del Massimario della Corte, con il quale il mutamento di indirizzo giurisprudenziale [viene] segnalato agli utenti»: così Cass. 7 febbraio 2011, n. 3030, cit. (ove poi il rilievo che l'anzidetto Servizio novità è «istituzionalmente rivolto, secondo il decreto istitutivo del Primo Presidente, proprio a dare risalto alle più importanti decisioni di legittimità»).

153 E' la tesi di M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

154 Secondo il periodare di Cass. 11 febbraio 1982, n. 835, cit.

155 Così il § 4.1 della motivazione.

156 Così il § 4.5 della motivazione (corsivo aggiunto).

157 Non foss'altro per il fatto che «la salvezza della clausola sia pure come clausola di diritto comune» non è «prevista dal legislatore delegato» (§ 4.4 della motivazione). Nello stesso senso, in precedenza, Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1790; App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 312 e Trib. Milano, 12 marzo 2009, n. 3432, in *Giust. a Milano*, 2009, 4, p. 30.





diziale di responsabilità del notaio ex art. 28: anche se, a voler ragionare un pò più rigorosamente, visto che il criterio identificativo di questo sintagma ha natura qualitativa e non quantitativa, come sinonimo di diritto vivente dovrebbe intendersi non una giurisprudenza *costante*, la quale può essere costituita «anche dall'orientamento concorde dei giudici merito»¹⁶², quanto e piuttosto una giurisprudenza *consolidata* della Suprema corte. E, a tal riguardo, se può esser vero che, allorquando si registri un contrasto interpretativo, anche una sola sentenza della Cassazione, ove resa per es. a sezioni unite, è sufficiente a far maturare «il vincolo del diritto vivente»¹⁶³, c'è invece molto da riflettere sul fatto che possa produrre l'effetto specularmente opposto un isolato e repentino *decisum* della Cassazione che decampi da un *trend* interpretativo, formulato dagli stessi giudici di legittimità, fino ad allora «netta-mente prevalente»¹⁶⁴.

Di là però da ciò, e non potendo, nell'economia di questo scritto, interrogarsi sulla *vis legis* che si riconosce una sentenza vocata a dirimere un contrasto annoso¹⁶⁵, rimane la questione del rinnovato binomio illecito disciplinare del notaio – proibizione *chiara ed indiscussa* dell'atto. E, sulla scorta di quanto già detto, deve osservarsi, a mo' di integrazione argomentativa, che sì l'argomento *ab auctoritate*, innervando quell'art. 42, lett.a), del codice deontologico che vuole il notaio tenuto ad informare «le parti sulle possibili conseguenze della prestazione richiesta, in tutti gli aspetti della normale indagine giuridica demandatagli..., anche con la proposizione di impostazioni autonome rispetto alla loro volontà e intenzione»¹⁶⁶, può fungere da parametro interpretativo di riferimento. Epperò, come la più attenta dottrina fa rilevare, il vincolo che promana dal diritto vivente «ha natura diversa» e soprattutto è «più debole» del limite originato «dalla costruzione linguistica del testo [normativo]»¹⁶⁷. Il che, riferito alla sentenza, sta a significare che, per ovviare ad una responsabilità per stipula in violazione degli artt. 28 (l. not.) e 34, 2 co. (d. lgs.

5(2003), dovrebbe bastare un successivo *dictum* corredato di una controdeduzione argomentativa con motivi «seri e adeguati»¹⁶⁸.

Non solo.

Un art. 28 letto alla luce del *diritto vivente* significa un art. 28 che si modella sul perimetro del diritto *vigente* così come inteso ed applicato dalla prassi giurisprudenziale consolidata, la quale innerva l'interpretazione notarile plasmandone, nel senso e nei modi poc'anzi riferiti, la valutazione circa la ricevibilità dell'atto. Sicché, pur essendo indiscutibilmente vero che il dettato testuale di una previsione normativa ha sempre e solo una valenza euristica¹⁶⁹, gli interrogativi prima esposti sulla sequenza di corollari concatenati che sviluppa questa *flessibilità* della responsabilità notarile, a motivo di una concretizzazione giurisprudenziale dell'art. 28, rimangono. A meno di non ritenere, come un passo della sentenza potrebbe pure far adombrare, che la regola di un conformarsi della proibizione al diritto vivente entra in gioco «in presenza di una nuova norma»¹⁷⁰. Ma si tratterebbe, rilievo difficile da confutare, di un approccio valutativo a dir poco minimalista.

168 Cfr. L. MENGONI, *op. loc. ult. cit* (ed ivi poi il rilievo secondo cui «a chi intende rompere la continuità con i *praeiudicia* incombe l'onere di giustificare la pretesa di superamento»). In questo senso, quindi, il diritto giurisprudenziale vivente comprime il potere di reinterpretare una disposizione. E v., per una meditata notazione, Cass., Sez. U penali, 21 gennaio 2010, n. 18288 (che ragiona di una «la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima»).

169 Finalizzata alla «ricerca della regola di decisione»: v. L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 149.

170 V. § 5.1 della motivazione.

162 V. L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit. p. 159 e, recentemente, V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 156.

163 Così L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 160.

164 Sono ancora parole di L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

165 Ma v., per un'ampia disamina, l'incontro di studi, tenutosi a Roma il 24 maggio 2011, "Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza", consultabile in www.cortedicassazione.it/documenti/Repor.

166 L'art. 42, lett.a), del codice deontologico, approvato con deliberazione del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008 può leggersi in G.U.n. 177 del 30 luglio 2008.

167 Cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 153.

L'ESPOSIZIONE DI SIMBOLI RELIGIOSI NELLA SCUOLA PUBBLICA: LA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DEL 3 NOVEMBRE 2009 NEL CASO LAUTSI CONTRO ITALIA

Di Davide Scaffidi

Dottorando in Diritto Privato Europeo

SOMMARIO: 1. Il fatto e le pronunce degli organi giudiziari interni. - 2. Gli Argomenti delle parti nel giudizio davanti alla Corte EDU. - 3. L'interpretazione dell'art. 2 prot. 1 CEDU ed argomentazioni della Corte. - 4. L'individuazione del significato del simbolo "crocifisso" ed incidenza del segno su chi lo osserva: critica della qualificazione come "segno esterno forte". - 5. Eterogeneità dei modi di intendere il principio di laicità e criteri di tutela dei diversi orientamenti religiosi e filosofici nella scuola pubblica. - 6. Il margine di apprezzamento degli Stati in ordine alla declinazione del principio di laicità e la garanzia del pluralismo.

1. Il fatto e le pronunce degli organi interni.

La vicenda in esame, ormai ampiamente nota, riguarda il problema dell'esposizione dei simboli religiosi nelle aule della scuola pubblica.

La signora Lautsi è madre di due figli, che nell'A.S. 2001-2002 frequentavano una scuola media pubblica ad Abano Terme.

Nelle aule dell'istituto era esposto il crocifisso. Ritenendo che l'ostensione del simbolo religioso contrastasse con il principio di laicità dello Stato, in conformità al quale la signora Lautsi desiderava fossero educati i suoi figli, ella domandava alla dirigenza scolastica che il crocifisso venisse rimosso.

Nel sostenere tale richiesta, il genitore invocava la pronuncia di una Cassazione penale del 2000¹,

¹ Cass. Pen., sez. IV, 1 marzo 2000, n.4273, Montagna, est. Colaianni, in *Foro it.*, 2000, II, p.521, in cui si afferma che l'esposizione del crocifisso viola il rispetto del principio di laicità dello Stato e di libertà di coscienza dell'ufficio di presidente, scrutatore o segretario di seggio elettorale qualora si individui un nesso causale tra rifiuto addotto e contenuto dell'ufficio imposto, talché costituisce giustificato motivo di rifiuto dell'ufficio di presidente, scrutatore o segretario di seggio elettorale – ove non sia stato l'agente a domandare di essere ad esso designato – la manifestazione della libertà di coscienza, il cui esercizio determini un conflitto tra la personale adesione al principio supremo di laicità dello Stato e l'adempimento dell'incarico a causa dell'organizzazione elettorale in relazione alla presenza nella dotazione obbligatoria di





che si esprimeva a favore della rimozione del crocifisso dai luoghi pubblici destinati a seggio elettorale, in ossequio al principio di laicità e neutralità dello Stato.

L'autorità scolastica, nel caso in esame, tuttavia, decideva di lasciare i crocifissi nelle aule.

La signora Lautsi nel 2002 adiva il TAR Veneto per richiedere l'annullamento di tale atto, in quanto contrastante con il principio di laicità ex art. 3 e 19 Cost., con gli obblighi d'imparzialità dello Stato ex art. 97 Cost. e con l'art. 9 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), relativo alla libertà di coscienza e di religione. Essa lamentava, inoltre, l'incostituzionalità della disciplina stessa che prevedeva l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche.

Il Tar remittente sollevava la relativa questione rispetto al principio di laicità, con riferimento ad alcune norme del testo unico in materia di istruzione (d.lgs. 297/1994), come specificate dall'art. 119 r.d. 26 aprile 1928, n.1297 (tabella C) e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965. Tali disposizioni fissano a carico dei Comuni la fornitura degli arredi scolastici per le scuole pubbliche medie ed elementari e costituiscono il fondamento normativo dell'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche.

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità, ne dichiarava l'inammissibilità, in quanto la normativa oggetto di sindacato aveva sostanzialmente, al di là della ricostruzione proposta dal giudice remittente, natura regolamentare².

arredi destinati a seggi elettorali, pur se casualmente non di quello di specifica destinazione del crocifisso o di altre immagini religiose; in Giur. Costituzionale, 2000, p. 1130, con nota di G. DI COSIMO, Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza.

² Corte cost., 15 dicembre 2004, n. 389, in *Dir.e giust.*, 2005, 3, p. 80 ss. con nota di A. PUGIOTTO, *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula. Dopo l'ordinanza si naviga a vista*; Sul dibattito intorno alla vigenza delle norme regolamentari riguardanti l'esposizione del crocifisso ed al problema se esse siano da ritenersi abrogate o meno, R.BOTTA, *Simboli religiosi ed autonomia scolastica*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 237 ss.; in *Foro it.*, 2005, I, 1, con riflessioni di R. ROMBOLI, *La laicità crocifissa? Il nodo dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin-G.Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino, 2004; A. CELOTTO, *Il simbolo sacro inserito tra gli arredi scolastici può mettere in discussione la laicità dello Stato*, in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 8, p. 95 ss.

Le disposizioni di cui agli artt. 159 e 160 d.lgs 297/1994 (T.U.) risultavano, a giudizio della Corte, estranee alla questione, in quanto si limitano a disciplinare gli oneri di spesa per gli arredi scolastici. Sempre nello stesso T.U., l'art. 676 fa salve le norme non incluse nel testo non incompatibili: esso tuttavia non riguarda anche le norme regolamentari e pertanto sfugge al controllo di legittimità da parte della Consulta. L'impugnazione della disciplina del testo unico si configura, per la Corte, il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme re-

In seguito a tale pronuncia, il Tar Veneto, in composizione diversa rispetto a quella remittente la questione di costituzionalità, respingeva le domande della ricorrente³, motivando sotto diversi profili: le norme regolamentari in questione non potevano considerarsi abrogate ma costituivano, piuttosto, secondo la ricostruzione storica proposta, un rinvio ai valori unificanti della nazione, e non dovevano, quindi, essere considerate incompatibili *a priori* con l'assetto costituzionale.

Nel dichiarare la compatibilità di detta disciplina col principio di laicità, appartenente alla cultura giuridica europea, il Tar Veneto enfatizzava il valore culturale e storico del crocifisso, che rivestiva una valenza fortemente identitaria per il contesto nazionale di riferimento.

Inteso quale simbolo meramente religioso, invece, il crocifisso doveva essere interpretato come espressivo di valori di rispetto per il prossimo, uguaglianza, libertà, e pertanto doveva ritenersi in sintonia con l'assetto assiologico proprio della tradizione costituzionale e laica italiana.

Avverso il provvedimento di primo grado, la signora Lautsi proponeva impugnazione avanti al Consiglio di Stato, che confermava la pronuncia del TAR, con motivazioni del tutto analoghe⁴.

Il Consiglio di Stato enfatizzava la polisemia del simbolo crocifisso, in relazione ai luoghi in cui esso risultava esposto: se collocato in ambiti non religiosi, quali la scuola pubblica, il crocifisso rimandava ad una serie di valori etici comuni a tutti i consociati e poteva essere considerato esso stesso, pertanto, espressione del principio di laicità⁵.

In questo senso, il crocifisso non costituiva mera suppellettile di arredo degli spazi pubblici, ma assumeva un significato simbolico pienamente rispettoso dell'autonomia tra ordine spirituale ed ordine temporale.

Esauriti i gradi di giudizio interni, la signora Lautsi presentava ricorso alla Corte EDU, lamen-

golamentari richiamate. Non vi sarebbe, dunque, tra le disposizioni legislative e le norme regolamentari quel rapporto di *integrazione e specificazione*, ai fini dell'oggetto del quesito di costituzionalità proposto, che avrebbe consentito l'impugnazione delle disposizioni legislative, come specificate dalle norme regolamentari. V. Corte Cost., ord. 15 dicembre 2004, n.389, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1072 ss., con nota di R. BOTTA

³ Tar Veneto, 22 marzo 2005, n. 1110, in *Foro it.*, 2005, III, p. 329 ss.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 556/06, secondo cui il crocifisso è in grado di rappresentare e di richiamare in forma sintetica immediatamente percepibile e intuibile (al pari d'ogni simbolo) valori civilmente rilevanti, e segnatamente quei valori che soggiacciono e ispirano il nostro ordine costituzionale, fondamento del nostro convivere civile, in *Foro it.*, 2006, III, p.181, con nota di A. TRAVI, *Simboli religiosi e giudice amministrativo*

⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556

tando la violazione dell'art. 2 protocollo addizionale n. 1 e dell' art. 9 CEDU.

La Corte EDU, all'unanimità, con la pronuncia in esame, ha condannato l'Italia per violazione del diritto ad un'istruzione pubblica neutrale (art. 2 Prot. 1) e per la violazione della libertà religiosa (art. 9 CEDU), poiché l'esposizione di un simbolo religioso nelle aule scolastiche pubbliche comprime indebitamente il diritto dei genitori di fornire ai propri figli un'educazione conforme alle loro convinzioni nonché la libertà dei discendenti di credere o non credere, contrastando altresì con il dovere di neutralità dello Stato nell'ambito dell'istruzione pubblica.

2. Gli argomenti delle parti nel giudizio davanti alla Corte EDU.

La signora Lautsi, nel ricorso proposto innanzi alla Corte EDU, come anticipato, sosteneva che l'ostensione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica frequentata dai propri figli costituisca una violazione del diritto di garantire un'istruzione conforme alle proprie convinzioni filosofiche e religiose, ex art. 2 Prot. 1, nonché una violazione della sua libertà di pensiero e di religione ex art. 9 Convenzione.

Secondo la ricorrente, le disposizioni regolamentari sopra citate contrastavano con la laicità dello Stato e con le disposizioni della Convenzione invocate, determinando una ingerenza indebita dello Stato nella libertà di pensiero e religiosa propria e dei propri figli e nel diritto di educare questi ultimi in modo conforme alle convinzioni filosofiche, morali, religiose dei genitori.

La signora Lautsi adduceva, quali argomenti a sostegno delle proprie pretese, innanzitutto, il significato intrinsecamente religioso del crocifisso: l'ostensione dello stesso nelle aule della scuola pubblica lasciava evincere un *favor* ingiustificato dello Stato per la religione cattolica ed influenzava la capacità critica dei minori, in via di formazione.

Oltre a ciò, la ricorrente sosteneva che l'esposizione del crocifisso, proprio perché idonea a rivelare un *favor* dello Stato nei confronti del cattolicesimo, si poneva in contrasto con la laicità dello Stato: su quest'ultimo incombeva l'obbligo di rimanere neutrale e quindi equidistante rispetto alle varie religioni od orientamenti filosofici.

Contro tali argomenti, il Governo italiano, nel delineare la propria linea difensiva, individuava il nucleo del problema nell'inidoneità dell'esposizione del crocifisso ad incidere sui diritti individuali tutelati dalla Convenzione.

A sostegno della propria posizione, il Governo adduceva che il crocifisso, pur avendo una connotazione chiaramente religiosa, veicolasse anche ulteriori significati, di ordine etico: esso rimandava ad un serie di valori di uguaglianza, non violenza, amore per il prossimo, espressi dal messaggio cristiano ma comuni anche alla tradizione laica democratica statale.

Il significato del crocifisso poteva essere percepito, in questa prospettiva, dalla sensibilità di coloro che frequentavano gli spazi pubblici in cui risultava esposto, anche a prescindere dall'intrinseca connotazione religiosa.

Quanto alle libertà invocate, invece, non si sarebbe configurata alcuna violazione, in quanto l'ostensione di un simbolo religioso non integrava un comportamento attivo, idoneo ad influire su quelle libertà. A corroborare questo argomento, l'Italia invocava la giurisprudenza della Corte nel caso *Folgerø* ed altri c. Norvegia⁶.

Altro sarebbe stato, dunque, nell'argomentazione del Governo, imporre un insegnamento religioso, altro, invece, esporre un simbolo idoneo a trasmettere un messaggio non avente solo natura religiosa e che, comunque, anche nel suo intrinseco significato religioso, non era fatto oggetto di un obbligo di culto né imposto alla coscienza degli individui.

In questo senso, per il Governo italiano, l'ostensione del crocifisso non poteva incidere in alcun modo sulla libertà di educare i figli in conformità alle opinioni filosofiche o religiose dei genitori, poiché l'impatto di un'immagine non poteva assolutamente essere comparata con l'esercizio di un comportamento attivo, quale sarebbe stato, ad esempio, l'insegnamento obbligatorio del cattolicesimo.

In definitiva, la questione relativa alla scelta di esporre o meno il crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche doveva rientrare nei margini di discrezionalità propri dello Stato, attenendo a criteri di opportunità e non di legalità. La decisione di lasciare il crocifisso nelle scuole pubbliche non ostava con i

⁶ *Folgerø* ed altri c. Norvegia, GC n.15472/02, CEDU 2007-VIII. Nella vicenda, un gruppo di genitori aveva richiesto all'autorità scolastica che i loro figli venissero dispensati da un corso obbligatorio in cui era impartito l'insegnamento della religione evangelica luterana (KRL). La GC si è incentrata sull'articolo 2 del Protocollo n° 1 (diritto all'istruzione) e ha riconosciuto la prevalenza del rispetto delle scelte dei genitori relativamente all'istruzione della prole nella scuola pubblica rispetto alla tutela della religione della maggioranza dello Stato norvegese. In questo caso la lesione della libertà garantita dall'art. 2 prot.1 discendeva dal carattere attivo del comportamento dello Stato, consistente nella previsione, nel piano di studi dei discendenti, di un insegnamento confessionale obbligatorio.



doveri di imparzialità e neutralità dell'Amministrazione, non traducendosi in un atteggiamento di preferenza per il cattolicesimo, ma nell'espressione di valori propri della tradizione culturale italiana, senza che potesse dirsi compromesso il principio di laicità dello Stato.

Proprio con riferimento alla nozione di laicità dello Stato, il Governo italiano eccepiva innanzitutto che, nel quadro europeo, non era possibile ravvisare un'interpretazione comune del concetto di laicità; in secondo luogo, la portata interpretativa del principio era particolarmente ampia e dunque un'interpretazione restrittiva, dai confini predeterminati ed avulsi dal contesto di riferimento, si sarebbe sostanziata nella negazione della legittima diversità degli approcci nazionali.

3. L'interpretazione dell'art. 2 prot. 1 CEDU ed argomentazioni della Corte.

A fronte degli argomenti proposti dalle parti, la Corte richiamava innanzitutto quella giurisprudenza costituzionale italiana che individuava e definiva il principio di laicità in termini di imparzialità ed equidistanza tra le diverse religioni, opinioni filosofiche, in ossequio ai principi di libertà ed uguaglianza⁷ tra culture conviventi.

In seconda battuta, la Corte poneva al centro dell'analisi l'art. 2 prot. n.1 CEDU, invocata dalla ricorrente, da interpretare sistematicamente con gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) e 10 (libertà di pensiero) della CEDU.

Nella recente giurisprudenza della Corte EDU⁸, la Corte aveva qualificato l'art. 2 prot. 1 come *lex specialis* in materia di educazione scolastica ed aveva statuito che esso obbligava gli Stati a formare le nuove generazioni ed a garantire l'insegnamento scolastico pubblico nel pieno rispetto delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori degli studenti.

L'istruzione, pertanto, deve essere ispirata a canoni di neutralità ed obiettività.

Nell'interpretare l'art.2 Prot. n.1 alla luce della giurisprudenza della Corte, si distingue una prima ed una seconda parte dell'articolo in questione.

La prima definisce il diritto di accesso all'istruzione pubblica, nel cui ambito viene fatto rientrare il rispetto del diritto dei genitori di educare i figli secondo le loro convinzioni religiose e filoso-

fiche. Lo Stato, nell'esercizio delle sue funzioni, è tenuto a tutelare tale diritto.

La seconda parte dello stesso articolo, invece, tutela il pluralismo educativo, inteso quale presupposto per la preservazione di una società democratica. Corollario della necessità di tutela del pluralismo educativo è il divieto di indottrinamento.

Nella sentenza qui in esame, la Corte sosteneva (§ 48) che lo Stato deve astenersi dall'imporre, anche in via indiretta, particolari messaggi filosofico-religiosi nei luoghi pubblici, soprattutto in quei luoghi, come gli istituti scolastici, in cui le persone, per la loro età, condizione, capacità critica in via di formazione, sono più vulnerabili.

La questione sottoposta all'attenzione di Strasburgo consisteva, dunque, nel verificare se lo Stato italiano, con l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, avesse o meno rispettato il diritto ad un'istruzione in senso pluralistico, conformemente alle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori, ex art. 2 prot. 1 CEDU.

Per esaminare il problema, la Corte teneva conto della natura religiosa del simbolo crocifisso nonché dell'incidenza di tale simbolo sui giovani discenti, nello specifico i figli della signora Lautsi.

Mentre il Governo italiano giustificava l'esposizione del crocifisso nelle aule sostenendo che esso era espressione anche di valori laici propri dell'assetto costituzionale ed assumeva un valore identitario della tradizione italiana, la Corte, pur riconoscendo la valenza polisemica del crocifisso, riteneva che il significato religioso doveva ritenersi preponderante.

Individuato il significato principale del simbolo, la Corte analizzava l'impatto che l'esposizione del crocifisso poteva esercitare sui figli della signora Lautsi.

Data la visibilità della croce nelle aule scolastiche, tale simbolo poteva qualificarsi come un *segno esterno forte*⁹, in grado, cioè, di incidere sulla sensibilità e sul pensiero critico dei discenti, così determinando la violazione della loro libertà negativa di religione, in un contesto di istruzione pubblica che deve essere improntato, secondo la Corte, alla neutralità confessionale.

⁷ La Corte richiama Corte Cost. 203/1989, in *Foro it.*, 1989, I, p.1133 e 508/2000, in *Foro it.*, 2002, I, 1985.

⁸ Corte CEDU, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danimarca*, 7 dicembre 1976, serie A n. 23, § 53.; v. anche Caso *Folgerø c. Norvegia*, *cit.*

⁹ Il riferimento della Corte è al caso *Dahlab c. Svizzera* (dec.), n. 42393/98, CEDU 2001 V, in cui si poneva la questione di bilanciare il diritto di un'insegnante di indossare il velo islamico, quale manifestazione della sua libertà religiosa, con i valori della tolleranza, rispetto degli altri e non discriminazione, da trasmettere agli allievi. Nel bilanciamento, la Corte ha ritenuto prevalente la tutela della sensibilità religiosa degli allievi e ha individuato nell'ostentazione del foulard islamico un *segno forte*, particolarmente evocativo, idoneo, all'interno di un contesto che doveva essere ispirato ed orientato alla laicità, ad incidere sulla coscienza degli studenti.

La Corte sosteneva, come accennato, che gli Stati hanno l'obbligo di astenersi dall'imporre, anche in via indiretta, credenze nei luoghi dove la personalità degli individui è particolarmente vulnerabile, come ad esempio negli istituti di formazione scolastica.

In definitiva, nella sentenza analizzata, l'esposizione del crocifisso veniva ritenuta contrastante con il pluralismo educativo, essenziale per la preservazione di una società democratica, così come concepita dalla Convenzione, e violava dunque l'art. 2 prot. 1 CEDU.

A chi scrive preme svolgere alcune minime considerazioni su alcuni nodi problematici del percorso argomentativo seguito dalla Corte nel 2009, rispetto ai quali maggiormente può essere apprezzata la distanza dal ragionamento della Grande Camera del 2011 sullo stesso caso.

In particolare ci si soffermerà sul significato del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche, sulla idoneità del simbolo ad incidere sulla formazione dei discenti, nonché sul rapporto sussistente tra l'esposizione del simbolo religioso ed il principio di laicità.

4. L'individuazione del significato del simbolo "crocifisso" ed incidenza del segno su chi lo osserva: critica della qualificazione come "segno esterno forte".

Coloro che propendono per la legittimità dell'ostensione del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche spesso tendono a "secolarizzarne la simbologia", facendo prevalere, sul significato prettamente confessionale, un significato "laico" del crocifisso, che rimanderebbe ai valori propri del patrimonio culturale ed identitario del Paese¹⁰.

E' innegabile che la tradizione cristiana abbia influenzato profondamente l'intera storia europea¹¹,

¹⁰ R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2008, p. 331

¹¹ Come da più parti si è sostenuto, non occorre, per apprezzare l'importanza del Cristianesimo nella costruzione dell'identità e della tradizione europea, scomodare Natalia Ginzburg, *Quella croce rappresenta tutti*, articolo apparso per la prima volta sul quotidiano *L'Unità* del 22.3.1988, secondo cui *Il crocifisso fa parte della storia del mondo. Per i cattolici, Gesù Cristo è figlio di Dio. Per i non cattolici, può essere semplicemente l'immagine di uno che è stato venduto, tradito, martoriato ed è morto sulla croce per amore di Dio e del prossimo. Chi è ateo, cancella l'idea di Dio, ma conserva l'idea del prossimo. Si dirà che molti sono stati venduti, traditi e martoriati per la propria fede, per il prossimo, per le generazioni future, e di loro sui muri delle scuole non c'è l'immagine. E' vero, ma il crocifisso li rappresenta tutti. Come mai li rappresenta tutti? Perché prima di Cristo nessuno aveva mai detto che gli uomini sono uguali e fratelli tutti, ricchi e poveri, credenti e non credenti,*

ma questa considerazione non può valere quale argomento giuridico idoneo a giustificare autonomamente la compatibilità dell'esposizione del crocifisso negli spazi pubblici con il principio di laicità.

In realtà, sostenere che la croce è espressione dell'identità del popolo italiano, di maggioranza cattolica, nonché espressione di principi di libertà, uguaglianza, tolleranza, e quindi compatibile con la laicità dell'istruzione pubblica, appare, piuttosto, argomento sostanzialmente elusivo del problema¹².

Altro è, infatti, l'individuazione del significato di un simbolo, stabilito convenzionalmente una volta per tutte, e che può essere soltanto riconosciuto dall'interprete, attraverso il segno esterno, altro, invece, l'esito di un'operazione interpretativa volta a giustificare la compatibilità col principio di laicità attraverso la rimodulazione ed alterazione del significato del segno stesso, in funzione del luogo in cui il simbolo risulta collocato¹³.

In altri termini, il significato del simbolo "crocifisso" è unico, ed esso può essere riconosciuto o non riconosciuto da chi osserva ed analizza il significante, ma non può essere modificato, distorto in funzione di elementi, circostanze e dati esterni e tantomeno può essere manipolato, nella prospettiva di chi lo interpreta, poiché la corrispondenza tra significato e significante è biunivoca e stabilita *a priori*, in via convenzionale.

La seconda opzione ermeneutica, nella misura in cui identifica il crocifisso con un simbolo di laicità, appare mistificante o, quantomeno non ortodossa, e finisce per strumentalizzare indebitamente il sentimento religioso. Vero è che nel messaggio evangelico è rilevante il peso del "Rendete a Cesare ciò che è di Cesare e a Dio ciò che è di Dio": tuttavia, assumere questo precetto come base della laicità di uno Stato implica comunque un vizio logico, consistente nel giustificare la neutralità dello Stato rispet-

ebrei e non ebrei e neri e bianchi, e nessuno prima di lui aveva detto che nel centro della nostra esistenza dobbiamo stabilire la solidarietà fra gli uomini.

¹²Cfr. Cons. St., parere n. 63/1988 del 27 aprile 1988, secondo cui, in un contesto non religioso, il crocifisso, connotandosi per i valori civilmente rilevanti (libertà, tolleranza, rispetto, solidarietà) *potrà svolgere, anche in un orizzonte laico diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata dagli alunni.* Il crocifisso viene dunque identificato con *il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa*, in *Dir. Eccles.*, 1990, 1, 324 con commento di L. ZANNOTTI, *il crocifisso nelle aule scolastiche.*

¹³ Per una diversa prospettiva, A.MUSTO, *L'ordinanza sindacale: fonte autoritativa legittimante l'ostensione di immagini sacre in luoghi pubblici? La simbologia religiosa: il polimorfismo funzionale nella variabilità strutturale*, in *Giur. mer.*, 12/2010, p. 3156 ss.



to al sentimento religioso proprio aderendo ad un messaggio particolare di un determinato credo.

Una simile interpretazione sovrappone altresì, indebitamente, i piani dell'ordine spirituale e temporale.

Il problema della individuazione del significato del crocifisso si è posto anche in altri ordinamenti. A titolo di esempio, in Germania si è presentata una vicenda analoga a quella italiana: in un regolamento per le scuole elementari bavaresi era prevista, dal 1983, l'esposizione obbligatoria del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche. Era stata richiesta la rimozione del crocifisso per violazione della libertà religiosa e del diritto di educare i figli in conformità agli orientamenti dei genitori. Nel 1995 la Corte costituzionale federale tedesca affermava *che la croce simboleggia una particolare religione e non è soltanto un'espressione di una cultura occidentale parzialmente costituita dalla cristianità*¹⁴.

Pertanto, attribuire al crocifisso il senso di insieme di valori della tradizione occidentale addirittura significherebbe *contraddire l'autocomprensione della cristianità e della Chiesa* e, quindi, come suggestivamente e forse iperbolicamente è stato detto, *profanare la croce* stessa.

L'analisi del problema deve essere chiaramente impostata con riferimento al significato preponderante (o, più correttamente, esclusivo) del crocifisso, ossia quello religioso, come non manca di osservare la Corte EDU, in risposta alle osservazioni del Governo italiano. Una volta chiarito ciò, potrà valutarsi l'impatto del crocifisso sulla sensibilità e formazione dei giovani discenti.

La Corte ha identificato nel crocifisso un *segno esterno forte*, suscettibile, cioè, di incidere effettivamente, anche se in via indiretta, sulla capacità critica degli allievi di una scuola pubblica.

L'espressione utilizzata rimanda al precedente caso *Dahlab contro Svizzera*¹⁵. Dal rinvio a quest'ultima vicenda discende, in prima battuta, un'equiparazione tra l'esposizione del crocifisso e l'ostentazione del velo islamico, con riferimento

all'idoneità del simbolo a penetrare la coscienza di colui che lo osserva.

Preme innanzitutto una precisazione: nel caso dell'esposizione di simboli individuali (velo) è in gioco il diritto all'identità personale, che non può essere compresso indebitamente dalla libertà di coscienza e religiosa altrui¹⁶. Diversamente, nel caso dell'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici, viene in questione il problema della non identificazione dello Stato con una confessione religiosa¹⁷.

In questa prospettiva, occorre verificare se l'esposizione del simbolo sancisca un *favor* dello Stato per una certa confessione e se tale atteggiamento sia in concreto lesivo (ed eventualmente in che termini ed entro quali limiti) delle libertà fondamentali garantite dalla CEDU ed invocate nel caso Lautsi.

Con riferimento al diritto dei genitori di educare i propri figli in modo conforme alle proprie convinzioni è possibile affermare che l'esposizione di un'immagine, di un oggetto, sia idonea ad interferire con la formazione critica dei giovani allievi di una scuola pubblica?

Altro è, in verità, il comportamento attivo¹⁸ consistente in un insegnamento obbligatorio, come emerso nel caso Folgerø; altro, invece, l'esposizione di un simbolo, che, di per sé, non comprime il diritto in questione, poiché non costa di un'attività di *indottrinamento*.

Ciò non implica che il crocifisso sia un simbolo "muto", ma semplicemente che la sua affissione alle pareti di un luogo deputato all'istruzione pubblica, improntata alla laicità, non integri un comportamento attivo, di indottrinamento dei discenti. Pertanto, non presentando alcun contenuto di "offensività materiale" apprezzabile, non potrà ravvisarsi in concreto una lesione del diritto sancito dall'art. 2 prot. 1 CEDU.

L'istruzione deve essere chiaramente laica e l'esposizione del crocifisso non incide direttamente sui contenuti dell'attività paideutica, bensì, come è evidente, attiene al luogo in cui l'insegnamento viene impartito.

L'*iter* argomentativo non può omettere di prendere in considerazione l'obiezione per cui stretto è il legame tra il luogo in cui viene svolta la funzione

¹⁴ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 16 maggio 1995, 1 BvR 1087/91 (Kruzifix-Urteil) secondo cui le disposizioni dello Stato di Baviera che imponevano l'affissione del crocifisso sono state dichiarate incostituzionali, per contrasto con l'art. 4 ABS ICC, in collegamento con l'art. 6 Abs. 2s I CC. Nella pronuncia si afferma che *la croce non può essere spogliata del suo specifico riferimento ai contenuti di fede del Cristianesimo ed essere ridotta soltanto a simbolo generico della tradizione culturale occidentale. Essa simboleggia il nucleo essenziale delle convinzioni della fede cristiana che il mondo occidentale ha espresso in modo diverso e molteplice ma che, comunque, non è condivisa da tutte le componenti della scuola, piuttosto è rifiutata da molti nell'esercizio del diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 4, comma primo, CC.*

¹⁵ V. *supra*, nota 9

¹⁶ Sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca G.MANGIONE, *Il simbolo religioso nella giurisprudenza recente del Tribunale federale costituzionale tedesco*, in *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa culturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna, 2005, p. 239 ss

¹⁷ B. RANDAZZO, *Diversi ed uguali – Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008., p. 118

¹⁸ Cfr *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, 7 dicembre 1976, serie A no 23; *Folgerø c. Norvegia*, *cit.*

didattica nella scuola pubblica ed il contenuto stesso dell'insegnamento: se e in che misura l'ambiente esterno condizioni la formazione della capacità critica dei giovani discenti, al punto da permettere l'identificazione tra ambiente esterno e contenuto della funzione didattica, è problema che richiederebbe competenze specifiche, che esulano dalla riflessione giuridica in senso stretto e che, in questa sede, sarebbero inevitabilmente un fuor d'opera.

Appare doveroso, invece, confrontarsi col problema della laicità della scuola pubblica con riferimento all'esposizione di simboli religiosi, analizzando la portata interpretativa del principio di laicità e le modalità attraverso cui assicurare una pari tutela ai differenti orientamenti religiosi o filosofici.

5. Eterogeneità dei modi di intendere il principio di laicità e criteri di tutela dei diversi orientamenti religiosi e filosofici nella scuola pubblica.

Il concetto di laicità, come noto, è suscettibile di interpretazioni differenti, in relazione ai diversi contesti culturali di riferimento¹⁹.

Esso assume una valenza concettuale poliedrica, poiché differenti sono le impostazioni teoriche che ne forgiarono la portata e ne definiscono i contenuti.

La portata interpretativa della laicità non è uniforme in Europa²⁰ e diversi sono i modi in cui il concetto viene declinato.

La laicità prosaicamente e sinteticamente definita "alla francese" si qualifica come tutela della sola libertà religiosa negativa, e pertanto si identifica con l'antireligiosità, ossia con il rifiuto di qualsiasi manifestazione del fenomeno religioso all'interno della sfera pubblica.

Tale concezione sconta inevitabilmente il suo tempo ed è stata messa in discussione nella Francia stessa²¹.

Con l'affermazione dello Stato democratico-sociale si è passati dalla tutela della libertà negativa alla necessaria tutela della libertà positiva, nell'orizzonte del pluralismo proprio delle società

multiculturali. Si mostra necessaria, dunque, l'adozione di una concezione "aperta" della laicità, sensibile alla diversità di opinioni religiose e filosofiche, anche ulteriori rispetto a quelle tradizionali, e rispetto alla quale s'impone il problema giuridico della definizione dei limiti del riconoscimento delle varie posizioni, al fine di garantirne una rispettosa coesistenza all'interno degli Ordinamenti.

L'esposizione di un simbolo, secondo certa dottrina²², comporterebbe sempre effetti *escludenti*. L'affissione di un simbolo di una religione di maggioranza costituirebbe una pressione nei confronti di coloro che non la professano e dunque escluderebbe le altre minoranze.

Assolutizzando il ragionamento, peraltro, si arriverebbe ad affermare che l'esposizione di qualsiasi simbolo finirebbe per escludere chiunque volesse rivendicare la libertà negativa di non identificarsi in alcuna religione, in base alle proprie convinzioni filosofiche.

Come emerge dalla giurisprudenza anche risalente della Corte EDU²³, nel bilanciamento tra diritti fondamentali (diritto dei genitori di educare i figli secondo le loro opinioni, diritto all'istruzione pubblica laica, libertà religiosa, positiva e negativa), la tutela non può accordarsi sulla base di criteri quantitativi, ossia assicurando una protezione superiore a coloro che professano la religione maggiormente rappresentativa nel tessuto sociale di riferimento.

La necessità di offrire protezione ai diritti delle minoranze confessionali in modo paritario rispetto alla tutela accordata alle maggioranze rinvia ad un concetto di laicità intesa quale neutralità ed equidistanza dello Stato nei confronti del fenomeno religioso, a prescindere dalla più o meno ampia diffusione dei vari convincimenti religiosi o filosofici e dalla loro rappresentatività all'interno della società.

Dovendosi necessariamente concordare sul punto, rimane tuttavia aperto il dibattito intorno alle modalità attraverso cui assicurare la pari dignità e tutela dei diversi orientamenti religiosi e filosofici nei diversi contesti nazionali, ove il problema della laicità è avvertito in modo eterogeneo.

Nella sentenza in esame, la questione sembrerebbe risolversi nella proposizione di un modello di laicità inteso quale neutralizzazione confessionale.

¹⁹ Sulla molteplicità di accezioni ed interpretazioni della laicità, G. FORNERO, *Laicità debole e laicità forte*, Milano, 2008, p. 237 ss.; G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità*, Torino, 1993

²⁰ S.FERRARI, *Laicità asimmetrica, Cristianesimo e religione civile in Europa*, in *Il Regno*, 2006, p. 206; Sui diversi approcci europei alla questione dell'esposizione di simboli religiosi negli spazi pubblici, C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010, p. 84 ss.

²¹ B. RANDAZZO, *cit.* p. 119; P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, n. 4/2006, p. 519 ss.

²² S. MANCINI, *La contesa sui simboli, laicità liquida e protezione della Costituzione*, in S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 153

²³ Cfr. *Valsamis c. Grecia*, 18 dicembre 1996, n. 76/1995/580/666; *Young-James-Webster c. Regno Unito ed Irlanda del Nord*, 13 agosto 1981, serie A no 23, in cui si sanciscono i doveri di neutralità ed imparzialità dello Stato rispetto al fenomeno religioso



6. Il margine di apprezzamento degli Stati in ordine alla declinazione del principio di laicità e la garanzia del pluralismo.

La proposizione di un modello univoco di laicità a livello europeo misconosce, in realtà, la profonda eterogeneità dei contesti nazionali.

In questa prospettiva, la valutazione di compatibilità tra l'esposizione di un simbolo religioso ed il principio di laicità dello Stato deve necessariamente tener conto del substrato culturale e delle peculiarità di ciascun Ordinamento.

Nella declinazione del principio di laicità, immune da qualsivoglia eco ideologica, appare coerente invocare quel margine di apprezzamento²⁴ che la Corte tradizionalmente riserva agli Stati nella definizione di questioni particolarmente delicate, come quelle emerse nella vicenda in esame.

La laicità non può tradursi nella negazione della diversità di valori, opinioni ed identità, quasi che la comunità scolastica sia un luogo asettico, ove possa essere impartita una istruzione idonea alla formazione dello spirito critico degli allievi soltanto nella misura in cui si neghi l'esposizione di qualsiasi simbolo religioso.

La neutralità che attiene al principio di laicità deve allora riguardare il metodo²⁵ dell'insegnamento e sostanzialmente nel confronto critico tra opzioni culturali e religiose, così da favorire il pieno svolgimento della persona umana. Tale metodo, volto a garantire appunto il pluralismo, non implica assolutamente la negazione delle identità individuali e comunitarie, ma deve incentrarsi sull'apertura reciproca tra culture eterogenee, nella prospettiva dell'*interculturalità*²⁶.

Ciò non determina automaticamente che l'alternativa percorribile, rispetto al caso analizzato, sia l'esposizione sincretistica, in una sorta di *pantheon* scolastico, di qualsiasi simbolo religioso, sulla base delle istanze di coloro che frequentano la singola comunità scolastica. (Peralto, anche in questa ipotesi, si potrebbe comunque obiettare che verrebbe lesa la posizione di coloro che desiderano e-

ducare i propri figli in modo conforme a posizioni di ateismo).

In questo orizzonte, il dibattito intorno alla laicità ed alla tutela delle libertà garantite dalla CEDU agli artt. 2 Prot. 1 e 9 CEDU dovrebbe incardinarsi sulla necessità di garantire l'istruzione pubblica e la libertà religiosa negli ambienti scolastici in un contesto di pluralismo culturale e confessionale²⁷, base della società democratica, assumendo come fine quello della libera esplicazione della personalità.

Che i valori religiosi, per la loro caratterizzazione identitaria, risultino più idonei a dividere che ad unire²⁸ risulta impostazione che chi scrive non sente di condividere. Se la porzione di società che popola la dimensione scolastica è multiculturale e multireligiosa, nell'ottica del pluralismo educativo è necessario che, attraverso la via del dialogo, si passi ad una dimensione interculturale ed interreligiosa. L'assenza di dialogo tra culture o religioni non tanto preserva dallo scontro, quanto, piuttosto, evita un vero e proprio confronto costruttivo, che dovrebbe ritenersi l'obiettivo principale del pluralismo confessionale. La coabitazione tra identità culturali, etniche e religiose non impone di relegare nell'ambito della sfera privata la riflessione sulle convinzioni religiose o filosofiche, nel percorso di formazione della coscienza individuale: se così dovesse avvenire, potrebbe realmente dirsi tutelato il diritto di ciascun individuo di esplicitare liberamente, all'interno della società, la propria personalità?

Lo sviluppo, nella formazione degli studenti, dell'approccio critico rinviene la sua cifra connotativa laddove esso abbia come sostrato una materia di dialogo: l'approccio critico ha necessariamente una struttura relazionale e non può prescindere da un effettivo oggetto di discussione nel confronto tra la pluralità di voci²⁹.

Sulla base delle considerazioni svolte, emerge dunque la necessità di modulare la tutela delle libertà garantite dalla CEDU, ed in questa sede richiamate, individuando la portata del principio di laicità alla luce del contesto culturale di riferimento e valorizzando adeguatamente, senza influenze di ordine ideologico, l'obiettivo di preservare il pluralismo. La laicità negativa, intesa quale eliminazione *tout court* di qualsiasi manifestazione del fenomeno religioso nei luoghi statali, sinteticamente ed impro-

²⁴ R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss; sulla negazione e lo "strappo" da parte della Corte EDU, nella sentenza in esame, del margine di apprezzamento, C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea*, cit., p. 31 ss.

²⁵ Sulla laicità intesa come metodo, v. la posizione di N. Bobbio, come rappresentata in A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in www.forumcostituzionale.it

²⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti negli ordinamenti*, Milano, 1992

²⁷ Sui rapporti tra laicità, pluralismo e democrazia, C. CARDIA, *Stato laico*, in *Enc. Dir.*, XLIII, p. 876; ID., *Pluralismo (diritto ecclesiastico)*, XXXIII, p. 989; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Dir. eccl.*, 1995, I, p. 383 ss

²⁸ In questo senso, R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 312

²⁹ Cfr. B. RANDAZZO, cit., p. 354, in cui l'A. evidenzia come il pluralismo trovi pieno significato soltanto in una effettiva conoscenza del diverso e non nella rimozione dell'eterogeneità, sotto l'egida di una neutralità soltanto apparente.



priamente spesso definita “alla francese”, mal si attaglia all’Ordinamento italiano ed alla complessità del suo substrato storico e culturale. Sia consentito, in questa prospettiva, concludere con Giorgio La Pira, secondo il quale *non esiste uno Stato agnostico: come si concepisce la realtà umana, come si concepisce la società, così si costruisce la volontà giuridica. Ora, se l’uomo ha questa orientazione intrinsecamente religiosa, senza una qualifica, ed allora, che significa Stato laico, se lo Stato è l’assetto giuridico della società? ... Non c’è Stato laico, non c’è Stato agnostico: non dobbiamo fare uno Stato confessionale ... , uno Stato, cioè, nel quale i diritti civili, politici ed economici derivino da una certa professione di fede; dobbiamo solo costruire uno Stato che rispetti questa intrinseca orientazione religiosa del singolo e della collettività e che ad essa conformi tutta la sua struttura giuridica e la sua struttura sociale*³⁰.

³⁰ Cfr. Atti Ass. Cost., seduta del 10 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, I, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, Roma, 1970, p. 305 ss., passo riportato da B. RANDAZZO, *cit.*, p. 127.



LA DECISIONE DELLA GRANDE CHAMBRE SUL CASO DEL CROCIFISSO NELLE SCUOLE ITALIANE.

Di Alessandro Errante Parrino
Dottorando in Diritto Privato Europeo

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. La sentenza della Cedu del 2009. 3. Il ricorso dell'Italia. 4. Diritto all'istruzione e libertà di religione nella CEDU. 4.1. Il valore fondante dell'istruzione. 4.2. Libertà di religione. 5. Il giudizio innanzi la Grande Chambre. 5.1 Principi di riferimento. 5.2. Valutazione dei fatti di causa. 6. Esposizione critica della ratio decidendi: la tecnica del bilanciamento. 6.1. Margine di apprezzamento dello stato. 6.2. Libertà dei genitori. 6.3. Esito del bilanciamento. 7. Le concurring opinions. 7.1. Opinione dei giudici Rozakis e Vajic. 7.2. Opinione del giudice Bonello. 7.3. Opinione del giudice Power. 8. La dissenting opinion. 9. Conclusioni.

Il 18 marzo 2011 la Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sul caso Lautsi e altri c. Italia a seguito del ricorso, proposto dallo stato italiano contro la sentenza della Camera semplice del 3 novembre 2009. Si tratta dell'ormai nota questione dell'esposizione del "crocifisso" nelle aule scolastiche.

1. Il fatto.

La Signora Lautsi ha due figli i quali nell'A.S. 2001/2002 frequentavano una scuola pubblica di Abano Terme; nelle aule di tale scuola era esposto un crocifisso, così come in tutte le aule delle scuole pubbliche italiane. La Sig.ra Lautsi riteneva che la presenza di tale simbolo religioso fosse in contrasto

con le sue convinzioni filosofiche e religiose, conformemente alle quali intendeva educare i suoi due figli.

Pertanto chiese all'assemblea dei rappresentanti della scuola la rimozione del simbolo; la rimozione fu negata da una delibera dell'assemblea stessa. Il provvedimento venne impugnato avanti al TAR di Venezia per contrarietà agli artt. 3 e 19 della Costituzione nonché all'art. 9 della Convenzione EDU. Il TAR sollevò questione di legittimità costituzionale¹,

¹ La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, trattandosi di norme regolamentari non suscettibili di un sindacato di legittimità costituzionale; Corte Cost., ord. 15 dicembre 2004, n. 389.



delle norme che dispongono l'esposizione², e successivamente ritenne legittimo il provvedimento, ravvisando, addirittura, un'immedesimazione tra il crocifisso e gli stessi valori della laicità previsti dalla Costituzione³. Inutile il ricorso al Consiglio di Stato che confermò⁴ il giudizio del TAR seppure in contrasto con l'orientamento corrente della Cassazione⁵.

2. La sentenza della Cedu del 2009.

Esaurite le istanze giurisdizionali interne, la Signora Lautsi fece ricorso *ex art. 34* Convenzione EDU alla Corte di Strasburgo lamentando da parte dello Stato Italiano la violazione degli artt. 2 del primo protocollo aggiuntivo e 9 della Convenzione stessa, relativi, rispettivamente, al diritto di educazione ed istruzione, ed alla libertà di coscienza, pensiero e religione. La "Camera", composta da sette giudici, ha ritenuto ammissibile tale ricorso ed esaminandolo nel merito si è espressa in favore della Signora Lautsi, dichiarando, con sentenza del 3 Novembre 2009⁶, che l'esposizione del crocifisso nelle

² Artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994.

³ TAR Venezia, 17 marzo 2005, n. 1110, § 11.9.

⁴ Cons. Stato, 13 febbraio 2006.

⁵ Cass., 1 marzo 2000, n. 4273 che aveva ritenuto in contrasto col principio di laicità e di imparzialità della P.A. la presenza dei crocifissi nei seggi elettorali ritenendo non punibile (per il reato di cui all'art. 108 d.p.r. 30.3.1957, n. 361, rifiuto ingiustificato di assunzione dell'ufficio pubblico) un soggetto che si era rifiutato di assumere tale incarico per la non conformità dell'ufficio stesso a tali principi a causa della presenza del crocifisso nella generalità delle aule adibite a seggio elettorale.

⁶ Caso LAUTSI c. ITALIA, 3 Novembre 2009, (CEDU – Ricorso 30814/06); http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/crocifisso_sentenza/

F.D. BUSNELLI, "Riflessioni sul problema del crocifisso nelle scuole", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009 fasc. 12, pt. 2, pp. 549 – 553;

aule della scuola pubblica comporta una violazione della Convenzione.

In sintesi⁷, il combinato disposto delle disposizioni relative alla libertà di religione, coscienza e pensiero, e al diritto all'educazione ed istruzione, in virtù, inoltre, dei principi elaborati dalla stessa Corte nei suoi precedenti implicano per lo Stato:

- L'obbligo di garantire il pluralismo nel contesto dell'istruzione.
- L'obbligo di neutralità e imparzialità nell'esercizio di poteri discrezionali rispetto alle convinzioni religiose dei cittadini.
- L'obbligo di astenersi dall'imporre credenze nei luoghi in cui le persone sono dipendenti da esso o particolarmente vulnerabili.

L'esposizione del crocifisso, nel caso di specie, avrebbe costituito, secondo la Corte, una restrizione incompatibile con tali obblighi, in ragione della "idoneità⁸" del simbolo ad influire sull'educazione e formazione dei minori⁹.

Dunque la Corte ha dichiarato che lo Stato Italiano è incorso in una violazione della convenzione.

3. Il ricorso dell'Italia.

Questa decisione del 2009 ha suscitato un ampio dibattito politico ma anche ideologico e culturale che ha coinvolto l'opinione pubblica italiana ed europea, così come il mondo della politica e gli ambienti religiosi¹⁰.

R. SAPIENZA, "Il crocifisso nelle aule scolastiche italiane: una questione ancora aperta", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010 fasc. 1, pp. 75 – 86.

⁷ Per una trattazione specifica del 1° grado su questa rivista: D. SCAFFIDI, "L'esposizione di simboli religiosi nella scuola pubblica: la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009 nel caso Lautsi contro Italia (ricorso n. 30814/06)".

⁸ Considerato "un segno esteriore forte" v. Dahlab c. Svizzera, n° 42393/98, CEDH 2001-V.

⁹ "le restrizioni sono incompatibili con il dovere dello Stato di rispettare la neutralità dell'esercizio dei pubblici poteri, in particolare nel campo dell'educazione" (Caso LAUTSI, cit., § 57 della sentenza).

¹⁰ "Strasburgo, no al crocifisso in aula. Il governo italiano presenta ricorso", *La Repubblica* 3 novembre 2009; «La Corte Ue boccia il crocifisso in aula», *Libero.it*, 04-11-2009; «Il crocifisso resterà nelle



Ai sensi dell'art. 43.1 della Convenzione, lo Stato Italiano ha presentato ricorso, affinché la Grande Camera potesse riesaminare il caso, in ragione dei "gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione" venuti in rilievo.

In particolare l'Italia rivendicava il proprio potere di scegliere le modalità organizzative degli ambienti scolastici e quindi di poter esporre il crocifisso, sostenendo che tale potestà rientrebbe nel margine di apprezzamento che la convenzione lascia agli stati. Nel merito il ricorso evidenziava la mancata valutazione del contesto europeo che, essendo eterogeneo, costituirebbe una ragione per ampliare la discrezionalità dello stato in questa materia. Inoltre il simbolo dovrebbe (a parere del governo) essere considerato "passivo"¹¹ e pertanto non idoneo ad incidere sulla personalità in formazione degli scolari sì da non concretare alcuna violazione. Ulteriori argomenti sarebbero costituiti dal valore "laico" del crocifisso, dai concetti di "Neutralità" e "Laicità" dello stato e dal pluralismo educativo e culturale garantito nelle scuole italiane.

Contro tali argomenti la Sig.ra Lautsi e i suoi due figli confermavano che l'esposizione dei crocifissi avrebbe costituito un'ingerenza illegittima nel loro diritto alla libertà di pensiero e di coscienza, e avrebbe violato il principio del pluralismo educativo attraverso l'espressione della preferenza dello Stato per una particolare religione in un luogo dove si forma la coscienza. Esprimendo quella preferenza, lo Stato avrebbe ignorato il suo obbligo di assicurare una protezione speciale per i minori contro ogni forma di propaganda o indottrinamento.

aule», Corriere della Sera, 06-11-2009; I Valdesi: via i crocifissi dalle aule scolastiche, La Repubblica, 28 agosto 2010; Stato e laicità – L'analisi "Una chiara lezione dalla Corte europea" www.moked.it; "L'Europa e il crocifisso." R. CONTI, in *Politica del diritto*, 2010 fasc. 2, pp. 227 – 284; Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso. S. BARTOLE, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010 fasc. 1, pp. 65 – 73; "Il crocifisso nelle aule scolastiche. Un illecito senza danno? Qualche riflessione in margine al caso Lautsi c. Italia.", L. MARATEA, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2010 fasc. 35, pp. 89 – 104.

¹¹ Il concetto di "simbolo passivo" è da leggere in relazione al caso *Dahlab c. Svizzera* (v. nota 8).

4. Diritto all'istruzione e libertà di religione nella CEDU.

Questo breve *excursus* sui fatti e sulle posizioni delle parti è propedeutico all'analisi della decisione della *Grande Chambre* ma deve essere completato dal riferimento alle disposizioni della Convenzione così come interpretate dalla Corte stessa.

Nel caso di specie è stata denunciata la violazione dell'art. 2¹² del primo protocollo addizionale alla CEDU – Diritto all'Istruzione – e dell'art. 9¹³ – Libertà di pensiero, di coscienza e di religione – della stessa Convenzione.

Il diritto all'istruzione comporta un obbligo per gli Stati contraenti (secondo periodo dell'art. 2) di rispettare, nell'esercizio delle funzioni che assumono nel settore dell'istruzione e dell'educazione, il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche¹⁴. In quest'ottica l'istruzione costituisce una specificazione della libertà religiosa dei cittadini che proprio attraverso la prima esercitano tale libertà. Da una parte, il genitore esercita la propria libertà religiosa educando il figlio secondo le proprie convinzioni. Dall'altra, il figlio ha una libertà "passiva": di ricevere quell'educazione religiosa che appartiene alle radici della sua famiglia; di determinarsi senza intrusioni indebite ed ingiustificate rispetto alla cultura propria del suo contesto di appar-

¹² Articolo 2 - Diritto all'istruzione

Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.

¹³ Articolo 9 - Libertà di pensiero, di coscienza e di religione

1 Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2 La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

¹⁴ Caso *Folgerø e altri c. Norvegia* [GC], (CEDU - n. 15472/02), 29 giugno 2007, § 84.



132 **4.1. Il valore fondante dell'istruzione.**

L'istruzione è diritto fondamentale ma soprattutto fondante del sistema della Convenzione; è sufficiente leggere il preambolo per rendersi conto di come i diritti umani, garantiti dalla Convenzione, siano un mezzo per coltivare, in tutti gli stati membri, la democrazia e il pluralismo e per realizzare la giustizia e la pace¹⁵. Il richiamo, inoltre alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo fa sì che l'istruzione non sia solo un diritto statico e precettivo, ma sia, in ragione dell'art. 26¹⁶ di tale dichiarazione, una norma dinamica e programmatica volta a proteggere le generazioni future da possibili indottrinamenti negativi che in dispregio dei diritti fondamentali di ogni uomo facciano sprofondare nuovamente l'umanità nella barbarie.

In questa direzione la giurisprudenza della CEDU è tassativa; in alcuni precedenti relativi all'inserimento di insegnamenti specifici¹⁷ o religio-

¹⁵ Caso *Refah Partisi, Erbakan, Kazan et Tekdal c. Turquie*, (CEDU - n. 41340/98 e 41342-4/98), 31 luglio 2001 (confermata dalla Grande Camera con sentenza 13 febbraio 2003).

¹⁶ Articolo 26

1. Ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare deve essere obbligatoria.

L'istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito.

2. L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace.

3. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta di istruzione da impartire ai loro figli.

(Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948).

¹⁷ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, (CEDU - serie A n. 23), 7 dicembre 1976, § 50-53; relativamente all'inserimento dell'educazione sessuale.

si¹⁸ nei programmi scolastici la Corte ha specificato che "il secondo comma dell'art. 2 implica che lo stato, nelle funzioni che assume riguardo l'educazione e l'istruzione, debba prestare attenzione al fatto che l'informazione e la conoscenza sia trasmessa in maniera oggettiva, critica e pluralista. Allo stato è proibito perseguire il fine dell'indottrinamento che potrebbe essere considerato non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. Questo è il limite che non deve essere superato¹⁹".

Da una parte "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno", e quindi lo stato deve garantirla a tutti; dall'altra parte, però, lo stato deve rispettare due limiti: le convinzioni dei genitori – e quindi le diversità e le minoranze – e il pluralismo e la critica intesi come parametri oggettivi nell'organizzazione del sistema educativo pubblico.

L'istruzione pubblica, pertanto, è portatrice di un bagaglio culturale unitario, quasi oggettivo ed assoluto, costituito dai diritti dell'uomo e dalle libertà fondamentali; contemporaneamente essa è portatrice anche delle diversità che sono tutelate da quegli stessi diritti ma che, dinamicamente, influiscono sul modo di intendere quei diritti in un relativismo culturale che inevitabilmente conduce alla revisione dei presupposti dei diritti stessi. L'istruzione è il mezzo per l'attuazione (o la revisione) dei diritti ed è uno dei presupposti per la giustizia e la pace.

La libertà di religione in questo contesto costituisce, quindi, un limite per lo stato nell'organizzazione del sistema dell'istruzione pubblica.

4.2. Libertà di religione.

Il *leading case* – tra i precedenti della Corte EDU in tema di libertà religiosa – è costituito dal caso *Refah Partisi, Erbakan, Kazan et Tekdal c. Turchia*²⁰, nel quale la Corte dovette valutare la compatibilità del sistema religioso e giuridico islamico relativamente alle norme della convenzione ed agli stessi principi europei di laicità. Si trattava di vagliare la legittimità dello scioglimento di un partito che promuoveva l'applicazione della *Charia* quale fondamento del sistema giuridico nazionale, sicché la Corte dovette bilanciare concretamente la li-

¹⁸ *Folgerø* (v. nota 14) e *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU- n. 1448-1404), 8 ottobre 2007, § 51 e 52.

¹⁹ Caso *Kjeldsen* (v. nota 17) § 53.2.

²⁰ V. nota 15.



bertà religiosa²¹ con esigenze di ordine pubblico, pluralismo, democrazia e pace sociale, e assumere un ruolo di supervisione e di equilibrio attraverso un'indicazione di carattere generale riguardante il principio di laicità.

Un altro caso rilevante è il caso Folgero²², relativo ad un'ipotesi di rispetto della libertà di religione con riferimento ai programmi di insegnamento nelle scuole pubbliche norvegesi. La Norvegia, stato di confessione luterana, prevedeva nei propri programmi scolastici un insegnamento di cristianesimo – religione – filosofia (c.d. KRL) e la c.d. “clausola di vocazione cristiana²³”; pertanto gli scolari soggiacevano a tali insegnamenti per i quali potevano fruire soltanto di una dispensa specifica, relativa al cristianesimo, attraverso un'apposita richiesta e una procedura gravosa. Riconosciuto il netto confessionismo dello stato Norvegese e l' idoneità degli insegnamenti in questione a realizzare un' indottrinamento degli scolari, la *Grande Chambre* ritenne legittimo il mantenimento di tali programmi nel sistema scolastico ma statuì per la necessità che dovesse essere prevista un' esenzione totale²⁴ il cui esercizio non fosse gravoso o tale da creare discriminazioni verso coloro i quali se ne volessero avvalere. In tal modo, la Corte, da una parte rispetta il confessionismo norvegese, dall'altra valuta in concreto la posizione dei singoli che non possono essere assoggettati ad un onere gravoso o a discriminazioni nell'esercizio della propria libertà²⁵.

Il principio che si delinea – specificato nel caso *Leyla Sahin c. Turchia*²⁶ - prevede la responsabilità degli stati di garantire, in maniera neutrale e in modo imparziale, l'esercizio delle diverse religioni, fedi e credenze. Il loro ruolo è quello di aiutare a *mantenere ordine pubblico, armonia e tolleranza religiosa in una società democratica*, in particolare tra gruppi opposti. In quest'ultimo caso regolamenti e leggi turche, statali ed universitarie, impedivano ad una studentessa della facoltà di medicina di partecipare alle attività universitarie indossando il velo. La Corte, di fronte alla necessità di bilanciare la libertà individuale della giovane e le necessità di mantenere un ordine pubblico e democratico, alle quali era connesso il divieto imposto dallo Stato turco, ritenne che la restrizione della libertà religiosa individuale, ma anche facente capo a quella parte della cittadinanza turca favorevole all'esposizione del simbolo, fosse da ritenere legittima in quanto rientrante nel margine discrezionale lasciato agli stati in ragione dei particolari interessi tutelati e del contesto sociale, politico e culturale della Turchia²⁷.

In relazione alla libertà delle donne islamiche di portare il velo la Corte si è pronunciata anche nel caso *Dahlab c. Svizzera*²⁸. Alla Sig.ra *Dahlab* veniva vietato di insegnare nella scuola elementare indossando il velo sicché si rivolse alla Corte per far rilevare la contrarietà di tale divieto alla propria libertà religiosa, tutelata dal succitato art. 9. Anche in questo caso la Corte dovette, però, bilanciare la libertà individuale della maestra con la posizione dei

²¹ Nel caso di specie la norma applicata fu l'art. 11 Cedu, relativo alla libertà di associazione. In ragione della commistione tra politica e religione propria degli ordinamenti islamici le due libertà vengono coinvolte contemporaneamente.

²² Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, cit.

²³ In base alla quale si esortavano le famiglie a cooperare con la scuola per dare agli allievi una educazione cristiana e morale che sviluppasse le loro capacità spirituali e psichiche e parimenti giovasse alla formazione di una buona cultura generale; M.G. BELGIORNO DE STEFANO, “*L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte Europea dei Diritti umani*”, in www.statoecheme.it

²⁴ Analogamente al caso Folgero, sul rispetto della libertà di religione nell'insegnamento e la necessità di esenzione; v. caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU – n. 1448/04), cit.

²⁵ Particolare rilievo assume la spaccatura in sede decisoria per la quale otto giudici votarono per l'eliminazione dell'intero programma che i nove restanti giudici ritennero legittimo seppure con l'introduzione del correttivo dell'esenzione totale.

²⁶ Caso *Leyla Sahin c. Turchia*, (CEDU – n. 44774/98), 10 novembre 2005.

²⁷ In particolare nel caso della Turchia, ad una declamata laicità corrisponde uno stato a grande maggioranza islamica, all'interno della quale esistono varie correnti distinte. Pertanto il fine perseguito dallo stato, di raggiungere una laicità effettiva ed un clima di pluralismo e tolleranza, si scontra con le spinte integraliste di alcuni partiti politici, con la conseguenza che consentire alle donne la scelta di indossare il velo in determinati luoghi eserciterebbe una pressione indiretta su quelle donne la cui scelta fosse diretta nella direzione opposta. Attuale è il dibattito nel paese su tale tema: nel 2007 il partito Apk ha ottenuto l'approvazione di una legge che consentiva alle donne di indossare il velo in pubblico e nelle scuole ed università, a fronte di un divieto di esposizione di qualunque altro simbolo religioso. La legge, nel 2008, è stata annullata da una pronuncia della Corte Costituzionale turca che l'ha ritenuta in contrasto con la laicità dello stato ed in particolare con l'art. 2 della Costituzione Turca.

²⁸ Caso *Dahlab c. Svizzera*, (CEDU – n. 42393/98), 15 febbraio 2001.



destinatari del suo insegnamento. Pertanto il velo fu ritenuto un “*segno esteriore forte*” in grado di incidere sulla formazione della coscienza di bambini in tenera età, sicché la restrizione fu ritenuta giustificata perché rientrante nel margine di apprezzamento che la convenzione lascia agli stati.

Da questo breve quadro emergono una serie di elementi:

- L’importanza del concreto contesto socio-culturale e democratico relativamente al quale la Corte effettua le sue valutazioni. I casi *Refah Partisi*, *Leyla Sahin* e *Hasan Zengin*²⁹ sono esponenti dell’importanza di tale contesto al punto che in tutti e tre i casi la Corte è stata costretta a legittimare la restrizione della libertà religiosa per salvaguardare il sovraordinato valore della democrazia e del pluralismo.
- Il rispetto della Corte per le diversità nazionali, affidate all’organizzazione interna. Nel caso *Folgero* non viene discusso il *favor* della Norvegia per una fede, non viene proclamato un modello di laicità valido per tutti gli stati.
- Il limite posto alla discrezionalità statale in virtù della libertà dei singoli. Sia il caso *Folgero* che il caso *Hasan Zengin* evidenziano che la Corte rispetta le scelte degli stati senza mai perdere di vista le posizioni dei singoli. Pertanto le scelte, confessionista per la Norvegia, laica per la Turchia, non sono poste in discussione dalla Corte ma vengono limitate attraverso il divieto di indottrinamento che gli stati non devono superare e che in concreto si attua attraverso l’esonazione dagli insegnamenti religiosi.
- Il limite che le libertà individuali si pongono reciprocamente. Nel caso *Dahlab* non è uno stato ad imporre una religione, bensì è un cittadino che nell’esercitare la propria libertà religiosa incide per la funzione esercitata sulla libertà altrui. La Corte in questo caso valuta la discrezionalità dello stato bilanciando le posizioni individuali sottese.

5. Il giudizio innanzi la Grande Chambre.

Venendo alla decisione in commento³⁰ occorre immediatamente rilevare che la *Grande Chambre*

²⁹ V. nota 24.

³⁰ Caso *Lautsi e altri c. Italia [GC]*, (CEDU – n. 30814/06), 18 marzo 2011.

procede ad una valutazione coerente al suo ruolo³¹; nel far ciò tiene conto delle norme della convenzione, dei principi sovraesposti, della decisione della Camera semplice³² e dei motivi dei ricorrenti,

La Corte EDU è un organismo che opera seguendo la logica del diritto internazionale in un contesto che non è quello, relativamente omogeneo, dell’Europa a 27, bensì quello del Consiglio d’Europa con 47 stati membri che presentano una eterogeneità e complessità notevoli. Pertanto la Corte deve mediare tra contesti politici, culturali, religiosi e democratici diversi, sicché spesso è preferibile trovare un “minimo comune multiplo” tra gli stati, che ne rispetti le diversità e scelte interne, piuttosto che cercare di imporre soluzioni ardite ma di difficile recepimento.

Del resto le stesse norme della Convenzione sono strutturate in un primo comma, che enuncia la libertà o il diritto che devono essere garantiti, ed in un secondo comma, che prevede la possibilità per lo stato di sottoporre la libertà o il diritto a restrizioni, purché ciò avvenga attraverso una legge e per finalità superiori specificamente individuate³³.

Pertanto nel fondare la propria decisione la Corte segue un ragionamento articolato al quale premette una serie di elementi:

- Le circostanze del caso³⁴.
- Il diritto e la pratica interni allo Stato italiano³⁵.

³¹ A. CASSESE, “*I diritti umani oggi*”, Laterza, 2007, p.107 ss.

³² Caso *Lautsi e altri c. Italia*, 3 novembre 2009, cit.

³³ In via esemplificativa art. 10.2: “*L’esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario*”. Analogamente il secondo comma degli artt. 8,9,11; Convenzione EDU, Roma 1950.

³⁴ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011) cit., § 10-16. V. § 1 nel presente testo.

³⁵ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011) cit., § 17- 25. La corte elenca le leggi che sin dallo Statuto Albertino hanno disciplinato la materia religiosa e scolastica in Italia, soffermandosi in particolar modo sul contrasto giurisprudenziale, in materia di esposizio-



- Il diritto e la pratica degli altri stati membri³⁶.
- Le norme della Convenzione.
- I precedenti interpretativi della stessa Corte³⁷.

5.1. Principi di riferimento.

Le premesse normative cui la Corte fa riferimento ai fini della decisione sono costituite dagli artt.³⁸ 2, del primo protocollo, e 9 della CEDU, nonché da tre precedenti della stessa Corte in materia di istruzione.

In base ai casi *Folgero*³⁹, *Kjeldsen*⁴⁰ e *Hasan Zengin*⁴¹, l'art. 2, che prevede il diritto all'istruzione, e l'art. 9, che tutela specificamente la libertà religiosa, vanno letti congiuntamente. In *Folgero c. Norvegia* si è rilevato un rapporto di specialità tra l'art. 2 (Prot. 1) ed il 9, per cui il ruolo attribuito agli stati dalla prima norma si tradurrebbe in un obbligo in capo agli stessi di rispetto della libertà religiosa dei genitori, conformemente alla quale questi ultimi hanno il diritto di educare i propri figli⁴².

Inoltre, la libertà di religione comprende la libertà di non professarne alcuna, sicché gli stati hanno un "obbligo di neutralità e imparzialità", che si traduce nella responsabilità di garantire l'esercizio delle diverse fedi religiose mantenendo al contempo "ordine pubblico, armonia e tolleranza religiosa in una società democratica, in particolare tra gruppi

ne di simboli religiosi tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione (v. nel testo § 1 e nt. 4 e 5).

³⁶ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011) cit., § 26-28. La Corte distingue: stati che vietano l'esposizione di simboli religiosi nelle scuole, quali Macedonia, Francia e Georgia; stati nei quali esistono previsioni espresse che ne disciplinano l'esposizione, quali Italia, Austria, Svizzera, alcune regioni della Germania, Polonia; stati nei quali simboli religiosi sono esposti senza un'espressa regolamentazione, quali Spagna, Grecia, Irlanda, Malta, San Marino, Romania. È presente, inoltre, un apposito richiamo alle pronunce giurisprudenziali di corti superiori o costituzionali di alcuni stati.

³⁷ Per questi ultimi due elementi v. § 4 nel testo.

³⁸ V. nel testo § 4, nt. 13 e 14.

³⁹ Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, cit.

⁴⁰ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, (CEDU - serie A n. 23), cit.

⁴¹ Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU – n. 1448/04), cit.

⁴² Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, § 84, cit.

*opposti*⁴³". Tuttavia il *rispetto* della libertà di religione individuale è lasciato ad un ampio margine di apprezzamento degli stati come testimoniano i precedenti sul ruolo della religione nei curriculum scolastici in base ai quali la pianificazione e programmazione di essi è di competenza degli stati e non spetta alla Corte sindacarne le scelte.

Ciò nonostante, l'apprezzamento degli stati incontra un limite, legato allo scopo che essi devono perseguire di salvaguardare la possibilità di pluralismo in materia di istruzione. Sicché ad essi è vietato "perseguire un obiettivo di indottrinamento che possa essere considerato come non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. Questo è il limite che gli Stati non devono superare⁴⁴".

5.2. Valutazione dei fatti di causa.

Nella valutazione dei fatti di causa la Corte esordisce ribadendo che anche l'organizzazione dell'ambiente scolastico è compresa tra le responsabilità degli stati in materia di educazione ed istruzione *ex art.* 2 (Prot. 1), sicché vige anche in tale ambito l'obbligo dello Stato di rispettare il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli in conformità con le proprie convinzioni religiose e filosofiche.

Inoltre, il crocifisso viene ritenuto un simbolo soprattutto religioso, contrariamente a quanto asserito dal governo italiano e dalla giurisprudenza amministrativa interna⁴⁵ che attribuivano ad esso significati culturali e costituzionali di laicità e tolleranza. Tuttavia ciò non implica necessariamente che l'esposizione di tale simbolo abbia avuto un'influenza sulla personalità dei giovani allievi, fatto che non è stato in alcun modo provato, bensì meramente asserito dalla ricorrente, e che potrebbe appartenere ad una sua mera percezione soggettiva; ciò non sarebbe sufficiente per rilevare una violazione dell'art. 2 (Prot. 1).

Proseguendo nella sua valutazione, la Corte riconosce la massima discrezionalità allo stato italiano nel perpetuare la tradizione di esporre i crocifissi nelle aule, sottolineando il contrasto giurisprudenziale interno⁴⁶ nel quale essa è ben lungi dal voler entrare. Tuttavia una tradizione nazionale non può violare i diritti previsti dalla CEDU, e il margine di

⁴³ Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, § 107, cit.

⁴⁴ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), § 62, cit.

⁴⁵ TAR Venezia, 17 marzo 2005, n. 1110; Cons. Stato, 13 febbraio 2006.

⁴⁶ Tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, v. nel testo, § 1, nt. 4 e 5.



apprezzamento statale si arresta innanzi all'obbligo degli stati di assicurare che l'educazione e l'insegnamento non vengano esercitati in modo tale da condurre ad un indottrinamento dei discenti⁴⁷.

Pertanto la decisione di esporre crocifissi nelle aule rientra nel margine discrezionale dello Stato, elemento rafforzato dall'assenza di un consenso europeo⁴⁸ in materia⁴⁹. Il compito della Corte è determinare se nel caso di specie sia stato superato il limite dell'indottrinamento.

Il fatto che le norme che dispongono l'esposizione⁵⁰ privilegino la religione di maggioranza non è sufficiente a dimostrare l'indottrinamento. Nei casi *Folgero e Hasan Zengin*, la Corte aveva ritenuto che perfino i programmi scolastici – che hanno una maggiore capacità di incidere sulla formazione degli alunni rispetto ad un simbolo – rientrassero nel margine di apprezzamento lasciato agli stati. Il crocifisso non può avere la stessa influenza di un discorso didattico; esso è ritenuto “simbolo passivo”. Tale ultima definizione è da contrapporsi a quella di “segno esteriore forte”, con la quale viene definito il velo nel citato caso *Dahlab*⁵¹, fatta propria dalla Camera nella sentenza di primo grado.

La sentenza del 3 novembre 2009 aveva equiparato il valore del velo e dei crocifissi in merito all'impatto che questi esplicavano sugli alunni, “crocifissi che non potevano non essere notati⁵²” all'interno delle aule.

La *Grande Chambre* non è d'accordo con tale approccio e distingue i due casi: nel primo, la Camera aveva valutato la libertà di indossare il velo nell'esercizio della funzione di insegnante, bilanciando la libertà di indossare il simbolo con le prerogative delle famiglie, con la laicità del sistema scolastico svizzero e nel merito con la tenera età dei bambini. Nel caso italiano, la predilezione verso la

religione cristiana va bilanciata con ulteriori elementi: “la presenza del crocifisso non è associata con l'insegnamento obbligatorio del cristianesimo⁵³”; “L'ambiente scolastico si apre in parallelo ad altre religioni”, non è stato vietato agli alunni indossare il velo islamico o altri simboli che hanno una connotazione religiosa, l'inizio e la fine del Ramadan sono spesso celebrati, l'insegnamento religioso facoltativo potrebbe essere organizzato per “tutte le confessioni religiose riconosciute”.

A ciò si aggiunge il fatto che “i ricorrenti non affermano che la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche aveva incoraggiato lo sviluppo di pratiche di insegnamento con una tendenza al proselitismo” e che i genitori mantengono il proprio ruolo di educatori dei figli conformemente alle proprie convinzioni.

Da tali elementi la Corte desume che è stato rispettato il margine di apprezzamento e che non vi è stata alcuna violazione, rimanendo assorbite le ulteriori asserite violazioni del principio di non discriminazione ex art. 14 CEDU.

6. Esposizione critica della *ratio decidendi*: la tecnica del bilanciamento.

L'argomentazione della *Grande Chambre* è esemplare di una modalità di ragionamento nella quale non sono possibili inferenze logiche univoche tra assiomi predefiniti ma è necessaria una continua topica delle premesse. A ciò si aggiunge il ragionare per principi e per fini. La tecnica argomentativa più appropriata diviene, così, quella del bilanciamento.

Tale bilanciamento, però, viene influenzato da almeno tre fattori.

1. La struttura linguistica propria di alcune norme della CEDU⁵⁴ prevede normativamente il bilanciamento, tra libertà individuali e finalità statali indicate dalla norma stessa, affidato all'apprezzamento degli stati, e che, in caso di asserita violazione, diviene oggetto del sindacato della Corte.

2. La struttura sistematica delle norme della Convenzione impone che queste siano interpretate conformemente ai fini superiori che con la stessa gli stati intendono perseguire; questi ultimi risultano indicati nel preambolo della Convenzione, nella Di-

⁴⁷ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), § 69, cit.

⁴⁸ Nel testo, § 5 nt. 36, è richiamato lo studio effettuato dalla Corte sulla pratica negli stati membri per ricostruire il contesto europeo e verificare l'esistenza o meno di un criterio univoco e condiviso nella tutela e bilanciamento delle libertà in questione. Criterio che non esiste data la varietà di posizioni, con il conseguente dilatarsi del margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri.

⁴⁹ L'argomento era stato sottolineato nel ricorso dello stato italiano; per il quale, v. http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/LAUTSI_ricorso_italia.pdf

⁵⁰ R.D. 26 aprile 1928; R.D. 30 aprile 1924, n. 965.

⁵¹ Caso *Dahlab c. Svizzera*, (CEDU – n. 42393/98), cit; v. nel testo § 4.2.

⁵² Caso *LAUTSI c. ITALIA*, 3 Novembre 2009, cit.

⁵³ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), § 74, cit.

⁵⁴ Come è stato rilevato in precedenza (§ 5), diverse norme hanno un primo comma, nel quale enunciano la protezione di diritti e libertà, ed un secondo, nel quale si consente agli stati di prevederne restrizioni per il perseguimento di fini determinati.



chiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, dagli stessi precedenti della Corte.

3. Il contesto interistituzionale, facente capo alla Convenzione, non è coeso; nel senso che gli stati si sono obbligati al rispetto dei diritti e delle libertà previsti nella CEDU senza che sia stata erosa la sovranità interna degli stessi, sicché, traducendo le norme generiche della CEDU in principi giuridici effettivi, che si consolidano nel suo *case-law*, la Corte svolge un ruolo “politico”, perché individua un *modus vivendi* dei diritti ai quali gli stati devono adeguarsi ma che deve confrontarsi con il contesto sociale di questi ultimi e con il rispetto della sovranità degli stessi.

Nella decisione *de quo*, il bilanciamento avviene tra il potere, attribuito al margine di apprezzamento dello stato, di organizzazione degli ambienti scolastici, anche prevedendo l'esposizione di simboli religiosi, e il diritto dei genitori degli alunni di educare i figli conformemente alle proprie opinioni religiose e filosofiche.

Il margine di apprezzamento dello stato incontra il limite dell'indottrinamento degli alunni. La Corte dimostra di rispettare la discrezionalità degli stati fino a tale limite. Il problema è capire in che modo tale limite possa concretamente essere individuato.

6.1. Margine di apprezzamento dello stato.

Come insegna Alexy⁵⁵, il bilanciamento tra principi non è univoco, in quanto il loro peso specifico varia in base ai loro presupposti di riferimento⁵⁶. La Corte individua i principi da bilanciare ed al contempo ne determina il peso valutandone il contesto.

Il margine di apprezzamento dello stato va valutato, secondo la Corte, alla luce del contesto europeo⁵⁷: l'assenza di un'omogeneità di vedute tra i vari paesi aderenti alla Convenzione determina un ampliamento della discrezionalità degli stati. La Corte non può sostituirsi agli stati, scegliendo un modello valido per tutti, il suo potere di ingerenza è ridotto rispetto a materie nelle quali la maggioranza degli stati condivide una posizione.

Anche l'assenza di un orientamento interno univoco incide nella valutazione della discrezionalità dello stato: la Corte EDU non può dirimere un con-

trasto giurisprudenziale interno, piuttosto ne prende atto ai fini della sua decisione⁵⁸.

Contribuisce ad ampliare il margine statale il confronto tra i precedenti della CEDU sui programmi scolastici⁵⁹ e la materia dei simboli religiosi. Rileva la Corte che, se è stato ritenuto rientrare nel margine di apprezzamento degli stati perfino l'inserimento della religione nei programmi della scuola pubblica, tanto più deve esserlo l'esposizione di simboli religiosi nell'organizzazione degli ambienti scolastici. A tal proposito il simbolo avrebbe un minore impatto sugli alunni rispetto al discorso didattico⁶⁰.

L'ultimo elemento, che rafforza le ragioni dello stato, è costituito dalla contrapposizione del crocifisso, quale “simbolo passivo”, al velo islamico, inteso quale “simbolo esteriore forte” (Caso *Dahlab*): erroneamente i due simboli erano stati equiparati dalla Camera, mentre la Corte li distingue, in modo tale che l'offensività della croce è sminuita dalla sua passività, contrapposta all'evidenza del secondo simbolo.

6.2. Libertà dei genitori.

Il contesto di valutazione dei principi da bilanciare viene completato sul fronte della libertà religiosa dei genitori. In particolare la Corte si interroga sulle ripercussioni che tale libertà – intesa quale libertà di educare i propri figli conformemente alle proprie convinzioni – subirebbe in seguito all'esposizione. A riguardo un ruolo fondamentale assume il contesto, sociale e democratico, nel quale viene perpetuata la condotta dello stato. Il confronto, in questa ipotesi, riguarda i precedenti relativi alla libertà religiosa in Turchia: l'annosa questione del velo (*Sahin*⁶¹), la costituzione di partiti islamisti (*Refah Partisi*⁶²) e l'insegnamento della religione islamica (*Hasan Zengin*⁶³). In tutti questi casi, la

⁵⁸ Favorevole alla legittimità dell'esposizione del crocifisso la giurisprudenza amministrativa tra cui Cons. Stato, 13 febbraio 2006, cit; *contra* Cass., 1 marzo 2000, n. 4273, cit.

⁵⁹ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, (CEDU - serie A n. 23), cit.; Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU - n. 1448/04), cit.; Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, § 84, cit.

⁶⁰ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), § 72, cit.

⁶¹ Caso *Leyla Sahin c. Turchia*, (CEDU - n. 44774/98), cit.

⁶² Caso *Refah Partisi, Erbakan, Kazan et Tekdal c. Turchia*, cit.

⁶³ Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU - n. 1448/04), cit.

⁵⁵ R. ALEXY, “Teoria dell'Argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica”, Giuffrè, 1998.

⁵⁶ Se (x), allora a è preferito a b; se (y), allora b è preferito ad a; v. R. ALEXY, cit.

⁵⁷ Caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), § 68, cit.



Corte ha valutato lo stato della democrazia turca ed il contesto sociale e culturale, nel quale il laicismo estremo adottato servirebbe a garantire un pluralismo minimo in una società che di fatto è caratterizzata da una maggioranza islamica, e che tende a soffermare le minoranze.

In particolare nel caso del velo la Corte ha ritenuto legittimo il divieto di indossare il simbolo nelle università e nelle scuole, imposto dallo stato, a tutela del pluralismo e della libertà di quelle donne che scelgono di non indossarlo, proprio perché il divieto toglie loro il peso di una scelta difficile in un contesto non pluralista, liberandole da indebite pressioni ambientali. Attraverso il divieto si tutela la libertà religiosa di tutti i cittadini.

Il confronto del contesto emergente in tali precedenti con il clima di pluralismo e tolleranza, presente nelle scuole italiane, evidenzia una diversità che deve necessariamente influire nella valutazione del caso. Il fatto che nelle scuole italiane non sia fatto divieto di esporre alcun simbolo religioso, che si festeggiano il *ramadan*, che sia consentito l'insegnamento di tutte le religioni, il generico clima di pluralismo, tolleranza e democrazia, sono tutti elementi che determinano una relativizzazione dei doveri imposti allo stato dalla convenzione.

A ciò si deve aggiungere il fatto che, seppure frequentando la scuola gli alunni subirebbero l'influenza del simbolo, i genitori mantengono nell'ambiente domestico ampi spazi per l'educazione dei figli conformemente alle proprie convinzioni.

6.3. Esito del bilanciamento.

Alla luce di queste considerazioni, l'affermazione della Corte, in base alla quale essa ha "il dovere di rispettare in linea di principio le decisioni degli Stati contraenti in queste questioni (...) a condizione che tali decisioni non portino ad una forma di indottrinamento", assume un contenuto effettivo fondato su una valutazione complessiva di esse.

In realtà le premesse di questa proposizione – così come determinate dalla Corte – ne snaturano il contenuto logico. In primo luogo, l'assenza di un consenso europeo ed interno dilata questo dovere di rispettare le decisioni degli stati; in sostanza il controllo cui la Corte si riconosce legittimata è minimo, essa non può che dare indicazioni generiche in assenza di un parametro oggettivo di riferimento.

In secondo luogo, il margine di apprezzamento riconosciuto agli stati in tali decisioni si dilata, a sua volta, in ragione della discrezionalità riconosciuta a

questi nei precedenti sui programmi didattici⁶⁴ e sui "segni esteriori evidenti"⁶⁵, che hanno individuato il limite dell'indottrinamento ben al di là della mera esposizione di un simbolo passivo.

Inoltre lo stesso concetto di *indottrinamento* viene relativizzato sulla base del *contesto pluralista ed inclusivo* del sistema scolastico e sociale italiano. Tale elemento diluisce l'indottrinamento. Nel senso che la Corte ritiene che non si sia raggiunto quel limite proprio perché il *contesto pluralista ed inclusivo* impedisce al simbolo di produrre effetti tali affinché si giunga ad un simile risultato. Possibilmente lo stesso simbolo esposto in un altro contesto avrebbe concretato una violazione che però in questo caso non vi è stata.

Si aggiunge, nel merito, il fatto che i ricorrenti non sarebbero riusciti a dimostrare oggettivamente che un indottrinamento vi sia stato.

Ad ogni modo la *ratio decidendi* scaturisce dalla lettura complessiva degli elementi prospettati e si apre, inoltre, a varie letture. Di certo la Corte ha scelto un ragionamento aperto a molteplici soluzioni, anche contrapposte nel risultato, purché coerenti con una valutazione adeguata dei vari elementi considerati.

7. Le concurring opinions.

Il ragionamento della Corte deve essere completato con le tre *concurring opinions*⁶⁶. Queste *opinions* sono parte integrante della decisione della Corte e rappresentano interpretazioni diverse che conducono al medesimo risultato. Esse possono influire sui casi successivi, divenendo *ratio decidendi* per ipotesi analoghe.

7.1. Opinione dei giudici Rozakis e Vajic.

L'opinione dei giudici *Rozakis* e *Vajic* si caratterizza per la precisazione dei termini del bilanciamento, in un'ottica meno diplomatica e più pragmatica rispetto a quella fatta propria dalla maggioranza dei giudici: al diritto dei genitori non viene contrapposto il potere discrezionale dello stato, bensì diret-

⁶⁴ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, (CEDU - serie A n. 23), cit.; Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU - n. 1448/04), cit.; Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, § 84, cit.

⁶⁵ Caso *Dahlab c. Svizzera*, (CEDU - n. 42393/98), cit.

⁶⁶ S. CASSESE, "Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente", in Quaderni di diritto costituzionale, 4/2009.



tamnte l'interesse ad esso sotteso, cioè il diritto di una parte dei cittadini italiani a vedere esposto il crocifisso, simbolo della loro religione e della loro tradizione culturale.

In assenza di un consenso europeo la Corte non può sostituire il legislatore; essa deve vagliare il comportamento degli stati alla luce dei doveri di *neutralità ed imparzialità*⁶⁷, necessari al mantenimento di armonia e tolleranza in una società democratica.

Secondo i due giudici l'esposizione del crocifisso viola indubbiamente quest'obbligo di neutralità e imparzialità, in quanto vi è una predilezione dello stato italiano per una confessione religiosa. Tuttavia, il ruolo della religione in Italia, il fatto che il crocifisso sia un simbolo passivo, il fatto che non vi sia un indottrinamento, il contesto educativo plurale, fanno sì che non sia rilevabile una violazione della convenzione. Il contesto neutralizza la violazione ed esemplifica un modello positivo di neutralità che non proibisce⁶⁸ ma consente⁶⁹.

7.2. Opinione del giudice Bonello.

L'opinione del giudice Bonello si segnala per alcune interessanti considerazioni: richiama il ruolo storico della chiesa nell'istruzione italiana e analizza separatamente la libertà di religione ed il diritto all'istruzione.

Espressione di una posizione filocattolica, Bonello ritiene che non ci sia stata né violazione della libertà religiosa, né del diritto di istruzione; questo in ragione della ritenuta inidoneità del simbolo ad incidere negativamente sugli scolari. In sostanza vi è un'adesione alle tesi del governo italiano⁷⁰, secondo la quale il crocifisso ha un valore non solo religioso e l'esposizione non è insegnamento e non è in grado di produrre un indottrinamento.

Il giudice prosegue il suo ragionamento con un *obiter* di importanza assoluta. Specificamente egli ritiene che, qualora il simbolo fosse considerato religioso, al pari della sua esposizione anche la rimo-

zione di esso produrrebbe una violazione dell'obbligo di neutralità dello stato. In tal modo il problema viene ricondotto dal piano dell'astrazione argomentativa finora osservato al piano brutalmente concreto della relazione tra maggioranza e minoranza.

Bonello compie la stessa operazione con riferimento al diritto dei genitori di educare i figli: qualora il simbolo si considerasse idoneo a ledere il diritto della ricorrente, il diritto di quest'ultima andrebbe bilanciato col diritto dei restanti genitori che fossero favorevoli all'esposizione.

7.3. Opinione del giudice Power.

Quest'ultima opinione concorrente fonda la legittimità dell'esposizione su un criterio fattuale, ritenendo che nel caso *de quo* non sia stata provata la lesione del diritto poiché si sarebbe trattato di una percezione soggettiva del ricorrente.

Ma l'opinione si segnala per la specificazione della nozione di neutralità data dalla Camera in primo grado. Il giudice Power ritiene che la neutralità consista nel "*rispetto per ogni punto di vista senza preferenza per alcuno*". Quindi si tratterebbe di un concetto inclusivo e non esclusivo, cui sarebbe coerente il pluralismo italiano.

8. La dissenting opinion.

La portata della decisione della *Grande Chambre* emerge nella sua integrità anche attraverso la *dissenting opinion* dei giudici *Malinverni* e *Kalaydjeva*, i quali hanno operato una diversa valutazione dei presupposti della decisione che li ha condotti ad un diverso risultato. Come per le *concurring opinions* si tratta di valutazioni che, sebbene non condivise dalla maggioranza dei giudici, potrebbero in casi futuri essere elevate a ragioni del decidere e meritano di essere esaminate.

I due giudici contestano il bilanciamento effettuato dalla Corte⁷¹ e l'utilizzo della tecnica del "margine di apprezzamento". In particolare, essi non ne condividono la ricostruzione e valutazione delle premesse.

Con riferimento alla ricostruzione del c.d. "consenso europeo" essi ritengono che la *Grande Chambre* non abbia considerato sufficientemente il valore della giurisprudenza delle corti supreme dei vari paesi europei⁷². La Corte Costituzionale tedesca, la Corte federale svizzera, la Corte Costituzio-

⁶⁷ Caso Folgerø e altri c. Norvegia, § 84, cit.

⁶⁸ Come avviene nel modello francese o turco, sistemi che hanno una laicità "esclusiva" in cui a tutti è vietato esporre simboli religiosi; v. C. CARDIA, "*Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam*.", San Paolo Edizioni, 2007.

⁶⁹ Il modello italiano in quest'ottica sembrerebbe avvicinarsi a quello canadese, nel quale vi è un pluralismo "inclusivo" che ammette l'esposizione di qualunque simbolo; v. C. CARDIA, cit.

⁷⁰ Per la giurisprudenza interna: TAR Venezia, 17 marzo 2005, n. 1110; Cons. Stato, 13 febbraio 2006;

⁷¹ V. nel testo § 6 - 6.3

⁷² V. nel testo § 5, nt. 36.



nale polacca e la Corte di Cassazione italiana, avrebbero consolidato un “principio di neutralità” degli stati; questo sarebbe il riferimento oggettivo da adottare e sul quale dovrebbe essere modellato il consenso europeo.

Tale principio implica un dovere, per gli stati, di creare un clima di tolleranza e rispetto reciproco tra i cittadini, che nel caso di specie si concretizza nell’obbligo positivo di rispettare il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni. Il punto è stabilire se tale principio sia stato violato, cosa che i due giudici ritengono sia avvenuta.

In primo luogo la neutralità (o laicità) dello stato è stata riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale italiana⁷³, che ha ritenuto l’ordinamento italiano “laico e pluralista”.

In secondo luogo i due giudici richiamano la giurisprudenza della Corte suprema del Canada⁷⁴, la quale ha posto l’accento sul fatto che non solo i programmi ma tutto il contesto, comprensivo dell’organizzazione degli ambienti scolastici, inciderebbe sulla formazione ed educazione degli alunni, essendo parte integrante di un sistema educativo pluralista.

Inoltre la posizione dell’Italia è aggravata dal fatto che la presenza del crocifisso è imposta a tutti gli alunni senza che siano previsti ambienti separati per coloro i quali praticano un’altra religione o non ne praticano alcuna. In casi di questo genere si realizza un’imposizione “senza via di scampo”⁷⁵. Già in precedenza, con riferimento ai programmi scolastici⁷⁶, si è osservato che la scelta degli stati di privilegiare l’insegnamento di una religione, viene ammessa se temperata dalla concessione di esenzioni a quei soggetti che abbiano maturato convinzioni diverse.

Un ulteriore aggravio è costituito dal fatto che gli scolari hanno una giovane età, nella quale non hanno ancora maturato una capacità critica, e dal fatto che è proprio nell’ambiente scolastico che si forma la loro coscienza; questo li rende particolarmente vulnerabili e rafforza l’obbligo dello Stato che deve essere adempiuto con maggior rigore. In quest’ottica il crocifisso viene ritenuto “segno este-

riore forte”⁷⁷ in quanto la sua presenza potrebbe indurre gli alunni a credere che esso sia espressivo di una presa di posizione dello stato e di una chiara predilezione per la religione di maggioranza.

I due giudici pongono a confronto l’esposizione del crocifisso con il velo islamico indossato dalla maestra nel caso *Dahlab*: “la presenza del crocifisso è in grado di ledere la libertà di religione ed il diritto all’istruzione degli scolari ad un livello maggiore rispetto al caso di un insegnante che indossi il velo islamico”. In particolare nel secondo caso, il velo sarebbe il risultato di una scelta individuale, espressione della libertà del singolo; nel primo, il crocifisso è invece imposto dallo stato che con la sua scelta veicola un preciso messaggio nei confronti degli utenti dell’ambiente scolastico.

Alla luce di queste considerazioni emerge una diversa ricostruzione e valutazione dei presupposti giuridici e dei fatti. Il margine di apprezzamento degli stati viene ridotto, in ragione della ricostruzione di un consenso europeo sul c.d. “principio di neutralità”; in ragione della mancata previsione di aule alternative a quelle col simbolo; in ragione della vulnerabilità degli alunni in formazione. Invece si amplifica il valore attribuito al simbolo: che viene ritenuto capace di veicolare una predilezione impositiva (e forse discriminatoria) dello stato; e che viene, rispetto al velo, ritenuto non giustificato dall’esercizio di un’ulteriore libertà individuale bilanciabile con il diritto di alunni e genitori.

9. Conclusioni.

La decisione della *Grande Chambre* si segnala per la complessità del quadro argomentativo attraverso il quale i giudici l’hanno assunta. Come è stato mostrato nei precedenti paragrafi, diversi sono gli elementi valutati per individuare la soluzione del problema e diverse sono le possibili interpretazioni da riferire agli stessi.

È evidente la difficoltà dei giudici di Strasburgo nel confrontarsi con una materia nella quale l’universo giuridico si incontra con la sfera teologica, ideologica, storica, culturale, sia degli stati che dei loro popoli. La ricerca di un consenso europeo sulla materia e la valutazione delle situazioni nazionali è chiaro indice della necessità della Corte di non assumere interamente su se stessa una scelta che dovrebbe maturare nella dimensione sociale e politica europea o quanto meno dei singoli stati.

Correttamente i giudici ritengono che i corollari di questa premessa siano: il riconoscimento agli sta-

⁷³ Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203.

⁷⁴ Supreme Court of Canada, *Ross vs New Brunswick School District no. 15*, § 100.

⁷⁵ German Constitutional Court, BverfGE 93, I I BvR 1097/91, 16 maggio 1995, § C (II).

⁷⁶ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, (CEDU - serie A n. 23), cit.; Caso *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, (CEDU - n. 1448/04), cit.; Caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, § 84, cit.

⁷⁷ *Caso Dahlab c. Svizzera*, (CEDU - n. 42393/98), cit.



ti del fatto che gli interventi in queste materie rientrano nel loro margine di apprezzamento e l'affermazione di un principio di neutralità, in base al quale essi non possono esercitare il loro margine oltre un limite che nel caso di specie è quello dell'indottrinamento. Questo limite è giustificato dalle finalità massime previste dalla convenzione, cioè la preservazione di una società democratica e del pluralismo in materia di istruzione ed educazione strumentale ad essa.

Quest'ultimo elemento sembra sia risultato decisivo nella soluzione del caso *de quo*. Infatti non appare convincente la distinzione, pur richiamata dalla Corte, tra il crocifisso ed il velo islamico del caso *Dahlab*; in proposito appaiono valide le argomentazioni contenute nella *dissenting opinion*, secondo le quali il crocifisso avrebbe un forte impatto proprio perché imposto dallo stato e quindi espressivo di un messaggio di preferenza pubblica e discriminante per le minoranze; come altrettanto valida è la considerazione che nell'ambiente scolastico si forma la coscienza dei giovani scolari che non hanno ancora maturato una capacità critica e non possono scegliere di sottrarsi alla situazione.

Pertanto, la giustificazione della sentenza si fonda principalmente sulla valutazione del clima di pluralismo e tolleranza presente nelle scuole pubbliche (festeggiamento del ramadan, libertà di indossare il velo, etc.) e più in generale sulla solidità della democrazia e del pluralismo nella società italiana.

In realtà quest'ultima valutazione, che è l'unica tecnicamente contenuta nella motivazione della sentenza, cela un bilanciamento, esplicitato solamente nella seconda *concurring opinion*⁷⁸, tra il diritto della Sig.ra Lautsi alla non esposizione del crocifisso ed il diritto della maggioranza cattolica della società italiana a mantenerlo; la Corte, nel celare tale conflitto, invero è coerente con la decisione di lasciare agli stati ed alle dinamiche sociali l'onere di trovare una soluzione, tuttavia essa perde l'occasione per proporre delle indicazioni utili a tal fine. Un passo in questa direzione avrebbe potuto innescare quel dialogo⁷⁹ con le alte corti nazionali utile alla definizione del consenso europeo.

In questa direzione vanno, invece, alcune indicazioni desumibili dalle *concurring opinion*: oltre alla citata necessità di bilanciamento tra maggioranze e minoranze⁸⁰, molto interessante è il principio di

neutralità come emerge nella prima⁸¹ e nella terza⁸² *opinion*. Specificamente tra la neutralità intesa in senso esclusivo, definita laicismo, in cui nessun simbolo religioso è consentito⁸³, e intesa in senso inclusivo, in cui tutte le religioni trovano spazio e tutti i simboli sono consentiti⁸⁴, si opta per quest'ultima.

Il fatto che la motivazione principale della sentenza si fondi non su considerazioni programmatiche ma su elementi pseudo-oggettivi rende la decisione coerente con la premessa posta dalla *Grande Chambre* di non sostituirsi agli stati nel compimento di scelte politiche e sociali, anche se (come si è cercato di argomentare in precedenza) tali elementi appaiono appena sufficienti e comunque non idonei a superare quelle valutazioni politiche che volevano essere evitate.

Ad ogni modo, la decisione appare equilibrata e certamente risolve il caso della Sig.ra Lautsi. Forse, invece, è eccessivo pensare che possa risolvere definitivamente il problema dei simboli religiosi nelle scuole o in altri luoghi pubblici, né in particolare la vicenda dei crocifissi. Di certo l'Europa multiculturale non aspetterà molto a riproporre problematiche nuove oppure le medesime ma con presupposti diversi; al vaglio di un nuovo caso, con nuove circostanze, sarà possibile verificare la coerenza e la validità dell'impianto argomentativo di questa sentenza.

⁷⁸ Nel testo § 7.2.

⁷⁹ G.VETTORI, Dialogo tra le corti e tecnica rimediabile, in *Persona e Mercato*, 4/2010, <http://www.personaemercato.it/persona-e-mercato-rivista-on-line/pm-4-2010/#more-550>

⁸⁰ Nel testo § 7.2.

⁸¹ Nel testo § 7.1.

⁸² Nel testo § 7.3.

⁸³ Come avviene nel modello turco o francese.

⁸⁴ Modello canadese, statunitense ed in parte italiano.



LA GIURISPRUDENZA SULLA NOZIONE DI *OPERATORE QUALIFICATO* NEI CONTRATTI DERIVATI

Di **Jacopo Mazzantini**
Avvocato

SOMMARIO: 1. La dichiarazione di “operatore qualificato” ex art. 31, co. 2, Regolamento Consob 11522/’98 (disciplina oggi abrogata dal Reg. Consob 16190/2007). – 1.1. La dichiarazione di “operatore qualificato” ex art. 31, co. 2, Regolamento Consob 11522/’98 – Le tesi della giurisprudenza di merito prima di Cass. 12138/2009. – 1.2. La tesi della giurisprudenza di legittimità (Cass. 12138/2009). - 1.3. La giurisprudenza di merito successiva a Cass. 12138/2009. - 1.4. Il profilo dell'operatore non qualificato. - 2. Obblighi che gravano sull'intermediario anche in presenza di un “operatore qualificato”.

1. La dichiarazione di “operatore qualificato” ex art. 31, co. 2, Regolamento Consob 11522/’98 (disciplina oggi abrogata dal Reg. Consob 16190/2007).

Con l’abrogazione del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, con effetto dal 02/11/2007 (data di entrata in vigore dell’art. 113, comma 7, del Regolamento Consob n. 16190 del 2007), si deve ritenere cessata l’efficacia dell’art. 31 Reg. Consob 11522/’98.

Gran parte del contenzioso giudiziale in corso in materia di strumenti derivati, tuttavia, ha ad oggetto l’interpretazione della norma sopra citata, perché relativo ad operazioni poste in essere quando il Reg. Consob 11522/’98 era ancora in vigore.

Per tale motivo, l’interpretazione dell’art. 31 cit. riveste tutt’ora grande interesse.

Ebbene, il Reg. Consob n. 11522/’98 (attuativo del d.lgs. 58/’98, c.d. TUF-Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione Finanziaria), al

primo comma dell’art. 31 disponeva: “nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30” (norme, queste ultime, che imponevano alle banche, in favore del cliente, nell’ambito dell’attività di intermediazione finanziaria, specifici obblighi informativi).

Così, invece, al secondo comma: “per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d’origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministra-



zione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Risulta evidente la *ratio* dell'art. 31.

L'ipotesi della non applicazione delle disposizioni indicate nel primo comma costituisce una fattispecie limitata a quei soggetti dotati di una competenza professionale nel settore dell'attività dei servizi di investimento e che consente loro di contrattare in modo più rapido ("scavalcando" la fase delle informazioni da fornire, di regola, ai clienti in via preventiva).

L'ultima parte dell'articolo 31, relativa a società e persone giuridiche, stabiliva che potevano dirsi operatori qualificati soggetti in possesso di quella specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.

1.1. La dichiarazione di "operatore qualificato" ex art. 31, co. 2, Regolamento Consob 11522/98 – Le tesi della giurisprudenza di merito prima di Cass. 12138/2009

La interpretazione della disposizione normativa ex art. 31, co. 2, Reg. Consob 11522/98 è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale.

A) La prima tesi

Un primo orientamento¹ riteneva la mera dichiarazione di "operatore qualificato", resa dal legale rappresentante della società, sufficiente ad esentare la banca dall'onere di verificare l'effettivo possesso della "specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari" (con con-

¹ Si vedano, in tal senso, Tribunale di Trento, 28 settembre 2006; Tribunale di Milano, 20 luglio 2006, n. 8969 e 15 ottobre 2008; Tribunale di Vicenza, 21 settembre 2007; Tribunale di Ancona, 14 febbraio 2007, n. 243; Tribunale di Novara, sent. n. 23/2007; Tribunale di Torino, sentt. 18 settembre 2007 nn. 5928-5930 e sent. 11 marzo 2008; Tribunale di Forlì, 11 luglio 2008; Tribunale di Cuneo, 9 febbraio 2009; Tribunale Catania, 13 febbraio 2009; Tribunale di Vicenza, 29 gennaio 2009; Corte di Appello di Venezia, 16 luglio 2008; Corte di Appello di Trento, 5 marzo 2009; Corte di Appello di Milano, 12 ottobre 2007, n. 2709, la quale ha statuito, altresì, che "non essendo richiesto dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 che la dichiarazione di essere operatore qualificato debba essere rilasciata con una scrittura separata, deve ritenersi valida ed efficace, rispetto alle operazioni di swap poste in essere successivamente, la dichiarazione contenuta nel contratto quadro".

seguente, automatica, disapplicazione degli articoli 27, 28, 29, 30, Reg. Consob 11522/98).

B) La seconda tesi

Altra parte della giurisprudenza², tuttavia:

- negava che la dichiarazione di operatore qualificato, di per sé (ossia non seguita da un obiettivo riscontro della competenza ed esperienza della persona giuridica), potesse sollevare l'istituto di credito dall'adempimento degli obblighi ex artt. 27, 28, 29, 30 del Reg. Consob 11522/98;

- richiedeva, affinché la persona giuridica potesse essere considerata "operatore qualificato" ex art. 31, Reg. Consob, l'effettivo possesso di specifica competenza ed esperienza richieste da tale norma.

- riteneva necessaria, dunque, la sussistenza di due requisiti: uno sostanziale (la specifica competenza ed esperienza) e l'altro formale (la dichiarazione del legale rappresentante).

1.2. La tesi della giurisprudenza di legittimità (Cass. 12138/2009)

Nell'ambito del suddetto dibattito della giurisprudenza di merito si è poi inserita la Corte di Cassazione, che, con la nota sentenza del 26 maggio 2009, n. 12138, ha così statuito: "*in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta, dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari -pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; Cass. 1662/73; 5025/81; 16127/102; 13212/06)- inducono a ritenere che esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.)- può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo all'investitore della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accer-*

² Così, Tribunale di Novara, n. 231/2007; Tribunale di Torino, 18 settembre 2007 nn. 5928-5930 e 11 marzo 2008; Tribunale di Vicenza, 29 gennaio 2009; Corte di Appello di Venezia, 16 luglio 2008; Corte di Appello di Trento, 5 marzo 2009.



tamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione".

La scelta della Suprema Corte appare equilibrata e fornisce due spunti di riflessione.

Innanzitutto, vi si ricavano, *a contrario*, un elenco di circostanze che sembrerebbero idonee, una volta dimostrate, a smentire e togliere valore alla dichiarazione ex art. 31, Reg. Consob 11522/98³.

In secondo luogo, la Cassazione sembra indicare come necessaria la sottoscrizione specifica, da parte del legale rappresentante, della dichiarazione di cui all'art. 31, Reg. Consob 11522/98⁴. Non si parla, genericamente di documento (contenente la dichiarazione) da sottoscrivere; è la dichiarazione, dunque, che sembra debba risultare specificamente sottoscritta. La circostanza non è affatto irrilevante, dal momento che alcuni istituti di credito, talvolta, hanno scelto di inserire la dichiarazione di operatore qualificato all'interno del testo del c.d. contratto quadro (ad es. contratto di custodia amministrazione e negoziazione titoli). In tali casi (e sempre seguendo la ricostruzione interpretativa sopra prospettata), sembrerebbe necessaria la doppia sottoscrizione da parte del cliente (del contratto in generale e della

3 Corte di Cassazione, sent. 26 maggio 2009, n. 12138: "Nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale ... graverà su chi detta discordanza, intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente". "Nel caso di specie, dalla sentenza impugnata si evince che la società attrice, a fronte della propria dichiarazione di essere un operatore qualificato..., non ha fornito alcun idoneo elemento di prova in ordine all'esistenza di circostanze che consentissero di escludere tale sua competenza ed esperienza nel campo delle operazioni in valori mobiliari, ed alla conoscenza o conoscibilità di tali circostanze da parte della banca intermediaria. Al contrario, la Corte di appello di Torino... ha accertato che la società A., per il peso economico-commerciale rivestito sia sul mercato nazionale, che su quello internazionale (in relazione al quale, per il compimento di operazioni in valuta straniera, era necessario adottare cautele contro i rischi di cambio), per il volume di affari registrato, per le persone ed i mezzi di cui disponeva, doveva ritenersi a conoscenza delle regole che disciplinano il mercato dei valori mobiliari e consapevole dei rischi a cui operazioni come quella conclusa potevano esporre, così da poter essere considerata un operatore economico qualificato".

4 Cfr. Corte di Cassazione, sent. 26 maggio 2009, n. 12138: "la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, ...; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo"; "la semplice dichiarazione, sottoscritta, dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari".

dichiarazione di operatore qualificato, pena l'inefficacia della dichiarazione ex art. 31, Reg. Consob 11522/98).

1.3. La giurisprudenza di merito successiva a Cass. 12138/2009

In perfetta linea di continuità con tale pronuncia della Cassazione sembrano porsi le sentenze emesse successivamente dalla giurisprudenza di merito⁵.

In particolare, attenendosi ai criteri indicati dalla Suprema Corte, il Tribunale di Udine, nella sentenza del 13/04/2010, ha accolto la domanda di una società nei confronti della propria banca, ritenendo che la prima avesse dimostrato di non possedere la competenza ed esperienza dichiarata in contratto e che tale condizione fosse conoscibile dall'istituto di credito sulla base della documentazione in suo possesso ("la ricorrente ha provato in particolare ... che la società ed i suoi soci non avevano mai operato (se non in un'unica, quasi contemporanea, analoga operazione con altro istituto, di per sé non rilevante, v. Cass 24/6/2008 n. 17341) in strumenti finanziari di alcun tipo e tanto meno in strumenti derivati; che, proprio in occasione della sottoscrizione del contratto quadro e degli ordini, i soci avevano ripetutamente chiesto (così dimostrando di non essere a conoscenza di quanto stavano sottoscrivendo) informazioni al funzionario B.A. sulla natura delle operazioni in questione, ottenendo quale risposta, in termini del tutto fuorvianti, l'assoluta mancanza di rischio; che tali operazioni erano state proposte alla ricorrente dallo stesso funzionario dell'istituto convenuto").

1.4. Il profilo dell'operatore non qualificato

Sulla base di quanto sopra riferito, affinché una persona giuridica possa essere ritenuta "operatore non qualificato" occorre che sussista il maggior numero delle seguenti circostanze:

a) che tale persona giuridica rivesta un peso economico-commerciale sul mercato nazionale (per non parlare di quello internazionale) modesto e presenti un volume d'affari limitato;

b) che la medesima non abbia effettuato in precedenza operazioni finanziarie speculative e, in particolare, in strumenti derivati;

5 Cfr. Tribunale di Verona, 3 marzo 2010; Tribunale di Udine, 13 aprile 2010; Tribunale di Bari, 15 luglio 2010; Tribunale Catanzaro, 30 novembre 2010; Tribunale Torino, 31 gennaio 2011; Tribunale di Milano, 19 aprile 2011.



c) che alle proprie dipendenze non vi sia alcuna figura di riferimento responsabile delle operazioni finanziarie;

d) che sia del tutto estranea al mercato finanziario e priva di conoscenze circa le regole che disciplinano tale mercato;

e) che i propri soci possiedano un livello di istruzione non elevata e/o una conoscenza ed esperienza minima in materia di strumenti finanziari.

2. Obblighi che gravano sull'intermediario anche in presenza di un "operatore qualificato"

Come ha precisato il **Tribunale di Milano**, nella recente sentenza del **19 aprile 2011**, *"La sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato prevista dall'art. 31 reg. Consob 11522/98, la quale esclude l'applicazione degli articoli 27, 28 e 29 del regolamento, non può valere ad escludere anche l'applicazione dei principi contenuti nell'art. 21 del TUF, principi aventi carattere imperativo e dettati non solo nell'interesse del singolo contraente ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari ... ed altrettanto dicasi con riguardo all'art. 26 del regolamento ..."*.

Il Tribunale di Milano, del resto, non ha fatto altro che uniformarsi alle linee guida tracciate dalla **Consob**, la quale aveva in precedenza dichiarato: *"Nel caso il cliente sia un investitore qualificato, l'intermediario che presti i servizi di investimento ad un operatore qualificato non può ritenersi esonerato dal rispetto dei criteri generali stabiliti dall'art. 21 del t.u.f, tra cui l'obbligo di adottare comunque comportamenti ispirati a diligenza, correttezza e trasparenza e di alcune regole generali di comportamento fissate nel regolamento Consob (tra cui l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti e dei prodotti offerti, adeguato al tipo di prestazione da fornire)"* (Audizione pubbl. in *Banca borsa tit.cred.*, 2005, 1, p. 228).

A norma dell'art. **art. 21 TUF**:

"1. Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;

b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;

c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;

d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;

e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati".

L'art. **26 del Reg. Consob 11522/98** precisa, a sua volta:

"1. Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare:

a) operano in modo indipendente e coerente con i principi e le regole generali del Testo Unico;

b) ...; c) ...; d) ...;

e) acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire;

f) operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore".

Emerge come l'intermediario finanziario debba, in ogni caso, preventivamente acquisire una conoscenza approfondita degli strumenti finanziari che si trova ad *"offrire"* (secondo quella particolare diligenza richiesta dalla normativa di settore). Ciò, anche al fine di poter valutare se lo strumento finanziario intermediato corrisponda effettivamente alle finalità che il cliente abbia manifestato di perseguire.

Sul punto, giova richiamare nuovamente le parole del **Tribunale di Milano (sent. 19 aprile 2011 cit.)**: *"il dovere di professionalità dell'intermediario che deve curare in modo particolare l'interesse del cliente ad ottenere un prodotto effettivamente adatto alle proprie esigenze e che non procuri, invece, effetti negativi o dannosi ... trova la propria fonte nell'articolo 21, comma 1, lettera a) del TUF, che richiama la diligenza e la correttezza, nonché nella lettera e) della stessa norma, la quale fa riferimento alle procedure e risorse volte ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e quindi, in definitiva, alla professionalità. Si tratta di doveri di diligenza e professionalità che scaturiscono dall'articolo 21 del TUF e che, come tali, costituiscono norme imperative di settore ma che, a ben vedere, sono espressione del generale principio di buona fede oggettiva proprio del diritto generale dei contratti, principi sui quali non incide minimamente l'esclusione degli adempimenti previsti dagli articoli 27, 28 e 29 del regolamento Consob 11522/98. La correttezza (o buona fede in senso oggettivo) rappresenta in questo caso un metro di comportamento*



per i soggetti del rapporto (e di valutazione per il giudice), il cui contenuto non è a priori determinato in quanto necessita di un'opera valutativa di concretizzazione in riferimento agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico e che dovrà essere compiuta alla stregua dei valori riconosciuti dall'ordinamento a livello costituzionale, quali solidarietà sociale, libertà di iniziativa economica e tutela del risparmio" (nel caso di specie, il Tribunale di Milano ha ritenuto la banca responsabile per violazione degli artt. 21 TUF e 26 Reg. Consob 11522/98 per avere, innanzitutto, proposto al cliente strumenti derivati inadeguati a soddisfare l'esigenza "di copertura" manifestata dallo stesso cliente "proprio per la limitata copertura che garantivano e per la componente speculativa tendente a fabbricare nuovi e dirompenti rischi").

In definitiva, anche laddove si fosse in presenza di un cliente-*"operatore qualificato"* ex art. 31, co. 2, Reg. Consob 11522/98 (e, conseguentemente, non sussistessero gli obblighi di cui agli artt. 27-28-29-30, Reg. Consob cit.), non verrebbero, comunque, meno gli obblighi ex art. 21 TUF, nonché 26 Reg. Consob 11522/98 e l'accertamento della loro violazione, da parte dell'intermediario, potrebbe determinare, di per sé, la condanna di quest'ultimo al risarcimento dei danni lamentati e dimostrati dalla società-cliente per effetto di una o più operazioni finanziarie.



ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO E TRATTATO DI LISBONA: SINTESI CRITICA DI UN SEMINARIO FIORENTINO¹.

| 147

Di Antonio Musto

Dottorando in Diritto Privato Europeo Sum-Università Firenze

SOMMARIO: 1. L'economia sociale di mercato, diagnosi del presente con uno sguardo al passato. - 2. I profili identitari del mercato nel pensiero ordoliberal e nell'economia sociale. - 3. Il sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva" nel Trattato di Lisbona. La scuola di Friburgo ed il modello di Chicago. - 4. La crisi dei mercati finanziari: un'analisi economica e giuridica. - 5. The close reading del Trattato di Lisbona: il ruolo dell'interpretazione e della traduzione fra significante e significato. La leva metodologica dell'assiologia. - 6. Concorrenza e garanzie sociali in Europa: un bilanciamento possibile?

1. L'economia sociale di mercato. Attualità del presente con uno sguardo al passato.

Fra eredità del passato e prospettive giuridiche di divenire², nella cornice del Trattato di Lisbona riveste interesse giuridicamente rilevante la formula "economia sociale altamente competitiva", contenuta nel nuovo art. 3, comma 3, Tue, (*ex art. 2 Tue*) a te-

nore del quale "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente".

Il sintagma "economia sociale di mercato"³ - "Soziale Marktwirtschaft" risale storicamente ad un progetto di economisti e di giuristi di formazione

*All'Amico G. De Mita, "idealità inverata di cultura, valori e categorie di ragionamento".

¹ Il presente saggio trae spunti riflessivi dagli interventi dei Prof.ri: G. Vettori (par. 1); M. Libertini (par. 2); M. Maugeri (par. 3); A. Petretto (par. 4); P.G. Monateri (par. 5); C. Salvi (par. 6), tenuti in occasione del Convegno "Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona", Istituto Scienze Umane (SUM), Firenze, 14 marzo 2011.

² La spirale temporale del diritto, dalle eredità del passato ad un presente che si va facendo futuro, nella magistrale visione "pregnativa" dell'Emerito Prof. P. GROSSI, *Il diritto civile fra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi. Scienza giuridica privatista e fonti del diritto - Quaderni del diritto privato* - M. LOBUONO (a cura di), Bari, 2009, 29. La contemporaneità del civilista, fra nichilismo, storicismo, valori e la crescita del bisogno di Europa, in G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 9 e ss.

³ Si deve a A. MÜLLER-ARMACK, *L'economia sociale di mercato*, in A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzept zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1976, traduzione di C. FORTE - l'utilizzo dell'espressione «economia sociale di mercato». Attraverso tale formula intese «collegare, sulla base dell'economia della concorrenza, la libera iniziativa con un progresso sociale assicurato proprio attraverso le prestazioni dell'economia di mercato», in A. MULLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, (ora in) Id., *Wirtschaftsordnung und irtschaftspolitik*, Haupt, Berna-Stoccarda 1976, 245.



liberale-cristiana, presso la Scuola di Friburgo⁴, intorno agli anni quaranta, sul finire della prima metà del secolo scorso⁵.

Il progetto della Scuola di Friburgo ipotizzava un modello socio-economico - definito poi successivamente la "terza via"⁶ fra liberismo e collettivismo⁷, fra *laissez-faire* ed il socialismo puro, nell'aspirazione di un "umanesimo economico"⁸ -

⁴ Il nucleo delle teorie della Scuola di Friburgo venne espresso nella raccolta di scritti di F. BOHM-W. EUCKEN-H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto di "Ordo" del 1936*. Introduzione a *Ordnung der Wirtschaft*, pubblicazione n. 2, W. Kohlhammer, Stoccarda-Berlino (1936), in F. FORTE-F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010. Sul pensiero della Scuola di Friburgo e sulle teorie ordoliberali, cfr. W. MÖSCHEL, "The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy" in *JITE*, vol 157 (2001), n. 1, 1 e ss.

⁵ Sull'impatto della scuola ordoliberale nello scenario europeo, immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale, D. J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42 (1994), n. 1, 25-84. Subiscono l'influenza del pensiero della Scuola di Friburgo, in Italia, P. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, 69; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 44 ss. R. MICCÚ, "Economia e Costituzione": una lettura della dottrina giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo: Pubblico-Privato. L'evoluzione del rapporto*, 1996, 243.

⁶ W. Röpke ipotizza una "terza via fra liberalismo e collettivismo" in *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)* (trad. it. E. Pocar, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano, 1947, 16 e in particolare 35). Questa opera è parte della grande trilogia di Röpke, pubblicata fra il 1942 e il 1945, della quale fanno parte *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart (1942)* (trad. it. *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma 1946), *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)*, cit., e *Internationale Ordnung (1945)* (trad. it. *L'ordine internazionale*, Milano 1946). Il pensiero di W. Röpke, in L. EINAUDI, *La civitas humana di Wilhelm Röpke*, in L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di storia economica*, 1942, 2, 50-53.

⁷ Il crollo del collettivismo viene ricondotto da W. Röpke - in *La crisi del collettivismo*, Firenze, 1951, 59-68-73 - al fatto che esso «costituisce la strada che porta ad un precipizio, alla negazione della libertà, alla discordia internazionale, alla paralisi ed al disordine dell'economia»(59). La seconda accusa «era che il collettivismo è contrastante con una comunità internazionale»(68). Infine la terza obiezione è «il collettivismo aggiunge alla distruzione dello stato di diritto e della comunità internazionale anche quella dell'economia come sistema di forze ordinarie e stimolatrici» (73).

⁸ «Il principio individuale nel nocciolo dell'economia di mercato deve essere controbilanciato, entro la cornice, dal principio sociale umanitario, se vogliono che entrambi sussistano nella nostra società moderna e se nello stesso tempo vogliamo vincere i pericoli mortali della riduzione a massa e proletariato» W. RÖPKE, *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)*, cit., 38. La teoria dell'"umanesimo economico" di W. Röpke penetrò anche Italia, influenzando, fra

che si basava, al di là delle formule declamatorie, su una preoccupazione: trovare un equilibrio fra i meccanismi del mercato ed i diritti della persona, una coesione sociale che potesse consentire uno sviluppo coerente, ordinato, equilibrato dell'economia e della società nel suo complesso.

I principi che in quella occasione furono espressi in maniera chiara erano sostanzialmente due: le dinamiche di mercato fondate sulla concorrenza, quale motore dello sviluppo, da garantire ed assicurare in contrapposizione al collettivismo, al dirigismo dell'economia da parte dello Stato; l'intervento dello Stato in termini di fissazione preventiva degli obiettivi fondamentali di politica sociale nonché in termini di correzione autoritativa dei fenomeni distorsivi del funzionamento del mercato, come la formazione di monopoli⁹, cartelli, intese inevitabili in un mercato concorrenziale lasciato a se stesso.

Emergeva il convincimento che l'idea archetipica di mercato¹⁰ non poteva essere ridotta nella chiusa accezione di *locus* di competizione, di crescita spontanea, di creazione autonoma di regole¹¹.

accoglienza e revisioni critiche, il pensiero di Luigi Einaudi e Francesco Vito. In particolare, L. Einaudi - in *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di storia economica*, n. 1, 1942, 49-72 - condivise la teoria della concorrenza come motore dell'economia e la teoria degli interventi conformi all'ordine di mercato. Francesco Vito - in *Liberalismo, collettivismo e dottrina sociale cattolica*, in *Vita e Pensiero*, 1947, 12, 715 - mosse, invece, rilievi di stringente criticità. L'attualizzazione del pensiero di W. Röpke, in una chiave post-moderna, in A. GIDDENS, *La terza via*, pref. R. PRODI, trad. it. di L. FONTANA, Milano, 1999; AA. VV., *Ripensare la terza via*, pref. A. POLITO, Venezia, 2004.

⁹ La complessità e l'articolazione dei fenomeni anche giuridici del monopolio e della concorrenza, nei rilievi morfologici della disciplina e del campo di indagine, in G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, 787 ss. Sul rapporto fra concorrenza e costituzione di monopoli, cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Art. 2597, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, 31 s., spec. 205 s.

¹⁰ L'idea del mercato quale ordine costituito e non già trovato nell'originaria natura degli uomini, "*locus artificialis*" e non *locus naturalis*, in IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004, 11. Secondo M LIBERTINI - in *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Milano, 2010, 215-216, nt. 94 - «l'alternativa (pur importante nella storia delle idee) fra "ordine naturale" e "ordine giuridico", mette in ombra l'altra, più significativa ai fini del dibattito giuridico e politico, fra "ordine giuridico spontaneo (consuetudinario) e "ordine giuridico (legale)»». Vv., ID, *Il mercato: i modelli di organizzazione in Trattato dir. comm.*, F. GALGANO (a cura di), III, Padova, 1979. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992; L. RISTORI, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica. Anatomia del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, 260.

¹¹ «L'errore fondamentale del vecchio pensiero liberale "capitalistico" è stato precisamente quello di considerare l'economia di mercato come un processo chiuso in sé, che si svolgesse automaticamente. Non si era notato che l'economia di mercato rappresenta soltanto un breve settore della vita sociale, incorniciato



Il mercato doveva essere inteso come una *comunità civica*¹², fondata sulla persona¹³, sul diritto di proprietà, sugli scambi e sulle transazioni, retta da leggi e convenzioni sottoscritte dagli operatori: un intreccio istituzionale che fosse in grado di regolare, correggere, limitare, integrare una economia, un assetto istituzionale che sembra disegnato in maniera cooperativa rispetto al passato.

Ricorrendo ad una esemplificazione descrittiva: lo Stato non era più un “Guardiano Notturmo” di ciò che accadeva nel mercato ma era uno “Stato Interventore¹⁴”, naturalmente diverso dallo Stato che programma e che dirige ciò che avviene nella società.

Una stringente schematizzazione che racchiude per formule lessemiche i passaggi significativi che hanno permesso ad una proposta progettuale di abbandonare il disincanto della mera prospettiva teorica per diventare nerbo di una politica economica e sociale per l’Europa.

Contribuì, certamente, ad inverare la transizione dello Stato, da mero “Guardiano Notturmo” a “Stato Interventore”, la nuova Socialdemocrazia Tedesca

(Spd), in occasione del Congresso di *Bad Godesberg* (1959).

In quella sede la Spd, operando una rivoluzione nell’ambito della sinistra tedesca, abbandonò gli avamposti del dirigismo e del collettivismo¹⁵, recise ogni legame con la tradizione marxista, nell’avviso che un’economia coercitiva, di tipo totalitario, distruggeva le libertà ed impediva lo sviluppo delle garanzie dello Stato sociale e della democrazia proprie del modello del *Welfare State*: veniva così schiuso l’orizzonte ad un mercato libero, dove regna una concorrenza effettiva, un ruolo di controllo e di temperamento correttivo dello Stato a salvaguardia di plurali interessi connessi al settore di pubblica utilità¹⁶.

Nel trentennio successivo, fino agli anni ottanta e qualche anno a seguire, l’intuizione degli ordoliberali di Friburgo germogliò nella diffusione di un benessere collettivo e di uno sviluppo della società nel suo complesso.

Tale modello - “correttivo” rispetto alla “spontaneità” del mercato - assicurava la realizzazione di finalità di politica sociale come l’istruzione, la sanità pubblica, l’assistenza sociale, disegnando una fisionomia del tessuto connettivo europeo distante e distinto dal quadro atlantico basato sui presupposti dell’economia e della finanza reale.

Nel lambire il presente, precisamente sul finire del primo decennio del nuovo secolo, il modello testè descritto ha iniziato a vacillare, per sprofondare poi in una acuta depressione economica che gli operatori di settore, attraverso l’analisi degli indici diagnostici, hanno spiegato proprio come l’entrata in crisi di una “politica effettiva delle Istituzioni”.

Le Società ordinate hanno, infatti, funzionato in maniera efficiente, fino a quando hanno assicurato un diffuso benessere e la redistribuzione delle ricchezza¹⁷.

e contenuto in un campo più largo, un campo esterno nel quale gli uomini non sono concorrenti (...) ma semplicemente uomini (...). L’economia di mercato (...) abbandonata a sé stessa diventa pericolosa (...) perché ridurrebbe gli uomini a un’esistenza non naturale che tosto o tardi scrollerebbero di dosso insieme con l’economia di mercato diventata odiosa» W. RÖPKE, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, trad. di E. POCAR, Milano, 37-38.

¹² «Il mercato è un luogo non naturale, ma almeno parzialmente artificiale, storicamente condizionato dal contesto culturale e normativo nel quale si inserisce» in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 478. Ravvisa nel mercato un impedimento all’estrinsecarsi della solidarietà sociale, G. GIACOBBE, *Libertà economica e solidarietà sociale*, in *Iustitia*, 2001, 5. Ritiene che «il mercato è costituito *hominium causa* e non solo nell’interesse dell’*homo oeconomicus*», G. OPPO, *Principi*, in *Trattato Buonocore*, Sez I, t. I, Torino, 2001, 47.

¹³ «Soltanto se il diritto saprà salvaguardare le esigenze del mercato con quelle della persona rinnoverà la tradizione latina dello *ius civile*, senza necessariamente tradursi in *ius mercatorum*» P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell’ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica Molise Sannio*, 1997, 97.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Economia (disciplina della)*, *Enc. dir.*, 1965, Milano, 276, «si deve dire che l’ “intervento” dello Stato nell’economia non è una nozione giuridica, e che “l’interventismo” non esprime alcunché che sia giuridicamente definibile. Esse sono delle locuzioni di comodo, di valore puramente descrittivo. Con precisione, esse descrivono degli accadimenti solo quantitativi, non qualitativi: quelli di strutture economiche che non sono più liberiste, ma non sono neppure collettivist». Alla luce di ciò con l’espressione “Stato Interventore” si intende far riferimento alla «riqualificazione dell’intervento pubblico diretto principalmente a dettare regole al mercato senza sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico» L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, *Lezioni*, Padova, 1996, 36.

¹⁵ «Il collettivismo, in mancanza della bussola della libera formazione dei prezzi, non può non portare al disastro economico. È inevitabile negazione della libertà dei singoli e dei gruppi, una dittatura sui bisogni. È (...) sorgente di discordia internazionale. D’altra parte, lo statalismo e il concime della corruzione crea l’illusione, carica delle più disastrose conseguenze, che sia possibile vivere al di sopra delle possibilità consentite senza pagarne il conto. Statizzare l’uomo credendo di umanizzare lo Stato è un errore fatale» G. REALE-D. ANTISERI, *Storia della filosofia. Storia, epistemologia e filosofi americani del XX secolo*, Milano, 2008, vol. 11, 227.

¹⁶ Essa costituisce «presidio alle distorsioni di un sistema monopolistico, garantendo la correttezza dell’attività economica, senza abusi di posizioni dominanti, senza accaparramenti ingiustificati al fine di realizzare una “utilità sociale”, cui fa riferimento l’art. 41 della Costituzione, intesa anche, ma non soltanto, come punto di confluenza tra produttori e consumatori» P. PERLINGIERI, *Mercato e solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 106.

¹⁷ Sulla crisi della redistribuzione della ricchezza, E. BERSELLI, *L’economia giusta*, Torino, 2010, 37 ss.



Tale processo era stato garantito nel tempo attraverso interventi e modalità differenti: espansione dei livelli di produzione e redistribuzione delle ricchezze, negli anni cinquanta; interventi sulla moneta e finanziamento pubblico per supplire alle carenze di una produzione incapace di assicurare una ricchezza redistribuita, negli anni successivi; sostegno della domanda fondata sull'indebitamento privato, nella diagnosi del presente.

Tecnicamente l'ancoraggio dei livelli di crescita della produzione al supplemento dell'indebitamento privato si risolveva nell'espansione dei mutui *subprime*, nel ricorso alle carte di credito *revolving* come nell'impiego di investimenti privati portati all'estremo e sorretti dall'emissione di titoli tossici che dovevano consentire di contenere le banche dalla insolvenza.

Sintomatico dell'avvento di una spirale economica depressiva e con essa di uno sfaldamento degli equilibri oramai risalenti al passato, è stata, nel 2007, la richiesta della piccola Banca inglese "Northern Rock" alla Banca d'Inghilterra di un sostegno finanziario¹⁸.

Da qui la perdita di fiducia degli investitori nel sistema e la diffusione del panico nel mercato di circolazione del credito, con un effetto domino che ha coinvolto le Banche ed i principali Istituti di credito.

Di fronte alla crisi economica¹⁹ e, forse, per estensione, alla crisi di un modello, appare opportuno, da un lato, interrogarsi sui confini definitivi, sulle *rationes* istitutive del sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva" contenuta nel trattato di Lisbona, fra modelli e regole, criteri sistematici ed ermeneutici; dall'altro, verificare l'attualità di un modello di mercato, noto sia pure con gli opportuni distinguo, e saggiare la sua efficienza nell'assicurare un progetto di azione economica coerente nel sistema.

Le potenzialità dell'economia sociale divengono, in tal modo, l'articolazione interna di una colletanea analisi²⁰, nel confronto fra prospettive di oriz-

zonte in Europa ed una storia appena ripercorsa sia pure per linee di insieme e semplificazioni²¹.

Il tentativo dell'Europa è di intercettare strategie idonee a rilanciare la crescita del mercato ed, al contempo, di contemperare un mutuo rafforzamento fra libertà economiche e diritti sociali²².

In tale quadro devono essere collocate le Comunicazioni della Commissione dell'ottobre 2010²³, il Rapporto Monti²⁴ ed il modello sociale della chiesa²⁵ che sostiene una idea forte del mercato quale motore di sviluppo e di collante sociale.

²¹ Sempre attuale e riferibile, *mutatis mutandis*, anche alla evoluzione normativa e sociale intervenuta con il Trattato di Lisbona, l'illuminata rivendicazione di lasciare alla politica la scelta del ruolo della libera gara e dell'intervento statale più consono alla necessità dei tempi, affidando al pensiero giuridico il compito di ordinare le nuove e più efficienti tutele delle situazioni civili ed economiche della persona, tramite un'opera di attenta ricomposizione del sistema, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 16-17. Per ulteriori svolgimenti riflessivi, si rinvia, ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005; *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; ID. *Contratto e rimedi*, Padova, 2010.

²² M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica dir.*, 2000, 367 ss.; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002, 151; A. RUGGERI-A. SPADAI, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica dir.*, 1991, 343 ss.

²³ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per una economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, Bruxelles, 27 ottobre 2010 COM (2010) 608 definitivo in www.europa.eu. E la Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573, in www.europa.eu.

²⁴ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso 2010*, in www.europa.eu.

²⁵ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa* (Città del Vaticano, LEV 2004). Cfr. anche: *Il Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, in *La Civiltà Cattolica*, 155 (2004/IV), 315-324, e la Lettera Enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, 2009 dove è detto che «il binomio esclusivo mercato-Stato corrode la socialità, mentre le forme economiche solidali, che trovano il loro terreno migliore nella società civile senza ridursi ad essa, creano socialità». «Le attuali dinamiche economiche internazionali, caratterizzate da gravi distorsioni e disfunzioni, richiedono profondi cambiamenti anche nel modo di intendere l'impresa» in quanto «la gestione dell'impresa non può tenere conto degli interessi dei soli proprietari della stessa, ma deve anche farsi carico di tutte le altre categorie di soggetti che contribuiscono alla vita dell'impresa: i lavoratori, i clienti, i fornitori dei vari fattori di produzione, la comunità di riferimento». In argomento, F. FELICE, *L'economia sociale di mercato. Origini, relazioni con la dottrina sociale della Chiesa e implicazioni attuali*, in *Centro Tocqueville-Acton/Quaderni di teoria*, 2008, n. 7.

¹⁸ G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 3-11.

¹⁹ M. MONTI, *Usa, Europa e Italia. Stato e mercato oltre la crisi*, in *Corriere della sera*, 21 settembre 2008, «il movimento del pendolo si è invertito; la crisi dirompente impone ripensamenti profondi; la riflessione è in corso in tutto il mondo; richiederà tempo e umiltà». P. OSTELLINO, *La crisi del capitalismo Usa. Il mercato e la libertà*, in *Il Corriere della sera*, 29 settembre 2008.

²⁰ «Il ricordo dell'abisso morale in cui ci condusse l'eccesso nazionalistico conferisce al nostro impegno attuale il valore di una conquista. Questo sfondo storico potrebbe preparare la via ad una democrazia post-nazionale che si basi sul riconoscimento reciproco tra le orgogliose culture nazionali» J. HABERMAS, *«Tempo di passaggi»*, Milano, 2004, 76.



2. I profili identitari del mercato nel pensiero ordoliberal e nell'economia sociale²⁶.

L'attività determinativa dell'identità definitoria della formula lessemica "economia sociale di mercato altamente competitiva" contenuta all'interno del Trattato dell'Unione Europea deve prendere le mosse da una recente opera di Irti, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*²⁷.

In quest'opera è sostenuta l'idea che una società non può tenersi insieme in mancanza di un equilibrio, in assenza di una visione del mondo che si traduca in un sistema di valori e con un programma di azione politica.

Nel vuoto che nell'occidente si è determinato con la caduta delle grandi ideologie del passato stanno prendendo pericolosamente piede il liberismo estremistico ed il fondamentalismo religioso che risorge da quelle che sembravano le sue ceneri.

L'intuizione che sta alla base dell'opera merita di essere meditata e, da questo punto di vista, il Trattato di Lisbona costituisce una occasione storica deterrente per rivitalizzare la cultura, la coscienza ed i principi europei²⁸, perché pregno è il contenuto di rango "costituzionale" che può tradursi in una visione del mondo idonea a fungere da sostegno ad una azione politica coerente.

Siffatta assunzione di principio revoca in dubbio le opzioni di dissenso riguardo i contenuti e le scelte "costituzionali" contenute nel Trattato di Lisbona.

Esse, certamente lontanissime dal liberismo che poteva essere attribuito alle scelte politiche iniziali della Comunità Europea, rappresentano una versione aggiornata²⁹, moderna e condivisibile dei contenuti costituzionali anche della Repubblica italiana³⁰.

²⁶ Sul pensiero ordoliberal, sull'idea archetipica di mercato come istituzione, *rectius* ordine costituito e non spontaneo, sulla disciplina dei mercati nel diritto comunitario, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 191.

²⁷ N. IRTI, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*, Roma, 2008.

²⁸ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 116 s.

²⁹ Secondo G. AMATO - in *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 1, 8 ss - «nella cultura dei costituenti il mercato era tendenzialmente un disvalore, difeso solo perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica. Più tardi, grazie principalmente all'ingresso dei principi comunitari, il mercato - inteso come competizione e concorrenza - è stato acquisito nella sua valenza positiva di promotore di efficienza economica e organizzativa. La Costituzione scritta è perfettamente in grado di ospitare questa aggiornata visione». Il fatto, però, che «i principi dell'economia di mercato si trovano nei trattati europei, e nelle norme prodotte o promosse dalle fonti comunitarie; e che essi sono venuti in aspra collisione con l'ultimo comma dell'art. 41» della Costituzione conduce N. IRTI - in *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, CXLIX, col. 227 - a ritenere che si sia di fronte ad una emblematica alternativa: «o subire il processo di

Parimenti destituita di fondamento e, quindi, non ricevibile è l'obiezione - e con essa l'idea - di un *deficit* democratico delle Istituzioni europee³¹.

In verità il punto nucleare della *quaestio iuris*, al contempo, caratterizzazione principale del Trattato di Lisbona, è - accanto alla ricchissima enucleazione di diritti fondamentali³² - la rilevante e deterrente scelta di favore verso alcune espressioni elastiche che rappresentano dei veri e propri programmi di azione politica: lo sviluppo sostenibile e l'economia sociale di mercato altamente competitiva.

In revisione critica è il valore da attribuire a formule lessemiche che si rifanno a movimenti culturali importanti e che, laddove tradotte in contesti normativi, possono trovare costruzione, contenuto e rivitalizzazione ad opera della scienza giuridica,

svuotamento della Carta repubblicana; o sollecitare la riappropriazione costituzionale del diritto dell'economia. (...) L'ultimo comma dell'art. 41 ci appare come un *residuo storico*. Poiché la Corte costituzionale ha opposto alle norme comunitarie soltanto il limite dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona (cfr. sentenza 18 aprile 1991, n. 168), potrebbe dirsi che l'ultimo comma dell'art. 41 ha perduto qualsiasi effettivo vigore (...). Ma più grave mi appare un altro profilo: che i principi fondamentali del diritto dell'economia (...), si troverebbero *fuori dalla Costituzione statale*, o, se si vuole, dentro la Costituzione europea. Questa *separazione* (...) solleva (...) profondi interrogativi politici. Poiché - come ha acutamente notato Dieter Grimm - il potere europeo "non deriva dal popolo ma dalla mediazione degli Stati, e (...) il diritto del mercato avrebbe il più alto grado di spazialità ed il più basso grado di politicità, il più vasto campo di applicazione e la più limitata base di consenso democratico. La riappropriazione costituzionale mi sembra, dunque, indispensabile».

³⁰ «Di mercato, di concorrenza, la Costituzione non fa esplicita menzione e sul punto pertanto è taciuta, ma ingiustamente, di ambiguità. In essa la difesa del mercato sussiste ed è di alto profilo; si collega più che alle ragioni dell'economia a quelle della politica in funzione di garanzia della democrazia dell'insieme e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata ed autoritaria che, comportando egemonie politiche, violano i diritti della persona» P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 101-102. Diversa, sul punto, la visione di N. IRTI - in *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, cit., c. 226 - secondo il quale «allo sguardo dei "padri fondatori" la concorrenza doveva apparire un *affare privato*, per il quale era utilizzabile il codice civile: ossia la *disciplina degli atti di concorrenza sleale*, dettata dagli artt. 2598-2601. (...) Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, *quando c'è*, viene consegnato alla disciplina del codice civile».

³¹ Sul *deficit* di legittimazione democratica in Europa, si rinvia al § 6 del presente saggio.

³² M. CATARBA - in *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 3, 221- analizza le novità introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di diritti fondamentali, la strada verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti e delle libertà fondamentali, le preoccupazioni degli Stati membri in riferimento ai diritti sociali.



come accade con riferimento alle clausole generali³³ di diritto interno.

La cultura giuridica europea, in generale, ed italiana, in particolare, si trova realmente innanzi ad un bivio, ad un ipotetico “se” guardare a queste formule come espressioni elastiche vuote, pure enunciazioni enfatiche, oppure, preferibilmente, darne giusto rilievo, tentando, di loro tramite, la costruzione di un programma razionale e coerente di azione politica³⁴.

La sfida va verso quest’ultima direzione, analogamente a quanto accade per le clausole generali che hanno valore soltanto se sono razionalizzate dalla scienza giuridica che su di esse opera³⁵.

E in questo senso anche la formula lessemica “economia sociale di mercato altamente competitiva” deve essere innervata di contenuto giuridico, facendo emergere quei principi che in essa sono soltanto *in nuce* ed impliciti.

L’espressione “economia sociale di mercato” ha, certamente, una lunga storia ma, al contempo, presenta una certa vaghezza, molte stratificazioni e dif-

³³ Le clausole generali «sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni». Esse «non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione di fonti di integrazione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono (...) o di limite di poteri o facoltà che in essi si esercitano (...), oppure come criteri di soluzione di antinomie di valori che in essi possono manifestarsi» L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 17. «Sono caratterizzate da una “indeterminatezza intenzionale” (...). La forma è quella della fattispecie aperta, indicandosi con ciò sia la mancanza di elencazioni esaustive, sia un’opera di concretizzazione realizzata attraverso una ricognizione di valori che le clausole generali individuano» S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 728. Sul punto, Vv. la posizione di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 638-639-640, il quale rileva che «un problema di rapporti tra clausole generali e (...) principi vigenti indubbiamente sussiste (...)» (638) e che «sarebbe (...) più opportuno tenere (...) distinte le (norme formulate mediante) clausole generali rispetto ad altre norme espressive principi». Nel senso che le prime richiedono per la loro applicazione (...) la mediazione di regole (formulate dal giudice) che descrivono casi e comportamenti. Mentre sono ipotizzabili principi che - per quanto generali e indeterminati siano - possono essere applicati direttamente, mediante una normale operazione ermeneutica diretta a precisare (...) le situazioni ed i comportamenti che il principio stesso descrive (sia pure in modo assai generale o indeterminato): un esempio ci è offerto dall’art. 36, I co., Cost.» (639-640).

³⁴ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 73 ss.

³⁵ Id., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (sito telematico), luglio 2010 [di prossima pubblicazione anche nella raccolta di *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*]

ferenziate opinioni che su di essa si sono formate³⁶ e che addirittura potrebbero indurre a far ritenere che le clausole elastiche possano essere riempite di qualunque contenuto.

In realtà non è così - e non lo è neppure storicamente - se si leggono i testi dei padri teorizzatori dell’economia sociale di mercato³⁷ e si valuta ciò che l’ordoliberalismo ha significato nella formazione di un tessuto di valori, principi, regole, che il diritto europeo ha affermato attraverso le sentenze della Corte di giustizia e l’approvazione delle sue norme³⁸.

In questo senso è preferibile procedere attraverso una schematizzazione dei contenuti della teoria dell’ “economia sociale di mercato altamente competitiva” in quattro punti fondamentali.

Il primo punto fondamentale riguarda il fatto che la teoria sociale riconosce il merito dell’economia di mercato come mezzo insostituibile per costruire un benessere crescente per gli individui nella società.

Quindi l’assunto principale del pensiero ordoliberale - secondo il quale una economia di mercato, in cui la produzione è orientata dalle libere scelte dei consumatori, è destinata ad incrementare l’offerta e la ricchezza della quantità e della qualità dei beni e servizi - è pienamente condivisibile.

Ciò porta l’economia sociale di mercato ad essere nettamente lontana non soltanto dalle posizioni socialdemocratiche che avevano come obiettivo finale una economia, comunque, governata dal decisore politico, ma anche dalla teoria del socialismo liberale di Rosselli³⁹: teorie che maturavano nella

³⁶ G. TREMONTI, *Economia sociale di mercato?*, prolusione all’inaugurazione dell’Anno Accademico 2008-2009 della Università Cattolica di Milano, 19 novembre 2008, in *Astrid Rassegna*, n. 20/2008.

³⁷ Per una ricostruzione, anche in chiave storica, della teoria dell’economia sociale di mercato, nella letteratura giuridica tedesca, S. VOGEL, *Die Soziale Marktwirtschaft als Leitbild für Wirtschaftspolitik: am Beispiel der Arbeitsmarktpolitik der Regierung Schöder*, Harburg, 2008. In Italia, F. FELICE, *L’economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.

³⁸ Discorre di “virtù dei principi” quale garanzia per un virtuoso diritto europeo del futuro, F. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, I, ss. G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, Sez I, t. I, Torino, 2001, 46, «Principi vecchi e nuovi (...) devono affrontare la prova della nuova economia, della globalizzazione, di un mercato “rilevante” che (...) sarà, sempre più mercato non solo nazionale e non solo europeo; (...) mercato non solo come luogo di scambi ma (...) soprattutto come “luogo” dal quale non può tenersi estranea l’esigenza di socialità e di solidarietà, nel presente e in prospettiva futura; in una prospettiva cioè di responsabilità intergenerazionale».

³⁹ L’idea di Rosselli ruota intorno alla conciliabilità dell’ideale di libertà individuale con la giustizia sociale. La genesi del socialismo liberale di Rosselli risale al 1930, in un periodo precedente la caduta dei grandi regimi totalitari del secolo breve.





stessa temperie culturale, che accettavano pienamente l'idea di base del liberalismo politico, ma, al contempo, favorivano una organizzazione dell'economia di tipo sostanzialmente corporativo - in auge nell'America di Roosevelt, *The National Recovery Act* - dove le imprese erano ampiamente orientate e garantite nella produzione dallo Stato e dove erano largamente presenti formule di cooperazione all'interno della attività economica generale.

Da questo punto di vista, benché i teorizzatori fondamentali dell'ordoliberalismo fossero tutti di ispirazione cristiana, forse più protestanti che cattolici, vi era una profonda differenza fra la loro idea di economia di mercato e quella sostenuta dalla dottrina sociale della Chiesa.

Quest'ultima portava costantemente a vedere il mercato come un luogo dove la solidarietà dovesse dominare rispetto ad altri criteri di azione dell'economia di mercato.

L'idea di fondo degli ordoliberali era, invece, una idea liberale classica: il mercato funziona sulla base degli egoismi in cui ciascuno cerca e riesce a massimizzare le proprie utilità, chi come offerente e chi come acquirente.

Da questo punto di vista è possibile affermare che non c'è alcuna differenza rispetto al liberismo che conosciamo.

La differenza semmai risiede - e questo è il secondo punto fondamentale - nel fatto che, mentre il liberismo che conosciamo nelle versioni più affascinanti come quella della Scuola austriaca conduce a ritenere l'intervento dello Stato presuntivamente pericoloso, quindi, inopportuno, salvo casi estremi, l'ordoliberalismo sostiene il modello secondo il quale i mercati abbandonati a se stessi si traducono in strutture monopolistiche, cartellizzate, le quali finiscono per ledere l'interesse di base al soddisfacimento della massima quantità possibile di bisogni

FRANCESCO FORTE - in *Introduzione alla politica economica. Il mercato e i piani*, Torino, 1964, 263 - rileva che Carlo Rosselli è giunto dal socialismo puro al socialismo liberale che soddisfa pienamente, da un lato, le esigenze del liberalismo, quali libertà, autonomia, spirito di iniziative e progresso, e, dall'altro, le esigenze del socialismo, come l'eguaglianza, la giustizia sociale, la solidarietà umana e il diritto al benessere. Occorre, poi, osservare che l'espressione "socialismo" diviene ambivalente, nel dibattito einaudiano. «A volte è impiegata con (...) interesse positivo a denotare il riformismo gradualista concreto umanitario e utilitario e il connesso movimento sindacale e anche certi esperimenti romantici di socialismo utopistico, di carattere individualista. Altre volte è impiegato, con avversione e in senso denigratorio, a denotare il socialismo di stato, il collettivismo livellatore, il burocratismo irregimentatore, la demagogia invidiosa o violenta, l'estremismo rivendicativo e il lassismo finanziario per illusorie operazioni redistributive» L. EINAUDI, *Il mercato e il buongoverno*, Torino, 1982, 191. Di recente, sul pensiero di Rosselli, cfr. C. ROSSELLI, *Socialismo liberale (1930)*, Torino, 2009; L. ROCCA, *L'attualità del socialismo liberale di Carlo Rosselli*, Torino, 2006.

umani, ma soprattutto danno luogo a formazioni di potere privato, lesive della libertà di impresa e produttive di forme di diseguaglianza ed ingiustizia⁴⁰.

La stessa efficienza allocativa che il liberismo classico attribuisce alla capacità di autoregolazione dei mercati, nell'ordoliberalismo, invece, non si realizzerà se i mercati saranno abbandonati a se stessi.

I mercati non devono diventare insieme accordi di cartello e posizioni di monopolio⁴¹.

Da qui la necessità della presenza di uno Stato "forte"⁴² che sia in grado di correggere gli interessi precostituiti e quelli costituendi all'interno della società, e che, quindi, sia in grado di rompere gli accordi, i cartelli, le pratiche monopolistiche e di ricondurli a quel funzionamento ottimale del mercato che dovrà realizzare, negli assunti liberali, il massimo soddisfacimento dei bisogni collettivi.

A questo punto potrebbe sorgere il dubbio di essere in presenza di un novellato programma dirigistico in cui si riconosce l'impresa privata ma contemporaneamente si richiede uno Stato in grado di correggere i fenomeni distorsivi della libera concorrenza.

In realtà - ed è questo il terzo punto fondamentale - c'è una differenza profondissima fra le visioni dell' "economia dirigistica" e quelle dell' "economia sociale di mercato".

Lo Stato, in linea di fondo, deve essere "forte"⁴³ per far funzionare il mercato, non per proteggere le

⁴⁰ Sulla dicotomia fra "interventismo" e "non interventismo" dello Stato nell'ambito delle politiche comunitarie, con previsione di una "terza via", C. JOERGES, *The Market without the State? The Economic Constitution of the European Community and the Rebirth of the Regulatory Politics*, in «European Integration Online Papers», 1 (1997), n. 19.

⁴¹ Già SRAFFA, *La lotta commerciale*, Pisa, 1894.

⁴² «Pur condividendo l'idea di uno Stato interventista in materia economica, e più in generale l'esistenza di uno Stato "forte", la distanza del pensiero ordoliberale dal modello mercantile è, tuttavia, netta: lo Stato ha il compito di tutelare i mercati, non di tutelare le imprese esistenti, e tanto meno di imporre alle stesse di realizzare determinati risultati o fini precostituiti del potere politico; lo Stato dev'essere regolatore ed arbitro, ma non deve intervenire esercitando discrezionalità amministrativa nelle situazioni singole» M LIBERTINI, *op. cit.*, 216-217.

⁴³ «In che senso un'economia sociale di mercato impone che uno Stato forte e indipendente svolga alcune funzioni? Lo Stato deve essere innanzitutto produttore di beni pubblici (...). Lo Stato deve (...) supplire a ciò che il mercato non è in grado di fare, ma non deve sostituirsi al mercato quanto questo può operare efficacemente. Lo Stato deve essere dunque regolatore ed organizzatore di servizi di interesse economico generale. (...) Lo Stato deve essere anche regolatore di quei mercati che non sono in grado di creare equilibri efficienti (...). Insomma, una regolazione permanente si rivela per alcuni mercati sempre necessaria (...). Lo Stato deve essere infine garante del gioco della concorrenza nei mercati ordinari. La differenza rispetto al dirigismo è grande (...)» perché questo tipo di intervento è «caratterizzato da rapporti relazionali privilegiati tra lo Stato e certe imprese, nonché da investimenti diretti dello Stato e, ancora, da regolazioni che tendono a proteggere prima le imprese esi-

imprese esistenti dal rischio che possa per esse rappresentare il funzionamento dei meccanismi di mercato.

«In sintesi, (...) l'economia sociale di mercato protegge i mercati e i consumatori, il dirigismo protegge soprattutto le imprese già affermate nei mercati⁴⁴».

Da questo punto di vista la differenza è radicale e gli equivoci sono anche facili e frequenti, tanto che la formula "economia sociale di mercato" è stata utilizzata⁴⁵ in una accezione più vicina al dirigismo e al protezionismo che non a quello che la formula ha realmente rappresentato nella storia.

Operando una contrapposizione a larghe linee fra la teoria del *free market capitalism* e la teoria dello *State capitalism*, il modello di "economia sociale di mercato" è una teoria del libero mercato e non una teoria del capitalismo guidato e diretto dalla Stato, quale l'economia protezionistica e dirigistica.

Questa posizione porta a ritenere che l' "economia sociale di mercato" - volendo sintetizzare strettamente - teorizza uno Stato che protegga i mercati e non le imprese, laddove il dirigismo teorizza uno Stato che protegge le imprese esistenti più che il funzionamento del mercato.

L'ultimo punto fondamentale riguarda la supponenza dello Stato per tutto ciò che riguarda una serie di beni e servizi che i mercati in quanto tali non sono in grado di fornire.

Da questo punto di vista sono stati, soprattutto, gli epigoni dell' "economia sociale di mercato" a rafforzare il profilo della presenza complementare dello Stato produttore di beni pubblici e dello Stato garante di servizi pubblici, ai fini della creazione di

stenti e poi i consumatori» M LIBERTINI, *L'impatto dei vincoli comunitari sulla libertà di iniziativa economica*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli, 2010*, 398-399.

⁴⁴ M LIBERTINI, *op. ult. loc. cit.*, 399.

⁴⁵ «È interessante notare che, proprio in Italia, la proposta di ritorno a modelli di controllo diretto dei processi economici da parte del potere politico, è stata teorizzata, da diversi anni, dall'attuale Ministro dell'Economia (da ultimo nel notissimo G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008). Si può notare che Tremonti non usa mai il termine "mercantilismo" o "protezionismo" o "dirigismo", per definire l'insieme di soluzioni da lui proposte (che vengono così presentate come soluzioni nuove e di buon senso, non inquadrabili in esperienze che sono, invece, da tempo tipizzate), ed ha invece coniato il neologismo "mercatismo" per definire semplicemente il liberismo economico estremo. Questa volta, poi, Tremonti usa, per definire le sue proposte, il termine "economia sociale di mercato", che, invece, a mio avviso, è appropriato per designare il secondo, e non il primo, dei modelli elencati nel testo» M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Diritto privato comunitario*, P. PERLINGIERI-R. RUGGERI, Napoli, 2008, t. II, 20, nt. 11.

un benessere collettivo che non può essere garantito soltanto dalle merci seppur di elevata qualità offerta dal mercato.

Da qui l'enfasi di Konrad Adenauer⁴⁶, nei suoi documenti sulla politica ambientale e tutela del debito, su quali siano le politiche necessarie - e comunque complementari - rispetto ad una visione di fondo in cui lo Stato deve assumersi compiti di pubblico interesse essenziale, mentre i mercati devono orientare la produzione sulla base delle libere scelte individuali e non sulla base di una politica industriale guidata dall'alto.

Conclusivamente i quattro punti riferiti consentono di evidenziare un altro aspetto che non è sempre chiarissimo: il modello dell' "economia sociale di mercato" è una teoria importante per ciò che riguarda i compiti dello Stato e non per ciò che riguarda il funzionamento del mercato.

Essa finisce con l'attribuire al mercato tutte le virtù che allo stesso erano state riconosciute dalla *tradizione smithiana*, per poi stabilire che lo Stato non deve sostituirsi al meccanismo, alla macchina meravigliosa del mercato, ma deve, piuttosto, correggerlo - in questa cornice che si è tentato di definire - selezionando le imprese di successo e le offerte di beni e servizi che devono avere successo.

La visione del mercato degli ordoliberali, da questo punto di vista, è molto semplificata e corrisponde a quella dell'economia neoclassica che dominava a quel tempo: quella della libera concorrenza in cui nessuno ha potere di mercato.

Rimane auspicabile che, atteso l'attuale contesto socio-economico, venga condotta nella politica della concorrenza una necessaria sintesi, solo apparentemente innaturale, fra i contenuti che in materia di buon funzionamento del mercato sono stati teorizzati dalla Scuola austriaca⁴⁷ - ossia la concezione dei mercati e della concorrenza come processo di rivalità dinamica e non già statica nonché come processo compositivo delle aspettative dei consumatori⁴⁸ - e la visione dei compiti dello Stato propria dell'ordoliberalismo⁴⁹.

⁴⁶ KONRAD, ADENAUER E STIFTUNG, *60 Years Social Market Economy - Jena Manifesto for the Renewal of the Social Market Economy*, Berlin, 2008.

⁴⁷ Sulla scuola austriaca, ed ivi per i riferimenti bibliografici, B. HERVÈ-M. PASSARELLA, "Concorrenza senza equilibrio. La scoperta imprenditoriale nella teoria economica Austriaca", in *Storia e Politica*, 2010, 2(2), 416-442; E. COLOMBATTO, "Dall'impresa dei neoclassici all'imprenditore di Kirzner", in *Economia Politica*, 2001, 18(2), 157-79.

⁴⁸ F.A. VON HAYEK, "Economia e conoscenza", in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, F. DONZELLI (a cura di), Bologna, 1988, 246, e Id., "Il significato della concorrenza", *ivi*, 297.

⁴⁹ Trattasi di due correnti di pensiero che, in materia di antitrust, hanno avuto sorti e linee di sviluppo molto diverse nel scorso secolo. La Scuola austriaca, sostituendo alla configurazione statica dei mercati una visione dinamica della concorren-





La ricchezza e la validità di valore di questi contenuti può essere riconfermata anche nel presente e può condurre, in questa visione complessiva, a concepire il rapporto fra Stato e Mercato, come un rapporto che merita di essere tradotto nella costruzione di scelte e di strumenti giuridici adeguati e coerenti nell'azione quotidiana dell'Unione e degli Stati membri.

Da questo punto di vista, le teorie assertive di un diverso valore da attribuire alla formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" dovrebbero essere giudicate con perplessità, ma soprattutto, al netto dell'evocata cornice storica, andrebbe maggiormente evidenziato il profilo più interno di una formula lessemica che ha sostituito, nell'impostazione degli articoli fondamentali del Trattato di Lisbona, la precedente formulazione dell'articolo 4 del Trattato di Amsterdam, il quale individuava nella libera concorrenza, uno dei valori fondamentali del Trattato, e, quindi, per estensione, del diritto dell'Unione europea.

Sulla base di un impulso che è venuto dalla Francia, la concorrenza è stata "declassata" e non inserita più fra i valori fondamentali del Trattato, rivestendo il ruolo di strumento di cui l'Unione europea deve avvalersi per realizzare i suoi obiettivi e finalità di intervento.

La scomparsa dell'addentellato linguistico "concorrenza", nell'articolazione interna dell'articolo 3 del Trattato Ue, è stata ritenuta⁵⁰ tacitativa di una scelta di politica legislativa conducente a "riconcet-

tualizzare" la tavola dei valori europei⁵¹ e non già semplicemente a "risemantizzare" il tessuto letterale della norma medesima.

In verità rispetto al presunto "declassamento" della concorrenza vi sono delle osservazioni da sviluppare: da un lato, occorre dar conto di diversi indici testuali nel Trattato dai quali è possibile ricavare la sopravvivenza della natura valoriale - non già strumentale - delle concorrenza fra imprese, quale bene giuridico⁵² di rango costituzionale; dall'altro, quando si discorre della concorrenza come valore⁵³, in realtà, quello che si intende mettere in evidenza è un profilo che non riguarda il meccanismo di concorrenza fra le imprese *tout court*, ma la garanzia di libertà individuale che viene attribuita al meccanismo concorrenziale.

In altri termini si sostiene che la concorrenza è un valore in quanto un mercato concorrenziale è un mercato dove gli individui esprimono liberamente le loro scelte.

Questo è l'assunto di base che ha sicuramente la sua nobiltà e che, del resto, tutti gli osservatori, più o meno pacificamente, condividono: il mercato è una macchina meravigliosa ma al contempo feroce; una macchina che costringe imprese a fallire; una macchina che costringe ciascuno da un momento all'altro a non rinvenire più nel mercato un tipo di prodotto a cui si era abituati.

Il mercato seleziona e lo fa ferocemente.

E allora, *sic stantibus rebus*, resta da chiedersi la ragione per la quale venga ritenuta legittima questa selezione.

Se fosse un decisore politico ad ordinare il fallimento di una impresa, ad imporre la scomparsa di

za in libera e piena rivalità, considera negativamente ogni restrizione istituzionale al libero esercizio dell'attività imprenditoriale, giungendo, per tale via, a proporre l'abolizione dell'Istituzione dell'Antitrust, in quanto ritenuta più dannosa che utile. Vv. I. M. KIRZNER, *Perception, opportunity, and profit: studies in the theory of entrepreneurship*, Chicago-London, 1979, 66-77. Per un maggiore approfondimento, ID., *The driving force of the market: essays in Austrian economics*, London-New York, 2000, 66-77. In America la proposta di abrogare la legislazione *antitrust* si deve principalmente a L. THURLOW, *Let's Abolish the Antitrust Law*, in *New York Times*, 19 ottobre 1980; T. HAZLETT, *Is Antitrust Anticompetitive?*, 9 *Harv. Journ. of L. and Pub. Pol.*, 277, 1986; D. T. ARMENTANO, *Antitrust and Monopoly*, New York, 1982; ID., *The myths of antitrust: economic theory and legal cases*, New Rochelle-Arlington House, 1972. (Sul punto cfr. la linea in Italia dell'Istituto Bruno Leoni). L'ordoliberalismo ritiene, invece, che una politica antitrust sia necessaria anche se, poi, non ha idee rigorose su quelli che devono essere i compiti della politica antitrust rispetto alla limitazioni della concorrenza e nei confronti dell'integrazione del mercato. Sul punto, D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press - Oxford, New York, 1998, *passim*, in particolare 334. Vv. anche G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 47 e spec. 93, il quale identifica nella legislazione antitrust una limitazione al potere privato.

⁵⁰ P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81.

⁵¹ R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 34.

⁵² «La concorrenza non è solo una materia da ripartire tra lo Stato e le Regioni (...) ma è, prima di tutto, un bene da tutelare» G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, G. CORSO-V. LOPILATO (a cura di), I, Milano, 2006, 26. La visione ordoliberal dell'ordine concorrenziale come bene pubblico da tutelare, in V.J. VANBERG, *L'école de Fribourg: Walter Eucken e l'ordoliberalisme*, in AA. VV., *Histoire du libéralisme en Europe*, P. NEMO-J. PETITOF-PUF (a cura di), Parigi 2006, pp. 911-936. Sul punto, G. REALE-D. ANTISERI, *Storia della filosofia. Storia, epistemologia e filosofi americani del XX secolo*, Milano 2008, vol. 11, 218-219.

⁵³ In tal senso, G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 981 e ss. Sono, invece, orientati in favore della "sterilizzazione" della concorrenza da qualsiasi connotazione valoriale nel quadro dei principi dell'ordinamento giuridico, L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2003, 345 ss., e in C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 331.

dati prodotti dal mercato, si avrebbe una insopportabile ingerenza e un vero e proprio atto di dispotismo, ma nella misura in cui questi fenomeni avvengono perché è il mercato - cioè la somma delle scelte degli individui - a portare determinate imprese a fallire e determinate produzioni a scomparire, allora, si ritiene che questo fenomeno sia accettabile e giusto.

E da questo punto di vista, cioè della libertà del consumatore, in sostanza, nulla è cambiato.

La concorrenza fra imprese è, in verità, un fatto ben diverso dalla libertà degli individui: esiste un equivoco di fondo nella teoria economica neoclassica nel formulare e nel costruire i propri modelli sulla base di una idea di società in cui i protagonisti sono gli individui portatori di libera volontà.

“Le imprese non sono individui”, sono organizzazioni gerarchiche con le loro strategie, le loro scelte che non hanno niente a che vedere con la libertà dell’individuo.

Sono vincolate legittimamente e giustamente al profitto.

La concorrenza fra imprese, quindi, è stata sempre “uno strumento” e “non un valore in sé”.

Non c’è ragione per considerare la concorrenza fra imprese un valore in sé: essa è uno strumento valido e importante in quanto è in grado di produrre quanti più beni e servizi e soddisfare una quantità, la più alta possibile, di bisogni individuali.

L’altezza e la legittimazione morale dell’efficienza allocativa risiede semplicemente in questo: vi è una certa quantità di risorse disponibili che è possibile accrescere e valorizzare, e, quindi, risulta giusto dar luogo ad un sistema di organizzazione dell’attività economica in cui l’offerta di beni e di servizi si accresca e soddisfi quanti più bisogni individuali possibili.

L’ “economia sociale di mercato” ricostruita in questo modo è perfettamente compatibile con una idea per cui la concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé, per cui può essere sospesa quando è necessario, come, ad esempio, nella scuola dove è più importante l’uniformazione rispetto alla differenziazione; così può e deve essere corretta nei settori che vanno organizzati in funzione di interessi pubblici essenziali.

In conclusione, l’ “economia sociale di mercato” secondo la lettera del Trattato di Lisbona deve essere “altamente competitiva”.

Una *addenda* quest’ultima che, da un lato, può considerarsi angolare verso l’interno, poiché il dinamismo interno garantisce l’efficienza delle imprese e la loro capacità di reggere la competizione a livello internazionale; dall’altro, può ritenersi con riflessi verso l’esterno, nella direzione del protezionismo europeo.

Una accezione, in definitiva, *duplex* e in questa prospettiva la formula deve essere intesa ed interpretata.

3. Il sintagma “economia sociale di mercato altamente competitiva” nel Trattato di Lisbona. La scuola di Friburgo ed il modello di Chicago.

Il sintagma “economia sociale di mercato altamente competitiva” ha ricevuto non trascurabili innesti dalla storia dell’integrazione europea sotto il profilo della ripartizione delle competenze fra Stati Nazione e Unione in materia di politiche sociali.

Le radici culturali dell’eminente dissidio riguardavano il modello di armonizzazione preferibile, nell’evidenziata⁵⁴ alternativa fra una “armonizzazione soltanto economica” e la tensione verso una “armonizzazione comprensiva anche della normativa sociale”.

Il Primo Ministro francese Mollet propose l’adesione a quest’ultimo modello di armonizzazione, in quanto aperta a coinvolgere al suo interno anche i diritti sociali, ma prevalse l’opzione di segno contrario, risultando dato storico - ormai acquisito e notorio - l’intervenuta costituzione di una Comunità soltanto economica.

L’influenza maggiore nella direzione di una armonizzazione soltanto economica fu determinata proprio dagli ordoliberali, i quali - a differenza dei fautori della “democrazia sociale”, favorevoli a forme di interventismo dello Stato nell’economia - consideravano l’intervento autoritativo limitato alla definizione della cornice regolamentare entro cui deve svolgersi il dialettico confronto tra le forze del mercato⁵⁵.

Gli ordoliberali, dopo una prima fase di affermazione del loro pensiero nella politica interna, entrarono in crisi quando la Germania orientò l’indirizzo politico verso traguardi e modelli di stampo corporativo e solidaristici nella loro impostazione.

Un processo discendente, rispetto agli iniziali fervori, stigmatizzato efficacemente da Joerges con il ricorso alla formula frustrazione degli ordoliberali e del loro modello.

⁵⁴ C. JOERGES, *Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell’integrazione e la logica della codificazione*, in M. MELI-M.R. MAUGERI (a cura di), *L’armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d’azione 2003*, Milano, 2004, 43.

⁵⁵ In tal senso, A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 75-97. Per la disputa fra fautori della “democrazia sociale” e sostenitori della “democrazia neoliberale” o “ordolibérale”, l’Autore (*ivi* nt. 15) rinvia rispettivamente ad A. ARNDT, *Planwirtschaft*, in *SJZ*, 1946, 169 ss. e F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, 141 ss.



Così l'interesse degli ordoliberali si concentrò sull'integrazione europea e sull'affermazione di un modello di Comunità "paneconomica", con l'unica eccezione delle politiche agrarie - un dato quest'ultimo di particolare rilievo ed interesse, talvolta, non adeguatamente valorizzato nelle ricostruzioni del processo di integrazione europea.

Secondo Joerges si trattava di un sistema multi-livello⁵⁶: un livello sovranazionale in cui opera la concorrenza e un livello nazionale in cui si realizzano le politiche sociali.

Un sistema così organizzato risultava congeniale alla visione degli ordoliberali.

Nell'ottica di questi ultimi, infatti, il modello non poteva né doveva essere sovraccaricato di confini politici che richiedessero quel tipo di legittimazione assicurata dalle Istituzioni delle democrazie costituzionali.

L'ordoliberalismo era coerente e compatibile con l'ordine istituzionale della Comunità economica europea come concepita in origine.

Il sistema di governo europeo ordoliberalo assegnava a livello sovranazionale la razionalità economica e la libera concorrenza, mentre a livello nazionale venivano trasferite e sviluppate le politiche sociali di tipo retributivo.

In realtà questo quadro, solido nei germinali avvisi, risulta essere nel tempo cedevole, fino al crollo avutosi a seguito di Maastricht (7 febbraio 1992, in vigore dal 1° novembre 1993) quando inizia ad essere attribuito alla Comunità economica europea un ruolo in materia di politiche sociali, sia pur limitatamente alla stabilità dei prezzi ed al disavanzo fiscale.

Una simile inversione di tendenza generò, gioco-forza, l'immediata messa in discussione delle certezze del sistema fino ad allora sostenute.

Si trattava, più nello specifico, di decidere la collocazione delle politiche sociali all'interno dell'Unione: se le politiche sociali dovessero rimanere relegate a livello nazionale oppure dovesse ritenersi intervenuta una loro "comunitarizzazione", venendo così ad occupare lo stadio sovranazionale.

A tale interrogativo era strettamente correlato l'ulteriore dubbio relativo alla titolarità delle competenze in materia di politiche sociali e quali fossero i soggetti istituzionali legittimati all'assunzione di simili decisioni.

Innanzi ad un simile panorama di irrisolte questioni giuridiche, anziché assumere posizioni adamantine e nette, la strategia adottata ha condotto a

rivolgersi alla tecnica del *soft law*⁵⁷: un metodo che evita ed "occulta" le scelte di sistema nell'immediato, affidando al lungo periodo, allo scambio di informazioni, il tentativo di rinvenire la cd. *best practice*.

Questo metodo, seguito con particolare favore dai sociologi, non produce, in realtà, gli effetti attesi ed auspicati, pervenendo ad un'altrimenti inevitabile arresto⁵⁸.

Il punto nodale è che un simile sistema, diviso per livelli, può anche risultare congeniale su un piano descrittivo, ma trasferito su un piano operativo

⁵⁷ Sui limiti dell'armonizzazione minima, M. MELI, *Gli sviluppi del diritto privato europeo e il «quadro comune di riferimento»*, in *I quaderni europei*, 2008, 8, «Ciò, relativamente a diversi profili: le direttive comunitarie utilizzano termini giuridici astratti, dei quali non viene fornita una definizione ed i medesimi termini possono assumere un significato diverso all'interno dei paesi destinatari; inoltre, trattandosi di uno strumento per definizione frammentario, le direttive, pur concernendo un medesimo ambito applicativo possono contenere al loro interno contraddizioni; infine, imponendo una misura di armonizzazione minima, le direttive non riescono ad eliminare del tutto il problema relativo alle differenze di legislazione nei singoli stati. L'obiettivo, dunque, è quello di andare oltre la prospettiva di armonizzazione indiretta e frammentaria, rappresentata dallo strumento della direttiva». G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli*, 2010, rileva che «anche il ricorso alle direttive ha dato luogo a diversi problemi come risulta dagli studi di ambito generale (v. ad es. la ricerca pubblicata nel mese di gennaio 2007 dalla DG Affari economici e finanziari, con il titolo *Steps towards a deeper economic integration: the internal market in the 21st century*, e il Rapporto *Internal Market. Scoreboard*, n. 18, del mese di dicembre 2008) e dagli studi di settore (v. ad es., la ricerca predisposta a cura dell'IMCO-Internal Market and Consumer Protection, dal titolo *Transposition, implementation and enforcement of consumer law*, del mese di febbraio 2009 sui diritti dei consumatori)».

⁵⁸ Il sistema di armonizzazione presenta l'innegabile vantaggio di ravvicinare le legislazioni in maniera temperata, evitando l'inconveniente di una omogeneizzazione delle tutele giuridiche calata *ex abrupto*, d'improvviso e senza preparazione del settore disciplinare che finisce per riceverne l'innesto. La vantaggioosità dell'armonizzazione è tale soltanto se intesa quale stadio preparatorio e, al contempo, precedente la successiva uniformazione disciplinare. Il mantenimento nel tempo di un livello di *soft law*, non seguito da una uniforme previsione regolamentare, finisce, infatti, per consolidare - e non già elidere - le disomogeneità esistenti fra i trattamenti giuridici nazionali, disperdendo il valore nucleare e primigenio dell'armonizzazione in un variegato orizzonte di interventi regolatori propri di ciascun ordinamento. In altri termini, la tecnica di *soft law*, non seguita da una uniformazione regolamentare, allontana e non avvicina i canali di comunicazione giuridica, con inevitabili conseguenze distorsive nella costituzione di un mercato unico. Sul punto, emblematica, la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I, 3 giugno 2010, n. 484/08 - Rel. Tizzano - Pres. Levits - Giud. C. Toader, Ilesic e Kasel - Avv. gen. Trstenjak - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), con nota A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, *I Contratti*, 2010, 1, 880.

⁵⁶ L'espressione sistema multi-livello, applicata al processo di costruzione del diritto privato europeo, è di C. JOERGES, *Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell'integrazione e la logica della codificazione*, cit., 43.



diviene inefficiente, perché si allargano gli ambiti di applicazione delle discipline della concorrenza, ossia le ipotesi che prima potevano essere considerate rilevanti a livello nazionale divengono rilevanti a livello comunitario.

Ma questa tutto sommato è una indicazione di non dirimente rilievo.

Il profilo più importante è, infatti, rappresentato dal rapporto fra le libertà economiche ed i diritti sociali.

Per lungo tempo questo rapporto è stato retto e modulato attraverso il ricorso a formule compromissorie, ossia creando delle immunità ad esempio in materia di sciopero.

Queste tecniche di compromesso sono divenute inadeguate nel momento in cui le Istituzioni comunitarie hanno preteso di coordinare il duplice livello, dando delle indicazioni di tipo procedurale almeno in una prima fase, cioè fino al 2002.

A conferma di ciò si tenga conto della sentenza *Wouters*⁵⁹, in cui la Corte di Giustizia era stata chiamata a decidere se l'Ordine degli Avvocati olandese fosse da considerarsi una associazione di imprese e se il Regolamento dallo stesso adottato nel 1993 potesse essere ritenuto in contrasto con l'art. 82 Tratt. Ce (oggi 101 Tratt. Ce), nella parte in cui vietava forme di collaborazione tra i propri iscritti e gli appartenenti ad altre professioni libere.

La Corte di Giustizia, in considerazione del fatto che l'esercizio dell'attività forense è riconducibile al concetto comunitario d'impresa e che l'Ordine degli Avvocati va considerato come associazione di imprese, ha escluso che gli effetti restrittivi della concorrenza, come quelli imposti agli avvocati operanti nei Paesi Bassi, eccedano quanto è necessario per assicurare il corretto esercizio della professione di avvocato.

⁵⁹ Sentenza *Wouters* Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, n. 309/99, Racc. 2002, I-1577. In estrema sintesi, secondo S. BASTIANON - in *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 195 - «l'insegnamento che sembra trarsi dalla pronuncia *Wouters* potrebbe essere il seguente: una decisione di un'associazione di imprese che restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, del trattato, può, tuttavia, essere sottratta a tale divieto, senza dover soddisfare le condizioni di cui all'art. 81, n.3, qualora l'associazione di imprese che ha adottato la decisione incriminata ritenga, a suo insindacabile giudizio e a prescindere da eventuali diverse soluzioni adottate in altri Stati membri, che tale decisione sia necessaria a salvaguardare il buon funzionamento di una determinata professione. Se così è, appare evidente l'abdicazione da parte della corte rispetto al suo ruolo di interprete esclusivo e qualificato del diritto comunitario e, soprattutto, di istituzione alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione delle norme del trattato». In dottrina, B. NASCIBENE-S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2002, 5, 602.

La pronuncia inaugura una tendenza che con le sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*⁶⁰, si consolida in materia di relazioni sindacali⁶¹.

Queste sentenze, riferite alla libertà di stabilimento, hanno inciso in maniera significativa sul diritto di sciopero previsto negli Stati nazionali, riacquizzando quella contrapposizione, mai del tutto sopita, fra la richiesta di maggiore integrazione del mercato europeo ed il rischio di dispersione dei diritti sociali tutelati a livello nazionale⁶².

Si è così arrivati al Trattato di Lisbona senza il componimento dell'insidioso dissidio.

È, infatti, ancora fermo al tavolo degli operatori di settore l'interrogativo: "I diritti sociali sono collocabili a livello sovranazionale oppure devono rimanere ancorati al livello nazionale?"

Nonostante il Trattato di Lisbona ridisegni le competenze, al contempo, lascia impregiudicata quest'ultima questione.

La prolusione introduttiva e i richiami storici intervenuti non rappresentano una dispersione della linea di analisi, in una generica quanto generale rappresentazione della *quaestio iuris*, ma costituiscono elementi concorrenti nella ricostruzione del significato del sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva".

Occorre rilevare che, anche laddove si dovesse giungere a ritenere che la nozione di economia sociale dei mercati non abbia nessuna apertura solidaristica da ciò non può dedursi che l'Europa si sia dotata di un sistema poco incline ai profili solidaristici.

Anzi, al contrario, si può anche leggere questa stessa scelta come una opzione complessiva di orientamento a favore di un doppio livello corredato da correttivi e compromessi.

Non è detto, quindi, che l'interpretazione non solidaristica comporti necessariamente una descrizione del funzionamento complessivo dell'Europa in chiave non sociale.

E bisognerebbe anche stabilire se si sia voluto imprimere una svolta alla nozione di concorrenza a

⁶⁰ Per una revisione critica delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, 57-58.

⁶¹ V. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 975 ss.

⁶² S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. ANDREONI-B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009. A. ANDREONI-B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009.





livello comunitario, perché è indubbio che ambedue le questioni interferiscono.

Nella Relazione introduttiva al Trattato di Lisbona, precedente la grande crisi finanziaria, ancora si coltivava l'illusione che ogni Nazione potesse fare da sé nella scelta del modello sociale possibile.

Oggi una simile opzione sembra ancora più discutibile, se non propriamente improbabile.

Potrebbe anche darsi - e gli ultimi documenti sembrano orientati in questa direzione⁶³ - che nel prossimo futuro si assista ad una rivisitazione degli equilibri immaginati nel Trattato di Lisbona come è anche possibile che questi equilibri utilizzino la formula economia sociale di mercato in una accezione innovativa e capace di far assumere ad essa significati ultronei rispetto alla nozione originaria.

Allo stato dei fatti non è neppure chiaro se il passaggio dalla lettera dell'art. 4 del Trattato di Amsterdam, che fa ricorso alla formula "economia di mercato in libera concorrenza", all'attuale previsione dell'art. 3 Tue, che, invece, accoglie l'espressione "economia sociale di mercato altamente competitiva", debba essere inteso come un indebolimento, un depotenziamento dell'ordine della concorrenza nel sistema del diritto europeo⁶⁴.

La "risemantizzazione" della norma, in verità, non è in derivato disposto con una variazione sostanziale dello stato della concorrenza nel sistema europeo, in quanto devono tenersi in conto gli indici testuali dell'articolo 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione⁶⁵ (cd. Tr.F.U.E) e, a loro volta, quelli dell'art. 119⁶⁶ del medesimo Trattato.

Aggiungerebbero credito a tale impostazione ricostruttiva anche le disposizioni contenute nei protocolli e allegati ai Trattati, le quali per previsione dell'art. 51 Tr.U.E., costituiscono parte integrante degli stessi trattati, nonché il protocollo n. 27, nel quale è contenuto un considerando, a tenore del quale «*il mercato interno ai sensi dell'art. 3 (...)*

comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata».

Ad esso fa seguito una norma che attribuisce all'Unione il potere di azione per perseguire tale fine, pur con una procedura garantista che richiede la deliberazione unanime del Consiglio⁶⁷.

Per stabilire, allora, se c'è stata o meno una modifica del modo di intendere la concorrenza bisognerebbe verificare quale era il modo di intenderla immediatamente prima dell'introduzione del Trattato di Lisbona.

Nell'ultimo periodo si è registrata una forte influenza della Scuola di Chicago nell'interpretazione della disciplina dell'antitrust nell'Unione e ciò sia con riferimento all'art. 101 (*ex* 81), in materia di intese, sia con riferimento all'interpretazione dell'art. 102 (*ex* 82), in materia abuso di posizione dominante.

Rispetto a quest'ultima normativa sono stati elaborati criteri di valutazione delle pratiche abusive modellati sul paradigma dell'efficienza allocativa, in aperta corrispondenza all'affermarsi del modello statunitense di Chicago⁶⁸: tendenza verso l'ortodossia neoclassica.

L'approccio *chicagoan* muove dall'assiomatica premessa che il fine esclusivo delle norme di tutela della concorrenza⁶⁹, quale forza motrice del mercato, deve essere quello dell' "efficienza allocativa" (cd. profilo effettuale), rappresentato dalla collocazione nel modo più efficiente delle risorse produttive.

Dall'allocazione di beni e servizi dipende, infatti, il "benessere collettivo", intercorrendo una perfetta e coincidente circolarità fra *consumer welfare* e *social welfare*.

"Efficienza allocativa" e "benessere collettivo" compongono, nel modello *chicagoan*, una singolare correlazione, la quale riverbera inevitabili corollari

⁶³ Comunicazione della commissione, *Verso un atto per il mercato unico Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, 27 ottobre 2010.

⁶⁴ PETIT, *Traité de Lisbonne ed politique de concurrence - Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008, 265 ss.

⁶⁵ L'articolo 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (che, nel suo art. 1, è dichiarato come avente - lo stesso valore giuridico del Trattato dell'Unione), dispone che - *Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119*".

⁶⁶ L'art. 119 Tr.F.U.E. sancisce che la politica economica dell'Unione e degli Stati membri è condotta "ai fini enunciati nell'art. 3 del Trattato sull'Unione" (tra i quali fini vi è quello di mantenere una - *economia sociale di mercato fortemente competitiva*).

⁶⁷ In un'ottica negazionista dello "smarrimento" della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione Europea, P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81 ss.

⁶⁸ Sulla genesi della Scuola di Chicago v. R. POSNER, *The Chicago Law School of Antitrust*, Univ. Penn. L. R., 925 (1979), n. 127; G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968. Sul pensiero della Scuola di Chicago, BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; R. A. POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago, (1976), 2001.

⁶⁹ Secondo M. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 227, nt. 137 «La concorrenza, come realtà di fatto, cioè come modo di effettivo funzionamento dei mercati, è stata sempre intesa come uno strumento per il raggiungimento di fini politici ulteriori (...). A seconda del fine ultimo perseguito, la nozione di concorrenza si piega, sì da assumere fisionomie diverse(...) Nell'impostazione della Scuola di Chicago, la concorrenza meritevole di tutela è quella, e solo quella, che determina il migliore risultato in termini di efficienza allocativa».

applicativi, innanzitutto, sul funzionamento delle imprese, chiamate ad operare, con perfetta razionalità, in funzione del fine ultimo della massimizzazione dei profitti.

In secondo luogo, siffatta concatenazione dialettica condiziona, in maniera determinante, la qualificazione stessa della concorrenza, intesa in termini di entità di fatto strumentale alla crescita dell'offerta complessiva a disposizione dei consumatori, con capacità di autocorrezione dei fenomeni distorsivi, quali cartelli, concentrazioni, intese e abusi.

Ancora essa delegittima l'intervento dello Stato rispetto al libero svolgimento delle forze imprenditoriali nelle economie di mercato, reputandosi l'eterodeterminazione autoritativa un impedimento - non già un ausilio - per la massimizzazione dell'efficienza produttiva e distributiva delle imprese.

Infine esercita una deterrente incidenza sulla configurazione delle politiche *antitrust*, in quanto le operazioni imprenditoriali, potenzialmente restrittive o distorsive del mercato, vengono ad essere vagliate in funzione del criterio dell'efficienza allocativa⁷⁰.

In pratica si ritiene che le intese, le operazioni di concentrazione come l'abuso di posizione dominante non devono essere vietate *tout court*, ma soltanto laddove, dall'esame del caso concreto, si appalesi una attitudine compromissoria dell'efficienza produttiva come allocativa dei mercati⁷¹.

⁷⁰ In Italia, F. DENOZZA - *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1988, 18-19 - evidenzia le quattro importanti innovazioni che «che la scuola di Chicago ha costantemente posto al centro delle sue elaborazioni come frutto di "novità" di cui un moderno diritto *antitrust* dovrebbe tenere adeguato conto. La prima riguarda (...) la proposta di non intervenire nei confronti delle pratiche i cui effetti monopolistici non sono assolutamente certi: nel dubbio, si presuma l'efficienza. La seconda questione (...) riguarda le nuove dimensioni che avrebbe assunto la concorrenza, con il conseguente enorme accrescimento della capacità di autocorrezione del mercato. (...) La terza questione riguarda l'efficienza che sarebbe stata raggiunta dai mercati finanziari contemporanei (...). Così, dall'assoluta trasparenza di tale mercato dipende la possibilità di eliminare la dimensione dal novero delle c.d. barriere all'ingresso. (...) L'ultima questione riguarda l'eccessiva espansione del settore pubblico, accusato di essere il principale (se non l'unico) artefice delle limitazioni alla concorrenza realmente capaci di incidere in maniera negativa e duratura sul benessere dei consumatori ed indicato come il vero bersaglio di una moderna legislazione *antitrust*».

⁷¹ «Intese e concentrazioni, anche quando raggiungono (...) livelli di incidenza sulla concorrenza, possono essere assolte se il sacrificio della concorrenza è richiesto da esigenze o compensato da benefici di ordine economico e sociale (...): produttività in senso qualitativo e quantitativo, miglioramento delle condizioni di offerta e della distribuzione, progresso tecnico e tecnologico, concorrenzialità internazionale, rilevanti interesse dell'economia nazionale. (...) Di particolare rilievo "privatistico" è la constatazione che il fondamento dell'antigiuridicità di intese e concentrazioni "negoziali" non si coglie nella (sola)

Si consideri una operazione di concentrazione determinata da una maggiore efficienza distributiva, la quale, innalzando i livelli di profitto, accresce la penetrazione dell'impresa nelle quote di mercato e con essa il grado di concentrazione nello stesso.

Ebbene se rispetto ad una simile ipotesi di concentrazione applicassimo categorie di valutazione ancorate semplicemente alla salvaguardia *tout court* del "procedimento concorrenziale", senza considerare la realizzazione di obiettivi efficientistici, il giudizio dell'Antitrust non potrebbe che essere di segno negativo.

Laddove, invece, le scelte di politica antitrust fossero dettate in funzione del criterio efficientistico, allora, non vi sarebbero ragioni ostative a permettere la formazione, all'interno del mercato, di strutture concentrate da ragioni di maggiore efficienza allocativa.

La Scuola di Chicago promuove, in definitiva, una approccio caso per caso ed una metodica di bilanciamento⁷² fra gli effetti anticoncorrenziali e proconcorrenziali della operazione di concentrazione, all'esclusivo scopo di stabilire se l'incremento dell'allocatione produttiva e distributiva delle risorse compensi o meno le conseguenze distorsive tipiche della struttura concentrata.

La prevalenza degli effetti positivi, in termini di accresciuta razionalità economica e di incremento dell'efficienza del mercato, compensa e si sostituisce all'intervento correttivo delle Autorità antitrust.

La proposta di sterilizzare l'intervento autoritativo viene in verità estesa anche nei confronti delle pratiche monopolistiche i cui effetti non sono assolutamente certi: nel dubbio deve presumersi l'efficienza⁷³.

causa (a volte addirittura "tipica" e comunque non incompatibile con un giudizio di meritevolezza) ma nel concreto effetto (anticoncorrenziale) o meglio in una "quantità" dell'effetto: e nella quantità dell'effetto confrontata con i diversi valori sopra richiamati» G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, II, 546.

⁷² «Nei processi applicativi delle norme sui diritti fondamentali la tecnica del bilanciamento è, essa stessa, la forma della decisione, la quale consiste in un giudizio di prevalenza di uno o l'altro dei principi che nel caso concreto vengono a configgere, oppure di concorrenza dell'uno con l'altro in condizione di reciproca limitazione» L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 122 e 132. Sul tema cfr. P. PERLINGIERI, *Valori normativi e la loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 802-804; L. LONARDO, *Informazione e persona. Conflitto di interessi e concorso di valori*, Napoli, 1999, 188.

⁷³ «Il ragionamento così impostato, è inaccettabile. Se si offre la positiva che una certa pratica ha effetti migliorativi sul piano dell'efficienza, ciò andrà tenuto nel debito conto. Ma se la funzione della pratica è incerta, la sua liceità non può essere dedotta da una presunta assenza di interesse dell'impresa a porre in essere una restrizione della concorrenza. Un esempio potrà



Contro l'affermarsi del modello di Chicago si sono levate più voci⁷⁴, le quali hanno rilevato che il

chiarire i termini del dissenso. Se si dimostra che un'intesa verticale è indispensabile per assicurare al consumatore certi servizi pre-vendita, essa potrà anche essere ritenuta lecita. Quando però l'intesa riguarda, come pure è frequente, prodotti tradizionali, assolutamente standardizzati, la (...) premessa per cui il produttore non avrebbe mai interesse a limitare la concorrenza tra i distributori del suo prodotto non può, in assenza di un chiarimento sul perché in concreto l'intesa è adottata, motivarne la liceità. La regola "nel dubbio si presuma l'efficienza" può anche esprimere un nobile atto di fede, ma non può pretendere di assurgere a credo universale» F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, cit., 19, nt. 40.

⁷⁴ F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO - in *Contro l'utilizzazione dell' "approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust, in Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563-565 - osservano come l' "approccio economico" sarebbe caratterizzato da tre elementi: concentrare l'attenzione sulla sostanza del comportamento rifiutando ogni rilevanza della forma; accertare caso per caso l'incidenza della pratica imprenditoriale sui consumatori, in termini di riduzione del *consumer welfare*; valutare in tale ultima eventualità se sussiste un qualche effetto in grado di essere positivamente apprezzato sul piano dell'efficienza (563). Ad avviso degli Autori nessuna di queste indicazioni può essere apprezzata con favore, in quanto un approccio economico nella identificazione della *rule of reason* dell'art. 101 TUE (ex art. 81) finisce, da un lato, con lo svuotare il potere legislativo, unico legittimato alla fissazione del fascio di interessi sotteso all'intervento regolamentare, e, dall'altro, con l'accrescere in maniera ingiustificata il potere dell'interprete chiamato, di volta in volta, a stabilire l'opportunità di intervento dell'Autorità antitrust (564). «L'interprete non è il "gestore" dello scopo perseguito dal legislatore. Il "gestore" è la norma, così come è stata formulata dal legislatore e l'interprete è un ausiliario non privo di discrezionalità, ma comunque vincolato a muoversi in uno spazio (...) definito dalla norma, non dallo scopo identificato come protetto». *Contra* M. POLO - in *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, *ivi*, 131 - ritiene, invece, che la varietà e la mutevolezza polimorfica delle pratiche commerciali sconsiglia un approccio formalistico della tecnica di individuazione delle condotte vietate, risultando ogni rigida classificazione, costruita *ex ante*, inidonea a contenere una fenomenologia dialettica. E non va neppure trascurato il fatto che una medesima pratica può servire «non soltanto per escludere concorrenti efficienti dal mercato, ma per raggiungere obiettivi di efficienza potenzialmente favorevoli ai consumatori». Così la «fissazione del prezzo di rivendita può essere uno strumento per rendere più trasparente il mercato a fini collusivi o, alternativamente, uno strumento adatto a sostenere gli sforzi di vendita promossi dai distributori. L'intervento antitrust, pertanto, deve tenere conto di queste ulteriori motivazioni distinguendo i casi nei quali una determinata pratica è attuata con finalità anticompetitive e quelli in cui invece essa consente dei guadagni di efficienza. (...) Da queste considerazioni nasce l'utilità di ancorare la valutazione delle diverse pratiche ai loro effetti, con un passaggio dalla forma alla sostanza». Secondo R. PARDOLESI - *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, *ivi*, 2007, 119 - «la difesa intransigente di schemi formalistici appare, nella circostanza, non soltanto vana, ma foriera di guasti applicativi (...). È vero che il paradigma del *consumer welfare* (...) sembra puntare nella direzione di un'analisi caso per caso, che nega certezza al diritto; ma quel paradigma non rappresenta uno strumento operativo, quanto una finalità tendenziale, in funzione della quale vanno "tarate" le regole operazionali da applicare al caso concreto».

suo affermarsi avrebbe determinato un mutamento arbitrario della politica e del diritto comunitario della concorrenza.

In realtà, a ben vedere, siffatto modello iperliberista, neoclassico, ha subito un arresto già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Infatti, in una Comunicazione del dicembre 2008 "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE (in riferimento al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato cd. abusi escludenti)", la Commissione, anche se minimizza su alcuni dati testuali che sembrano richiamare il metodo basato sulla *efficiency*, quindi, sulla scia della Scuola di Chicago, in realtà, continua a riferire i classici capisaldi caratterizzanti l'analisi comunitaria delle pratiche di aggiudicazione.

Si registra cioè un sostanziale immobilismo, rimanendo inalterata l'impostazione precedente contenuta - come sembra - entro i confini di categorie non ancorate al criterio dell'efficienza.

Il dibattito fra gli interpreti, insomma, ruota ancora intorno al modello di interpretazione preferibile della disciplina comunitaria in materia di antitrust.

L'alternativa è fra un modello di stampo neoclassico, basato sull'efficienza allocativa, ed un modello tradizionale di mera salvaguardia del "procedimento concorrenziale" e dello svolgimento corretto del mercato.

E in una simile temperie economica, il ricorso ad opera del Trattato di Lisbona alla formula lessemica "economia sociale di mercato" assume e custodisce una valenza particolare, sicuramente non trascurabile, nella misura in cui si intenda assegnare ad essa un significato di transizione: "il principio della libertà sul mercato, declinato unitamente a quello della perequazione sociale, di modo da conciliare la ragionevolezza economica con la sostenibilità sociale".

Il modello di Friburgo ha ricevuto nel tempo distinte correnti di pensiero: da un lato, Röpke⁷⁵ e Einaudi⁷⁶, i quali facevano leva sulla libertà della per-

⁷⁵ Secondo W. RÖPKE - in *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino 1946, 64-65 - il mercato esige «uno Stato forte (...) un diritto profondamente meditato e conforme alla costituzione economica». Il compito dello Stato «non è né di prender parte al gioco né di prescrivere ai giocatori tutte le mosse, ma invece di vegliare con assoluta imparzialità e incorruttibilità per la più stretta osservanza delle regole del gioco (...) e lo Stato senza il quale non può sussistere una vera e genuina economia del mercato» (*ivi* 241).

⁷⁶ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale* (1944), F. CAFFÈ (a cura di), Torino, 1977, 14-15 «la concorrenza (...) è la salvaguardia del consumatore (...) il quale ha, ministro ubbidiente, esecutore fedele dei suoi ordini, il prezzo. (...) Chi non voglia



sona umana, sulla responsabilità e insieme sulla concorrenza, il tutto inquadrato nel principio degli “interventi conformi”⁷⁷; dall’altro, Erhard⁷⁸ e lo stesso Müller-Armack, i quali privilegiano una opzione ricostruttiva del sistema avente per fondamento la libertà realizzata in un mercato efficiente e per confini l’autonomia e la responsabilità; il tutto tenuto insieme dalla solidarietà sociale e dalla sicurezza.

Il riferimento all’economia sociale di mercato va fatta partendo da questo tipo di impostazioni, dall’identificazione dei capisaldi di pensiero di coloro che, pur credendo fermamente nel funzionamento spontaneo⁷⁹ del mercato, allo stesso tempo, giungono alla conclusione che un mercato abbandonato a se stesso, al suo libero svolgersi, senza un ordine, è destinato inevitabilmente a tendere verso la creazione di monopoli e di intese⁸⁰.

trasformare la società intera in una immensa caserma o in un reclusorio, deve riconoscere che il mercato, il quale raggiunge (...) il risultato di indirizzare la produzione e di soddisfare alla domanda effettiva dei consumatori, è un meccanismo che (...) merita (...) di essere studiato attentamente per essere a poco a poco perfezionato». Sul pensiero di Einaudi, AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, A. GIGLIOBIANCO (a cura di), con prefazione di M. DRAGHI, Roma-Bari, 2011.

⁷⁷ «Il frutto più interessante dell’incontro intellettuale fra Einaudi e Ropke riguarda la teoria degli interventi conformi, che mi sembra il principio di base e il modo per segnare i confini di una politica economica di indirizzo liberale che si voglia distaccare in modo coerente dal *laissez-faire* del puro liberalismo» F. FORTE, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di Storia economica*, 224. Secondo Ropke - in *La crisi sociale del nostro tempo (1942)*, Roma, 1946, 198 - “conformi” sono «quegli interventi che non sopprimono la meccanica dei prezzi e l’autogoverno del mercato così ottenuti, ma vi si inseriscono, quali “nuovi dati” e ne vengono assimilati, mentre sono “non conformi” quelli che distruggono la meccanica dei prezzi e debbono di conseguenza sostituirla con un ordine economico programmatico, cioè collettivistico».

⁷⁸ L. ERHARD, *Benessere per tutti*, (1957), Milano 1959, e ID., *La politica economica della Germania*, (1962), Milano, 1963. G. REALE-D. ANTISERI - in *Storia della filosofia*, cit., 221 - riferiscono che «il dilemma cui Erhard si trovò di fronte era se bisognava ridare posto alla libertà o, tramite un’economia centralisticamente pianificata, tornare in una situazione di servitù e di sottomissione totale allo Stato. La scelta di Erhard fu chiara: lo Stato ha il compito di garantire l’ordine economico, rendendo possibile una concorrenza libera e corretta ed ergendosi così a difensore dell’interesse generale. La concorrenza è il mezzo più adeguato per il conseguimento dell’equità sociale: un’idea comune a Eucken e a Erhard».

⁷⁹ «L’idea (...) del mercato come un ordine spontaneo, può essere illuminante dal momento che genera la consapevolezza del modo in cui gli scambi tipici di un mercato non pianificato possono coordinare le attività umane meglio di qualsiasi piano; ma è profondamente fuorviante se suggerisse che la struttura istituzionale del processo di mercato ci è offerto come un dato naturale» J. GRAY, *The Moral Mandate of Market Institution*, IEA, Health and Welfare Unit, Chose in Welfare Series No. 10, London, 1992, 29.

⁸⁰ «Il mercato non può essere abbandonato a se stesso. Il legislatore, ossia noi stessi che dobbiamo eleggere coloro che fanno

Si giustifica in quest’ottica l’idea di un intervento correttivo dello Stato, che, nei fatti, non si limiti soltanto a ciò, incidendo anche sulle esternalità⁸¹.

Le politiche di solidarietà, in realtà, possono essere soltanto di tipo verticale, e, quindi, operanti al di fuori dei confini del mercato.

Va detto che è pure ammessa una forma di protezione del mercato del lavoro, ma resta una teoria descritta entro il paradigma liberale, non certo all’interno del paradigma solidaristico.

Si tratta di un compromesso, di una posizione mediana, né totalmente nella direzione della “procedimentalizzazione” della concorrenza né compiutamente adesiva ai richiami di “efficienza allocativa”.

Una posizione che non disdegna di inserire una norma di stampo tipicamente derogatoria come quella sull’abuso della posizione dominante.

Un compromesso, però, che non ha alcun punto di convergenza con quanto prescritto dalla Scuola di Chicago in punto di assegnazione di un primato alla massimizzazione del *surplus* nell’interpretazione dell’art. 102 Tue (*ex art.* 82).

L’incidenza del modello *chicagoan* nell’interpretazione della disciplina antitrust comunitaria fa sì che molti di coloro che si pronunciano a favore dell’economia sociale di mercato non usano questa espressione nel senso di Röpke e Einaudi ma si riferiscono ad una socialità che colleghi il sistema della concorrenza.

le leggi, dobbiamo sapere che il mercato può essere falsato da monopoli. Fin che si tratta di piccole trincee che ogni produttore scava intorno a sé per proteggersi contro i controcorrenti, poco male. (...) Ma possiamo impedire che monopolisti veri e propri rialzino i prezzi, scemino la produzione e guadagnino grosso. (...) Il mercato, che è già uno stupendo meccanismo, capace di dare migliori risultati entro i limiti delle istituzioni, dei costumi, delle leggi esistenti, può dare risultati ancora più stupendi se noi sapremo perfezionare e riformare le istituzioni, i costumi, le leggi, entro le quali esso vive allo scopo di toccare più alti ideali di vita. Lo potremo se vorremo», L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949, 36.

⁸¹ «Alla radice del modello di economia sociale di mercato (...) si sviluppa l’idea che lo Stato non debba essere il decisore economico fondamentale, che non debba decidere dove, come e a favore di chi investire, non debba avere rapporti relazionali privilegiati con le imprese. Si sviluppa, quindi, un’idea antidirigistica (...). L’altro pilastro del pensiero ordoliberal è quello per cui non ci si può fidare, a differenza del liberalismo classico, dell’ordine spontaneo dei mercati. (...) L’ordine spontaneo dei mercati crea potere monopolistico; il potere monopolistico tende a frenare lo sviluppo economico e tende a creare iniquità dal punto di vista sociale. Il compito dello Stato diventa, allora, quello di tutelare la concorrenza e il buon funzionamento dei mercati» M. LIBERTINI, *L’impatto dei vincoli comunitari sulla libertà di iniziativa economica*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri*, Napoli, 2010, 397.



Il punto è stabilire se possa condursi la riflessione oltre la linea di orizzonte intravista: stabilire se possa assegnarsi alla formula economia sociale di mercato altamente competitiva una vocazione e una accezione compiutamente solidaristica.

Tenendo conto delle riflessioni, fin qui sviluppate, l'approdo naturale dovrebbe essere di segno negativo.

Eppure non trascurabili ancoraggi di salvezza sono rintracciabili nel Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, di Mario Monti, 9 Maggio 2010, "Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea"⁸².

Una eco di apertura solidaristica sembrerebbe essere contenuta nel capitolo 3, rubricato "un mercato unico per un' economia sociale di mercato fortemente competitiva", a tenore del quale "(...) il sistema dell'UE ha accumulato asimmetrie interne fra l'integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale, che generano attriti e danno origine a disincanto e avversione nei confronti dell'apertura del mercato"⁸³.

Affinché il rilancio del mercato unico sia durevole è necessario rimuovere tali fonti di attrito in modo mirato.

In alcuni casi ciò significa adeguare le norme esistenti che disciplinano il mercato unico per tenere conto delle esigenze dei contesti sociali e locali.

In altri casi, è necessario coordinare maggiormente i sistemi normativi nazionali, per assicurare la loro coerenza con i principi dell'UE e l'aderenza ad essi. Nelle pagine seguenti, la relazione esamina le sfide strategiche e le possibili azioni in materia di libera circolazione dei lavoratori, servizi sociali d'interesse generale, appalti pubblici, politiche industriali, coordinamento delle politiche fiscali e politica regionale.

Questi sono gli elementi fondamentali per riconciliare il mercato unico e la dimensione sociale e dei cittadini, secondo la logica del trattato di un' "economia sociale di mercato fortemente competitiva".

In estrema sintesi, la proposta che emerge dal Rapporto di Monti⁸⁴ interroga l'alternativa fra l'inclusione dei diritti sociali, in particolar modo, del diritto di sciopero, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, vale a dire la fondazione di nuove immunità, ed il loro mantenimento nel ventre dei diritti degli Stati interni.

Si tratta, di conseguenza, di stabilire se sia possibile attendersi, rispetto alle politiche sociali, "un modello unitario" oppure "politiche sociali diversificate nei vari ordinamenti".

Il rapporto - è ben vero - richiama l'opportunità di aumentare la flessibilità delle norme in materia di servizi pubblici nonché la costruzione di politiche industriali compatibili con la concorrenza, ma in quel rapporto la dimensione sociale resta pur sempre compatibile con il modello tradizionale ordoliberal, soprattutto, se si fa riferimento ad un doppio livello di intervento corredato da immunità e flessibilizzazioni.

Un ulteriore elemento di riflessione giunge anche dalla Comunicazione della Commissione⁸⁵ del 27 ottobre 2010 per una economia sociale di mercato altamente competitiva, la quale potrebbe intendersi in chiave di rivisitazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, la quale, però, resta anch'essa compatibile con la visione ordolibérale.

Tutto sommato, nei termini cui è prodotta la Comunicazione siamo ancora all'interno del paradigma ordoliberal, se non fosse per le proposte della Commissione racchiuse, rispettivamente, nei numeri 36⁸⁶ e 38⁸⁷, dove emerge il richiamo alla consultazione pubblica di *governance* delle imprese e il riferimento alla responsabilità sociale delle imprese.

Dietro le proposte di sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale, di miglioramento della trasparenza delle informazioni fornite dalle imprese sugli aspetti ambientali e sul rispetto dei diritti umani, si intravede anche spazio per l'adesione ad una concezione diversa e più solidaristica dell'economia di mercato rispetto a quella delle origini.

Trattasi di segnali da cogliere, ma occorre attendere la loro concretizzazione, la transizione dalla

⁸⁵ Comunicazione della commissione, *Verso un atto per il mercato unico Per un' economia sociale di mercato altamente competitiva*, 27 ottobre 2010, in <http://eur-lex.europa.eu>, spec. 20, «Pur rispettando i regimi di protezione sociale che rientrano fra le competenze degli Stati membri, vi sono numerosi settori in cui la dimensione umana dell'economia "sociale" di mercato deve consentire di costruire meglio la fiducia e garantire buone prestazioni in seno al grande mercato».

⁸⁶ Proposta n. 36: nel 2011 la Commissione proporrà un'iniziativa per l'imprenditoria sociale intesa a sostenere e ad accompagnare lo sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale nell'ambito del mercato unico, utilizzando in particolare il *rating* sociale, l'etichettatura etica e ambientale, gli appalti pubblici, l'attuazione di un nuovo regime per i fondi di investimento e la raccolta del risparmio "dormiente".

⁸⁷ Proposta n. 38: la Commissione avvierà una consultazione pubblica (Libro verde) in materia di *governance* delle imprese. Essa avvierà una consultazione pubblica anche sulle possibili opzioni per migliorare la trasparenza delle informazioni fornite dalle imprese sugli aspetti sociali e ambientali e sul rispetto dei diritti umani. Le consultazioni potranno sfociare in iniziative legislative.

⁸² M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso 2010*, in www.europa.eu.

⁸³ Id., *op. cit.*, 70 e ss.

⁸⁴ Id., *op. ult. loc. cit.*, 73.

mera enunciazione di principio alla pratica di diritto.

Occorre attendere gli ulteriori sviluppi per giungere a risultati sicuri, atteso che le mere declamazioni, assurte a categoria, possono diventare, se non seguite da regole operative, delle trappole nominalistiche.

In definitiva, le nuove frontiere della sfida interna all'Unione riguarda la tendenza ad allontanarsi dall'originaria accezione di economia sociale di mercato, spostando la partita dei diritti sociali a livello sovranazionale.

4. La crisi dei mercati finanziari: un'analisi economica e giuridica⁸⁸.

Nell'analisi degli indici diagnostici della crisi dei mercati finanziari echeggia forte il richiamo al Welfare State⁸⁹ e con esso alla possibilità dell'intervento pubblico nel mercato, per come sviluppatesi nella seconda metà del secolo scorso fino agli anni ottanta.

L'economia politica in quegli anni era chiamata comporre il rapporto fra due categorie: da un lato, l'efficienza⁹⁰, e, dall'altro, l'equità⁹¹.

L'equità era intesa in chiave prevalentemente verticale, ossia nel senso della riduzione delle disuguaglianze con una impostazione più o meno centralizzata di giudizi di valore.

⁸⁸ «Economia e diritto si intersecano, si integrano, confliggono anche, ma sono destinati a essere considerati quali aspetti essenziali di una realtà unitaria e storicamente condizionata» P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 272. Sono, in verità, realtà che si condizionano reciprocamente. Esse «non sono e non possono essere (...) separate e contrapposte». «Non possono esservi beni economici, e scambi di tali beni, senza regole che ne stabiliscono i presupposti di utilizzazione e le condizioni della loro circolazione» P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 265.

⁸⁹ L. GRAZZINI-A. PETRETTO, «Dimensioni e composizione della spesa per il welfare e crescita economica», in M.C. GUERRA-A. ZANARDI (a cura di), *Rapporto di Finanza Pubblica*, Bologna, 2005. Vv. F. FELICE, *Welfare society*, Rubbettino Soveria Mannelli, 2007.

⁹⁰ Sui criteri di efficienza nella politica economica, v. N. KALDOR, *Welfare propositions of Economics and interpersonal comparisons of utility* in *Economic Journal*, 49, 1939, 549-52 e J. HICHS, *The Foundations of Welfare Economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, 696-712; *ex pluribus*, R. POSNER, *Utilitarianism, economics, and legal theory* in *Journal of legal studies*, 8, 1979, 103-40 e R.O. ZERBE, *Economic efficiency in law and economics*, Cheltenham- Northampton, Edward Elgar, 2001.

⁹¹ La teoria economia: efficienza ed equità, in A. BAFFIGI, *Luigi Einaudi: Teoria economica e legislazione sociale nel testo delle Lezioni, Quaderni di storia economica (Economic History Working Papers)*, Roma, 2009, 25 e ss.

Questo modo di procedere è entrato in crisi, a partire dagli anni ottanta-novanta, a seguito del sovrappiù nel sistema di quattro elementi di novità.

Il primo fattore innovativo è rappresentato dal fatto che i mercati, sui quali si poggiava questa struttura di analisi, hanno modificato il loro raggio di intervento, spostandosi dal piano europeo verso una dimensione più ampia rappresentata dall'anello globalizzato⁹².

L'elemento cruciale della globalizzazione⁹³ risiede tanto nella libertà di movimento di capitali e di merci, che ne costituisce uno strumento, quanto nel fatto che, dopo secoli di visioni ristrette fra Paesi produttori, grandemente sviluppati, e Paesi produttori arretrati, sono intervenuti, in un arco temporale ristretto - tenuto conto dei tempi medi dei processi storici tradizionali - nuovi modelli economici: economie tumultuose con capacità di espansione straordinaria e con innovazioni sociali relevantissime.

Corroborata tale asserzione di principio il repentino mutamento della struttura economica e sociale in Brasile e l'attuale fenomeno di crescita dei salari in Cina, con ritmi particolarmente vertiginosi in ragione della carenza di forza lavoro.

Questi fenomeni si stanno sviluppando con una forza epicentrica e in un arco temporale così ristretto da non potersi non immaginare conseguenze dirimpenti sull'assetto socio-economico tradizionale.

Il secondo elemento di novità che ha messo in crisi il modo di ragionare della tradizione cd. "benesserista" e "welfarista", legata agli anni della redistribuzione della ricchezza, è stato il fatto che l'equità che si è arricchita del "fattore intergenerazionale"⁹⁴.

⁹² «In questa *s-confinatezza* risiede l'essenza della globalizzazione: in questo ossessivo e indefinito *oltrepassare*» (628). (...) I fenomeni globali determinano una diversa concezione di tempo e spazio» (629) N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 628-629. Infatti la globalizzazione «riguarda tutti i luoghi, ma non è unità di luogo»: «il 'globale' (...) non unità, ma ubiquità» (64). E «l'economia, divenendo globale, subisce un processo di 'deterritorializzazione'» (74). «I mercati 'globali' non sono in un dato luogo, ma attraversano tutti i luoghi» (63), ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 63-64-74.

⁹³ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 42-43 «Il diritto globale si ristrutturava rivedendo profondamente i tradizionali rapporti con il territorio che erano alla base dello statonazione» (42) «La globalizzazione è intesa come ridefinizione dei limiti spazio-temporali».

⁹⁴ La solidarietà, quale criterio ordinario di giustizia sociale, per una equa gestione e distribuzione intergenerazionale delle ricchezze, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie*



Nei fatti, è accaduto che in passato l'analisi della distribuzione aveva avuto come contesto di riferimento la distribuzione all'interno della stessa generazione, ad esempio, fra anziani ricchi ed anziani poveri.

Adesso, invece, lo sviluppo del Welfare State è orientato nei suoi interventi strutturali verso una logica di tipo intergenerazionale, a composizione del conflitto della distribuzione del risparmio, fra la generazione attuale e la generazione futura⁹⁵.

Essa non costituisce soltanto un problema ambientale o di sviluppo sostenibile, ma un problema di crescita economica e di redistribuzione della ricchezza fra generazioni attuali e prossime a venire⁹⁶.

La tematica pensionistica, da questo punto di vista, diviene centrale nelle scelte di politica economica⁹⁷.

Si tratta di un conflitto non governato, in linea di massima, dalle strutture tradizionali di Welfare State, salvo in rari ed illuminanti modelli istituzionali come la Norvegia, la quale ha accantonato quasi tutti i proventi rivenienti dalle risorse petrolifere del mare del Nord a beneficio delle nuove generazioni.

Il terzo elemento di novità attiene al valore ordinante della persona nella costruzione delle dinamiche concorrenziali⁹⁸ unitamente al concetto di garanzia dei diritti sociali.

I diritti, da sempre affascinazione entusiastica nello studio dei giuristi, costituiscono, per converso, un snodo critico per gli economisti, in quanto le ga-

ranzie giuridiche incidono, inevitabilmente, sulle scelte di politica economica⁹⁹.

Da questo punto di vista, i diritti possono essere distinti in due grandi categorie.

La prima categoria è composta dai cd. "beni lessicografici", per i quali non deve emergere né sussistere un costo di opportunità. Essi devono essere garantiti a prescindere.

La seconda categoria, invece, è costituita dai cd. "beni non lessicografici", i quali fanno emergere un costo di opportunità.

Tutti questi elementi di novità, costituiti rispettivamente dal sopravvento di un mercato globalizzato, dal conflitto intergenerazionale, dalla garanzia dei diritti, hanno reso più rigidi e critici i profili di *governance* dell'economia europea.

Indice riproduttivo di questo contrasto è ben rappresentato dall'attuale considerazione del Prodotto interno lordo (Pil) quale strumento insufficiente di misurazione del benessere.

Il criterio di misurazione di benessere di un Paese non può essere rappresentato dal Pil, ma dal concorso di altri fattori che possono ricondursi, allo stato della sanità pubblica, al livello dell'istruzione pubblica, ai servizi come alle infrastrutture, all'ambiente, ai diritti ed alla cittadinanza, all'economia ed al lavoro, all'istruzione come alla cultura.

Così accade che applicando tali criteri la Toscana, al nono posto nella classifica italiana in base al Pil, ricopra il secondo posto per servizi.

Al contempo la Lombardia, al primo posto in base all'indice di misurazione del Pil, si colloca alle spalle della Toscana per i servizi.

Ora la garanzia dei diritti dipende la propria capacità di successo e di funzionamento dalla spesa pubblica¹⁰⁰.

Ma per finanziare la spesa pubblica occorrono nuove entrate e per avere queste ultime si rende necessaria la crescita del Pil.

e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, XXVI.

⁹⁵ Secondo J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. a cura di U. SANTINI, Milano, 2008, 282, il principio del giusto risparmio è in grado di garantire «che ogni generazione riceva quanto le è dovuto dai predecessori e dia il proprio equo contributo a quelli che vengono dopo».

⁹⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 145 «Arrivando ad un principio di giusto risparmio, pertanto, le parti si chiedono quanto siano disposte a risparmiare in ciascuno stadio, assumendo che tutte le altre generazioni abbiano risparmiato nel passato e risparmieranno in futuro in base allo stesso criterio. Devono così considerare la loro volontà di risparmiare in ogni fase di civiltà, essendo consapevoli che i tassi di risparmio da loro proposti finiranno con il condizionare tutto il ritmo dell'accumulazione».

⁹⁷ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Urbino, 1993, 208 e ss. La pensione tutela non «solo una singola persona, un singolo individuo durante la (limitata) durata della vita, ma (...) astrattamente un'intera generazione futura, il susseguirsi delle generazioni di uomini e cittadini come un'unità indistinta».

⁹⁸ «Si assume (...) che siano difficilmente riconducibili ad un comune denominatore la dimensione della persona, essenzialmente valutabile secondo il registro dell'essere, e i criteri individuanti della concorrenza, misurabile dalla logica dell'avere» (...) In realtà «il nodo fondamentale del rapporto diritto e mercato va colto (e risolto) sul piano del raccordo fra queste due prospettive apparentemente opposte» N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 330.

⁹⁹ T. ASCARELLI - in *La disciplina giuridica della concorrenza*, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali - Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 12 - mette in evidenza il rapporto fra economisti e giuristi, rilevando che «l'economista costruisce concetti funzionali, quale strumento per intendere produzione e distribuzione della ricchezza, preoccupato dei misurabili effetti dei vari fenomeni nella produzione e distribuzione della ricchezza in condizioni definite», mentre il «giurista ordina secondo caratteri tipici, astratti, dalle peculiarità individuali, soggetti, atti, cose, per l'applicabilità di una determinata disciplina».

¹⁰⁰ «Le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate sui valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di fattibilità economica. Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso» L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., 36.



La crescita del Pil è necessaria seppur non sufficiente.

L'economia attribuisce alla concorrenza un ruolo molto positivo, ma essa deve essere indagata non soltanto sotto il profilo della competitività fra imprese quanto piuttosto sotto il profilo della rilevanza e della ricaduta sociale.

Gli elementi significanti della nozione di concorrenza sono la rivalità e la contenibilità, mentre gli elementi che essa reca a corredo sono la trasparenza, l'obiettività, l'imparzialità e l'uguaglianza.

Essi sono strumenti fondamentali per la redistribuzione generazionale e intergenerazionale: un meccanismo di redistribuzione che non viene guidato da scelte di valore.

Il quarto elemento di novità riguarda l'intervento pubblico, nello specifico, la distinzione fra produzione pubblica e fornitura pubblica.

Fornitura pubblica è rendere disponibile ai cittadini servizi non finanziati attraverso meccanismi di mercato ma finanziati attraverso la fiscalità erariale.

La fornitura pubblica può anche accompagnarsi alla produzione pubblica ma in molti casi si accompagna a forme di produzione non pubblica, rappresentate dagli istituti privati, dagli istituti *no-profit*, da categorie di soggetti che possono essere incaricati del fenomeno produttivo.

In questa direzione si muovono alcuni Paesi dell'Europa del Nord, dove la fornitura è totalmente garantita dallo Stato che finanzia i servizi e, al contempo, scarica la produzione su istituti adeguati.

Tutto ciò rende particolarmente delicato il ruolo dello Stato, esigendo un suo intervento "forte", nel senso di uno Stato in grado di correggere, cooperare e regolamentare¹⁰¹ in maniera efficace, potendosi riversare un sistema giuridico così congeniato¹⁰² anche sulla costituzione del mercato interno.

In definitiva, a partire dagli anni novanta sono stati rivoluzionati i presupposti della teoria normativa base del Welfare State e si avviato un processo teso schiudere interrogativi critici in riferimento alla titolarità del compito di effettuare interventi pubblici nelle aree dei servizi.

¹⁰¹ «Il mercato, in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinarie» N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 11. «La legge non è più intesa solo come garanzia per lo svolgimento di iniziative economiche individuali, che, liberamente operando, raggiungerebbero un equilibrio ottimo, ma come fattore positivo per un progresso economico che invece non verrebbe naturalmente raggiunto attraverso il libero gioco delle iniziative individuali» T. ASCARELLI, *op. cit.*, 15.

¹⁰² «La funzione ordinatrice del diritto nell'ambito di una moderna società organizzata non può limitarsi al compito, per sé statico, di proteggere l'attuale distribuzione dei beni, ma deve assumere il compito dinamico di renderne possibile il perenne rinnovamento agevolando la circolazione dei beni e la cooperazione fra i consociati» E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, 1560.

Il richiamo è alla figura del politico, il quale sconta la mancanza di un orizzonte temporale compatibile con i sistemi dell'equità intergenerazionale, trattandosi di decisioni che richiedono politiche a lungo termine, minate dall'alternanza dei Governi.

Si consideri la vicenda Alitalia ed il compiuto intervento "dirigista" per salvare una azienda che stava per essere sfaldata dalla concorrenza.

Si è ricostruito, nei fatti, un monopolio¹⁰³, attribuendolo a determinate aziende. Quest'ultimo ha assunto i caratteri del classico intervento pubblico, dove la funzione obiettivo di chi l'ha portato a termine è stata spiegata in termini di utilità sociale¹⁰⁴ e di salvaguardia del benessere collettivo, attraverso l'apprestamento di strumenti giuridici armonizzati con i principi comunitari ed i valori costituzionali¹⁰⁵.

¹⁰³ La Corte Costituzionale, 28 luglio 2010, n. 30, rileva che «secondo le parti, l'operazione di concentrazione in esame avrebbe determinato un monopolio di fatto (...), in danno delle imprese concorrenti, costrette a subire il rafforzamento delle posizioni dell'operatore dominante (...), dato che non (...) sarebbe accaduto, qualora fosse stata applicata la legge n. 287 del 1990». (...) «La negativa incidenza della norma censurata sulla concorrenza sarebbe dimostrata dalle considerazioni che con essa: è stata posta nel nulla la disciplina della legge n. 287 del 1990, attuativa dell'art. 41 Cost.; è stata determinata una situazione di mercato in grado di assicurare extraprofiti ad un'impresa egemone; è stata accreditata una nozione di «monopolio utile», quale strumento dirigistico, strumentale a realizzare finalità non chiare; sarebbe stata violata la disciplina dell'Unione europea, dato che il regolamento 20 gennaio 2004, n. 139 (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni») riconosce che le concentrazioni possono avere effetti positivi, ma richiede l'esistenza di uno strumento specifico in grado di garantire un controllo efficace».

¹⁰⁴ «L'utilità sociale va apprezzata in concreto e ciò vale massimamente quando il giudizio debba tener conto di una pluralità di esigenze o "valori" che occorre conciliare o tra i quali è da stabilire un ordine di prevalenza.» G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 545.

¹⁰⁵ Secondo la Corte Costituzionale, 28 luglio 2010, n. 30 «è chiaro che il parametro costituzionale (...), stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito». (...) «Emerge univoco l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo (...) e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, (...) sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente». (...) «L'esame del contesto generale di riferimento ha, anzitutto, evidenziato che la disciplina rilevante della concor-





In conclusione, la massa argomentativa è molto intricata.

Rimane, però, felice l'intuizione di aprire riflessioni sulle prospettive dell' "economia sociale di mercato altamente competitiva" in Europa, tenuto conto della complessa gestione della *governance* del Welfare State.

In tale ottica, non vi è nessun arretramento rispetto alla centralità del mercato quale motore propulsivo della società nel suo complesso e rispetto alla necessità di un intervento "forte" dello Stato in chiave non solo "correttiva" - e questo è il punto - ma anche di complementarità¹⁰⁶ "suppletiva".

5. *The close reading* del Trattato di Lisbona: il ruolo dell'interpretazione e della traduzione fra significante e significato. La leva metodologica dell'assiologia.

Della formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" e della categoria dei "diritti" stabiliti nella Carta di Nizza¹⁰⁷ è possibile realizzare

renza permette di tenere conto di detti interessi e di valorizzarli anche al fine di una particolare conformazione del controllo delle concentrazioni. (...) «Il regolamento n. 139 del 2004 (...) stabilisce, poi, quale limite invalicabile di una favorevole valutazione delle concentrazioni, la circostanza che esse non devono comportare «un pregiudizio durevole per la concorrenza». In relazione a questo profilo, il citato art. 4, comma 4-quinquies, ha attribuito all'Autorità il potere di definire "il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare". Il carattere transitorio della deroga del potere dell'Autorità di disporre determinate misure concorre, pertanto, a fare escludere l'irragionevolezza della norma e la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione».

¹⁰⁶ «Il rapporto fra Stato e mercati non è dunque di integrazione, bensì di complementarità. In termini di principi costituzionali, questo rapporto viene espresso nel principio di "sussidiarietà orizzontale", per cui lo Stato, prima di intervenire direttamente, deve lasciar svolgere ai mercati ed alla società civile tutti quei compiti che tali entità sono in grado di realizzare efficacemente» M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 22.

¹⁰⁷ «In un'epoca sempre più dipendente dalle esigenze dell'economia, la Carta introduce una forte discontinuità rispetto alle logiche del mercato ed ha un valore ricognitivo della prassi giurisprudenziale e della elaborazione teorica dei diritti fondamentali»: G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in ID. (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 53. «Il documento di Nizza pone la persona al centro di ogni azione comunitaria. Non la sovranità popolare, ma la tutela dei diritti fondamentali diviene il presupposto della legittimità dell'Unione che si propone di realizzare uno spazio comune di diritti» ID., *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2002, 670. Vv. anche ID., *Carta Europea e situazioni dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 3, 473. ID., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, 701 ss. Sul valore politico e giuridico della Carta, M. FIORAVANTI, *La Car-*

una *close reading*, ossia una lettura ristretta in funzione di alcune parti del Trattato di Lisbona.

Un tentativo di rilettura di alcune norme, preceduta da una ripresa della interessante convergenza comunicativa intercorrente fra la gerarchia delle fonti, il primato del diritto europeo¹⁰⁸, la neutralizzazione del "politico"¹⁰⁹, - intendendo per politico, non già "l'uomo politico" le cui riserve ed informazioni sono limitate, ma "il politico come concetto" - la "dislocazione" della decisione in sede europea e l' "occultamento" della medesima decisione nell'alveo del *soft law*¹¹⁰.

ta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 206.

¹⁰⁸ La rifondazione sistematica ed integrale della teoria delle fonti, conseguente al primato del diritto comunitario, ha determinato «un radicale mutamento di orizzonte nell'ermeneutica giuridica elaborata prevalentemente sul presupposto di una fonte legislativa accentrata» P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 133. Sul punto ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1997, 3, 81 ss.; in *Ann. Fac. Econ. Benevento*, 1999, 5, 127 ss.; nonché *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 33 ss. Ne consegue che occorre "rileggere" gli istituti del codice civile alla luce dei principi generali di origine comunitaria, oltre che nel prisma precettivo della Carta fondamentale - A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 511 ss. In dottrina, P. RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 55; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 17; A. LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto comunitario (regole e tecniche)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2005, 276.

¹⁰⁹ Sulla neutralizzazione del politico, P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 81. Sul punto, G. AZZARITI - *Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Atti Convegno Perugia 25 e 26 marzo 2011*, in *principi-ue.unipg.it/Documenti/GAETANO_AZZARITI.pdf* - rileva che «una centralità delle Corti che non si configura più solo nella tradizionale forma della garanzia processuale, ma che vale a conformare il diritto in sé, determinando direttamente, per aspetti decisivi, le stesse politiche economiche e sociali. Una giurisprudenza che opera, almeno in parte, in sostituzione del politico, il quale, per debolezza o per convenienza, si limita ad assumere le decisioni delle Corti, privandosi in tal modo di sue specifiche prerogative. Un processo di crescente neutralizzazione e tecnicizzazione del politico che va assumendo i caratteri di un mutamento storico».

¹¹⁰ «Ed è proprio dal fatto che il diritto si sia spostato dall'atto tipico normativo della legge vincolante a quello dell'opinione e della raccomandazione che nasce l'evocazione del *Soft law* come categoria pregnante in grado di catturare l'essenza del nuovo diritto» P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 75.

Il rapporto inferenziale fra le fonti del diritto, la politica legislativa e la dislocazione della decisione costituisce l'entità germinale imprescindibile per la comprensione della struttura della stessa Europa.

In Europa, infatti, risulta evidente l'esistenza di una frizione, per non dire una frattura, fra il Trattato di Lisbona, per come concepito e politicamente scritto, e la Corte Europea di Giustizia, «motore apocrifo¹¹¹» di atti di sovranità, i quali danno vita a quello che per definizione è uno *ius incertum*.

La Corte di Giustizia ha sempre affermato che sul «testo» del Trattato prevale il suo «spirito», intendendo per spirito la soluzione più avanzata, nel senso di permettere la *governance* dell'Unione europea e una maggiore integrazione della stessa¹¹².

Una interpretazione «politicamente» orientata, nella quale vi è la ripresa invertita della legge, non già a favore di determinati valori ma a favore del libero mercato: il che poi è il senso nucleare della *social market* ed uno dei grandi capitoli della scissione fra significante e significato nel campo del diritto¹¹³.

¹¹¹ L'espressione viene usata da P.G. MONATERI - in *ope ult. loc. cit.*, 80 - per indicare che «l'incompletezza dell'elenco degli atti vincolanti contenuta nei Trattati significa appunto che la voce della sovranità, qui intesa come la decisione di quali atti siano leggi, parla apocriefamente attraverso le sentenze della Corte, dando vita a quello che però è per definizione un sistema di *ius incertum*!».

¹¹² Corte di Giustizia delle Comunità europee, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl Cilfit e a. - Ministero della Sanità* «ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi». In dottrina, H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice*, in *Riv. dir. eur.*, 1976, 291; J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 498 e 512, il quale indaga la funzione di armonizzazione giuridica svolta dalla Corte di Giustizia all'interno della Comunità europea, lasciando emergere profili di perplessità in rapporto al contenimento o meno delle funzioni della Corte nel tipico alveo dell'organo giurisdizionale, secondo il risalente principio illuministico della separazione dei poteri.

¹¹³ Sul problematico rapporto fra significante e significato, ovvero fra il termine e quanto da quest'ultimo espresso, R. SACCO - *Lingua e diritto*, in AA. VV., *Traduzione e diritto*, Padova, 2000, 128 - osserva che «il vocabolo giuridico non ha necessariamente un solo significato. La parola *contract* in quanto vocabolo di diritto positivo inglese o americano, si rapporta all'accordo (*agreement*) fondato su una *consideration*. A fianco del *contract*, il contratto francese ed il *Vertrag* tedesco che non comportano necessariamente un vantaggio per il promittente o uno svantaggio per colui che stipula. La nozione giuridica ha una sua bivalenza, per cui da un canto è una nozione di diritto positivo, e da un altro canto è una nozione (normalmente dotata di contenuto più generale) appartenente alla teoria generale del diritto». Sul punto della circolazione giuridica dei vari modelli e istituti è da segnalare il volume monografico dedicato al tema dall'*International Congress of Comparative Law*, tenutosi a Washington D.C. (U.S.A.) nel 2010. Tutti i reports sono dispo-

Allora muovendo dalla *close reading* del documento è interessante cogliere l'impressione che è in grado suscitare, nell'osservatore come nell'interlocutore, specie rispetto all'operatore americano, la lettura di due testi, quali la Dichiarazione di Indipendenza Americana - 4 luglio 1776 - ed il Trattato di Lisbona.

Celebre la penna di Benjamin Franklin «quando nel corso di eventi umani, sorge la necessità che un popolo sciolga i legami politici che lo hanno stretto a un altro popolo e assuma tra le potenze della terra lo stato di potenza separata e uguale a cui le Leggi della Natura e del Dio della Natura gli danno diritto, un conveniente riguardo alle opinioni dell'umanità richiede che quel popolo dichiari le ragioni per cui è costretto alla secessione».

Nel Preambolo della Dichiarazione di Indipendenza Americana torreggia un sincretico «*we the people*», mentre nel Preambolo del Trattato di Lisbona ricorre il richiamo alle Autorità istituzionali «PREAMBLE: HIS MAJESTY THE KING OF THE BELGIANS, THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF BULGARIA, (...) HER MAJESTY THE QUEEN OF DENMARK, THE PRESIDENT OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, (...) HIS MAJESTY THE KING OF SPAIN, THE PRESIDENT OF THE FRENCH REPUBLIC, THE PRESIDENT OF THE ITALIAN REPUBLIC, (...) THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA, HIS ROYAL HIGHNESS THE GRAND DUKE OF LUXEMBOURG, THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF HUNGARY, (...) THE PRESIDENT OF THE PORTUGUESE REPUBLIC, THE PRESIDENT OF ROMANIA, (...) HER MAJESTY THE QUEEN OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND».

Fuor di retorica, tutto questo vuole significare un diverso approccio nei due documenti, testimone di un diverso modo di intendere l'idea di «popolo», la quale è «forte» nella Dichiarazione di Indipendenza Americana, mentre è «dispersa» nel Trattato di Lisbona, dove il richiamo introduttivo a Re, Presidenti, Primi Ministri, denota un effetto di straniamento¹¹⁴.

nibili sull'ultimo numero della rivista ISAI DAT (<http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat>). Per l'Italia l'indagine è stata affidata al prof. M. GRAZIADEI.

¹¹⁴ L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, 4, 1008, osserva che la Corte Costituzionale tedesca, con la sentenza 30 giugno 2009 «conclude che il Trattato di Lisbona si rivolge non al popolo dell'Unione, ma ai popoli degli Stati membri e ribadisce che alla luce della Costituzione tedesca il nuovo Trattato può essere accettato appunto solo in virtù del fatto che l'Unione europea è un'associazione di Stati sovrani (par. 287). E che, nonostante il Trattato di Lisbona migliori per certi aspetti la democrazia e la rappresentanza, nel tentativo di compensare quella che il *Bundesverfassungsgericht* chiama «l'eccessiva federalizzazione» (par. 290), l'Unione europea diventerà un'Unione di Stati più democratica, ma non uno Stato democratico».





Detto quanto, è possibile approdare all'esame dell'articolo 3, comma 3, Tue e, attraverso lo stesso metodo comparatistico¹¹⁵ mettere a confronto il testo in lingua inglese con il testo tradotto nella lingua italiana, reputando la questione della traduzione¹¹⁶ fondamentale rispetto alla qualificazione della materia¹¹⁷.

L'ineludibilità del superamento dell'ostacolo linguistico, del tramite della traduttologia, si appalesa con maggior incidenza proprio nell'itinerario di integrazione dei modelli normativi europei: la traduzione conforme di un testo uniforme.

Un sistema giuridico integrato, per uniformità di previsione normativa, applicativa ed interpretativa, rischia di essere minato negli esiti funzionali dalle antinomie prodotte da una difforme traduzione linguistica¹¹⁸.

¹¹⁵ «Il metodo comparativo, in campo giuridico, può essere considerato sotto un duplice aspetto. In primo luogo, senza superare le frontiere di uno Stato, si possono confrontare le soluzioni date ad alcuni problemi di natura giuridica nei diversi campi del diritto in vigore in un determinato Stato» (116) «In secondo luogo, a livello internazionale, si può confrontare il modo in cui è concepito il diritto e amministrata la giustizia nei diversi paesi. Si tratta (...) di quello che viene definito sia nei paesi di lingua latina che in quelli di lingua inglese (...) metodo comparativo applicato per comparar tra di loro più ordinamenti giuridici distinti» (117) R. DAVID, *Comparazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.* Treccani, II, Roma, 1992, 116-117. In argomento, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

¹¹⁶ «La parola esprime una nozione. Se un biologo, per parlare di gangli linfatici, utilizza quattro lingue differenti, trova in ciascuna di esse una parola che corrisponde esattamente al concetto che egli deve esprimere. La stessa cosa non si produce sempre per il diritto. I concetti creati, elaborati, definiti dal legislatore o dal giurista di un certo sistema non corrispondono necessariamente ai concetti elaborati per un altro sistema» R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, *Digesto*, IV - *Discipline privatistiche* - sez. civ., aggiornamento, Torino, 2000, 725. In materia, ID., *La traduzione giuridica*, in U. SCARPELLI-P. DI LUCIA, (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 475. G. BENEDETTI - in *L'elogio dell'interpretazione traduce*, in *Persona e mercato*, 2010, 1, 3 ss.

¹¹⁷ Lo studio del fenomeno della "trasposizione linguistica" dei termini giuridici, delle incertezze legate alle categorie giuridiche nonché del ruolo dei formanti nell'analisi del diritto, in R. SACCO, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", in "The American Journal of comparative Law", 39 (1991), n. 1, 1-34 e n. 2, 343-402. Su questi temi, Vv. anche A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996. A. GAMBARO-A. GUARNERI, "Italie", in *La circulation du modele juridique francais*, 14 *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Litec, 1993, 77. A. GAMBARO, "Codice civile", in *Digesto italiano*, Torino, 1988, 442. P.G. MONATERI, "Règles et technique de la définition en France et en Allemagne: La Synecdoque francais", in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, 3.

¹¹⁸ La sentenza della Corte di Giustizia, 9 dicembre 2003, nella causa C-129/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, ha sanzionato l'"infrazione" di uno Stato membro per avere emanato un testo di legge che non permetteva alle Corti interne una interpretazione uniforme all'ordinamento dell'Unione.

Se anche il testo della *regula iuris* fosse uniforme, non può sottodimensionarsi come trascurarsi il rischio di un *vulnus* producibile fra i canali di comunicazione giuridica, in un contesto ermeneutico multiculturale: una difformità determinata dalle diverse radici idiomatiche, a causa delle quali un comune testo normativo può aprirsi a plurali e contraddittorie interpretazioni traducibili¹¹⁹.

L'interprete, allora, non può considerare esaurito il suo ufficio con la comprensione del testo da tradurre ma deve attribuirne un significato alla norma¹²⁰.

Egli deve trasferire quel senso in una diversa struttura comunicativa linguistica: l'interpretazione traduce¹²¹ non può ridursi ad una statica presa d'atto del testo normativo, ad una mera operazione ricognitiva, ma deve condurre da un canale linguistico all'altro il senso riconosciuto proprio del testo normativo, riproducendone i ritmi e la coerenza intrinseca nella partitura sintattica¹²².

La traduzione diviene, in questo modo, punto di elezione della multiculturalità che intende propriamente traslare in interculturalità, nel rispetto e nel valore del sostrato uniformato delle regole di convivenza.

Soprattutto essa scioglie il nodo comunicativo dell'intendersi, assolvendo, al contempo, il difficile

¹¹⁹ G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traduce*, cit., 9.

¹²⁰ «L'atto ermeneutico è indispensabile perché la norma abbia un significato, che altrimenti non avrebbe» (...) «il significato (...) nasce dalla mente dell'interprete» R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA-A. GUARNIERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 182. «Interpretazione della legge, dunque, in quanto attività è attribuzione di significato ad un documento legislativo da parte di un soggetto interprete» G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato CICU-MESINEO* e continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, 1980, 106.

¹²¹ «Il problema specifico del tradurre sta nel sostituire ad una forma rappresentativa non intellegibile (...). Si tratta di sostituire, cioè di assorbire e soppiantare (...) la forma originale, non già di giustapporvi un'altra forma, che ad essa rinvii, la chiarisca e la lumeggi (...).» E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), Milano, 1990, 660 ss.

¹²² «La traduzione di un testo, per quanto il traduttore sia penetrato nell'animo e nella mentalità dell'autore, non può essere mai una pura riattualizzazione del processo spirituale originario della produzione, ma una riproduzione del testo guidata dalla comprensione di ciò che in esso vien detto. Nessuno può mettere in dubbio che qui si tratta di una interpretazione, non di un puro ricalco. È una luce nuova e diversa quella che viene proiettata sul testo della nuova lingua e per il lettore della traduzione» H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., di G. VATTIMO, Milano 1972, 444. Sul rapporto traduzione-interpretazione, T. MAZZARESE, *Interpretazione giuridica come traduzione*, in AA. Vv., *Traduzione e diritto*, Padova, 2000, pp. 165-194.

compito di sovrintendere la *precomprensione*¹²³, la quale muovendosi sul piano ontologico non può essere risolta, ma può essere, comunque, governata dall'interprete attraverso un rigoroso controllo.

Sulla scorta di simili rilievi linguistici e di traduttologia è possibile confrontare la versione in lingua inglese, *article 3 "the Union shall establish"*, con la versione in lingua italiana, *articolo 3 "l'Unione instaura"*.

E' evidente, stando alla terminologia impiegata, che "*instaura*" corrisponde ad un indicativo presente cioè ad un atto performativo, mentre "*shall establish*" fa riferimento ad un atto programmatico.

La differenza non è di poco conto perché se leggiamo "*the Union shall establish*" e non "*l'Unione instaura*" si libera un *remember*, un residuo molto diverso, in quanto se è in discussione il significato dell'introduzione della clausola nel Trattato, non è senza conseguenze giuridiche il ricorso all'uso dell'indicativo presente, cioè del performativo, potendo soltanto in tal caso attribuirsi ad essa valore giuridico e derivarne conseguenze di legge; altro è l'uso del futuro nel testo di legge, il quale finisce per far assumere alla clausola una valenza meramente programmatica.

¹²³ «Determinante (...) per l'interpretazione del diritto è il fatto che ci si accosta ai testi da interpretare con una determinata attesa, relativa alla possibilità di soluzione di questioni conflittuali, e che questa aspettativa delimita e dischiude possibilità di interpretazione (...) sono presi in considerazione in anticipo i risultati possibili e su di essi si verifica la comprensibilità del testo» J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. PATTI-G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 135. «Gadamer, (...) indica due condizioni fondamentali per ovviare al pericolo che la precomprensione diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo. La prima condizione è una "coscienza ermeneutica educata", cioè "preliminariamente sensibile all'alterità del testo", che rende l'interprete pronto a lasciare parlare il testo, a "mettersi in ascolto dell'opinione del testo". La seconda condizione, implicita nella prima, è "una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi" per assoggettarli al controllo della riflessione critica (...). Solo accedendo alla dimensione critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica» L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 11-12. Quindi per «"precomprensione" si deve intendere un'ipotesi in cui l'interprete si accosta al testo. Questa ipotesi esprime una supposizione o un'aspettativa dell'interprete relativamente alla soluzione corretta del problema giuridico che deve essere deciso. (...) Si può allora affermare che il circolo della precomprensione corrisponde al postulato della riflessione» R. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, V, Roma, 1996, 65. Vv. *Id.*, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, trad. it. di M. LA TORRE (*Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978).

Se nel confronto fra testi ufficiali, l'uno è "coniugato al futuro" e l'altro è "tradotto al presente", potrebbe crearsi una discrasia sistemica nei valori attribuibili, fra programmatico e performativo.

Ancora stando alla lettera dell'art. 3, "*The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance*", l'angolo di attenzione dell'interprete deve concentrarsi rispetto all'espressione "*a highly competitive social market economy*", dove ricorre il termine *social* e non già *socialist*, volendo, in tal modo, segnare una evidente linea di confine rispetto alla socialdemocrazia occidentale, al comunismo, come alla Scuola austriaca.

E andrebbe anche stabilito cosa deve intendersi per *social market* perché, una volta acquisito quel testo nei tempi dell'indicativo presente, cioè, con valore performativo, lo stesso testo acquista valore giuridico.

In quanto testo giuridico, il Trattato di Lisbona, può, innanzitutto, essere interpretato "letteralmente"¹²⁴, secondo una risalente impostazione metodologica ancorata ad una rigida gerarchia del sistema delle fonti ed alla prescrizione dell'art. 12 pre-leggi codice civile¹²⁵, reputandosi ultronea e non richiesta

¹²⁴ In dottrina, incline ad una interpretazione testuale del dato normativo, in favore del primato della lettera della legge, N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, 1996, 152 ss. ove l'Autore afferma: «il significato proprio si precisa e determina nel contesto verbale». Sulla illusorietà di una pretesa infallibilità dell'interpretazione del mero dato testuale R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, spec. 106 e ss.; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 22). Sul punto, segnala lo iato esistente fra la redazione del testo di legge e la sua applicazione, che deve essere sempre calata nell'ordinamento in cui la norma è chiamata ad operare e a svolgere la sua funzione regolamentare: P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, 45. Secondo l'Autore la chiarezza del testo normativo, cui anela l'ermeneutica formalistica, non è un *prius*, ossia una entità pre-data rispetto all'interpretazione, ma un *posterius*, ossia la sua stessa risultante. Ne consegue che la norma non deve essere elevata a sovrastruttura disgiunta dal sistema e dai principi che ne giustificano l'operatività: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.* 1985, 990 ss. In materia *Id.*-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (a cura di), Napoli, 2004, 64-65; A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 149.

¹²⁵ In realtà, tale rigido formalismo interpretativo del dato testuale normativo, avulso dall'indagine sistematica degli interessi

la ricerca del nucleo assiologico della regola *iuris* contenuta nel testo di legge: altro è stabilire *what the publiment said*, ben diverso è ricercare *what the publiment minth to said*.

Nell'intenzione del *publiment* può stazionare qualunque cosa, ma per l'ufficio dell'interprete rileverebbe esclusivamente il *testo* normativo.

Allora *the social market economy* può essere interpretata "letteralmente" - tagliando via, *coupon of*, i rimandi temporali al passato - nonché "sistematicamente" nel contesto del Trattato, ricercando in esso addentellati che corroborino una determinata interpretazione letterale.

E siccome nel Trattato sono contenuti diritti di convivenza sociale diviene imprescindibile una interpretazione della formula *the social market economy* - e con essa della norma - alla luce degli evidenziati diritti.

Da questo punto di vista non è più soltanto una questione programmatica o performativa della regola di diritto, ma è una questione di rimando e richiamo al testo della Carta dei diritti proclamata a Nizza, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore e la forza giuridica dei Trattati.

Nella Carta di Nizza è sancito, nel Preambolo, che l'Unione riconosce i diritti, le libertà, i principi in essa enunciati.

E queste parole non possono suonare come vuote formule di stile in quanto in materia di danno non patrimoniale - risarcibile soltanto se lesivo di diritti fondamentali inviolabili, secondo gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di Cassazione - è divenuto determinante individuare e fissare, da un lato, i diritti la cui violazione non autorizza il risarcimento del danno, e, dall'altro, i diritti fondamentali ed inviolabili la cui violazione importa risarcibilità¹²⁶.

sottesi alla regolamentazione del caso concreto, conduce, nell'ambito delle negoziazioni private, ad una iperfetazione dell'antico brocardo *pacta sunt servanda*, come positivizzato nell'art. 1322 c.c. Nelle economie di mercato, «il diritto dei consumi richiede, invece, regole competitive, quindi, un contratto (...) inteso come uno strumento che persegue uno scopo-valore dell'ordinamento (...). Su tali basi il dogma *pacta sunt serranda* è ancora più vulnerabile assumendo i caratteri del *licet tamen pacta emendari*» in E. CATERINI, *La terza fase del «diritto dei consumi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 332-333.

¹²⁶ Tribunale Firenze, 21 gennaio 2011, n. 147 «La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno; selezione che avviene a livello normativo negli specifici casi determinati dalla legge, ovvero in via di interpretazione da parte del giudice chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria». La sentenza di merito è il portato del processo di semplificazione inaugurato dalla sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 24 giugno - 11 novembre 2008, n. 26972, nell'area degli interessi e dei danni non patrimoniali. Essa ha

Tutto ciò costituisce la pietra angolare di una opzione ermeneutica tendente a preservare e ad utilizzare un approccio formalistico¹²⁷ nella ricostruzione del contenuto effettivo della formula in esame.

Ma se tale è il metodo in uso, interviene, innanzitutto, l'ordine lessicografico in base al quale questi diritti sono stati fissati¹²⁸.

Nella Carta di Nizza i diritti sono disposti secondo ordine topografico discendente: dignità; libertà; uguaglianza; solidarietà; cittadinanza.

La libertà è subordinata rispetto alla dignità, come dire che quest'ultima è sovraordinata rispetto ad essa.

Se la dignità viene prima, ciò significa che la libertà può esercitarsi soltanto nei limiti della dignità umana.

Nonostante il dato testuale e l'ordine di collocazione dei diritti nell'ambito del Trattato, il procedimento di ragionamento della Corte di Giustizia è a termini invertiti: prima la libertà e immediatamente a seguire la dignità.

Una puntuale analisi nella sintassi dei diritti fondamentali in funzione del valore ordinante della dignità umana spetta a Giorgio Resta¹²⁹, il quale ha rile-

composto l'annosa *querelle* fra la concezione unitaria di danno non patrimoniale - Cassazione civile, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in in *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso* - e la concezione atomistica riemersa a seguito dell'uso dell'espressione "danno esistenziale" nella sentenza Corte Costituzionale, 11 luglio 2003, n. 233 - in *Foro it.*, 2003, I, 2201 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*. Per una rilettura ragionata dei profili evolutivi del danno non patrimoniale, per tutti, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 306 e ss.

¹²⁷ Con l'espressione "formalismo" si intende alludere alla «pretesa di risolvere i problemi giuridici in base ad elementi intrinseci alle norme svalutando la rilevanza di altri fattori (...) considerati estrinseci» F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, I, 4. Dunque «chi adotta un metodo "formalistico" dell'interpretazione presuppone che il "diritto" costituisca un'entità autonoma (...) ed il discorso giuridico sia un discorso i cui termini hanno un significato definibile all'interno di questa "entità autonoma"» E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 593.

¹²⁸ Deve rilevarsi che c'è una frattura rispetto al passato, in quanto la Carta di Nizza - dato storicamente acquisito dagli osservatori - non è stata stilata dalla stessa Commissione e gruppo di studio che ha siglato il Trattato di Lisbona. Tale evenienza richiama alla memoria la genesi di formazione della Dichiarazioni di Indipendenza Americana, stilata da Jefferson e Franklin, non delegati da alcun Organismo istituzionale, per poi essere approvata dai vari Stati.

¹²⁹ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, II, 823.



vato che «se è incontestabile, anche alla luce di quanto affermato nel Preambolo della Carta, che la dignità, insieme ai valori di libertà, uguaglianza e solidarietà, costituisca una delle ‘pietre angolari’ del sistema e contribuisca ormai a segnare inconfondibilmente il c.d. modello europeo di mercato, ben più difficile è capire quali siano i suoi effettivi usi giuridici e le relative condizioni d’applicabilità».

Il punto è allora stabilire come la dignità si rapporti alle libertà economiche negli usi giurisprudenziali¹³⁰ delle Corti nazionali e della Corte di Giustizia; se fra solidarietà e concorrenza intercorra concorso o conflitto¹³¹.

Il tentativo ermeneutico è rivolto a stabilire se l’autonomia privata costituisca un atto servente - in esito contrario un atto autoreferenziale - rispetto ad essa nelle concezioni valoriali nazionali¹³².

Lungo siffatta tangente occorre partire dal dato topografico che nella Carta di Nizza l’ordine è completamente rovesciato in quanto, già all’articolo 1, rubricato “Dignità umana”, è sancito che “La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”.

Ad esso segue all’articolo 2, rubricato “Diritto alla vita”, che “ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato”.

La proprietà¹³³ compare soltanto nel lontano titolo secondo (Libertà), articolo 17, rubricato “Diritto

di proprietà”, dove è stabilito che “ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta”.

La collocazione della disciplina proprietaria fra i diritti civili e non già fra i diritti economico sociali è stata considerata¹³⁴ antistorica.

In realtà «la norma non contiene, se interpretata in modo sistematico, un’equazione proprietà-libertà, né prevede una libertà assoluta di godere e disporre, né opera rinvii al diritto naturale o innato. Afferma il potere di un soggetto di porre in essere comportamenti in ordine ai beni e garantisce la libertà di scelta senza configurare arbitri o poteri incondizionati (52.3, 53, 54)¹³⁵».

Quanto, poi, alla lettura della norma giungono rapide sollecitazioni in riferimento all’utilizzo della espressione “proprietà dei beni (...) acquistat(i) legalmente” che spinge a chiedersi se le azioni possessorie possano essere mantenute, visto che il possessore di malafede non l’ha di certo acquistata legalmente.

Ancora nella lettera della norma è utilizzata, in riferimento alle procedure di espropriazione¹³⁶, l’espressione “giusta indennità¹³⁷” e non già “giusto prezzo”.

property, L. MOCCIA, *Il modello inglese di «proprietà»*, in *Diritto privato comparato*, G. ALPA-M.J. BONELL-D. CORAPI-L. MOCCIA-V. ZENO ZENCOVICH-A. ZOPPINI (a cura di), Roma-Bari, 2007, 35 ss. Per quanto attiene alla indagine comparatistica, la soluzione più promettente, secondo A. GAMBARO - in *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. IV, sez. civ.*, Torino, 1997, 505 - è quella di «stabilire quali soggetti abbiano la possibilità giuridica di usare, godere, disporre in modo più o meno esteso di oggetti capaci di soddisfare direttamente bisogni della vita. In questo senso la disciplina proprietaria viene assunta indipendentemente dalle sue categorie ordinanti» attraverso un «approccio di carattere spiccatamente funzionalistico».

¹³⁴ M. COMPORTE, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, M. COMPORTE (a cura di), Milano, 2005, 10 ss.

¹³⁵ In tal senso, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 79-80.

¹³⁶ M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Europa e diritto proprietà*, 2009, 4, 1021 ss. M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 s., 197 s.

¹³⁷ «L’impostazione seguita dalla CEDU la quale (...) consente agli Stati membri una certa flessibilità nella determinazione dell’ammontare dell’indennità dovuta ai soggetti espropriati, con il solo vincolo che essa sia “equitable”, sembra destinata ad essere superata dall’art. 17 della Carta di Nizza, per effetto della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, all’interno del quale tale articolo assume, in forza della previsione contenuta nell’art.

¹³⁰ G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 415 ss. Per una ricognizione degli usi normativi della dignità nel diritto internazionale e nei singoli sistemi cfr. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, parte I, in *Pub. L.*, 1999, 682 ss.

¹³¹ Secondo S. GIUBBONI - in *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, 99-100 - «l’ineguale bilanciamento tra solidarietà e concorrenza (...) viene meno all’interno della complessiva sistemica della Carta di Nizza. Questa colloca infatti la solidarietà tra i valori classificatori fondanti dell’Unione europea e ne fa un “principio ordinatore di diritti individuali e collettivi” insieme a, e alla pari con, quelli della libertà (economica) e della concorrenza».

¹³² L’analisi dell’operazione di bilanciamento fra il valore della dignità umana e le libertà economiche riceve condizionanti innessi dagli esiti decisionali della Corte di Giustizia nei casi *Schmidberger* - sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, in *Racc.* 2004, I-05659 - e *Omega* - sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/2002, in *Racc.* 2004, I- 09609 - in *Corr. giur.*, 2005, 486 (con nota R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 488 ss.). Con riferimento alla sentenza *Omega*, si rinvia a E. PELLECCIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra i diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 181 ss. Ricostruisce l’abbandono della classica distinzione fra diritti civili, economici e sociali e l’avvento di una “vibratilità” europea dei valori di dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 39 e ss.

¹³³ Per uno studio del modello proprietario nel sistema romanistico, P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà*, Milano, 2008. Per l’analisi del modello anglosassone della





Ed è conoscenza civilistica acquisita la differenza fra prezzo ed indennità, costituendo quest'ultima un *quantum minoris* rispetto al valore del bene.

Tutto ciò ovviamente non può che essere in evidente frizione con l'art. 1 Protocollo 1, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo¹³⁸ e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, con una serie di sentenze in materia di espropriazione¹³⁹, ha configurato il diritto di proprietà come uno dei principali diritti fondamentali e inviolabili¹⁴⁰.

Nello specifico ha sancito «(i)l principio per cui ogni ipotesi di ingerenza nel diritto di proprietà deve essere effettuata tramite un contemperamento tra gli interessi sociali e gli interessi privati (...) nell'assunto per cui nell'espropriazione giustificata da un «ordinario» fine di pubblica utilità - come ad es. la costruzione di una strada - l'indennizzo deve risultare equivalente al valore del bene» mentre «(l)a regola in parola è derogabile (...) qualora ricorrano fattispecie particolari quali ad es. le nazionalizzazioni, il mutamento del sistema costituzionale (...). Quel che preme in questa sede sottolineare è che la differente valutazione del *quantum* di indennizzo adottato dai giudici di Strasburgo rispetto ai giudici di diritto interno è segnato, non tanto dalla circostanza che in ambito europeo il diritto di proprietà assume a diritto fondamentale - e ciò sia in forza della Convenzione menzionata sia in forza della Carta di Nizza confluita ex art. 6 nel TUE -, ma più che altro dal fatto che come si è anticipato il sacrificio della sfera dei privati per fini superindivi-

duali segue un linguaggio diverso da quello del diritto interno¹⁴¹».

Ne discende un difetto di coordinazione fra le Carte, le Corti ed il legislatore nazionale¹⁴², e ancora un vizio di comunicazione fra la Corte di Lussemburgo, la Corte di Strasburgo e le Corti nazionali¹⁴³, con la conseguenza, di ingenerare, in quest'ultimo caso, differenti giudicati, conducenti al singolare paradosso che lo stesso cittadino se espropriato in Cecoslovacchia avrà diritto all'intero prezzo, quale risarcimento della lesione di un diritto fondamentale dell'uomo, mentre se espropriato in Francia riceverà la giusta indennità, secondo l'art. 17 della Carta testé riferita.

Non dissimili gli esiti critici dell'incidenza dell'interesse pubblico generale e della funzione sociale rispetto alle libertà economiche di impresa¹⁴⁴.

¹⁴¹ Così, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 20.

¹⁴² Emblematica del difetto di coordinazione fra le Autorità nazionali e sovranazionali è, da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 14 aprile 2011 n. 8489, la quale ha «dichiara(to) rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 16, comma 1, oggi D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 37, comma 7, nella parte in cui, in caso di omessa dichiarazione/denuncia ICI o di dichiarazione/denuncia di valori assolutamente irrisori, non stabilisce un limite alla riduzione dell'indennità di esproprio, idoneo ad impedire la totale elisione di qualsiasi ragionevole rapporto tra il valore venale del suolo espropriato e l'ammontare della indennità, pregiudicando in tal modo anche il diritto ad un serio ristoro, spettante all'espropriato, con riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, e art. 42 Cost., comma 3, anche in considerazione del disposto dell'art. 6 e dell'art. 1, del primo protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

¹⁴³ M. COMPORTE, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1, 10 ss.; F.G. SCOCA, *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, in *Riv. amm.*, 2006, 231 ss.; E. MARTINETTI, *Il giusto indennizzo espropriativo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 490.

¹⁴⁴ Un'annosa *querelle* pulsante già a partire dagli anni settanta, come testimoniato dalla sentenza della Corte europea di giustizia, 14 maggio 1974, C-4-73, punto 14: «Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica».

6, lo stesso valore giuridico dei trattati» A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, II, 128.

¹³⁸ Art. 1, protocollo n. 1, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui «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».

¹³⁹ Sul punto, per una esaustiva rassegna giurisprudenziale, RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 871-872, nt. 25.

¹⁴⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 maggio 2000, n. 31524/96/2000, caso *Affaire Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, in *Riv. trim. dir. publ. com.*, 2000, 1086. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 maggio 2005, n. 43662/98/2005, caso *Affaire Scordino c. Italie*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 aprile 2006, n. 176/04/2006, caso *Affaire De Sciscio c. Italie*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 12 gennaio 2006, n. 14793/02/06, caso *Affaire Sciarrotta c. Italie*. Sull' *Affaire Scordino*, R. M. BOVA, *Indennità di espropriazione. L'Italia condannata dalla Cedu*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, 543. Per una dettagliata ricerca di tutte le pronunce della Cedu in materia di accessione invertita, G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 871-872, nt. 25.

La libertà di impresa è disciplinata all'interno dell'art 16, a tenore del quale "è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario ed alle legislazioni e prassi nazionali".

Nel testo di legge vengono ad emersione, con non poche perplessità, le "prassi nazionali", quale tecnica di conformazione della libertà di impresa, mentre nell'art. 17 l'esercizio della proprietà è subordinato all'osservanza dei "limiti di legge e dell'interesse generale".

Tanto basta per ritenere che il legislatore comunitario conosce la differenza fra "prassi" e "legge" e scientemente ne correla differenti ambiti di applicazione fra impresa e proprietà.

Ne discende, in punto di argomentazione giuridica¹⁴⁵, che "la proprietà è sottoposta alla legge" mentre "l'impresa è sottoposta alle prassi nazionali", con la conseguenza che, nel confronto con l'art. 41 della Costituzione italiana, la libertà di impresa sembrerebbe aver ricevuto con la Carta di Nizza un indirizzo di ordine recessivo, rivestendo un valore giuridicamente inferiore rispetto a quello ricoperto nel corso della prima Repubblica.

Riprendendo le fila dell'argomentazione giuridica ne consegue che per "dignità" non deve intendersi una vuota formula, in quanto essa costituisce il sentimento che accompagna ciò che ha valore, ossia categorie giuridiche come il rispetto.

Quest'ultimo è contenuto nell'art. 13, rubricato "Libertà delle arti e delle scienze", dove si afferma che "le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata".

A prima vista potrebbe risultare distonica la costruzione letterale della norma e di non immediata evidenza la ragione per la quale "lo scienziato è libero" mentre "l'accademico deve essere semplicemente rispettato".

In realtà se si tiene conto del valore della dignità, per come fin qui riferito, e della sua precedenza rispetto alla libertà, ne discende, singolarmente, che "la dignità accademica" è superiore rispetto alla "libertà di scienza".

La Carta, nell'introdurre la categoria del "rispetto" ne assegna una portata centrale nel diritto europeo.

Ma se la libertà è semplicemente la condizione per cui l'individuo può decidere di agire senza costrizioni, tale condizione è, in verità, subordinata a

¹⁴⁵ «L'argomentazione giuridica viene concepita come un'attività linguistica che si svolge in situazioni differenti tra loro, come, ad esempio, nel processo o nella discussione condotta dalla scienza giuridica. Questa attività linguistica concerne (...) la correttezza delle proposizioni normative» R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. M. LA TORRE, Milano, 1998, 16.

tutti quei sentimenti di volontà che accompagnano la persona.

In definitiva, il Trattato di Lisbona contiene possibilità ermeneutiche basali, già a livello di pura "letteralità".

Ma una strategia di relazione fra gruppi di significanti¹⁴⁶ che non resti avvitata su se stessa, nella asfittica quanto non costruttiva presa di evidenza di affinità, alterità e comuni denominatori delle aree semantiche a confronto, esigerebbe, preferibilmente, la ricerca di un *medium*, di una chiave di valutazione in grado di restituire, sul piano delle regole operative¹⁴⁷, le vecchie categorie concettuali che, diversamente, sarebbero destinate a rimanere mere monadi nel sistema.

In quest'ottica si giustifica il richiamo alla leva metodologica dell'assiologia¹⁴⁸, quale cardine fondante una nuova sistematica che trascende gli ancoraggi qualificatori di matrice formale, superando, da un lato, il tralaticio brocardo "*in claris non fit interpretatio*"¹⁴⁹, veicolo di dogmi¹⁵⁰ statualisti e di un rigido positivismo legalistico, e recuperando, dall'altro, nella verifica in concreto¹⁵¹, la funzione

¹⁴⁶ «In realtà, come per ogni altra espressione, la terminologia connotante un significante è mutevole, così come muta il rapporto fra significante e significato», G. ALPA, *Responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 5.

¹⁴⁷ «La pratica ha bisogno di categorie concettuali ordinanti. (...) I contrasti che abbiamo sotto gli occhi esistono nelle qualificazioni, nei linguaggi, nelle descrizioni, nelle spiegazioni, nei concetti. Non esistono invece nelle regole operazionali» R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di uniformazione)*, Parte II, *L'uniformazione del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 1, 30.

¹⁴⁸ P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, 1988, Napoli, 273 ss., rimarca come l'interpretazione sia, per definizione, "logico-sistematica" e "teleologico-assiologica", «cioè finalizzata all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei nuovi principi» (ivi, 284).

¹⁴⁹ In argomento, G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 111 s. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, cit., 990 ss.

¹⁵⁰ «Per dogmi (...) proponiamo di intendere le norme che sono riconosciute vincolanti (...) perché altre norme, la cui validità è stata già riconosciuta, le implicano»: H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, trad. it. di E. DI ROBILANT, Torino, 1962, 78. Per la dogmatica giuridica si rinvia a V. PIANO MORTARI, *Dogmatica giuridica, (storia)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 671.

¹⁵¹ «Non basta considerare l'articolo di legge che sembra contenere e risolvere la questione concreta. (...) L'unità dell'ordinamento è realizzata dalla corretta interpretazione del giurista che ricomponne le molteplici fonti in coerenza costituzionale» P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Le fonti del diritto*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 29; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95; in dottrina, V. DONATO, *La dottrina e la giuri-*





dell'intervento regolatorio rispetto al settore normativo destinato a ricevere l'innesto di una modulazione disciplinare integrata¹⁵².

Diviene, così, presuntivamente giustificabile il richiamo ai "criteri sistematici ed ermeneutici"¹⁵³, volendo con essa attribuirsi rilievo euristico alla leva metodologica quale strumento di rimozione dell'addentellato caratteristico di un «diritto delle collisioni¹⁵⁴»: la coesistenza di distoniche pretese di comportamento, parimenti graduate, nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, unitamente alle non uniformi interpretazioni dei testi normativi comunitari ad opera delle Corti nazionali¹⁵⁵.

sprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 638.

¹⁵² V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli*, 2010, 92 «Va riaffermato anche in Europa il primato del metodo assiologico-sistematico, nel senso che anche per il diritto comunitario l'attività ermeneutica deve puntare ad una ricerca di senso che, andando oltre il tenore letterale del testo normativo, neppure si limiti a far leva sul momento teleologico-funzionale quale rappresentato dalla *ratio* e dallo scopo della singola disposizione nonché dagli obiettivi e dalle finalità di integrazione economica dei Trattati, ma tenga anzitutto e soprattutto conto del più ampio e complessivo insieme di principi e valori sui quali si è venuta strutturando ed evolvendo l'unione Europea (cd. legalità comunitaria) e così pure in rapporto di reciproca armonizzazione e mutuo bilanciamento e assorbimento, del quadro dei principi e valori derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (cd. legalità costituzionale), e quindi innanzitutto anche dei diritti fondamentali della persona considerati anch'essi secondo la dimensione conformativa della CEDU e della Carta di Nizza e della correlativa attività giurisprudenziale delle rispettive Corti di Strasburgo e di Lussemburgo».

¹⁵³ In dottrina, per tutti, E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2008, 263 ss.

¹⁵⁴ G. TEUBNER, *Le due forme del pluralismo: conflitti normativi della doppia frammentazione della società mondiale*, cit., «gli ordinamenti giuridici nazionali sono ordinamenti tendenzialmente completi, nei quali anche le prescrizioni più specializzate sono collocate in un fitto tessuto di norme giuridiche nazionali. In tal modo si determina un "bilanciamento interno" tra norme, principi giuridici e *polices*, che tutte reclamano validità nello Stato nazionale. Al contrario, gli ordinamenti giuridici transnazionali, quali specializzati "regimi che si autocontengono", pongono diritto soltanto per il settore sociale funzionale al quale essi sono connessi strutturalmente. Le loro norme giuridiche seguono unilateralmente i criteri di razionalità del rispettivo settore sociale. Non sono indirizzate al complessivo "bene comune" di una collettività, come invece le norme contestualizzate di un ordinamento totale di uno Stato nazionale».

¹⁵⁵ Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2003 nel procedimento C-327/00 - *Santex S.p.A.*, «Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*, Racc. pag. I-4661, punto 34, e

L' "uniformità" ermeneutica¹⁵⁶ della comune *regula iuris* diviene rimedio alle frazionate e variabili applicazioni nei diritti interni, con la conseguente dispersione della "*condicio sine qua non*" di ogni processo di integrazione giuridica e della stessa ordinabilità a sistema dei rapporti privatistici europei.

L'*ermeneutica della conformità*¹⁵⁷ e della corrispondenza¹⁵⁸ fra previsione, interpretazione ed applicazione, di un comune statuto normativo, convoglia in una *reductio ad unitatem* la pluralità degli esiti interpretativi¹⁵⁹.

26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*, Racc. pag. I-7321, punto 39)».

¹⁵⁶ Corte di Giustizia, Sez. VII, 3 aprile 2008 C-187/07, *Procedimento penale a carico di Dirk Endendijk* «Secondo una giurisprudenza consolidata, la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione comunitaria non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione né si può attribuire ad essa, a tal riguardo, un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Infatti, tale modo di procedere sarebbe in contrasto con la necessità di applicare in modo uniforme il diritto comunitario (v. sentenza 12 novembre 1998, causa C-149/97, *Institute of the Motor Industry*, Racc. pag. I-7053, punto 16). In caso di divergenza fra le versioni linguistiche di un testo comunitario la disposizione di cui trattasi deve quindi essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte (sentenze 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co*, Racc. pag. I-1157, punto 42, nonché 1° aprile 2004, causa C-1/02, *Borgmann*, Racc. I-3219, punto 25)».

¹⁵⁷ «L'*ermeneutica della conformità* (...) comporta e innesca un vero e proprio controllo sistematico di legittimità comunitaria di tutto il diritto nazionale derivato o armonizzato, avente per effetto diretto e conseguenza immediata che in presenza di una disposizione interna facente parte del *corpus* normativo e suscettibile in quanto tale (...) di dar luogo ad una pluralità di esiti ermeneutici, debba sempre venire privilegiato il risultato interpretativo (...) *maggiormente aderente e conforme* ai testi normativi e ai principi comunitari di cui la disposizione considerata è diretta espressione o che comunque ne costituiscono la immediata base giuridica» V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, 420. In giurisprudenza, Corte di Giustizia, 13 novembre 1999, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, I-4135 ss., punti 8-9; 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *ibid.*, I-5285 ss., spec. punti 43-47.

¹⁵⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, causa C-219/95P, *Ferriere Nord*, in *Raccolta*, I-4411 ss., punto 15; e del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany*, *ibid.*, I-8615 ss., punto 47.

¹⁵⁹ «Nemmeno a livello di interpretazione della legge interna le due concezioni fanno differenza. Si segua l'una o l'altra, vale sempre la regola, espressamente sancita dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per cui tra le due interpretazioni possibili della legge nazionale, una compatibile l'altra incompatibile con la fonte comunitaria, il giudice deve scegliere la prima» L. MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli stati membri*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1998, 12. In dottrina, sulla regola del mutuo riconoscimento quale vera *grundnorm* dell'ordinamento giuridico integrato, E. SCODITTI, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss.

Letto in quest'ottica quello che può derivare dal Trattato di Lisbona è tutta un'altra Europa.

«Ora che esiste un quadro "costituzionale" effettivo è indubbio che debba venire ripensato in radice, e in base alle novità del Trattato di Lisbona, anche il metodo proprio di una interpretazione "costituzionalmente orientata"¹⁶⁰ che dovrà nel futuro essere operata dalla Corte¹⁶¹».

D'altronde Europa è una etichetta instabile, la quale ha ricoperto nel tempo alterne fisionomie, fra loro molto diverse: Europa cristiano-sociale, come struttura di neutralizzazione della zona del carbone e dell'acciaio; Europa socialista, fondata sul solidarismo; Europa liberale, come alternativa alla sovranità degli Stati a favore del potere privato.

Emergono, da tale schematizzazione di massima, tre Costituzioni materiali, tre ordinamenti materiali, dai caratteri e contenuti molto diversi.

Resta da chiedersi se non si sia in presenza, a questo punto, della quarta Europa possibile.

Certamente molto dipenderà dall'attivismo e soprattutto dal procedimento di selezione dei giudici delle Corti.

Viene ad essere così evocato il paradigma "*quis iudicabit*"¹⁶².

¹⁶⁰ «Non basta considerare l'articolo di legge che sembra contenere e risolvere la questione concreta. (...) L'unità dell'ordinamento è realizzata dalla corretta interpretazione del giurista che ricomponi le molteplici fonti in coerenza costituzionale» P. PERLINGIERI P. FEMIA, *Le fonti del diritto*, I, 10, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 29. ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss. In dottrina V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 638 ss.; S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, I, 189 ss.

¹⁶¹ P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 82.

¹⁶² L'auspicio da trarne è che su «un terreno così delicato, quale quello dei diritti fondamentali, si attivi tra Corte comunitaria e Corti costituzionali nazionali un clima (...) di collaborazione dialogante, un rapporto di intima e costante tensione dialogica in un processo continuo e ininterrotto di incessante interlocuzione e reciproco adeguamento, senza che nessuna delle due Corti abbia la pretesa di pronunziare l'ultima parola, perché solo così anche all'interno della categoria dei diritti fondamentali è possibile istituire quel doppio senso di marcia, quella indispensabile circolarità fra centro e periferia, senza la quale il processo di implementazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali può subire solo inceppamenti e ritardi con riflessi negativi anche sullo stesso processo di integrazione giuridica europea» V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 174-175. Fondamentale nel quadro dell'ermeneutica dialogante fra le Corti è il contributo di N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 481.

E rispetto ad esso si staglia rinnovata e sempre più attuale la considerazione secondo la quale divisi da un presente, serve il dialogo fra le Corti¹⁶³ per comporre la discrasia e la frizione essenziale fra significativo e significato.

6. Concorrenza e garanzie sociali in Europa: un bilanciamento possibile¹⁶⁴?

«Economia sociale di mercato altamente competitiva» è formula elastica, ampia, dai confini definiti labili e opinabili nell'*addenda* "altamente competitiva".

Una formula che abbiamo visto necessitare di una meditazione e di una concettualizzazione, perché la clausola generale deve essere riempita di contenuto, vale a dire declinata nel suo valore nucleare.

Una siffatta considerazione vale tanto in riferimento alle espressioni elastiche contenute nel diritto interno come rispetto alle espressioni contenute nei Trattati.

Ad avviso di una certa dottrina la qualificazione della formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" è esauribile attraverso la mera interpretazione coordinata della normativa contenuta negli articoli del Trattato di Lisbona.

La riflessione giuridica, in verità, non è contenibile all'interno di una lettura infratestuale del documento giuridico, ma esige una verifica più ampia, che finisce con l'interessare, innanzitutto, la stessa capacità dell'Europa di realizzare comuni politiche sociali e fiscali, sussistendo il dubbio sull'effettiva esistenza di un valido strumentario.

¹⁶³ «L'impegno investe in modo particolare noi giuristi italiani, chiamati ad un costante lavoro di ricostruzione dell'unità ordinamentale ripartendo dai problemi concreti, per trovare l'ordine - ancora una volta - "nel sistema". A tal fine, decisivo sarà il dialogo tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia, nel quale ora sembra inserirsi in maniera più decisiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche alla luce della prevista adesione alla CEDU come stabilito dal Tratto di Lisbona» P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 683. ID., *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli-Roma, 2008, 94 ss.

¹⁶⁴ «Il problema del bilanciamento tra diritti patrimoniali e diritti personali e sociali è duplice. In primo luogo, se per i diritti a contenuto economico possa valere la stessa impostazione che si adotta in via generale per i diritti di libertà, e cioè il principio della massima espansione della tutela. Per i primi, non ci si può limitare a tale generica formulazione, e ciò per una ragione strutturale. Infatti, nelle libertà economiche il problema del limite alla tutela non riguarda - come nelle libertà personali - l'interesse generale inteso come interesse pubblico, ma il potenziale conflitto con altri diritti, anch'essi configurabili come diritti fondamentali» C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 30.





Al riguardo, Delors¹⁶⁵, nel porre la solidarietà al centro dell'azione di programma per la costruzione di una Europa social-democratica, aveva chiesto di realizzare un patto di stabilità e di crescita, fissando il parametro dell'occupazione.

La proposta venne respinta nell'avviso che i parametri di riferimento esulavano dai livelli occupazionali¹⁶⁶.

Attualmente è in corso una trattativa fra gli altri ventisei Paesi e l'Irlanda, poiché quest'ultima mantiene - rifiutando le sollecitazioni europee di modifica - una politica fiscale per le imprese che consente di lucrare vantaggi dall'attrazione di capitali di investimento.

E il rischio politico per l'Irlanda è che in assenza di modifiche alla politica fiscale l'Europa non ridefinisca i termini e riveda le condizioni di prestito.

Un richiamo evocativo quest'ultimo per dimostrare che l'Unione, se anche volesse, non potrebbe intervenire efficacemente, non possedendo gli strumenti utili a realizzare una politica fiscale comune.

Allora il primo contesto di analisi e di ricerca è rappresentato dal fatto che l'Unione non ha il potere né la strumentazione politica necessaria per assumere decisioni nel campo delle politiche sociali e fiscali.

E quand'anche l'Europa volesse perseguire esplicitamente un'attività di normazione comune non potrebbe farlo perché a ciò sono di ostacolo i Trattati.

Detto in altri termini, anche laddove l'Unione fosse in possesso di un idoneo strumentario di intervento, non potrebbe, comunque, intervenire in quanto i Trattati sono l'espressione di un fenomeno storico-sociale, nel quale in parte si prosegue l'impianto originario del Trattato di Roma¹⁶⁷: la

¹⁶⁵ P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 82.

¹⁶⁶ «Concorrenza tra ordinamenti, dumping sociale, abbandono del piano Delors, fallimento dell'Agenda di Lisbona, giurisprudenza liberista della Corte di Giustizia: sono tra i fattori che hanno concorso (con le politiche monetariste) a ridurre, nell'ultimo ventennio, le tutele sociali e i diritti dei lavoratori, e che hanno così contribuito alla crescente crisi di legittimazione dell'Unione presso strati sempre più ampi di cittadini europei» C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in http://www.astrid-online.it/Riformade/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Salvi---Relaz_Convegno-21_09_09.pdf, 4.

¹⁶⁷ L'impressione di una notevole timidezza del Trattato di Roma in campo sociale in M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 3, 371-372. L'Autore rileva come dal complesso delle disposizioni del Titolo VIII, dalla formulazione dell'art. 136, si evinca, già a prima vista che «a) i diritti sociali non sono un limite assoluto e neppure una finalità dell'azione della Comunità e degli Stati, che si impegnano solo a "tenerli presenti"; b) obiettivo dell'azione

concorrenza spetta all'Europa mentre le politiche sociali e la regolazione dell'intervento pubblico nell'economia spettano agli Stati Nazionali.

Sussistono cioè residui dell'originario impianto: è così estranea alla competenza dell'Unione la regolazione della proprietà privata rimessa alla legislazione nazionale, trattandosi di una disciplina che risale al Trattato di Roma.

Anche se poi dovrebbe spiegarsi come tale "estraneità" si coordini con la normativa disciplinante la proprietà, contenuta nella Carta di Nizza e negli stessi Trattati europei, e come si giustifichino gli obiettivi dell'Unione - ex art. 3, comma 3, Tue - quali lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, l'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, l'elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Rimane, soprattutto, una riserva di competenza nazionale espressa in riferimento ad alcuni diritti sociali come lo sciopero e la retribuzione.

Le Carte dei diritti sociali dell'Unione Europea - risalenti le prime agli sessanta, mentre le successive agli anni novanta - non hanno come la Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Infatti il Trattato di Lisbona si limita a richiamarle attraverso un rimando che recita "tenute presenti", ingenerando un dubbio sulla loro giuridicità.

Se irrisolta è, in effetti, la questione della giuridicità delle Carte, resta il fatto che il richiamo ad esse costituisce, comunque, un addentellato, una testimonianza della loro rilevanza nel tessuto normativo e sociale.

Al depotenziamento della competenza nazionale in materia di diritti sociale corrisponde un *surplus* di competenza europea che di fatto determina una contaminazione ed una invasione nel settore disciplinare attraverso tecniche diverse.

Il secondo contesto di riferimento è dato dal clamoroso *deficit* di legittimazione democratica, espresso di recente dalla Corte Costituzionale tedesca, *Bundesverfassungsgericht* BVerfG, 2 BvE 2/08, 30

della Comunità e degli Stati sono alcuni interessi sociali oggettivi: occupazione; protezione sociale adeguata; dialogo sociale (...). Non, appunto, la protezione dei diritti sociali come situazioni soggettive individuali; c) oltre che "tener presenti" i diritti sociali, la Comunità e gli Stati debbono "tener conto" dell'esigenza di mantenere la competitività della comunità. (...) Le due formule (tener presenti-tener conto) (...) rendono con compiuta precisione (...) che tra esigenze economiche e diritti sociali passa la comune differenza che intercorre tra variabili indipendenti e variabili dipendenti; d) la procedure in materia sociale previste nel Trattato non sono affatto il solo strumento per la realizzazione di interessi sociali (...); e) l'Unione non può adottare interventi diretti a favore dei diritti sociali. Le disposizioni successive non offrono ragioni per rovesciare questa impressione».

giugno 2009¹⁶⁸, la quale è stata chiamata pronunciarsi sulla compatibilità del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, con la Legge fondamentale (*Grundgesetz-GG*)¹⁶⁹.

In tale occasione la Corte Costituzionale tedesca ha affermato che la sovranità rimane alla Germania e non potrà essere trasferita all'Unione Europea finché quest'ultima non si darà basi di legittimazione democratica¹⁷⁰.

A corroborare il *deficit* di legittimazione democratica è il fatto che le decisioni vengono prese sempre meno a livello di Commissione e sempre più a livello intergovernativo e talvolta - o meglio spesso - sono fatte da burocrati, da tecnici che non hanno alcuna forma di responsabilità politica e democratica.

Ritorna di stringente utilità argomentativa e di attualità il paradigma "*quis iudicabit*"¹⁷¹ e, soprattutto, la collocazione dei reali poteri in Europa.

¹⁶⁸ Sulla pronuncia in esame, per riferimenti bibliografici, si rinvia alla nt. 196 del presente saggio.

¹⁶⁹ «Il *Bundesverfassungsgericht* (...) tocca (...) lo squilibrio della rappresentanza dei cittadini dei diversi Stati membri all'interno delle istituzioni europee. La Corte ricorda che, a causa del metodo elettorale proporzionale, nel Parlamento europeo, i cui poteri vengono accresciuti dal Trattato di Lisbona, il rapporto fra eletti ed elettori fa sì che un maltese conterà quanto dodici tedeschi. Questo secondo il *Bundesverfassungsgericht* è accettabile solo ammettendo che l'Unione sia una comunità basata sull'uguaglianza non dei cittadini ma degli Stati». Ciò sarebbe confermato anche dall' «attribuzione ad ogni Stato indipendentemente dal numero dei suoi cittadini, di un membro all'interno della Commissione e della Corte di giustizia, la non piena responsabilità della Commissione davanti al Parlamento europeo, il voto in seno al Consiglio che con il Trattato di Lisbona non sarà più ponderato» L. SERENA ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, 4, 1007-1008.

¹⁷⁰ «Alla Corte costituzionale tedesca era stato chiesto di dare una risposta giuridica, sulla base del *Grundgesetz*, a quesiti ampiamente diffusi nel dibattito pubblico, e che possono essere riassunti nelle formule del *deficit* democratico e del *deficit* sociale dell'Unione europea. Secondo i ricorrenti, il Trattato di Lisbona non solo non colma tali *deficit*, ma rischia di aggravarli, anche per i meccanismi (cosiddette "norme passerella" e "freno d'emergenza") che prevedono la possibilità di ulteriori trasferimenti di potere dagli Stati nazionali agli organi dell'Unione, attraverso decisioni rimesse ai governi degli Stati membri» C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, cit., 1.

¹⁷¹ P. PERLINGIERI - in *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 12-13 - rileva che, dal reticolato normato dall'art. 10, comma 1, 11 e 117, comma 1, Cost., è «destinata a venire meno ogni aspettativa "statocentrica"», e che «la crisi dello Stato non determina una crisi della sovranità» (*ivi*, 13, nt. 7). «L'essenziale verità - osserva A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, cit., 132 - è che quando ci si presenta al dialogo ed al confronto transazionale ogni ordinamento assume la veste di sistema complesso composto da norme, isti-

Detentori dei veri poteri in Europa sono: la Banca Centrale Europea, la Direzione generale per la concorrenza; i Giudici della Corte di Giustizia.

Un tempo l'elencazione era arricchita anche dai Controllori del patto di stabilità, ma i recenti sforamenti dei parametri hanno portato ad una rimodulazione delle competenze.

Il vuoto di potere dell'Unione Europea e l'assenza di legittimazione democratica sono tanto più resi evidenti dalla incapacità - o forse propriamente dall'impossibilità - di adottare strategie risolutorie della crisi finanziaria.

Questi due richiami di contesto sono propedeutici alla "riconcettualizzazione" dei diritti sociali fra la Carta e le Corti.

La Carta di Nizza, nella enucleazione di diritti e principi, presenta discrasie e frizioni sistemiche, mancate armonie, sia nella costruzione dell'architettura lessicografica sia nell'interpretazione ed applicazione datane dalla Corte di Giustizia.

A fini di chiarezza espositiva occorre richiamare il caso Laval, *Causa C- 341/05*, riguardante una compagnia lettone "Laval", aggiudicataria di un appalto per il restauro di un edificio scolastico in Svezia, la quale impiegava lavoratori lettoni retribuiti con salari di molto inferiori rispetto ai corrispondenti lavoratori svedesi, in quanto parametrati secondo i livelli salariali in uso in Lettonia.

Le azioni di protesta dei sindacati svedesi, attraverso contestazioni e scioperi, finirono per bloccare l'esecuzione dei lavori appaltati ed indussero il Sindaco del Comune a chiedere alla Laval la risoluzione del contratto per la impossibilità di realizzare i lavori.

La Laval, nelle resistenze, si rivolge alla Corte di Giustizia chiedendo un risarcimento dei danni che le azioni sindacali le avevano procurato a seguito della risoluzione del contratto.

Il Governo svedese si costituisce in giudizio e sostiene che il diritto di sciopero è un diritto garantito dalla Costituzione e che è stato esercitato dalle Organizzazioni Sindacali nel rispetto delle leggi democratiche e della Carta fondamentale; che i Trattati sanciscono espressamente che il diritto di sciopero rientra fra i diritti sociali affidati alla legislazione nazionale e che, quindi, non è materia di competenza europea della Corte di Giustizia.

Esaurita l'istruttoria ed elevata la causa a decisione, la Corte di Giustizia, in motivazione, afferma

tuzioni e mentalità, sicché si può percepire quanto sia utile, proprio ai fini di un leale dialogo tra corti supreme europee, lo scavare nella nostra "mentalità" per trarvi fuori quanto è latente ed abbandonare all'oblio tutto ciò che in tale contesto dialogico è razionalmente indifendibile».

Cfr. O BEAUD, *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002.





che il diritto di sciopero è un diritto fondamentale; che dall'ordinamento comunitario possono desumersi principi generali che possono essere anche espressivi di diritti fondamentali e tali da rientrare nelle competenze della Corte di Giustizia; che la libertà di prestazione di beni e servizi è parimenti rilevante rientrando in una delle quattro libertà economiche dei Trattati.

Nella sentenza Laval la Corte di Giustizia non opera un bilanciamento¹⁷² *ragionevole* fra "concorrenza" e "diritti sociali", ma afferma la prevalenza *tout court* della libertà di prestazione di beni e servizi a totale detrimento dei diritti sociali costituzionalmente garantiti.

In tal modo, il preesistente livello di protezione dei diritti sociali non solo non è mantenuto, ma viene radicalmente compromesso dal valore preminente assegnato alla libertà economica¹⁷³.

¹⁷² Secondo P. PERLINGIERI-P. FEMIA - in *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, con la collaborazione di L. TULLIO, Napoli, 2004, 25-27 - «il criterio del bilanciamento (...) è la 'ragionevolezza'. La ragionevolezza non è una norma (né quindi un principio), ma un giudizio su di una norma particolare ricavata da norme generali: ragionevole o irragionevole non è il principio né il concorso di principi, ma la regola concreta applicata, individuata dall'interpretazione a seguito del bilanciamento. (...) Il suo fondamento nel vigente ordinamento, è il valore della persona tutelata da un principio corrispondente (2 cost.) (...)». Conduce un meticoloso, puntuale ed analitico studio sulla esplicazione normativa della ragionevolezza, come dato normativo, come criterio di giudizio, come criterio per valutare la legittimità di una norma e per risolvere il conflitto fra norme, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 23 ss. Per una diversa "evocazione" del principio di ragionevolezza si considerino le conclusioni dell' Avv. Generale della Corte di giustizia, P. LÈGER - in Conclusioni C-309/99, *Wouters contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, punto 104 - secondo il quale «la "regola della ragionevolezza" nel diritto comunitario della concorrenza è strettamente limitata ad un bilancio *puramente concorrenziale* degli effetti dell'accordo. Qualora, considerato nel suo complesso, l'accordo sia tale da rafforzare il gioco della concorrenza sul mercato, le clausole che sono indispensabili per la sua applicazione possono sfuggire al divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Il solo «obiettivo legittimo» che tale disposizione consente di perseguire è quindi di natura esclusivamente concorrenziale». In letteratura sono stati proposti differenti schemi interpretativi per connotare la ragionevolezza. Ricorre una tendenza a considerare la ragionevolezza come concetto o principio servente altri concetti o principi (tra cui soprattutto il principio di eguaglianza) in A. CELOTTO, *Art. 3, comma 1, Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 80. Meno frequenti sono i tentativi di ricostruire la problematica in termini autonomi e in sede di teoria generale: cfr., sia pure sulla base di approcci differenti, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

¹⁷³ C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali fra diritto europeo e diritti nazionali*, cit., 32 «Il punto che interessa qui sottolineare è che nell'operare il "bilanciamento" dei diritti, la Corte di giustizia afferma nel caso Laval la prevalenza della libertà economica sul diritto sociale

Nella stessa direzione è anche la sentenza della Corte di Giustizia, Ruffert, 3 aprile 2008, riguardante la costruzione di una nuova prigione in Bassa Sassonia, commissionata in seguito ad un appalto che includeva l'accettazione del contratto collettivo.

La legislazione della Bassa Sassonia prevedeva che l'impresa appaltatrice, nel concludere i contratti con gli Enti pubblici ed i Comuni, dovesse impegnarsi a rispettare il contratto collettivo di lavoro.

L'impresa polacca, aggiudicataria dei lavori, si rifiuta di osservare la contrattazione collettiva.

Ne discende una controversia composta dalla Corte di Giustizia in favore della prevalenza della libertà di stabilimento rispetto alle forme di tutela sociale¹⁷⁴.

«Ciò che viene garantito è la possibilità di distaccare lavoratori sul territorio di un altro Stato, proprio al fine di consentire all'impresa vantaggi competitivi. La tutela della concorrenza diviene così non garanzia della parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese di altri stati, ma garanzia della libertà dell'impresa di scegliere l'ordinamento che consenta le condizioni migliori per essa (e peggiori per i dipendenti): concorrenza tra ordinamenti, non tra imprese¹⁷⁵».

Le tre sentenze della Corte europea di giustizia (Viking, Laval e Ruffert), sino alla recente Commissione contro Repubblica federale di Germania, 15 luglio 2010, C-271/08, hanno in comune l'intento di modificare il rapporto fra libertà economica e diritti dei lavoratori a danno di questi ultimi e questo ogni volta che non sono previsti salari minimi come contratti collettivi vincolanti.

Alla luce di tali considerazioni, si impone ragionevole la perplessità relativa a quale tipo di concor-

all'azione collettiva, con la sola eccezione del rispetto, da parte del datore di lavoro, del nucleo di norme imperative di protezione minima previste dalla citata direttiva. In sostanza, è vietato promuovere azioni sindacali, ancorché garantite dalla Costituzione nazionale, che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, pur definite "minime", previste dalla direttiva».

¹⁷⁴ La prevalenza delle logiche di mercato e della libera concorrenza e la "desertificazione" dei diritti sociali in Europa, ridotti a ruolo ancillare e subalterno divengono *leitmotiv* di riflessione giuridica in R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2008, 2, 3 ss.

¹⁷⁵ C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali fra diritto europeo e diritti nazionali*, cit. 32. Per un'ampia ed efficace ricostruzione della competizione dei modelli proprietari, fra Europa e diritti nazionali, G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 861. Puntuale ricostruzione del rapporto fra l'art. 1 Protocollo n.1 Cedu e art. 42 Costituzione, in ID., *Accessione invertita vs. acquisizione sanante. L'art. 43 D.P.R. n. 327/2001 nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 157.

renza deve ritenersi garantita dall'Unione Europea: altro la concorrenza fra imprese, altro la concorrenza fra ordinamenti.

Il paradosso della stratificazione del ragionamento della Corte di Giustizia è che l'imprenditore viene messo nella condizione di scegliere lo Stato dove trasferire la manodopera, ottenendone un vantaggio competitivo – cd. *dumping sociale*¹⁷⁶ - mentre la concorrenza dovrebbe essere l'esatto contrario.

Se l'imprenditore trasferisce in Svezia la manodopera dovrebbe applicare ai dipendenti gli stessi contratti di lavoro adottati per i corrispondenti lavoratori svedesi, e, quindi, applicare le stesse garanzie previdenziali e sociali, perché solo così la concorrenza si realizza su comuni presupposti.

I fondamenti di ragionamento della Corte di Giustizia presentano, invece, una vocazione fortemente liberista, scollata dalla Carta dei diritti di Nizza, in tema di diritti sociali e di dignità¹⁷⁷.

La dignità non è termine nuovo alle esperienze storico-culturali ma soprattutto alle Dichiarazioni internazionali ed alle Carte fondamentali¹⁷⁸ del novecento giuridico¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sui rischi del *dumping sociale*, già nel 1946, W. Röpke - *L'ordine internazionale*, Milano-Roma, 1946, 135 ss. e nt.3 a 154 - rilevava che «quel timore generale della concorrenza non è più un'eccezione, ma la regola. Se prima era limitato a paesi che, come gli Stati Uniti, godono di un livello di salari particolarmente alto che essi tendevano di dover proteggere contro il "dumping sociale" dei paesi con livello di salari più basso, oggi si può dire che non esista paese in cui, per l'una o per l'altra ragione, non ci si ritenga inferiori su tutta la linea a certi o a tutti i paesi stranieri». In letteratura, A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, 484-485. Sul tema del *social dumping* comunitario nelle relazioni commerciali esterne, ID., *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, 368. In argomento, M. VELLANO, *L'Unione europea e il dumping sociale, aspetti interni e relazioni esterne*, in *Il diritto dell'economia*, 1999, 168-174. E. RADIGHIERI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nel commercio internazionale*, in *Commercio internazionale sostenibile?*, Bologna, 2003, 100 ss.

¹⁷⁷ «Occorrerebbe, allora, (...) tentare di andare oltre l'impostazione della Corte, ridiscutere l'impianto teorico alla luce del quale opera la giurisprudenza comunitaria, che contrappone concorrenza e solidarietà, giustificando deroghe alle regole concorrenziali quando gli scopi delle organizzazioni siano puramente solidaristici. (...) Viene ad esempio spesso ricordata, in proposito, la sentenza *Sodemare*, con la quale la Corte ha ritenuto legittima la scelta, effettuata da una legge della Regione Lombardia, di consentire ai soli operatori privati che non perseguono scopo di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso, da parte del soggetto pubblico, dei costi dei relativi servizi. La Corte ha così ritenuto ammissibile una restrizione della concorrenza ad una data categoria di soggetti privati, a svantaggio delle imprese *for profit* operanti nello stesso settore» S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, cit., 89.

¹⁷⁸ «Quanto alle seconde, ricordiamo soltanto: Cost. irlandese del 28 dicembre 1937 [Preambolo: "(...) al fine di garantire la

E' presente nella nostra Carta Fondamentale all'interno dell'art. 3, comma 2, che, nel sancire il principio di eguaglianza¹⁸⁰, costituzionalizza la "pari dignità sociale"; nell'articolo 36 che prescrive "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"; nonché nell'art. 41 che statuisce che «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da arrecare danno (...) alla dignità umana»¹⁸¹.

Risulta evidente e chiaro che la nostra Costituzione è collegata alla costruzione sociale della per-

dignità e la libertà dell'uomo]; *Grundgesetz* del 23 maggio 1949 [art. 1. I: "La dignità dell'uomo è intangibile (...)"]; (...) Cost. portoghese del 10 aprile 1976 [art. 1: "Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e della volontà popolare (...)"]; Cost. spagnola del 27 dicembre 1978 [art. 10:1 "La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale"] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit. 371, nt. 7. Cfr. C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, 103 ss.

¹⁷⁹ Rileva i rischi e le ambiguità sottostesse alla nozione di dignità, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, II, 832-833. Secondo l'Autore la dignità è una «clausola che si vorrebbe volta a garantire l'identità e l'autodeterminazione della persona, che in quanto tale non può essere ridotta ad oggetto e trattata come mezzo, e che si risolve invece nell'imposizione di un valore assoluto (insuscettibile di bilanciamento), meta-individuale ed etero-determinato, sovraordinato alla stessa autonomia individuale. (...) Se la dignità viene ricostruita come uno degli attributi della libertà (...), la persona potrà invocare il rispetto della propria dignità nei confronti di tutte le violazioni apportate dai terzi, mentre il principio di dignità non potrà a sua volta esserle opposto al fine di circoscrivere la sua sfera di libertà. (...) Viceversa, se è la libertà ad essere concepita come uno degli attributi della dignità (...), l'invocazione del rispetto della dignità umana sarà di per sé idonea a giustificare la limitazione della libertà medesima».

¹⁸⁰ La concezione unitaria del principio di eguaglianza costituzionale, in un superamento della lettura bipartita, fra eguaglianza formale e sostanziale, in P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, *Rass. dir. civ.*, 1980, 724. Sul principio di eguaglianza, per più ampi spunti riflessivi, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984.

¹⁸¹ «Sarebbe tuttavia affrettata la conclusione di una sostanziale "marginalità" dei termini considerati, visto che (...) è ragionevole supporre che in molte altre disposizioni della Costituzione sia implicitamente presente o, ad ogni modo, presupposta l'idea di una protezione della dignità umana, nel senso che - con termini diversi - si è comunque espresso lo stesso afflato e, dunque, la stessa esigenza di valore contenuta negli articoli ora richiamati» A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 3, 345-346.





sona, in termini di pari dignità sociale, di eguaglianza e parità di trattamento¹⁸².

L'enunciato "dignità" era, però, già presente all'interno della Costituzione di Weimar¹⁸³ (1919), nel capo dedicato alla disciplina della libertà economica e precisamente nell'articolo 151 a tenore del quale "L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli".

Esso compare anche nello Statuto delle Nazioni Unite, 26 giugno 1945, che nel Preambolo afferma «(...) la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana»; nella Dichiarazione generale dei diritti dell'Uomo, 10 dicembre 1948, il cui articolo 1 prevede che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti»; nella Dichiarazione di Versailles con riferimento al diritto della cultura.

Allora è storicamente innegabile l'esistenza di uno stretto collegamento, nelle Carte del novecento giuridico, fra la dignità e i diritti sociali.

L'attualizzazione della centralità della dignità nei documenti legislativi si è avuta con la formula di apertura della Carta dei diritti di Nizza, alla quale fanno seguito disposizioni sulla vita, sull'integrità, sul divieto di schiavitù e tortura.

Il punto adesso è stabilire se al *primaute* topografico della dignità nella Carta di Nizza corrisponda anche un valore ordinante nella tavola dei diritti, specie con riferimento al rapporto con le libertà e-

conomiche, residuando in esito contrario una mera giustificazione di lessicografica.

La libertà di impresa e la proprietà¹⁸⁴ sono rispettivamente contenute negli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza, in un capo dedicato alle libertà, con una scelta di politica legislativa ben diversa da quella operata dai Padri Costituenti delle Carte Fondamentali del novecento.

La Costituzione spagnola non colloca la libertà e la proprietà nel titolo delle libertà fondamentali ma nel titolo dei diritti e doveri del cittadino¹⁸⁵.

L'art. 17 della Carta di Nizza è, in verità, un testo a tratti progressista e a tratti più arretrato rispetto all'articolo 832 codice civile italiano¹⁸⁶, in quanto in esso scompare l'espressione codicistica "entro i limiti dell'ordinamento giuridico"¹⁸⁷, ma, soprattutto, in esso manca ogni riferimento o richiamo alla funzione sociale della proprietà¹⁸⁸, ex art. 42 della Co-

¹⁸⁴ Sulle recenti tendenze del diritto europeo in materia di proprietà privata e sulla de-fondamentalizzazione del diritto di proprietà, C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 412 e ss.

¹⁸⁵ A. MOSCARINI - in *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 313 ss. - ha osservato che la distanza fra Carte fondamentali e Corti europee, in materia di proprietà, non riguarda soltanto la tradizione costituzionale italiana, ma anche quella tedesca (art. 14 legge fondamentale) e quella spagnola (art. 33 Cost.). Di qui «l'appello alle tradizioni costituzionali comunali» che possono divenire legittimanti delle soluzioni pretorie.

¹⁸⁶ «Ove si ritenga - come qui sostenuto - che i principi europei sulla proprietà hanno dal 1992 in poi assunto il rango di principi generali comunitari, essi appaiono di diretta ed immediata applicazione nell'ordinamento italiano, anche costituzionale (...); essi sostanzialmente ripropongono i principi di cui agli artt. 832 e 834 c.c., escludendo il criterio limitativo della funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2, c.c. Se dunque si opta - come si ritiene - per questa idea (...) dovrebbe pervenirsi alla conseguenza della disapplicazione dell'art. 42 Cost. (...). Se invece si riconosce ai principi europei della proprietà rango di diritto internazionale pattizio, indipendentemente dalla ammissibilità di una ipotesi di violazione degli artt. 11 e 117 Cost., si configurerebbe comunque un inadempimento dell'Italia ad un trattato internazionale, con le relative conseguenze. In ogni caso, dovrebbe profilarsi un processo di depotenziamento dell'art. 42 Cost. (...) non più quale norma precettiva di diretta applicazione, ma come norma di carattere meramente programmatico» e di indirizzo per il legislatore che finirebbe per disciplinare l'uso dei beni nei limiti dell'art. 17 della Carta di Nizza, ovvero con limitazioni non così incisive e restrittive quanto la funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2, Cost.» M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 205-206.

¹⁸⁷ Il diritto di proprietà in Europa ed in Italia, sul punto, cfr. le posizioni di M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 ss. e di C. SALVI, *ope cit.*, 427.

¹⁸⁸ Il *vulnus* della funzione sociale nell'articolazione linguistica dell'art. 17 della Carta di Nizza ha spinto M. COMPORTE, - in *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, L. BRUSCUGLIA-G. GRISI-O.T. SCOZZAFAVA (a cura di), Napoli, 2007, 1 ss. e spec. 26 - a considerare la norma non idonea a

¹⁸² «La prima tendenza mira a identificare il principio di eguaglianza con quello della parità di trattamento». In realtà, a ben vedere, «le disparità di condizioni economiche e sociali, secondo la Costituzione, possono anzi devono essere trattate in forma diversa, cioè senza parità. Tanto più che la parità di trattamento si giustifica pur sempre in base alla logica della giustizia retributiva e della *par condicio*, mentre l'eguaglianza costituzionale tende a realizzare la pari dignità sociale, rimuovendo gli ostacoli che limitano la libertà dei cittadini e operando quindi la giustizia sociale e distributiva» P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 144.

¹⁸³ Il riferimento alla Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 non è senza conseguenze giuridiche, laddove si consideri come da Weimar in poi la Costituzione «cessa di essere (...) solo la fonte suprema del diritto pubblico, regolatrice della forma di governo e delle guarentigie di libertà dei cittadini nei confronti dello Stato». Essa «diventa, al tempo stesso, la legge fondamentale del diritto privato, regolatrice dei rapporti fra privati, o con norme immediatamente precettive o, più frequentemente, con norme di indirizzo per la legislazione ordinaria» F. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Comm. Cost.*, Branca, t. II, *sub. Art. 41*, Bologna-Roma, 1982, 1. Sull'applicazione diretta delle norme della Costituzione, nel riconoscimento ad esse di valore precettivo, non già meramente programmatico, P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il "principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 819.

stituzione, ed alla funzione economica sociale¹⁸⁹ dell'iniziativa economica privata, ex art. 41 della Costituzione¹⁹⁰.

Manca, poi, all'interno della Carta di Nizza la composizione del conflitto che le Costituzioni del novecento hanno affrontato nel disciplinare il rapporto fra le libertà economiche e i diritti sociali, diritti umani fondamentali e diritti di libertà.

Così, in materia di proprietà, la costituzione economica italiana, quale delineata dalla Carta fondamentale del 1948, nel recidere la «connessione tra la proprietà privata dei beni e la libertà della persona¹⁹¹» e «quel carattere di stretta inerenza alla per-

«comportare limitazioni o compressioni importanti del diritto (...) come invece è stato possibile (...) attraverso il principio della funzione sociale». In Europa, esplicitativa del nebuloso rapporto fra la funzione sociale della proprietà nazionale e il diritto individuale privato europeo, è un recente caso deciso dalla Cedu, *Affaire Sud Fondi s.r.l. et 2 autres c. Italie*, 20 janvier 2009, in materia di confisca urbanistica e interesse generale alla integrità del territorio, in 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, 2, II, 128 ss. Sul punto, A. MARINI, *Introduzione a AA. VV., Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Bari, 2009, 18.

¹⁸⁹ La nozione di «utilità sociale» alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità degli interventi limitativi della libertà economica, in base alla tecnica del bilanciamento in sede di interpretazione costituzionale, P. PERLINGIERI-MARINARO, *Art. 41*, in P. PERLINGIERI, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 287-290. Sulla tematica, ID, *Su venti anni di attività della Corte Costituzionale*, ora in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, 1988, Napoli, 44. In argomento, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975. In giurisprudenza: Corte Costituzionale, 14 giugno 2001, n. 190, in *Giur. cost.*, 2001, 1463, con nota adesiva di A. MORRONE, *Libertà di impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1473. Sulla rilevanza di un nesso tra l'art. 41 e l'art. 3, comma 1°, Cost. nella giurisprudenza della Corte costituzionale, S. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla panificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 474 (nota a Corte Costituzionale, 8 febbraio 1991, n. 63).

¹⁹⁰ Sul «polimorfismo» della proprietà, all'insegna della discontinuità «medioevale» e «moderna», come universi distinti, fra condizionamenti di archetipi culturali e dimensione giuridica del diritto, per una mirifica analisi, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1988, 359 e ss.; ID., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria delle proprietà*, *ivi*, Milano, 1976/1977, I, 246 ss. Sul punto, S. RODOTÁ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, 890, «[a]ttraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, [...] possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti del progetto sociale d'insieme ad essi corrispondente». Analogamente, P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, 461.

¹⁹¹ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 2000, 487.

sona che gli era stato annesso artificiosamente in passato¹⁹²», ha determinato l'esclusione del diritto di proprietà dall'alveo dei diritti inviolabili, secondo la disposizione dell'art. 2 della Costituzione¹⁹³.

E «dall'esclusione della proprietà privata dalla categoria dei *Menschenrechte* la dottrina italiana è largamente concorde¹⁹⁴».

Ora, per come strutturata la Carta di Nizza, sembrerebbe che ogni conflitto sia già stato composto e rappresenti soltanto un retaggio del passato della storia costituzionale.

Il problema, in realtà, è pulsante nella diagnosi dell'attualità giuridica e l'osservatore come l'operatore di diritto deve segnalarlo nella consapevolezza che l'identità dell'Europa è una identità sociale.

In Europa lo Stato sociale, le garanzie del lavoro, la contrattazione collettiva e lo Statuto dei lavoratori sono un aspetto caratterizzante dell'identità continentale, con conseguenze nella regolazione dell'economia.

Dobbiamo cogliere le differenze fondamentali fra le Costituzioni nazionali - almeno Italia, Francia, Germania, Spagna - e la «Costituzione vivente¹⁹⁵ europea», intendendo con questa espressione l'insieme dei testi normativi e dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea come la Cedu.

¹⁹² A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 467.

¹⁹³ «Diverse Carte e Convenzioni internazionali però qualificano a volte come «fondamentali» anche diritti attinenti all'«avere» della persona, ossia situazioni tipicamente patrimoniali [quali ad esempio il diritto di proprietà (...)]. (...) E tuttavia è lecito dubitare della qualificazione di «diritti fondamentali» attribuita a tali situazioni soggettive, essendo preferibile riservare siffatta qualificazione a quelle situazioni che rinvergono invece la loro base fondativa nell'«essere» in sé della persona, ossia nella persona in sé e per sé considerata (tipica, ad esempio, la dignità umana)» V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 146.

¹⁹⁴ L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 430.

¹⁹⁵ In riferimento alla possibilità di distinguere nel testo della Costituzione fra norme costituzionali in senso materiale e norme costituzionali in senso formale, C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 169 ss. Sulla distinzione fra Costituzione «materiale» e Costituzione «vivente» L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 145, secondo il quale «l'incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal rispettivo testo, puntando sull'interpretazione sistematica della Carta costituzionale e sul bilanciamento dei principi che la informano, non dev'essere confusa con l'idea di una costituzione materiale scissa da quella testuale. La «Costituzione vivente» non è altro che la Carta costituzionale, in quanto ricostruita e applicata; mentre la Costituzione materiale è il frutto dell'inaccettabile pretesa di approdare altrove, di attingere direttamente i valori meritevoli di salvaguardia, di fare della giustizia costituzionale la vera fonte suprema, di mettere dunque fra parentesi la Costituzione scritta con l'iniziale maiuscola».





E una volta colte le conseguenze e gli effetti bisogna individuare le cause che hanno concorso a segnare un simile solco differenziale.

Le Carte costituzionali nazionali e la Carta di Nizza risalgono a momenti storici completamente diversi.

Le Costituzioni sono all'origine di una età frutto del compromesso socialdemocratico: un compromesso storico fra il mondo del lavoro ed i proprietari dei mezzi di produzioni.

La costruzione europea è stata accompagnata dall'idea che il freno alla competitività derivasse dallo Stato sociale e dalle eccessive garanzie previste per i lavoratori.

Va anche aggiunto che la Costituzione italiana non è stata sottoposta ad alcun procedimento di revisione in funzione dell'ingresso in Europa.

E così la Corte di Giustizia ha iniziato un processo di affermazione del *primauté du droit communautaire* sul diritto interno¹⁹⁶, recepito costantemente e contestualmente dalla Corte Costituzionale attraverso una serie pronunce che hanno permesso una sistemazione dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario per via giurisprudenziale¹⁹⁷.

In un primo momento la Corte di Giustizia ha chiarito che il primato del diritto comunitario riguarda non soltanto la legislazione precedente ma anche la normazione successiva.

E la Corte Costituzionale si è uniformata all'indirizzo della Corte di Giustizia, introducendo la tecnica della disapplicazione¹⁹⁸, vale a dire il po-

tere del giudice comune di non applicare la norma interna in contrasto con la norma comunitaria.

Ancora la Corte di Giustizia ha affermato il primato del diritto comunitario non soltanto rispetto alle norme nazionali interne ma anche rispetto alla normazione costituzionale, salvo il rispetto dei cc. dd. *controlimiti*¹⁹⁹.

Recentemente, poi, ha stabilito il primato dell'interpretazione della Corte di Giustizia ed il rinvio pregiudiziale quando sono in discussione *quaestiones* di diritto comunitario²⁰⁰.

volta sia la giurisprudenza italiana che la Corte di giustizia, non senza suscitare notevoli e più che giustificate perplessità, hanno esteso ai rapporti interprivatisti (cd. *efficacia orizzontale*). E là dove, per la particolarità della fattispecie, non è possibile il riconoscimento dell'*efficacia diretta* (*verticale od orizzontale*), ecco che soccorre un ulteriore strumento, elaborato sempre dalla Corte di giustizia, noto come principio dell'*interpretazione conforme*, grazie al quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare il proprio diritto interno in modo tale da renderlo il più conforme possibile al diritto comunitario» G. BENACCHIO, *La Corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, in Atti Convegno "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?", Treviso, 23-25 marzo 2006", in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 132-133.

¹⁹⁹ Con l'espressione "controlimiti" si intende indicare la costituzione di un'area di riserva e di salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona dalla penetrazione uniformatrice del diritto dell'Unione europea. La prima sentenza che ha reso operativi i controlimiti alla cessione di sovranità è stata Corte Costituzionale, 27 dicembre 1965, n. 98. L'elaborazione teorica si è poi perfezionata nella successive sentenze Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183; 8 giugno 1984, n. 170; 21 aprile 1898, n. 232. In letteratura, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, 734; ID., *Principio di effettività e unitarietà. Introduzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistema nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del Convegno SISDIC, Capri 16-18 aprile 2009, Napoli 2010, 559 ss. V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 426 ss. e *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss. U. VILANI, *I «controlimiti» nei rapporti fra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 507ss.

²⁰⁰ Per una efficace sintesi della complessa evoluzione delle regole che hanno governato i rapporti fra diritto interno e diritto comunitario, L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": i poteri e compiti del giudice "comune"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 1, 277-278. L'Autore individua tre regole fondamentali: « a) il contrasto della norma interna con la norma del diritto dell'UE dotata di effetto diretto comporta che la prima "non viene in rilievo" per la disciplina della fattispecie, quindi ne determina la "non applicabilità" (...) salvo che (...) la seconda violi i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (cc. dd. *controlimiti*); b) le sentenze della Corte di giustizia, rese in sede di rinvio pregiudiziale o di procedura di infrazione, "hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni"; c) il contrasto dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale, quando sia fatto valere nel corso di un giudizio principale, ovvero, qualora non possa essere superato

¹⁹⁶ «Il superiore criterio ordinativo dei rapporti tra i due sistemi è rappresentato (...) dal cd. *principio del primato* (o *supremazia* e connessa *effettività*) del diritto comunitario, avente fondamento diretto nei Trattati (art. 10, 234 TCE), desumibile anche dall'art. 11 della nostra Costituzione, ora pure solennemente proclamato dal riformato art. 117, comma 1, e secondo la Corte di giustizia da intendersi in un senso massimamente estensivo senza neppure il vincolo del giudicato interno» V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, cit. 419.

¹⁹⁷ L'epifania del processo di coordinazione, per via giurisprudenziale, del diritto interno al diritto comunitario, si fa risalire alla sentenza della Corte Costituzionale 24 febbraio 1964, n. 14. Sul punto, in dottrina, R. ADAM-A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 204; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 201.

¹⁹⁸ «Alla *primazia* del diritto comunitario in genere (...) fa da corollario il principio della *disapplicabilità* delle norme interne incompatibili con il diritto comunitario. (...) Lo stesso principio della *disapplicabilità* delle norme interne incompatibili con il diritto comunitario ha subito una notevole evoluzione: limitato in un primo tempo alle sole norme del trattato e dei regolamenti, si è via via affermato anche con riguardo ad alcune direttive (quelle cd. *sufficientemente precise e incondizionate*) perché non attuate entro i limiti stabiliti. Parallelamente alla diretta applicabilità delle direttive si è sviluppato un altro meccanismo volto a garantire l'effettività del diritto comunitario all'interno degli Stati membri, vale a dire il principio dell'*efficacia verticale* (rapporto Stato-cittadino) delle direttive non attuate, che tal-

Questo è il risultato di una serie di scelte di politica legislativa, le quali hanno contraddistinto l'Italia rispetto agli altri Stati che hanno adottato procedimenti di revisione costituzionale.

Ma il vero problema giuridico risiede nella individuazione dei controlimiti effettivi al processo di integrazione europea, evocativa del giammai sopito dissidio fra primato comunitario e sovranità nazionale, fra Corte di Giustizia e Corti nazionali, fra la formazione di valori comuni e le identità e le tradizioni nazionali: un inguaribile iato nella valorizzazione di un patrimonio valoriale unitario.

Sul punto significativa è la posizione assunta dalla Corte Costituzionale tedesca²⁰¹, la quale, pur riconoscendo la tutela dei diritti fondamentali apprestata dall'ordinamento europeo, non ha mai rinunciato definitivamente al potere di controllare²⁰² la conformità del diritto comunitario ai valori e ai principi fondanti del costituzionalismo tedesco.

Le forze politiche di destra e di sinistra del Parlamento tedesco - l'Unione sociale bavarese (*Cdu*) e la *DieLinke* - prima della ratifica del Trattato di Lisbona rivolsero una interrogazione alla Corte Costituzionale tedesca, richiedendo se il documento, per come stilato, potesse considerarsi conforme ai principi costituzionali tedeschi e in quanto tale ratificabile oppure fosse necessario il ricorso al procedimento di revisione costituzionale.

La *Cdu* bavarese sosteneva la necessità di una revisione della Carta fondamentale, facendo ricorso ad argomenti più sovranisti, come l'assenza in sede comunitaria della legittimazione democratica.

mediante l'interpretazione conforme, se la norma comunitaria sia priva di effetto diretto, oppure quanto "dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale".

²⁰¹ Corte Costituzionale tedesca, *BVerfG*, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009, sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. In dottrina, M. POIARES MADURO-G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 503-529; R. CAPONI, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona* (nota a *Bundesverfassungsgericht* 30 giugno 2009), in *Il Foro Italiano*, 2010, IV-col. 277-280; U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 719-733; L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, 993-1019.

²⁰² Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 22 ottobre 1986, *Solange II*, in *BVerfGE*, 73, 339 ss., 378 ss e 387, si è riservato di intervenire unicamente se la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia insufficiente. Sino a quando i diritti fondamentali sono protetti nel diritto comunitario, la Corte non eserciterà più la sua giurisdizione e non procederà più al controllo del diritto comunitario, derivato e non, in relazione ai diritti fondamentali contenuti nella Costituzione. Sul punto, Ordinanza 29 maggio 1974 (*Solange I*).

La *DieLinke* perveniva ai medesimi esiti conclusionali, ma accedendovi da una argomentazione di matrice sociale.

La Corte Costituzionale tedesca ha concluso che ai fini della ratifica del Trattato di Lisbona fosse necessaria una revisione della Costituzione e che, dati gli accresciuti poteri dei Governi nazionali, contenuti nelle previsioni del Trattato di Lisbona, fosse necessario prevedere che il Governo tedesco potesse esercitare i poteri in oggetto soltanto previo avallo del Parlamento²⁰³.

Ragione per cui, in osservanza della decisione della Corte Costituzionale tedesca, si è proceduto a modificare la Costituzione e si è previsto che in Germania, rispetto a tutta una serie di poteri che i Trattati attribuiscono ai Governi nazionali, gli stessi poteri potessero essere esercitati soltanto con l'avallo del Parlamento.

E sempre la Corte Costituzionale tedesca, ai punti 249, 251, 252, della sentenza *BvE* 2/08 del 30 giugno 2009, ha rivendicato il diritto alla identità nazionale anche nei confronti dell'integrazione europea e, in particolare, ha collocato tale identità negli spazi in cui si sviluppa la persona e in cui avviene la configurazione sociale delle condizioni di vita, con particolare riferimento alla materia del diritto di famiglia.

L'identità nazionale emerge quale principio immodificabile, assunto a controlimite al primato del diritto comunitario sul diritto interno.

I controlimiti vengono individuati dalla Corte Costituzionale tedesca nella "dignità, nel principio dello Stato democratico, nel principio delle competenze federali".

Questi principi non possono essere modificati dalla normativa europea e anche laddove la Costituzione fosse cambiata per adeguarla all'Europa essi rimarrebbero inalterati.

Trattasi di un'operazione concettuale puntuale, rigorosa, di analitica tenuta costruttiva: una metodi-

²⁰³ «Il restringimento del mandato governativo avviene in due modi. Innanzitutto la sentenza dà - e prescrive - un'interpretazione restrittiva delle competenze, tanto di quelle già attribuite (...) quanto a quelle che sono state estese con il Trattato di Lisbona. (...) In secondo luogo, l'interpretazione restrittiva, rigida e diffidente di tutti gli elementi dinamici del sistema, subordina al consenso del Parlamento tedesco qualunque posizione che il Governo voglia assumere nelle future modifiche di un ordinamento che il *Bundesverfassungsgericht* considera aver conquistato un "eccesso di competenza". Questo vale tanto in relazione all'espansione materiale delle competenze, cui viene posto un limite *a priori*, quanto in relazione all'utilizzo di strumenti di integrazione flessibile» L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, cit., 1018.





ca misurabile con la meno pervasiva²⁰⁴ posizione della Corte Costituzionale italiana²⁰⁵.

E allora sarebbe da chiedersi quali siano i controlimiti nell'ordinamento giuridico italiano.

Essi devono essere, innanzitutto, identificati con i valori e i principi insuscettibili di revisione costituzionale²⁰⁶, in quanto al variare di essi si avrebbe un sovvertimento della stessa Corte fondamentale²⁰⁷.

Di per certo appare difficile ritenere che essi possano essere scissi e avulsi dall'alveo dei diritti sociali, attesi gli articoli 3, comma 2, e 4 della Costituzione, nonché dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata²⁰⁸.

Si impone così un approfondimento della tutela e delle garanzie sociali in Europa, in funzione coerente con la costruzione di una Unione consapevole della propria identità sociale e della proprie radici storiche e culturali.

Un accertamento che, però, deve essere condotto nella maturata consapevolezza che la questione del conflitto fra la normativa comunitaria ed i principi fondamentali delle Carte fondamentali di ciascun

Stato membro non è ignota alla Corte di Giustizia, la quale, già con la sentenza *Stauder*²⁰⁹, ha statuito che «i diritti fondamentali della persona (...) fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, dei quali la Corte garantisce l'osservanza, (...) entro l'ambito delle strutture e delle finalità della comunità» e che, quindi, «appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi».

E si potrebbe proprio muovere da questa pronuncia della Corte di Giustizia per iniziare sciogliere le formule lessemiche in essa contenute: da un lato, l'impiego della formula elastica "diritti fondamentali" che necessita di essere riempita di contenuto, tenendo conto dei rispettivi cataloghi nazionali; dall'altro, la coordinazione bilanciata di tali diritti con gli obiettivi generali perseguiti dalla Comunità.

Se l'azione di produzione normativa europea non può disattendere le garanzie offerte dai principi e dai valori fondanti dell'ordinamento costituzionale, ne discende che i canali di comunicazione normativa devono essere improntati al bilanciamento fra i valori dell'integrazione europea e quelli che sono alla base della Carta fondamentale.

In definitiva, è richiesto un approfondimento della tutela e delle garanzie sociali in Europa, non già in funzione euroscettica ma in funzione coerente alla costruzione di una Europa consapevole della propria identità sociale e della propria storia.

²⁰⁴ Corte Costituzionale, 29 dicembre 1995, n. 536, e, 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, c. 784 ss., in cui la Corte mantiene ferma la possibilità di «controllo di costituzionalità per violazione dei principi fondamentali dei diritti inviolabili della persona». Corte Costituzionale italiana, sentenza, 24 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1001, nella quale la medesima Corte si riserva il compito di verificare che «una qualsiasi norma del Trattato, così come interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attenti ai diritti inviolabili della persona». Antecedente cfr. Corte Costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 193, in *Giur. cost.*, 1973, 240, ove la medesima Corte si riserva il sindacato di costituzionalità a salvaguardia del rispetto dei principi e dei valori essenziali della Costituzione da parte della legge esecutiva del Trattato.

²⁰⁵ Corte costituzionale, ordinanza 13 febbraio 2008, n. 103 «l'ordinamento comunitario è un ordinamento giuridico autonomo integrato e coordinato con quello interno. (...) (L)e norme dell'ordinamento comunitario vincolano il legislatore interno con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione». Vv. Corte costituzionale n. 183/1973; n. 170/1984; n. 232/1989.

²⁰⁶ Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, c. 609 ss.

²⁰⁷ Corte Costituzionale, 18 aprile 1991, n. 168.

²⁰⁸ «Il "principio sociale" come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. E dai principi dei doveri di solidarietà (seconda parte dell'art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento» C. SALVI, "Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali", in *Persona e mercato*, 2011, 1, 35.

²⁰⁹ Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, in *Racc.*, 1969, 419

