
ANNO LXIV - 1995 - 1996

STUDI URBINATI
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE



NUOVA SERIE A - 48

ANNO LXIV - 1995 - 1996

STUDI URBINATI
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE



NUOVA SERIE A - 48

Direttore responsabile

CARLO BO

Comitato scientifico

ENRICO GABRIELLI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, GUSTABO PANSINI,
EDUARDO ROZO ACUÑA

Direttori

ENRICO GABRIELLI, EDUARDO ROZO ACUÑA

Segreteria e redazione:

Maria Moranti presso la Facoltà di Giurisprudenza – Università degli
Studi di Urbino – Via Giacomo Matteotti, 1 – 61029 Urbino
Tel. 0722303217 – Fax 07222955 – E-mail: mmoranti@bib.uniurb.it

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 195, n. 24

INDICE

LUIGI MARI, <i>La competenza in materia contrattuale nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968</i>	9
VITTORIO PARLATO, <i>Il problema della validità dei sacramenti, amministrati da eretici e scismatici, in alcune fonti orientali del IV e V secolo</i>	129
VITTORIO PARLATO, <i>Pronunzie chiesastiche e tutela dell'ambiente: due ecclesiologie a confronto</i>	139
MICHELE CARDUCCI, <i>Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari in Francia (1877 - 1988)</i>	147
PALOMA LORENZO, <i>La enseñanza de la religión en los centros docentes públicos en España</i>	209
LUCA R. PERFETTI, <i>Sull'attività extraterritoriale delle aziende speciali degli Enti Locali. In margine ad una recente sentenza del TAR Lombardia</i>	263
JULKA L. TRONCHIN, <i>L'ipotesi dell'applicabilità degli articoli 85 e 86 del trattato CE all'attività calcistica</i>	287
ALESSANDRO BERLUTI, <i>Lo Statuto pontificio del 1848: il contributo alla redazione dell'urbinate Mons. Giovanni Corboli Bussi</i>	313

STVDI URBINATI

LUIGI MARI

*LA COMPETENZA IN MATERIA CONTRATTUALE
NELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES
DEL 27 SETTEMBRE 1968*

SOMMARIO 1. La competenza in materia contrattuale. - 1.1. Nozione di materia contrattuale. Rapporto con la "materia di delitti o quasi-delitti". *i) la materia contrattuale come "rapporto contrattuale". ii) la materia contrattuale come "responsabilità contrattuale". iii) la definizione di "materia contrattuale" fra contratto e responsabilità. iv) il sistema della competenza e la classificazione dei rapporti obbligatori.* - 1.1.1. La nozione autonoma di materia contrattuale. I principi definitori: obbligazioni *assimilabili* a quelle contrattuali. - 1.1.2. (*Segue*). Obbligazioni *fondate* sul contratto. - 1.1.3. (*Segue*). Configurabilità di una nozione autonoma di responsabilità contrattuale. *a) la sentenza Handte. aa) l'azione revocatoria (pauliana): la sentenza Reichert II.* - 1.1.3.1. (*Segue*). Nozione autonoma di responsabilità contrattuale e carattere residuale dell'illecito. - 1.1.4. Rapporti riconducibili alla materia contrattuale. - 1.1.4.1. Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. - 1.2. L'obbligazione rilevante ai fini della competenza. - 1.2.1. (*Segue*). L'obbligazione principale dedotta in giudizio. - 1.3. Determinazione del luogo di esecuzione in base alla *lex causae*. *i) luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita. ii) luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita. iii) vantaggi e inconvenienti del rinvio alla lex causae. iv) effetti negativi del ricorso alla Convenzione di Roma del 1980.* - 1.3.1. Determinazione del luogo d'esecuzione in base al diritto materiale uniforme e alla volontà delle parti. *i) diritto materiale uniforme. ii) designazione del luogo di esecuzione ad opera delle parti.* - 1.4. Rapporti di lavoro. *i) la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti di lavoro.* - 1.4.1. Le nuove disposizioni della Convenzione di adesione del 1989 alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. - 1.5. Problematiche dell'applicazione del *forum solutionis*. Proposte di abrogazione dell'art. 5-1°.

ABBREVIAZIONI E BIBLIOGRAFIA GENERALE

BBTC	- Banca borsa e titoli di credito
CMLR	- Common Market Law Review
CS	- Comunicazioni e Studi (Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano)
DCI	- Diritto del commercio internazionale
DCSI	- Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Digesto	- Digesto, IV ed., UTET, Torino
ED	- Enciclopedia del diritto
EG	- Enciclopedia giuridica. Ist. Enc. italiana fond. da G. Treccani
FI	- Il Foro italiano
FP	- Il Foro padano
GC	- Giustizia civile
GI	- Giurisprudenza italiana
ICLQ	- International and Comparative Law Quarterly
JDI	- Journal du droit international
ILP	- International Litigation Procedure
ND	- Novissimo digesto italiano
NGCC	- La nuova giurisprudenza civile commentata
NLCC	- Le nuove leggi civili commentate
RC	- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RCDIP	- Revue critique de droit international privé
RDC	- Rivista del diritto commerciale
RDCiv	- Rivista di diritto civile
Riv. crit. dir. priv.	- Rivista critica del diritto privato
RDE	- Rivista di diritto europeo
RDI	- Rivista di diritto internazionale
RDIPP	- Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDP	- Rivista di diritto processuale
RTDE	- Revue trimestrielle de droit européen
RTDPC	- Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
YEL	- Yearbook of European Law

BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed. (in collaborazione con BONOMI), Padova, 1996 (cit.: BALLARINO, *Dir. int. priv.*); CALVO CARAVACA

(ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecucion de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, 2^a ed., Torino, 1997; COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act*, London, 1983; COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe (Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen. Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991)*, London, Dublin, Edinburgh, Brussels, 1993 (cit.: *Compétence judiciaire*); DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun. Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1972; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^a éd., Paris, 1996; GOTHOT/HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985; HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, London, 1984; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5. Aufl., Heidelberg, 1996; LASOK/STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2^a ed., Padova, 1954; O'MALLEY/LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1989; POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 3^a ed., 1995; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, Paris, 1975; ZUCCONI GALLI FONSECA, voce, *COMPETENZA*, VII, *Competenza giurisdizionale nella convenzione di Bruxelles del 1968*, voce *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988.

Strumenti di notevole importanza, per approfondire la conoscenza del sistema della convenzione, sono le *Relazioni* che accompagnano i progetti della convenzione di Bruxelles del 1968, come delle successive convenzioni di adesione del 1978, 1982 e 1989, nonché della convenzione di Lugano del 1988. Per il testo delle prime due di tali *Relazioni*, curate, rispettivamente, da P. JENARD e da P. SCHLOSSER, v. GUCE n. C59 del 5 marzo 1979; per la *Relazione* sulla convenzione di adesione del 1982, curata da D. EVRIGENIS e K. KERAMEUS, v. GUCE n. C298 del 24 novembre 1986; per quella sulla convenzione di adesione del 1989, curata da M. DE ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL e P. JENARD, nonché per la *Relazione* sulla convenzione di Lugano del 1988, curata da P. JENARD e G. MÖLLER, v. GUCE n. C189 del 28 luglio 1990.

1. La competenza in materia contrattuale.¹

Stabilisce l'art. 5 che il "convenuto domiciliato in uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: 1) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita".

L'art. 5-1° prosegue indicando il giudice specificamente competente in materia di contratto individuale di lavoro (v. *oltre*, par. 1.4.).

Una disposizione particolare vale per i soggetti *domiciliati nel Lussemburgo*. Prevede infatti l'art. 1°, comma 1°, del Protocollo allegato alla Convenzione, che "qualsiasi persona domiciliata nel Lussemburgo, convenuta davanti ad un giudice di un altro Stato contraente in applicazione dell'art. 5, punto 1, può eccepire l'incompetenza di tale giudice. Se il convenuto non compare, il giudice dichiara d'ufficio la propria incompetenza". In sostanza, la norma dice che l'applicabilità del criterio di competenza previsto dall'art. 5-1° è condizionata all'accettazione, quanto meno tacita, da parte del convenuto domiciliato nel Lussemburgo. Questa disposizione viene giustificata dalla *Relazione JENARD*, Capo IX, col discutibile argomento che la maggior parte delle obbligazioni contratte dai sudditi del Granducato deve avere esecuzione in Belgio, cosicché applicando incondizionatamente l'art. 5-1° si finirebbe per escludere quasi sempre la competenza dei giudici lussemburghesi nella materia contrattuale. In realtà la norma del Protocollo attribuisce, a chi è domiciliato in Lussemburgo, un privilegio tutt'altro che compatibile col principio di non discriminazione che pervade il sistema della Convenzione.

Privilegiati sono anche i soggetti *domiciliati in Svizzera*, per i quali la rilevanza dell'art. 5-1° è limitata dall'art. I-bis del Protocollo N. 1 allegato alla Convenzione di Lugano. Tale norma ha consentito alla Svizzera di formulare una riserva, con effetto fino al 31 di

¹ Utilizziamo il termine "competenza" in luogo di quelli tradizionali di "competenza giurisdizionale" o "giurisdizione" per conformarci alla stessa terminologia utilizzata dalla Convenzione di Bruxelles nel suo Titolo II, senza nessuna pregiudiziale di carattere teorico circa l'oggetto specifico della sua disciplina.

Avvertiamo inoltre che, al fine di concentrare l'analisi sul tema della materia contrattuale, sono stati intenzionalmente omissi i riferimenti al quadro normativo generale della Convenzione di Bruxelles (e della parallela Convenzione di Lugano), nonché quelli relativi alla competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee. Per tali elementi, come per la relativa letteratura, si rinvia alle opere indicate nella BIBLIOGRAFIA GENERALE e che in questo studio vengono citate con il solo nome dell'autore.

cembre 1999 e nel vigore dell'art. 59 della Costituzione federale, in virtù della quale il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata dal giudice del luogo d'esecuzione dell'obbligazione contrattuale possono essere esclusi, in Svizzera, quando: la competenza era fondata unicamente sull'art. 5-1°; il convenuto era domiciliato in Svizzera al momento della proposizione dell'azione (le società o altre persone giuridiche si considerano domiciliate in Svizzera se ivi hanno la sede statutaria e il centro effettivo dei propri affari); il convenuto propone opposizione contro il riconoscimento o l'esecuzione, purché non abbia rinunciato ad avvalersi di questo diritto. E' evidente che questa norma non priva di competenza il giudice adito, ma solo consente di opporsi, e unicamente in Svizzera, al riconoscimento della decisione.

L'art. 5-1° è la disposizione di maggior rilevanza pratica nel sistema della competenza, quella più frequentemente applicata. Ma è anche oggetto di forte contestazione da parte della dottrina, al punto che molti ne invocano la soppressione (v. *oltre*, par. 1.5.).

I problemi che essa pone riguardano essenzialmente la definizione di materia contrattuale, la determinazione dell'obbligazione rilevante ai fini della competenza e l'individuazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione stessa.

1.1. Nozione di materia contrattuale. Rapporto con la “materia di delitti o quasi-delitti”.

La determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 5-1° è resa problematica dall'intersecarsi del concetto di “materia contrattuale” con quello di “materia di delitti o quasi-delitti”, devoluta dall'art. 5-3° alla competenza del “giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto”. Tali nozioni vanno definite l'una in rapporto all'altra perché le aree del contratto e dell'illecito assumono configurazioni ed ampiezze diverse a seconda dell'ordinamento che si considera: paradigmatica la *culpa in contrahendo*, ascritta da taluni sistemi all'area dell'illecito, da altri a quella del contratto (v. *oltre*).

Le divergenze delle categorie civilistiche dei diritti interni spiegano perché la Corte di giustizia abbia ritenuto necessario, al fine di garantire

l'uniformità di applicazione delle norme della Convenzione, definire in via autonoma tanto la nozione di materia contrattuale (sentenza del 22 marzo 1983, in causa 34/82 *Peters c. Z.N.A.V.*), quanto quella di materia di delitti o quasi delitti (sentenza del 27 settembre 1988, in causa 189/87 *Kalfelis c. Banque Schröder e al.*).

Le varie versioni linguistiche degli artt. 5-1° e 5-3° designano le rispettive "materie" con formule non del tutto coincidenti tra loro; questa circostanza aveva già indotto la Corte di giustizia, nella sentenza del 4 marzo 1982, in causa 38/81 *Effer s.p.a. c. Kantner*, a ricorrere ai principi interpretativi tipici del metodo autonomo per risolvere un particolare problema che sarà esaminato in seguito.

Considerando più attentamente la questione, ci si rende conto, peraltro, che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale dovrebbero essere definite in modo tale da poter qualificare direttamente per mezzo di esse qualsiasi tipo di obbligazione conosciuto dai diritti interni degli Stati contraenti. Solo così si potrebbe stabilire secondo criteri uniformi quali siano pertinenti all'una e quali all'altra materia. Se il giudice fosse libero di qualificare secondo i propri criteri (*lege fori* o *lege causae*) il rapporto fatto valere in giudizio - se cioè il giudice potesse stabilire l'inerenza della controversia alla materia contrattuale (o extracontrattuale) qualificando direttamente la stessa controversia in base alla *lex fori*, o desumendone la qualificazione da quella effettuata ai fini della determinazione della legge regolatrice del rapporto -, la sfera di applicazione degli artt. 5-1° e 5-3° varierebbe da ordinamento a ordinamento nonostante la definizione autonoma delle materie contemplate da tali norme (prescindiamo per il momento dalla Convenzione di Roma del 1980: v. *oltre*).

Altro aspetto da tener presente è che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale possono essere definite o in modo da abbracciare solo determinate categorie di obbligazioni, o in modo da ricomprendervi, ripartendolo tra l'una e l'altra, l'intero campo dei rapporti obbligatori.

Come vedremo, le definizioni autonome elaborate dalla Corte di giustizia sembrano consentire una soluzione solo parziale del problema della qualificazione del rapporto controverso, perché lasciano nell'incertezza circa

l'effettiva estensione delle "materie" riconducibili agli art. 5-1° e 5-3°.

A questo riguardo si possono prospettare due ipotesi. Nella prima, la nozione autonoma di materia contrattuale risulta modellata approssimativamente sull'idea comune di *contratto* (e analogamente per quanto riguarda l'illecito); nella seconda, la nozione di materia contrattuale viene ricostruita, unitariamente a quella di materia di delitti o quasi-delitti, nei più ampi termini di *responsabilità*.

La scelta fra l'una e l'altra ipotesi è determinante ai fini della competenza.

i) la materia contrattuale come "rapporto contrattuale".

Per chiarire i termini e le conseguenze dell'alternativa ora prospettata conviene muovere dall'ipotesi che l'art. 5-1° si riferisca ai soli rapporti che trovano fonte in un "contratto". Analogamente, si può ipotizzare che l'art. 5-3° includa nella propria area d'applicazione solo i rapporti derivanti da "delitto o quasi delitto".

Escludendo qualsiasi coordinamento fra queste norme, si giunge alla conclusione che le regole speciali di competenza presentano una lacuna. Infatti, contratto ed illecito non coprono l'intero campo dei rapporti obbligatori, essendovi ulteriori *atti o fatti* - per riprendere la dizione dell'art. 1173 c.c. - idonei a produrre un'obbligazione: pensiamo, tra le ipotesi più comuni, alla gestione d'affari, alla ripetizione dell'indebito, all'arricchimento senza causa, alle promesse unilaterali. Qual è la regola di competenza applicabile in casi del genere? Poiché le relative controversie non sono riconducibili all'ambito che abbiamo prima attribuito agli artt. 5-1° e 5-3°, sembrerebbe inevitabile il ricorso al criterio generale dell'art. 2. Dovremmo quindi concludere che la Convenzione attua una tripartizione delle controversie relative ai rapporti obbligatori, prevedendo regole speciali di competenza solo per quelle derivanti da contratto e da illecito.

E' opportuno sottolineare che questa ipotesi interpretativa - cui non mancano riscontri in giurisprudenza e in dottrina (v. *oltre*) - si fonda sul presupposto che la Convenzione abbia inteso "contratto" e "fatto illecito"

in un significato autonomo ancora tutto da precisare, ma pur sempre abbastanza ristretto, cioè tale da lasciare spazio in ogni caso ad ulteriori fonti di obbligazioni che si trovano quindi sottoposte al solo art. 2.

ii) la materia contrattuale come "responsabilità contrattuale".

Benché l'interpretazione testé delineata sembri a prima vista la più plausibile, non si può escludere che le nozioni di "materia contrattuale" e quella di "materia di delitti o quasi-delitti" debbano essere interpretate riunendole insieme nella più generale categoria individuata dal concetto di *obbligazione*.

Invero, il fatto che gli artt. 5-1° e 5-3° siano le uniche norme di competenza speciale che contemplano i rapporti obbligatori come struttura indipendente da una specifica prestazione, qualificandoli solo in funzione della fondamentale (originaria) bipartizione gajana (Ist. III, 88) *ex contractu* - *ex delicto*, rende legittima la supposizione che qualunque controversia relativa ad un rapporto obbligatorio possa essere ricondotta all'ambito di applicazione di una di tali norme, ove non intervenga una più specifica disposizione - ad esempio l'art. 5-2° relativo all'obbligazione degli alimenti.

Posti in correlazione tra loro attraverso il concetto di obbligazione, gli artt. 5-1° e 5-3° sembrano dunque condurre ad una bipartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori, facendo venir meno quella lacuna nella disciplina della competenza che altrimenti sussisterebbe. Tale risultato è tuttavia conseguibile a patto che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale vengano ricostruite su basi diverse dall'immediata identificazione con il contratto e l'illecito. Occorre perciò ricercare un qualche elemento comune ad entrambe ma che permetta anche di differenziarle.

A tal fine una via possibile - e, come vedremo subito, seguita più o meno consapevolmente dalla dottrina e dalla stessa Corte di giustizia - è intendere tali nozioni non più in riferimento alle fonti delle obbligazioni ma come categorie autonome distintive di *tipi* di responsabilità, sulla scorta dei due modelli generali di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale,

conosciuti dal diritto civile. Si tratta di concepire l'obbligazione come "responsabilità", anziché come rapporto, ciò che presenta il vantaggio di una maggior aderenza tra momento sostanziale e momento processuale.

iii) la definizione di "materia contrattuale" fra contratto e responsabilità.

Sintetizzando quanto precede, la determinazione della competenza in materia contrattuale può essere effettuata in due modi: o qualificando i rapporti obbligatori in base ad una nozione autonoma di contratto: in questo caso, fra l'area del contratto e quella dell'illecito - inteso anch'esso in senso autonomo - compaiono obbligazioni di altra natura che risultano soggette al solo foro generale (art. 2); oppure distinguendo tutti i rapporti obbligatori a seconda del tipo di responsabilità che ne deriva, vale a dire utilizzando nozioni autonome di *responsabilità contrattuale* ed *extracontrattuale*, nel qual caso l'art. 5-1° e l'art. 5-3° vengono a coprire, salve le altre regole di competenza, tutto il campo delle obbligazioni.

A tutt'oggi non si può dire quale delle due soluzioni s'imponga. Tanto la dottrina quanto la stessa Corte di giustizia mostrano di non avere in proposito orientamenti sicuri e ben definiti.

In genere la dottrina sottolinea la difficoltà d'inquadramento, negli artt. 5-1° e 5-3°, di alcune fattispecie di danno di incerta natura o che sono ascritte da taluni sistemi giuridici all'area della responsabilità aquiliana, da altri a quella della responsabilità contrattuale.

Esempi ricorrenti sono la *culpa in contrahendo*, la responsabilità da prodotto, la responsabilità del venditore nei contratti a catena, certi regimi speciali di responsabilità come quello francese degli incidenti stradali, i danni derivanti da rapporti di cortesia, la responsabilità del professionista, le ipotesi di cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la gestione d'affari, l'arricchimento senza causa: v. GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1988, 613-615; KOHLER, *Compétence judiciaire*, 56; DUINTJER-TEBBENS, *ibidem*, 90-92; SCHULTSZ, *ibidem*, 102.

Nonostante l'assenza di precise conclusioni al riguardo, va notato

che il ricorso all'unitario concetto di *responsabilità*, per delimitare la "materia contrattuale" in contrapposizione a quella dei "delitti o quasi delitti", sottintende una lettura coordinata degli art. 5-1° e 5-3°, una lettura che ne presuppone l'applicabilità all'intero campo dei rapporti obbligatori.

Anche la Corte di giustizia sembra voler coordinare tali norme in una visione unitaria della competenza nelle controversie relative ai rapporti obbligatori, ma la sua giurisprudenza non offre sicure indicazioni in tal senso.

Invero, nella sentenza del 17 giugno 1992, in causa C-26/91 *Handte c. S.T.M.C.S.*, il vincolo contrattuale - genericamente definito come "obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra" ("*engagement librement assumé d'une partie envers une autre*", nel testo ufficiale della sentenza *Handte*; v. *oltre*, par. 1.1.3.) - viene assunto come costituente necessario, se non esclusivo, della nozione di "materia contrattuale": ciò che potrebbe anche significare distinzione dei rapporti obbligatori in tre categorie.

Tuttavia, la Corte di giustizia ha anche affermato che "materia contrattuale" e "materia di delitti o quasi-delitti" si trovano in una relazione di stretta complementarietà, come se tutti i rapporti obbligatori dovessero essere ricondotti a tali aree e vi fosse solo da distinguere tra responsabilità "contrattuale" e responsabilità "extracontrattuale". Ha statuito infatti la Corte: "la nozione di materia di delitto o quasi delitto... va considerata come nozione autonoma che comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere le responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla materia contrattuale di cui all'art. 5, n.1" (così nella citata sentenza *Kalfelis*, affermazione poi ribadita, negli stessi identici termini, nella sentenza del 26 marzo 1992, in causa C- 261/90 *Reichert c. Dresdner Bank*).

Il senso di queste ultime affermazioni sembra abbastanza chiaro: *tutto ciò che non è responsabilità contrattuale è responsabilità extracontrattuale*. Collegandole a quanto detto nella sentenza *Handte* potremmo allora concludere che l'art. 5-1° si applica alla sola responsabilità per inadempimento di un'obbligazione derivante da rapporto contrattuale, e che in tutti i restanti casi si verte invece in materia di responsabilità extracontrattuale.

Decisamente orientate in tal senso le *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS nella causa *Handte*, secondo il quale un'azione per danni è necessariamente delittuale ove non la si possa qualificare contrattuale: aderiscono sostanzialmente a tale impostazione, de VAREILLES-SOMMIÈRES, RTDE, 1992, 712; BISCHOFF, JDI, 1993, 474; DELI, *Criteri di giurisdizione e convenzione di Bruxelles del 1968 nelle vendite a catena*, RDIPP, 1993, 313; J.J. FAWCETT, *Products Liability in Private International Law*, RC, 1993, I, 77; HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP, 1994, 284-288; O'MALLEY/LAYTON, 374-375.

Peraltro, la correlazione che la Corte ha istituito tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3° presenta un'ambiguità di fondo. Si noti, infatti, che la sentenza *Kalfelis*, benché affermi che la materia dell'illecito ha carattere residuale rispetto a quella contrattuale, esclude che essa possa ricomprendere domande fondate su "atti o fatti diversi dall'illecito". Taluni annettono molta importanza a questa formulazione "in negativo" perché vi leggono un diretto riferimento a fattispecie diverse dal contratto e dall'illecito, come se la Corte avesse voluto frapporre una "terra di nessuno" tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, ridimensionando l'asserito carattere residuale della seconda categoria.

Se si è dedotto, quindi, che la Corte di giustizia si è orientata verso una *tripartizione delle controversie* relative ai rapporti obbligatori: le contrattuali, le extracontrattuali e quelle che non essendo né l'uno né l'altro devono essere ricondotte solo al foro generale previsto dall'art. 2.

In questo senso, v. POCAR, *Compétence judiciaire*, 112-113; v. altresì ANCEL, RCDIP, 1992, 725, che riconduce l'azione revocatoria (*actio pauliana*) all'art. 2: al riguardo, v. *oltre*, par. 1.1.3. *sub a*); nello stesso senso l'Avvocato generale GULMANN nelle sue *Conclusioni* nella sentenza *Reichert* cit., secondo il quale tale azione deve necessariamente ricadere nella competenza del foro generale non potendo essere ricondotta al foro dell'illecito.

Analogamente, in termini generali, GAUDEMET-TALLON, 115, 137-138; per la stessa conclusione, già in precedenza, v. GOTHOT/HOLLEAUX, 46-47; KAYE, 490; nello stesso ordine di idee v. anche la nostra Cassazione, sez. un., 29 novembre 1989, n. 5224, NGCC, 1990, I, 394, con nota di CAMPEIS/DE FAULI, per la quale il debito restitutorio, dedotto sulla base dell'inefficacia del titolo negoziale, ricade nell'ambito dell'art. 2 non potendo essere qualificato obbligazione contrattuale: al riguardo, v. *oltre*, par. 1.1.4. In senso favorevole alla posizione della Cassazione v. CARBONE, 75-76, 85-86 il quale riconduce peraltro alla materia contrattuale le obbligazioni derivanti da atti unilaterali.

iv) *Il sistema della competenza e la classificazione dei rapporti obbligatori.*

Il rapporto tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3° permane incerto: non si sa se la "materia contrattuale" debba essere definita in termini di "contratto" o di "responsabilità"; è dubbio se vi sia - e con quale contenuto - una terza categoria di controversie genericamente definibili "né contrattuali, né extracontrattuali"; ammessa questa terza categoria, si ignora il motivo per cui la Convenzione avrebbe imposto - e proprio questo è il cuore di tutto il problema - un suo trattamento differenziato, privo di alternative al foro generale (art. 2).

Su quest'ultimo punto è necessaria una precisazione. Secondo l'orientamento costante della Corte di giustizia, le competenze speciali hanno carattere derogatorio del foro generale, con la conseguenza che non se ne può dare un'interpretazione estensiva

Ad avviso della Corte, il principio - sintetizzato nella massima *actor sequitur forum rei* - secondo cui il convenuto trova migliori possibilità di difesa nello Stato di domicilio, non ammette eccezioni se non nei casi tassativi, non suscettibili di interpretazione estensiva, in cui la Convenzione stessa abbia individuato un collegamento particolarmente stretto tra la controversia ed un determinato giudice: così, in termini drastici, anche la sentenza *Handtje*.

A prima vista si direbbe che questo orientamento si saldi perfettamente con la distinzione delle obbligazioni secondo la sistematica delle fonti: se quelle da contratto e da fatto illecito beneficiano dei fori speciali, il diverso "titolo" delle altre potrebbe essere motivo sufficiente perché restino sottoposte unicamente a quello generale (in questo senso, v. GAUDEMET-TALLON, 116, 140). Sarebbe dunque non tanto difficile, quanto scorretto forzare la nozione autonoma di materia contrattuale oltre i limiti imposti dalla comune concezione di contratto. Le stesse interpretazioni "estensive" condotte dalla Corte di giustizia, che tra poco esamineremo, andrebbero lette in termini contenuti se non eccezionali.

Resta tuttavia inspiegabile perché la Convenzione avrebbe dovuto accogliere simile soluzione. E' coerente con il suo sistema quella specie di limbo - tale sarebbe, *faute de mieux*, il ricorso al foro generale - in cui si

vorrebbero confinati certi rapporti obbligatori, quando invece la disciplina materiale della responsabilità derivante dal loro inadempimento è sostanzialmente quella del contratto o dell'illecito, o è quanto meno assimilabile ad una delle due? Quale sarebbe la *ratio* della discriminazione tra la responsabilità per l'inadempimento di una promessa o di un'obbligazione restitutoria, e la responsabilità per l'inadempimento di un contratto? Perché la *culpa in contrahendo* dovrebbe entrare in una categoria a sé, ai fini della competenza, mentre sul piano sostanziale è sistematicamente ascritta o assimilata ad una delle due fattispecie di responsabilità (v. *oltre*)?

A voler essere coerenti fino in fondo, si dovrebbe dire che l'art. 2 non è soltanto il foro generale ma anche il foro (potenzialmente) esclusivo (resta salva la possibilità di proroga espressa o tacita della competenza: artt. 17 e 18) che la Convenzione riserva a certi rapporti obbligatori nonostante essi diano luogo al medesimo tipo di responsabilità inerente ad altri rapporti obbligatori.

Scelte interpretative dall'esito così incoerente legittimano più d'un dubbio (l'incoerenza risulta ancor più grave sotto il profilo delle implicazioni derivanti dallo stesso concetto di interpretazione autonoma: v. *oltre*, par. 1.1.4.).

La prospettata tripartizione delle controversie soddisfa solo un antiquato gusto classificatorio; avremmo un equivalente delle *variae causarum figurae* del Digesto, in cui dovrebbero confluire, senza plausibili ragioni sistematiche, le obbligazioni restitutorie, la gestione d'affari, le promesse unilaterali, i titoli di credito, la *culpa in contrahendo* ecc. E' appena il caso di osservare che simile soluzione non sarebbe affatto in linea con la revisione critica della dottrina delle fonti operata dalla civilistica moderna, revisione che guarda più alla funzione delle obbligazioni che all'origine delle medesime: cfr. di MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 225-240.

D'altra parte, una tripartizione delle controversie, che riservi al foro generale tutte quelle che non sono contrattuali o extracontrattuali, risulta difficilmente giustificabile proprio alla luce dei principi interpretativi enunciati dalla Corte di giustizia. E' stato esattamente osservato da un punto di vista generale (HUET, *Compétence judiciaire*, 67-68), che se il fondamento delle previsioni dell'art. 5 è la prossimità del giudice alla controversia, simile *ratio* non implica affatto un'esigenza di interpretazione restrittiva della disposizione in questione, ma porta anzi a darle applicazione in tutti i casi in cui, in conformità alla stessa *ratio*, è possibile offrire all'attore un'alternativa al foro del domicilio. Si potrebbe anche aggiungere che qui non è neppure il caso di evocare, contro la bipartizione delle controversie relative ad obbligazioni, il criterio dell'interpretazione restrittiva, dal momento che si tratta solo

di predeterminare in via autonoma il contenuto della nozione che delimita la sfera di efficacia della norma.

Nei paragrafi che seguono saranno approfonditi i principi che la Corte di giustizia ha enunciato nell'interpretare la nozione di materia contrattuale. Si cercherà anche di cogliere il complessivo orientamento della Corte per vedere se vi sia già implicita qualche indicazione che permetta di superare l'attuale incertezza sul preciso contenuto di tale nozione.

Come vedremo, la giurisprudenza comunitaria pone alcuni punti fermi, e precisamente:

a) la materia contrattuale non si identifica con l'accezione di contratto propria dell'uno o dell'altro diritto nazionale;

b) il riferimento al contratto, inteso nell'accezione comune, vale ad affermare il principio di relatività degli effetti contrattuali;

c) la materia contrattuale è atta a comprendere obbligazioni che non sono qualificabili come contrattuali alla stregua del diritto applicabile, e viceversa.

Infine, pur con tutte le riserve del caso, trattandosi di una ricostruzione che abbisogna di ulteriori elementi di convalida, dalla giurisprudenza comunitaria sembra altresì lecito dedurre che:

d) la materia contrattuale coincide con una nozione autonoma di responsabilità contrattuale, da intendersi - in antitesi alla responsabilità extracontrattuale - quale responsabilità che trova fondamento in un relazione diretta e verificabile già esistente tra le parti in causa prima dell'insorgere del danno.

Alla stregua di questa nozione l'intero campo dei rapporti obbligatori potrebbe essere ripartito tra gli artt. 5-1° e 5-3° in base ad un criterio unitario e coerente con la sistematica civilistica (v. *oltre*, par. 1.1.3.).

1.1.1. La nozione autonoma di materia contrattuale.

I principi definitori: obbligazioni assimilabili a quelle contrattuali.

Si è detto che la nozione di "materia contrattuale" ha carattere *auto-*

nomo. Occorre ora precisarne il contenuto.

Nella sentenza del 22 marzo 1983, in causa 34/82 *Peters c. Z.N.A.V.*, la Corte di giustizia ha escluso che se ne possa determinare il significato mediante “un semplice rinvio al diritto nazionale di questo o quello Stato interessato” - cioè attraverso una qualificazione *lege fori* o *lege causae* che rende possibili soluzioni divergenti tra gli Stati parte della Convenzione. Per dare “piena efficacia” alla normativa della Convenzione - statuisce la Corte -, il concetto di materia contrattuale deve essere interpretato facendo riferimento “principalmente al sistema e agli scopi della convenzione stessa”.

Va sottolineato che questa pronuncia, come del resto le successive, non reca una definizione astratta di “materia contrattuale”. Per nulla interessata alle elaborazioni sistematiche, la Corte si preoccupa solo di rendere evidenti le opzioni di fondo della Convenzione, innestandole sulla questione sottoposta al suo esame. In coerenza a tale metodo, la sentenza *Peters* qualifica direttamente l’obbligazione controversa affermando che i rapporti associativi ricadono nella materia contrattuale anche se la legge applicabile lo esclude.

Si trattava di stabilire se il debito pecuniario nascente da un rapporto di affiliazione ad una associazione munita di personalità giuridica avesse natura contrattuale agli effetti dell’art. 5-1° - la questione appare dubbia per l’ordinamento olandese (*lex fori* nella fattispecie concreta), dove prevale una concezione istituzionale degli enti giuridici che esclude la natura contrattuale dello statuto e delle delibere dell’ente.

La *ratio decidendi* è ricavata dal confronto tra la funzione del criterio di competenza costituito dal luogo di adempimento dell’obbligazione e le conseguenze derivanti dal rapporto associativo. Poiché la Convenzione sottopone la controversia in materia contrattuale al giudice del luogo di adempimento in ragione della prossimità che egli rivela con le questioni legate all’esecuzione dell’obbligazione, e “in ragione degli stretti legami creati da un contratto tra le parti contraenti”, si giustifica, secondo la Corte, l’applicabilità del *forum solutionis* anche nel caso del rapporto associativo, dal momento che esso “crea tra gli associati stretti vincoli dello stesso tipo di quelli che esistono tra le parti di un contratto” (cors. agg.) e dal momento che i problemi legati all’attuazione del rapporto (“le circostanze relative al sorgere della controversia”) sono gli stessi nei due casi (la Corte aggiunge che non influisce sull’applicabilità dell’art. 5-1° il fatto che l’obbligazione controversa derivi da una decisione degli organi dell’associazione).

L’assimilazione del rapporto associativo a quello contrattuale è dunque il criterio sul quale si fonda la decisione.

Un analogo ordine di idee viene seguito dalla Corte nella sentenza del 10 marzo 1992, in causa C-214/89 *Powell Duffryn c. W. Petereit* dove si afferma che la clausola contenuta nello statuto di una società può costituire un *accordo* attributivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 17.

Ancorché non risolve in termini generali il problema posto dall'art. 5-1° - quali siano le obbligazioni cui la norma fa riferimento -, la decisione, ad intenderla bene, fornisce in proposito un'indicazione della massima importanza.

Per la Corte di giustizia, invero, elemento decisivo per ricondurre il rapporto associativo alla materia contrattuale è il fatto che esso crea tra gli associati un vincolo "analogo" a quello contrattuale tanto sul piano sostanziale quanto agli effetti della competenza: come dire che la "materia contrattuale" non è circoscritta alle sole obbligazioni derivanti da contratto, ma abbraccia anche rapporti assimilabili a quelli contrattuali.

Il principio dell'interpretazione autonoma si precisa così in una regola generale sufficientemente determinata: è possibile includere nella "materia contrattuale" un'obbligazione che la *lex fori* considera non riconducibile alla fattispecie che essa qualifica come contratto, a condizione, però, che l'obbligazione sia assimilabile a quella tipicamente contrattuale.

È ovvio che la nozione di contratto mantiene tutto il suo peso nella delimitazione della materia contrattuale, ma la Corte ha opportunamente evitato di darne una espressa definizione dato che tra i sistemi giuridici degli Stati contraenti vi è discordanza nella configurazione del contratto. Ad esempio, il deposito gratuito, la donazione e il comodato non rientrano nel *contract* del diritto inglese, mentre vi rientrano le promesse unilaterali: cfr. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, nonché, dello Stesso, la voce *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, 148-196 (per un'analisi comparata dei vari costituenti della fattispecie contrattuale v. SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, 3-102, per il quale "non esiste un unico genotipo del contratto, di cui le varie epitanie legislative e positive siano concrete applicazioni e specificazioni. Il contratto è ab ovo un grappolo di concezioni, tutte legittime e tutte passibili di molteplici realizzazioni" (19-20); v. anche MONATERI-SACCO, voce *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, 138).

D'altra parte, ogni tentativo di fissare in via autonoma la nozione di contratto finirebbe per sovrapporre alle fattispecie di diritto interno una nozione tecnicamente approssimativa e bisognosa di continue specificazioni ad opera della stessa Corte di giustizia. Lo stesso concetto di "*lien contractuel*" che prima abbiamo incontrato (v. la sentenza *Handie*,

sopra, par. 1.1.), e reso esplicito dalla Corte come “*engagement librement assumé d'une partie envers une autre*” (la definizione fa eco alla *convention* di cui agli artt. 1101 e 1108 del *code civil*, il quale ultimo mette in primo piano “*le consentement de la partie qui s'oblige*” : sul rapporto tra lettera della legge e asserita bilateralità del *contrat*, v. SACCO/DE NOVA, 42-48), è una semplice allusione all'idea di contratto. Come meglio si vedrà (par. 1.1.3.), l'introduzione di quel concetto serve ad affermare il principio di relatività degli effetti del contratto nell'ambito della nozione di materia contrattuale.

Per qualche esempio del tipo di problemi che dovrebbe fronteggiare una espressa definizione autonoma di contratto, ove fondata sul generico concetto di “accordo”, come propone KAYE, 490 (e su posizioni non dissimili v. anche O'MALLEY/LAYTON, 390-391), si pensi ai c.d. rapporti contrattuali di fatto e al contratto imposto; o alla controversa figura del “contratto con obbligazioni del solo proponente”, ricostruita dalla nostra dottrina vuoi come contratto vuoi come negozio unilaterale (per l'art. 1333 c.c. “La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso”: eppure nel nostro sistema il contratto è “accordo”, stando all' art. 1321 c.c.): vero è che “il genere ‘accordo’ comprende ipotesi prive di caratteri uniformi”, potendo anche non risultare da due dichiarazioni: SACCO/DE NOVA, 24, e 37-81 per la contestazione anche su base comparatistica del dogma della bilateralità del contratto come negozio (per un'analisi critica della *vulgata* ufficiale che pone la regola del *consensus* a fondamento delle obbligazioni contrattuali, v. altresì, di MAJO, *Obbligazioni*, cit., 176-199; una ricostruzione del rapporto promessa-contratto in termini di dissociazione ovvero commistione, secondo che prevalgano i contrapposti schemi del principio del consenso, valido per l'area di *civil law*, e del principio dell'affidamento valido per l'area di *common law*, è effettuata da MOCCIA, *Promessa e contratto (Spunti storico comparativi)*, RDCiv., 1994, 819).

Si noti che nella determinazione del concetto di “materia contrattuale” nessun aiuto sembra recare la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la quale è applicabile, a' termini dell'art. 1, alle “obbligazioni contrattuali, nelle situazioni comportanti un conflitto di leggi”.

Poiché la Convenzione non indica il criterio per determinare il carattere “contrattuale” dell'obbligazione, il rischio che se ne diano qualificazioni divergenti negli Stati che ne sono parte può essere evitato solo con un'interpretazione autonoma, non diversamente da quanto avviene per la Convenzione di Bruxelles (ciò che sarà possibile solo con l'entrata in vigore dei due protocolli concernenti l'interpretazione della Convenzione, a titolo pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia: in proposito, v. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, 25-28) L'allineamento, se non l'unificazione, dei concetti di “materia contrattuale” ed “obbligazione contrattuale”, di cui alle due Convenzioni, è generalmente visto con molto favore dalla dottrina (cfr., tra gli altri, LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991, 292-293; BALLARINO/BONOMI,

Materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma, in La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione. Lectio notariorum, (a cura di BALLARINO), Milano, 1994, 89-90; DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, (Estratto dal Digesto IV ed., UTET), Torino, 1997, 93-95. Questa operazione, che difficilmente potrebbe avvenire rimettendo in discussione l'*acquis* interpretativo della Convenzione di Bruxelles, pare scontrarsi con la diversità di ambiti ed esigenze cui tali concetti corrispondono. Basti considerare l'esclusione delle obbligazioni cartolari dall'ambito della Convenzione di Roma (art. 1, par. 2, lett. c), laddove la loro inclusione nella nozione di "materia contrattuale" parrebbe ammissibile non solo per la prevalente qualificazione contrattuale che esse ricevono negli Stati parte della Convenzione di Bruxelles (cfr. BALLARINO/BONOMI, 91; v. *oltre*, par. 1.1.3.), ma anche per le stesse esigenze sistematiche proprie della determinazione della competenza in materia contrattuale. Naturalmente, ciò non esclude che l'interpretazione delle nozioni in parola vengano in gran parte a coincidere, ma il problema è rappresentato appunto dalle zone di confine, dagli istituti che fuoriescono dall'ambito della nozione accolta dalla Convenzione di Roma e che potrebbero invece rientrare in quello della materia cui si applica l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles.

A ben vedere, infine, non vi è un'effettiva necessità di disporre di una definizione autonoma di contratto *ai fini della determinazione della competenza*. Se il pregio delle definizioni autonome è nella loro grande generalità e adattabilità alle diverse circostanze, allora l'*idea comune di contratto è già una definizione autonoma*. Per questo motivo si può lasciare che il contratto resti un semplice punto di riferimento, una componente indefinita della nozione di "materia contrattuale" la quale appare meglio determinabile attraverso il concetto di *obbligazione* - il secondo elemento della categoria che individua l'ambito d'applicazione dell'art. 5-1°, e in funzione del quale, appunto, viene dettato il criterio di competenza ("luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita").

1.1.2. (Segue). Obbligazioni fondate sul contratto.

La qualificazione della categoria prevista dall'art. 5-1° è stata affrontata dalla Corte di giustizia sotto un ulteriore profilo: quali obbligazioni siano definibili "contrattuali" rispetto alle parti di un contratto.

Al riguardo la giurisprudenza della Corte indica che deve ritenersi contrattuale, agli effetti dell'art. 5-1°, l'obbligazione che trova "fondamento nel contratto" o "nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale" (sentenza dell'8 marzo 1988, in causa 9/87 *Arcado c. Haviland*).

La fattispecie da valutare era costituita da due domande proposte da un agente com-

merciale autonomo, l'una per il pagamento di commissioni, l'altra per il pagamento di un'indennità dovuta per disdetta arbitraria del contratto. Quanto alla prima la Corte rileva che "non vi è alcun dubbio che la domanda di pagamento di provvigioni dovute in forza di un contratto di agenzia commerciale autonoma *abbia per fondamento stesso questo contratto, e rientri perciò nella materia contrattuale ai sensi dell'art. 5 n.1 della Convenzione*" (cors. agg.); quanto alla seconda domanda, che il convenuto sosteneva riconducibile non all'art. 5-1°, ma all'art. 5-3° perché fondata su un quasi-delitto, la Corte osserva che "la medesima soluzione va accolta per quanto riguarda una domanda avente ad oggetto il versamento di un'indennità per la disdetta arbitraria di detto contratto, dal momento che *tale indennità trova il suo fondamento nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale*" (cors. agg.). E a sostegno di quest'ultima affermazione vengono da essa portati due argomenti: in primo luogo la direttiva CEE 85/653 del 18 dicembre 1986 concernente gli agenti commerciali indipendenti, la quale ha sancito la natura contrattuale del diritto al preavviso e di conseguenza quella del diritto all'indennità per il mancato preavviso (in realtà la Corte si riferisce all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 17 della direttiva); in secondo luogo, l'art. 10 della Convenzione di Roma del 1980 il quale ricomprende nella *lex contractus* le conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni con esso create, "e di conseguenza la responsabilità contrattuale della parte cui è imputabile l'inadempimento stesso".

La qualificazione contrattuale delle obbligazioni "fondate sul contratto" (o nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale) sarebbe una sconcertante ovvietà se non presupponesse l'autonomia della nozione di materia contrattuale, ciò che equivale al divieto - ribadito dalla Corte nella stessa pronuncia - di interpretare la nozione di materia contrattuale "come un semplice rinvio al diritto nazionale di questo o quello Stato interessato". Solo se si tiene presente quanto messo in evidenza nel paragrafo precedente, vale a dire che *l'art. 5-1° può risultare applicabile anche se l'obbligazione controversa non ha natura contrattuale secondo la legge che la regola*, si può intendere il reale significato del principio secondo cui le obbligazioni fondate sul contratto hanno natura contrattuale ai fini della competenza.

"Fondamento contrattuale" dell'obbligazione dedotta in giudizio è dunque concetto autonomo. Il contratto è il punto di riferimento di molteplici situazioni soggettive, situazioni che vanno valutate empiricamente, cioè astraendo dalla legge regolatrice, nel loro rapporto funzionale con il contratto stesso.

La pregnanza del principio enunciato dalla Corte si può cogliere ove si consideri che esso preclude, nel caso di specie, ogni contestazione sulla

natura della responsabilità per ingiustificata risoluzione del contratto: quand'anche la legge applicabile la configurasse in termini extracontrattuali, il ricorso all'art. 5-1° sarebbe senz'altro consentito perché la responsabilità è finalizzata a soddisfare esigenze sorte dall'estinzione del rapporto contrattuale.

E' questo, ci sembra, il motivo per cui la sentenza *Arcado* evita ogni riferimento alla legge applicabile, e solo prende in considerazione testi normativi "comunitari" a conforto della conclusione che l'obbligazione di indennizzo deve ritenersi "fondata sul contratto" (si noti che la pretesa di qualificare come responsabilità da illecito l'ingiustificata risoluzione del contratto sembra effettivamente trovare fondamento nel diritto francese: cfr. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, t. IV, Paris, 1982, 228-223: "la responsabilité encourue à l'occasion d'une résiliation ou d'une résolution injustifiée est de façon générale, considérée comme délictuelle"; si ammette, tuttavia, che quando è in questione un interesse professionale del danneggiato, "cette responsabilité, théoriquement délictuelle, obéit ... à un statut spécial"; per la natura risarcitoria dell'indennità di fine rapporto prevista dal cit. art. 17 della direttiva CEE, la quale comunque non esclude il risarcimento del danno, v. il commento al medesimo art. di BALDI, in ALPA/ZATTI, *Commentario breve al codice civile, Leggi complementari*, 2^a ed., Padova, 1995, 158-159).

L'esclusivo riferimento ai testi "comunitari" è anche una decisa risposta negativa alle serie argomentazioni svolte dal Regno Unito nella causa *Arcado* a favore della qualificazione della "materia contrattuale" secondo il diritto nazionale applicabile. Per il governo britannico, l'interpretazione autonoma ha il difetto di condurre ad applicazioni del *forum solutionis* a rapporti che possono non essere contrattuali secondo il diritto ad essi applicabile, e viceversa. Simile evenienza, poi, sarebbe in contraddizione col fatto che la determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione deve invece effettuarsi sulla base della legge regolatrice del rapporto; l'applicazione di questo criterio, secondo il governo britannico, diverrebbe priva di giustificazione se la legge competente venisse ad escludere l'esistenza di un contratto tra le parti. E' chiaro che secondo la Corte di giustizia prevale invece l'esigenza di uniformità di applicazione delle norme di competenza, esigenza che può essere soddisfatta solo attraverso una qualificazione autonoma della materia contrattuale.

Occorre dunque ribadire che il concetto di materia contrattuale - come precisato nella sentenza *Arcado* - prescinde dalle qualificazioni di diritto interno, consentendo di ricondurre all'ambito d'applicazione dell'art. 5-1° tutte le obbligazioni che si presentano *funzionalmente* collegate al rapporto contrattuale, ancorché considerate dalla sua legge regolatrice estranee all'ambito degli interessi contrattuali, quali identificati dalla natura della pre-

stazione, dalla volontà delle parti o dalla legge stessa.

i) L'attribuzione di natura contrattuale agli obblighi che hanno "fondamento" nel contratto, nel significato autonomo che tale concetto assume, rivela la sua importanza in riferimento a quelle concezioni che guardano al rapporto obbligatorio in una prospettiva non più incentrata soltanto sul comportamento che costituisce il contenuto della prestazione (e sull'obbligo risarcitorio che consegue all'inadempimento).

Intendiamo riferirci ai c.d. *obblighi di protezione* (*Schutzpflichten*, *obligations de sécurité*), ossia a quella vasta (e aperta) categoria di obblighi, gravanti su entrambe le parti del rapporto, tesi a preservare la persona e i beni delle stesse parti (nonché di determinati terzi) da lesioni suscettibili di prodursi nella fase di attuazione del rapporto stesso. Caratteristica comune di tali obblighi è tanto la loro autonomia dall'obbligo di prestazione (sicché persistono anche se il contratto è invalido o non è stato concluso), quanto, in caso di violazione, la loro azionabilità - mediante risoluzione del contratto, eccezione d'inadempimento, rimedi cautelari - indipendentemente sia dalle vicende relative alla prestazione principale, sia dalla ricorrenza di un danno attuale.

Gli obblighi di protezione - categoria sostanzialmente riconosciuta anche dalla nostra giurisprudenza (cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 79-110), che ammette altresì contratti con effetti protettivi a favore del terzo (v. Cass., III civ., 22 novembre 1993, n. 11503, GI, 1994, I, 1, 550 e *ivi*, 1995, I, 1, 318, la nota di PINORI) - sono il prodotto di una configurazione del rapporto obbligatorio "come struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*) la cui funzione complessiva è di "pilotare" il rapporto verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare" (CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, EG, vol. XXI, Roma, 1990, par. 1.1.; v. altresì, dello Stesso, *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria*, FI, 1994, V, 279, nonché, *La nuova responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1997, 181, 186, 188; *adde*, di MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 121-127, e, sinteticamente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996, 752-753).

La categoria degli obblighi di protezione ha avuto un considerevole sviluppo nel sistema francese: cfr. VINEY, *Les obligations*, cit. 597-620. Nel nostro ordinamento il fondamento dogmatico degli obblighi di protezione è costituito dall'art. 1175 c.c. ("Il debitore

e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”: principio ritenuto norma integratrice della struttura normativa del rapporto obbligatorio in funzione di un ampliamento dell’area degli interessi da esso tutelati: v. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509), di cui è specificazione l’obbligo di buona fede nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e nell’individuazione del contenuto della pattuizione (art. 1366 c.c.).

All’interno di tale categoria si distinguono poi obblighi vari, di informazione, di custodia, di sicurezza, di salvataggio, di segreto, di cooperazione, di conservazione, di volta in volta emergenti in collegamento con il contenuto del rapporto (l’ambito d’applicazione più frequente riguarda i contratti di deposito, albergo, locazione, cura, trasporto, lavoro subordinato, assicurazione, e in genere i contratti che comportano un’esigenza di protezione della persona o dei beni dei contraenti o per la cui esecuzione è richiesta una corretta informazione: cfr. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, IV, Torino, 1991, 221; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit.).

Parrebbe evidente che gli obblighi di protezione, in quanto funzionalmente connessi *ex lege* ad un regolamento contrattuale, siano da ricondurre senza esitazione nell’ambito della “materia contrattuale” contemplata dall’art. 5-1°. La conclusione, però, appare meno scontata quando si consideri che nell’ordinamento tedesco, ad esempio, si tende a far rifluire la problematica degli obblighi di protezione nell’ambito dei c.d. obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*) pertinenti all’area dell’illecito aquiliano (v. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., par. 10; ma v. in senso diverso, CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 511, 793, che propende per un *tertium genus* tra responsabilità aquiliana e contrattuale, ritenendo tuttavia che in sede internazionalprivatistica debba darsi la precedenza alla qualificazione delittuale).

Simili divergenze di qualificazione possono essere superate, ai fini della competenza, attraverso la nozione autonoma di “obbligazione che trova fondamento nel contratto”, la quale permette di ricondurre gli obblighi di protezione all’art. 5-1°, quali che siano i termini (contrattuali o extracontrattuali) in cui le relative fattispecie si configurano nei singoli ordinamenti.

Attraverso la categoria degli obblighi di protezione è possibile recuperare all’ambito contrattuale azioni inerenti ad una fattispecie come quella configurata dall’art. 1494, 2° comma, c.c. (“Il venditore deve altresì risarcire i danni derivanti dai vizi della cosa”), quando anche si trattasse della lesione di diritti assoluti del compratore non connessi con il vinco-

lo negoziale (l'ipotesi della norma codicistica viene ricondotta alla responsabilità extracontrattuale da VISINTINI, *Trattato*, cit., 226-227; per l'ammissibilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Cass. 13 marzo 1980, n. 1696, GI, 1980, I, I, 1460 e GC, 1980, I, 1914 con nota di ALPA; diversamente, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 471-480, il quale configura la fattispecie come obbligo di protezione, con relativo termine decennale di prescrizione; dello Stesso, v. anche, *La nuova responsabilità civile*, cit., 94, 138, in nota, per rilievi contrari all'ammissibilità del concorso di responsabilità).

E' opportuno rilevare, stando alle comuni concezioni in tema di concorso di responsabilità (le ricapitola SARAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991, 269-280), che in una situazione corrispondente alla fattispecie dell'art. 1494, 2° comma, c.c. si pone in sede conflittuale il problema della legge competente a regolare l'ammissibilità e le conseguenze di un eventuale concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nonché quello (eventuale) della prevalenza della qualificazione come "danno da prodotto" della domanda di risarcimento, con la conseguente applicabilità della norma di conflitto posta dall'art. 63 l. 218/95 in luogo di quella generale sull'illecito aquiliano dettata dall'art. 62.

Nella soluzione di questi problemi non si può prescindere, a parer nostro, dall'art. 13 della direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 sulla responsabilità del produttore (v. il corrispondente (e alquanto riduttivo) art. 15 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 244, attuativo della medesima nel nostro ordinamento: cfr. SARAVALLE, 280-283), nel quale si afferma che la nuova disciplina "lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva" (per il permanere dei diritti *ex contractu*, quindi per la facoltà del compratore di rivolgersi al venditore, a sua volta legittimato a rivalersi nei confronti del suo fornitore, v. Cass., 30 agosto 1991, n. 9277, FI, 1992, I, 82; cfr. anche PONZANELLI, *Dal biscotto alla "mountain bike": la responsabilità da prodotto difettoso in Italia*, nota a Trib. Monza, 20 luglio 1993, FI, I, 1994, 258).

Se per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 63 non sorgono eccessivi problemi - trattandosi di dare la prevalenza, anche alla luce dei concetti e definizioni posti dalla richiamata direttiva, alla normativa più specifica (cfr. DAVI, *La responsabilità extracontrattuale*, cit, 52-53) -, circa l'ammissibilità del concorso ci sembra che il principio posto dall'art. 13 della direttiva possieda un'immediata rilevanza internazionale/privatistica, tale da far escludere l'applicabilità delle soluzioni che si ritengano valide, sul piano generale, in tema di concorso di azioni (per queste ultime, v. ancora DAVI, 78-81). Sembra, in altri termini, che ove la fattispecie del danno, o meglio la lesione del bene tutelato, si situi in un contesto contrattuale, sia in ogni caso concessa al danneggiato la possibilità di invocare l'una o l'altra delle forme di responsabilità (per i problemi che il concorso di responsabilità pone sotto il profilo della competenza, v. *oltre*, par. 1.1.4.).

Alla luce di quanto precede, sembra doversi ricondurre all'art. 5-1° anche il modello di obbligazione risarcitoria che é alla base della proposta di direttiva sulla responsabilità del

prestatore di servizi, secondo il quale (art. 1) "Il prestatore di servizi è responsabile del danno cagionato per sua colpa nell'ambito della prestazione del servizio, alla salute e all'integrità fisica delle persone o all'integrità fisica dei beni mobili o immobili, compresi quelli oggetto della prestazione"(la proposta è stata presentata dalla Commissione il 9 novembre 1990, G.U.C.E. C 12 del 18 gennaio 1991, 9; recentemente la Commissione l'ha ritirata manifestando il proposito di riesaminarla in un contesto più ampio (v. il doc. Com. (94) 260 def. del 23.6.1994). Sulla proposta, per la definizione di "servizio", v. GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994, 302-310).

Anche se la natura di una siffatta responsabilità appare di ardua decifrazione (per il suo carattere contrattuale, v. CASTRONOVO, *La responsabilità del prestatore di servizi*, cit., in rigorosa critica alla qualificazione extracontrattuale proposta da parte delle dottrine tedesca fedele al modello delle *Verkehrspflichten*), il richiamo all' "ambito della prestazione" nel quale insorge la responsabilità del prestatore di servizi, evocativo del contratto tra questi e il destinatario del servizio, non può non deporre per il "fondamento contrattuale" di tale responsabilità agli effetti dell'art. 5-1°. E si noti che venendo detta responsabilità a configurarsi nei confronti di chiunque sia danneggiato in conseguenza del servizio, (in tal senso, e per la natura contrattuale della responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati, CASTRONOVO, 277-278, secondo il quale il modello di responsabilità accolto dalla direttiva si traduce in un obbligo di protezione in favore sia del creditore della prestazione sia di terzi), anche chi è terzo rispetto al contratto dovrebbe poter invocare l'art. 5-1°.

1.1.3. (Segue). Configurabilità di una nozione autonoma di responsabilità contrattuale.

Col riconoscimento di rapporti obbligatori "assimilabili" al contratto o "fondati" su di esso, la giurisprudenza comunitaria ci prospetta, come si è appena visto, un'ampliamento della nozione autonoma di materia contrattuale oltre la comune idea di contratto, sancendo al tempo stesso l'irrelevanza della qualificazione della natura della controversia secondo la legge applicabile al rapporto (o secondo la *lex fori*).

Queste prime indicazioni trovano conferma e ulteriore sviluppo, da un punto di vista generale, nella sentenza *Handte* già menzionata nei par. 1.1. e 1.1.1., consentendo - è nostra opinione - di definire in termini appropriati il rapporto tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°. Il discorso torna dunque al punto iniziale, quando si rilevò che queste due disposizioni possono riferirsi, in teoria, sia all'intero campo delle obbligazioni, sia alle sole obbligazioni specificamente derivanti da contratto e da illecito. La sentenza *Handte*

sembra essere di sostegno alla prima soluzione.

a) la sentenza *Handte*.

La sentenza *Handte* afferma che la nozione di materia contrattuale “non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra”, e pertanto esclude l'applicabilità dell'art. 5-1° “alla controversia tra il subacquirente di una cosa e il produttore, che non ne sia il venditore, vertente sui vizi della cosa o sulla inidoneità all'uso cui è destinata”.

La Corte di giustizia doveva stabilire se l'azione dell'acquirente finale di una serie successiva di vendite (c.d. vendite a catena) - azione proposta nei confronti del primo venditore (produttore) e diretta al risarcimento del danno per inidoneità della cosa all'uso cui è destinata -, abbia o meno natura contrattuale ai fini dell'applicazione dell'art. 5-1°. Secondo l'ordinamento francese, nel cui ambito tale questione si è concretamente posta, il subacquirente dispone contro il produttore di una *action directe* che ha natura contrattuale (analogamente per il diritto belga e lussemburghese). Negli ordinamenti degli altri paesi aderenti alla Convenzione, la tutela del subacquirente per il danno puramente economico derivante da vizi della cosa - da non confondere con il c.d. danno da prodotto difettoso (v. *oltre*) - resta invece collocata all'interno del rapporto contrattuale con la diretta controparte, a meno che non venga ammessa una responsabilità extracontrattuale a carico del primo venditore: in questo senso è l'orientamento della nostra giurisprudenza la quale, mentre esclude la risarcibilità del danno *ex contractu*, per carenza di ogni rapporto tra acquirente finale e primo alienante, chiama quest'ultimo a rispondere *ex delicto* delle perdite patrimoniali subite dall'ultimo anello della catena negoziale (cfr. Cass. 28 luglio 1986, n. 4833, NGCC, 1987, I, 241 con nota di MORETTI; App. Roma, 19 dicembre 1989, GC, 1990, I, 450).

La soluzione negativa circa l'applicabilità dell'art. 5-1° viene fondata dalla Corte sulla finalità principale della Convenzione di garantire, a chi è stabilito nella Comunità, la massima sicurezza della protezione giuridica: finalità, questa, che impone certezza e prevedibilità dei criteri di competenza. Di qui due ordini di argomenti che inducono ad escludere l'applicazione dell'art. 5-1° all'azione del subacquirente contro il produttore. Il primo consiste nella necessità di interpretare “non estensivamente” le competenze speciali per non menomare la centralità e la preminenza della tutela assicu-

rata dal foro generale: pertanto, la nozione di materia contrattuale non può essere intesa in modo da estendere le competenze derogatrici di tale foro oltre le ipotesi in esse previste, e non può quindi riguardare “*une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre*” (così il testo ufficiale della sentenza). Il secondo, e più rilevante, argomento è la non prevedibilità del foro competente da parte del convenuto ove si applicasse l'art. 5-1° al caso di specie, con conseguente perdita del livello di protezione giuridica voluto dalla Convenzione.

L'impianto argomentativo della pronuncia richiede una precisazione circa il valore del richiamo all'esigenza di interpretazione *non estensiva* delle competenze speciali. Senza ripetere considerazioni già fatte (v. *sopra*, par. 1.1.), ci basterà osservare che la stessa Corte di giustizia non ha considerato tale esigenza come un ostacolo all'espansione della materia contrattuale per includervi rapporti che il diritto interno - sia esso la *lex fori* o *lex causae* - non considera contrattuali (v. *sopra*). Inoltre, tale criterio interpretativo, benché valga ad escludere l'applicabilità dell'art. 5-1° alla fattispecie considerata, non potrebbe incidere sul rapporto tra quest'ultimo e l'art. 5-3° considerati unitariamente.

Ciò premesso, va rilevato subito che la sentenza *Handte* non affronta direttamente la questione che meritava senz'altro di essere chiarita: quale sia la norma applicabile al caso di specie.

In merito a tale questione l'Avvocato generale JACOBS era andato ben oltre la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 5-1°, ed aveva sollecitato la Corte a dichiarare che l'*action directe* del diritto francese deve ricondursi alla “materia delittuale”. Questa conclusione, secondo l'Avvocato generale, poteva essere ricavata dal carattere residuale dell'art. 5-3° affermato nella sentenza *Kalfelis*: carattere - si è già rilevato (v. *sopra*, par. 1.1.) - che porta a suddividere i rapporti obbligatori in due categorie e ad ascrivere all'ambito delittuale tutto ciò che esula dalla “materia contrattuale”.

Il silenzio che la Corte osserva in proposito ha suscitato perplessità, inducendo parte della dottrina a chiedersi perché essa non abbia aderito alla tesi dell'applicabilità dell'art. 5-3° pur dichiarando inapplicabile l'art. 5-1°. Si è sostenuto (GAUDEMET-TALLON, 114-115 e RCDIP, 1992, 737; v. anche LECLERC, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, JDI, 1995, 283-286; v. anche subito *oltre*) - che l'atteggiamento della Corte ha inteso sancire un'inter-

pretazione restrittiva delle deroghe al foro generale, dimostrando di respingere la tesi dell'Avvocato generale ed indicando implicitamente che alla fattispecie si applica solo l'art. 2 della Convenzione. Se ne dovrebbe quindi inferire che la bipartizione delle controversie in contrattuali ed extracontrattuali, sancita dalla sentenza *Kalfelis*, deve ormai considerarsi superata dall'aggiunta, accanto alle prime due, di una terza categoria di controversie di genere indefinito (cfr. altresì, peraltro dubitativamente, KERAMEUS, *Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontrattuale nella Convenzione di Bruxelles*, RDP, 1995, 1172-1173).

Se una risposta esauriente alla questione interpretativa che solleva l'*action directe* del diritto francese avrebbe potuto chiarire definitivamente il rapporto tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, tuttavia non sembra che il silenzio della Corte possa avere quel significato che gli si vuole attribuire. A parte il fatto che il quesito interpretativo era limitato all'applicabilità dell'art. 5-1°, la prospettata tripartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori contrasta, come si vedrà nel paragrafo seguente, con il principio della qualificazione autonoma della materia contrattuale, principio categoricamente ribadito dalla stessa sentenza *Handte*. Malgrado le apparenze contrarie, la pronuncia sembra procedere nel senso di una espansione della materia contrattuale oltre i limiti della nozione comune di contratto, confermando il carattere residuale della materia dell'illecito e la conseguente suddivisione di tutto il campo delle obbligazioni tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°. Per cogliere tali aspetti è però necessario prestare attenzione al modo in cui la Corte qualifica il rapporto controverso: v. il paragrafo seguente.

aa) l'azione revocatoria (pauliana): la sentenza Reichert II.

Alla conclusione che i rapporti obbligatori debbano essere suddivisi in tre categorie (contrattuali, extracontrattuali e di genere indefinito) giunge anche ANCEL, RCDIP, 1992, 725, in commento alla sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 1992, in causa C-261/90 *Reichert c. Dresdner Bank* (della stessa vicenda tra i coniugi *Reichert*, cittadini tedeschi, e la *Dresdner Bank*, la Corte si era già occupata nella sentenza del 10 gennaio 1990, in causa 115/88, escludendo che l'azione revocatoria (*actio pauliana*) proposta dalla banca tedesca, e tendente alla dichiarazione di inopponibilità dell'atto con il quale i coniugi donavano al proprio figlio la nuda proprietà di un immobile sito in Francia, potesse ricadere nell'ambito dell'art. 16-1°. Con la seconda sentenza *Reichert*, la Corte dichiara inapplicabile all'azione

pauliana anche gli artt. 16-5° e 24, oltre all'art. 5-3°).

Secondo ANCEL, il fatto che questa sentenza escluda che l'azione revocatoria possa ricadere nella competenza prevista dall'art. 5-3°, porta ad includerla in una categoria "innominata" di controversie, sottoposta al solo art. 2 e al cui delinarsi contribuirebbe per l'appunto la stessa sentenza *Reichert*.

Per quanto abilmente sostenuta, questa conclusione lascia perplessi. Intanto, è davvero singolare che proprio la sentenza *Reichert*, che dovrebbe implicitamente consacrare questa terza categoria "innominata" di controversie, insista invece nel richiamo alla sentenza *Kalfelis*, ribadendo che la materia contrattuale comprende ogni azione che metta in causa la responsabilità del convenuto e che non si ricollegli alla materia contrattuale nel senso fatto proprio dall'art. 5-1°. In buona logica, posto che la Corte ha trovato delle ragioni per escludere l'applicabilità dell'art. 5-3° all'azione pauliana, (ragioni che ora non interessano), richiamando tuttavia anche il carattere complementare e residuale di tale norma rispetto all'art. 5-1°, si dovrebbe concludere, ci pare, che l'azione pauliana ricade proprio nella competenza stabilita dall'art. 5-1°. Che bisogno aveva la Corte di insistere sulla connessione fra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, quando, a supporre che volesse delinare un *tertium genus* di controversie sottoposte solo all'art. 2, sarebbe stato più opportuno evitare l'insistenza su quella connessione e correggere il tiro?

In realtà, la premessa che sorregge la conclusione dell'Autore è che l'art. 5-1° sia per definizione inapplicabile all'azione pauliana, in quanto la norma riguarda unicamente le controversie relative ad obbligazioni sorte tra le stesse parti che sono in causa. Essendo l'azione pauliana rivolta contro chi è terzo rispetto al rapporto che essa garantisce, l'art. 5-1° sarebbe fuori gioco.

Il ragionamento non ci convince per due ragioni. Primo, la premessa suona più come petizione di principio che come asserzione dimostrabile. Né la norma né la Corte di giustizia dicono che il foro dell'esecuzione è riservato alle parti legate dall'obbligazione controversa. La sentenza *Handtke* dice che le parti in causa non possono avvalersi dell'art. 5-1° perché tra di esse manca il "rapporto contrattuale", ma non dice che solo le parti del contratto possono avvalersi di tale foro. Si pensi ad una azione di nullità o di simulazione: che sia una parte del contratto o un terzo ad esercitare l'azione, il rapporto in contestazione è sempre il medesimo: perché la competenza dovrebbe variare in funzione del soggetto che propone la domanda?

La seconda ragione di dissenso è che il rapporto al quale occorre fare riferimento per determinare la competenza nel caso dell'*actio pauliana* non è, ci sembra, quello che essa garantisce ma l'altro, quello soggetto a revoca (l'alienazione, la donazione, l'assunzione del debito, ecc. che recano pregiudizio alle ragioni del creditore). E' questo il rapporto che viene in considerazione al fine di far dichiarare l'inefficacia relativa dell'atto dispositivo nei confronti del creditore; di conseguenza, non si vede perché la competenza non debba essere stabilita in riferimento a tale rapporto in base al criterio del luogo in cui l'obbligazione di consegna del bene (o di pagamento, se si tratta di assunzione di debito) è stata o deve essere eseguita. Ai fini della competenza, la fattispecie dell'azione revocatoria non è diversa dall'ipotesi di simulazione fatta valere dal terzo pregiudicato nei propri diritti.

1.1.3.1. (Segue). Nozione autonoma di responsabilità contrattuale e carattere residuale dell'illecito.

Il reale significato della pronuncia *Handte* sembra racchiuso in un passo della motivazione che non si può comprendere adeguatamente se non si tiene ben presente che "materia contrattuale" è nozione autonoma, la quale - come viene ribadito dalla Corte a premessa di tutta la motivazione - "non può pertanto essere interpretata come un semplice rinvio alla qualificazione fornita dal diritto nazionale al rapporto giuridico dedotto dinanzi al giudice nazionale" (nel testo ufficiale francese: "cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale": cors. agg.)

Le affermazioni che ci interessano fanno da conclusione agli argomenti che impongono di evitare l'interpretazione estensiva delle competenze speciali: "Ne consegue - dice la Corte - che la nozione di materia contrattuale... non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra. Orbene, nel caso dell'azione del subacquirente di una merce acquistata presso un venditore intermediario intentata avverso il produttore al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla non conformità della cosa, occorre rilevare che non esiste alcun vincolo contrattuale tra il subacquirente e il produttore, in quanto quest'ultimo non ha mai assunto alcun obbligo di natura contrattuale nei confronti del subacquirente stesso" (cors. agg.).

Il senso di queste affermazioni sta tutto nella premessa che le sorregge. Si consideri la conclusione circa l'inesistenza di un obbligo contrattuale del produttore nei confronti del subacquirente: presa in sé, l'affermazione è falsa perché nel diritto francese è precisamente un obbligo di natura contrattuale quello che il subacquirente fa valere nei confronti del produttore mediante l'*action directe en garantie des vices cachés*, ancorché sia del tutto pacifico che i due soggetti non hanno stipulato un contratto. In altre parole, per la legge francese esiste tra i due soggetti un rapporto obbligatorio che genera responsabilità contrattuale pur in assenza di contratto (cfr. VINEY, op.cit., 223-224, 252, 837; il fondamento teorico-sistematico di questa costruzione giurisprudenziale - trasmissione della garanzia in quanto "accessorio" del bene venduto,

cessione implicita, stipulazione a favore di terzo -, come anche la complessità del quadro normativo che attualmente presenta il diritto francese, per il quale v. in sintesi GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1992, 732, possono essere trascurati dal momento che la premessa accolta dal giudice di rinvio della causa *Handte* è la natura tipicamente contrattuale dell'azione *de qua*).

Vero è, invece, che la qualificazione operata dalla Corte non ha alcun rapporto col diritto francese. Dato il carattere autonomo della nozione di materia contrattuale, nella qualificazione della controversia ai fini della competenza non si deve affatto tener conto della valutazione espressa dal diritto sostanziale, sia esso la *lex causae* o la *lex fori*. Perciò la Corte può affermare che per la Convenzione non esiste obbligo contrattuale, laddove il giudice francese giungerebbe alla conclusione opposta qualificando la controversia secondo il diritto applicabile.

Viene spontaneo chiedersi, allora, perché la Corte abbia voluto definire preventivamente - e in termini autonomi - il tipo di obbligo pertinente alla "materia contrattuale", quando poteva limitarsi, invece, proprio a constatare che tra produttore e subacquirente non esiste *in fatto* un contratto: sarebbe stato il modo più semplice per escludere l'applicabilità dell'art. 5-1°. In altri termini, essa avrebbe potuto dire semplicemente che vi è la materia contrattuale se vi è un contratto tra le parti in causa. La verità è che simile giudizio non può essere formulato unicamente in fatto, perché l'esistenza del contratto presuppone preventivamente individuato un determinato contesto normativo nel quale situare l'attività dei soggetti giuridici. Con un'affermazione di quel genere essa avrebbe inevitabilmente identificato la materia contrattuale - che è, ripetiamo, una nozione autonoma - con il rapporto contrattuale che si costituisce in base ad una certa legge, dando quindi prevalenza alla qualificazione di diritto interno. Avrebbe così ammesso che il rapporto contrattuale sussiste, e sussiste quindi la "materia contrattuale", quando così stabilisce il diritto interno. Non era questo, evidentemente, il risultato voluto. E si può aggiungere, perciò, che la Corte non intendeva nemmeno restringere il campo d'applicazione della norma di competenza ad un determinato tipo di fonte di obbligazioni.

i) Sembra chiaro, dunque, che cosa voglia dire la Corte affermando

che non vi è obbligo contrattuale tra le parti in causa: per negare rilevanza alla qualificazione contrattuale della responsabilità del produttore, e restare nello stesso tempo fedele al metodo dell'interpretazione autonoma, la Corte identifica l'«obbligo contrattuale» - ai sensi dell'art. 5-1° - con quella che deriva da un rapporto direttamente instaurato tra le parti *come nel caso della stipulazione contrattuale*. In altre parole, «obbligo contrattuale», «vincolo contrattuale», «*engagement librement assumé*», sono puri modelli concettuali utilizzabili solo ai fini della determinazione dell'ambito materiale della competenza: formule definitorie - pur sempre dotate di valore normativo - strumentalmente dettate dalla Corte per l'applicazione della Convenzione, le quali prescindono del tutto dalla natura e dalla configurazione del rapporto controverso secondo la legge che lo crea e disciplina.

E' opportuno insistere su questo punto. «Obbligo liberamente assunto» non può significare esistenza di obbligo liberamente contratto secondo una data legge. Se il significato della formula dovesse essere questo, sarebbe la legge interna a dirci se vi sia o meno assunzione dell'obbligo, a definire le condizioni che lo qualificano *liberamente* contratto, a dirci, in definitiva, se ricorra o meno nel caso concreto la «materia contrattuale». Concepita in tal modo, l'autonomia della definizione sarebbe del tutto vanificata. Perché questa possa sussistere, occorre invece che la fattispecie autonoma «assunzione dell'obbligo» venga direttamente riferita alle circostanze concrete sulle quali si fonda la pretesa dedotta in giudizio, senza l'intermediazione di una fattispecie legale desunta da un qualche sistema giuridico. Solo a questa condizione è possibile qualificare autonomamente la materia della controversia alla luce del concetto di materia contrattuale definito dalla Corte per il tramite della fattispecie autonoma «*engagement librement assumé*».

Vedremo in seguito quali riserve si possono fare a questo metodo di qualificazione (*oltre*, par. I.1.4.). Approfondendo ora il concetto di materia contrattuale enucleato dalla Corte, possiamo notare che proprio il suo carattere autonomo definisce con precisione l'effettivo contenuto della formula «obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra». Nonostante l'assonanza con certe definizioni del *Code civil* - si veda l'obbligo «convenzionale» o contrattuale di cui all'art. 1101, e quella «pu-

ramente volontaria” relativa ai quasi-contratti: art. 1371 -, non ci pare si tratti del concetto autonomo di “contratto” (così, invece, per J.M. BISCHOFF, JDI, 1993,473). Con quella formula la Corte non sembra voler definire autonomamente l’unico tipo di fonte idoneo a generare un’obbligazione in “materia contrattuale”; il concetto è usato in funzione più negativa che positiva, per escludere dall’ambito di applicazione dell’art. 5-1° ipotesi di responsabilità per danni alle quali non corrisponda una relazione diretta fra debitore e creditore. Ne consegue che la nozione di “materia contrattuale” vede integralmente accolto il *principio di relatività degli effetti del contratto*, senza seguire i diritti interni (quello francese, nel caso di specie) nei tentativi, più o meno fruttuosi, di configurare - pur in assenza di stipulazione - un rapporto di tipo contrattuale tra produttore e ultimo acquirente (v. *oltre*).

ii) Peraltro, tutto il contesto della pronuncia, il modo in cui la Corte perviene a negare la qualificazione contrattuale dell’azione del subacquirente nei confronti del produttore, può rivestire quella formula di un significato più ampio. Ci sembra, infatti, che il principio secondo cui la materia contrattuale riguarda solo le ipotesi in cui sussista un “obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un’altra”, nel significato autonomo prima precisato, identifichi in termini generali la condizione in presenza della quale l’art. 5-1° si applica in materia di responsabilità civile, intesa in senso ampio come obbligo di risarcire il danno: la pretesa di risarcimento è riconducibile all’art. 5-1° se fondata sull’affermazione dell’inerenza del danno ad una situazione che già vede autore del danno e danneggiato posti in diretto rapporto nell’ambito di una relazione particolare che programma uno specifico comportamento.

Ecco, dunque, profilarsi un significato autonomo di “materia contrattuale” sul terreno della responsabilità, anziché su quello delle fonti delle obbligazioni; ed ecco anche - se si tiene presente il carattere residuale attribuito dalla Corte di giustizia alla responsabilità da illecito (v. *sopra*, par. 1.1.) - un significato autonomo di “responsabilità contrattuale” accostabile, pur nella diversità dei piani normativi, alla distinzione sistematica, di fon-

damentale rilevanza non solo nel nostro ordinamento, secondo la quale è contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente tra le parti, quale che ne sia la fonte, laddove è extracontrattuale la responsabilità conseguente al verificarsi di un danno (ingiusto) tra soggetti non legati da alcun rapporto (su questa distinzione, cfr., per tutti, SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, ND, Torino, 1968, XV, 671-672; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1072; è contrattuale, pertanto, anche la responsabilità per inadempimento di una obbligazione da fatto illecito in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti).

Inadempimento di un rapporto obbligatorio già costituito (o inadempimento *tout court*), e obbligazione che si costituisce *ex novo* in conseguenza dell'illecito sembrano essere, dunque, le situazioni materiali cui fanno riferimento, rispettivamente, le nozioni autonome di materia contrattuale ed extracontrattuale.

Certo, si potrebbe obiettare che se la distinzione è ben chiara in teoria, applicarla in concreto può non essere semplice, posto che la preesistenza dell'obbligo deve essere valutata senza tener conto della "forma" in cui il diritto interno configura la relazione tra le parti. Ma anche qui il concetto autonomo racchiuso nella formula "obbligo liberamente assunto..." sembra porre un punto di riferimento abbastanza preciso, indicando nella preesistenza di una relazione tra soggetti determinati, e qualificata da loro interessi ed aspettative, il dato costitutivo del tipo di rapporto che può dar luogo a "responsabilità contrattuale". In altri termini, la "responsabilità" cui si applica l'art. 5-1° inerisce ad una *relazione specifica* tra due soggetti, direttamente costituita tra loro *prima* dell'insorgere del danno, e in virtù della quale essi vengono a differenziarsi *oggettivamente* dalla generalità dei consociati. Se si vuole, si può anche concludere che la nozione di materia contrattuale è sottesa da una nozione autonoma di "obbligazione contrattuale", ma ciò che propriamente si qualifica "contrattuale" o "delittuale" ai fini della competenza è la responsabilità che viene fatta valere. Si può dire perciò che l'ambito d'applicazione dell'art. 5-1° è circoscritto da un concetto autonomo di responsabilità contrattuale, del quale l'obbligazione contrattuale in senso stretto non è che una parte.

In forma più sintetica la Corte aveva già anticipato questo concetto, ammettendo - si ricorderà - che vanno inclusi nella materia contrattuale

anche rapporti *assimilabili* al contratto o *fondati* su di esso. Se a questo aggiungiamo ora, come si evince dalla sentenza *Handte*, che la materia contrattuale è sinonimo di *inadempimento*, e più in generale di *violazione di un obbligo*, laddove la materia extracontrattuale è sinonimo di *danno senza inadempimento*, cioè lesione di diritti che *non consegue* alla violazione di un obbligo, si dovrà concludere - ci sembra - che la dimensione della categoria dei rapporti che ricadono nell'ambito dell'art. 5-1° è talmente ampia che non vi dovrebbe più essere alcun dubbio circa il carattere residuale dell'art. 5-3° e l'assoggettamento di tutto il campo delle obbligazioni alle competenze speciali: alla "materia di delitti o quasi-delitti" verrà ascritta unicamente la pretesa risarcitoria che non si configuri come inattuazione di un rapporto già instaurato tra le parti.

Sul piano civilistico la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale è formalizzata. nei termini testé ripresi, da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., passim, e spec. 186: "La differenza tra responsabilità c. d. contrattuale e responsabilità c. d. extracontrattuale si asside proprio in questa diversità strutturale che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto e la seconda in esito alla lesione *tout court* di un diritto: la responsabilità civile è sanzione di un <danno che consegue da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo>".

Se l'affermazione dell'A. va inserita in un discorso più ampio ed originale, di raffronto tra l'obbligazione ordinaria e la categoria emergente degli "obblighi senza prestazione", la diversità di struttura e funzione dei due ambiti della responsabilità civile è comunque chiara e indiscutibile: cfr. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1187: "la tutela extracontrattuale si distingue da quella apprestata nei confronti di un rischio specifico di danno, creato da una relazione tra la vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso" (v. altresì, FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 13-17). Né si tratta di distinzione che appare relativa ad uno specifico ordinamento: il concetto di responsabilità contrattuale, quale disciplina propria alla violazione di ogni obbligo preesistente a carico di un soggetto, anche se di origine non contrattuale, appare essere trasversale agli ordinamenti romano-germanici e di *common law*: v. ancora, CASTRONOVO, *Liability between Contract and Tort*, in *Perspectives of Critical Contract Law* (WILHELMSSON ed.), Aldershot, 1993, 273-291.

iii) Ricostruite e sviluppate in questi termini le nozioni autonome di

materia contrattuale e materia di delitti, possiamo riconoscere sostanzialmente esatta l'intuizione secondo la quale "La <lex fori> du juge saisi n'est plus sa <lex fori communis>, mais une <lex fori communautaris>, et c'est cette dernière qui doit lui fournir les qualifications dont il a besoin, indépendamment de toute autre considération" (J.M. BISCHOFF, JDI, 1993, 471). In effetti, l'interpretazione autonoma crea i concetti materiali della *lex fori* comunitaria, entro i quali va inquadrata la pretesa dedotta in giudizio.

Torniamo ora all'azione del subacquirente nei confronti del produttore: tanto se la pretesa è regolata da una legge che riconosce sussistente una responsabilità extracontrattuale, quanto nel caso in cui la legge regolatrice configuri una responsabilità contrattuale, il giudice deve valutare la pretesa alla luce del concetto autonomo di responsabilità contrattuale, il quale postula l'esistenza di una relazione diretta e qualificata tra autore del danno e danneggiato prima che si verifichi l'evento dannoso. Poiché il giudice rileverà che la pretesa si fonda sull'affermazione di un danno tra soggetti che si pongono come estranei l'uno all'altro, dovrà concludere che la pretesa si inquadra nella materia dell'illecito, senza che debba destare meraviglia, stante il carattere residuale dell'art. 5-3°, il fatto che la norma venga ad applicarsi ad un danno meramente patrimoniale, cioè non consistente nella lesione di diritti assoluti.

L'osservazione finale vale per quanti ritengono che il danno meramente patrimoniale è per definizione estraneo all'illecito aquiliano (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 79-174). Per l'applicabilità dell'art. 5-3° alla pretesa del subacquirente (danno meramente patrimoniale), sulla scorta del principio affermato nella sentenza *Handte*, v. ora Cass. chambre comm., fin. et écon., 18 octobre 1994, JDI, 1995, 143, con nota favorevole di HUET.

L'applicabilità dell'art. 5-3° nell'ipotesi di vendite a catena è senz'altro sostenibile alla luce del nostro ordinamento, nel quale - v. *sopra* - l'azione concessa al subacquirente viene fondata sull'illecito aquiliano (la soluzione trova indiretta conferma in Cass., sez. un., 15 gennaio 1987, n. 246, RDIPP, 1988, 285, che giudica ammissibile il ricorso all'art. 5-3° pur escludendolo in fatto dal momento che il risarcimento del danno era stato chiesto nel presupposto dell'esistenza di un rapporto contrattuale). Quanto alla determinazione del luogo dell'evento dannoso, indicato come criterio di competenza dall'art. 5-3°, non vediamo nessuna difficoltà a localizzarlo presso il subacquirente stesso quale vittima immediata di esso: nello stesso senso, J.M.BISCHOFF, JDI, 1993, 474; *contra*, le cit. *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS. Infine, all'argomento secondo cui l'applicazione dell'art. 5-

3° all'*action directe* deve essere esclusa per difetto di prevedibilità del foro competente da parte del convenuto (GAUDEMET-TALLON, 139), è sufficiente replicare che per lo stesso motivo l'art. 5-3° non andrebbe in pratica mai applicato nella parte in cui contempla il luogo dove si è verificato il danno.

Nella corso della causa *Handte* è stata indebitamente evocata la *responsabilità da prodotto difettoso* quale formalizzata nella direttiva CEE 85/374 (v. *sopra*). La relativa disciplina è venuta configurandosi sul terreno extracontrattuale come fattispecie tipica di responsabilità oggettiva per lesione di diritti assoluti, in antitesi, o piuttosto nell'impossibilità di un accollo al produttore di una responsabilità contrattuale nei confronti di chi gli è terzo. Nei termini fatti propri dalla direttiva, la fattispecie del danno da prodotto è per definizione svincolata da un rapporto negoziale tra danneggiato e responsabile del danno; essa, pertanto non può che essere ricondotta all'art. 5-3° in quanto tipica espressione della "materia di delitto o quasi delitto" (cfr. J.J. FAWCETT, *Products Liability in Private international Law*, cit. 63). Non era questa, dunque, la responsabilità invocata nella causa *Handte*, nella quale l'attore si limitava a far valere, come imprenditore, un danno puramente patrimoniale.

Non si può escludere, peraltro, che il danno da prodotto possa essere recuperato nell'ambito contrattuale in presenza di un contratto tra il produttore e il danneggiato (l'*action directe* del diritto francese va anche oltre, estendendo al subacquirente la garanzia per vizi anche nel caso di lesioni alla persona o cose: di qui, sembra, la confusione con il problema della responsabilità da prodotto nella causa *Handte*). In questo caso riteniamo possa farsi ricorso all'art. 5-1°. Ci sembra, in particolare, che sia questa l'ipotesi, già considerata nel paragrafo precedente, dell'art. 1494, 2° comma c.c.: il compratore che acquista dal produttore e riceve un danno alla persona a causa di un vizio del prodotto, può far valere un'obbligazione di risarcimento "*fondata sul contratto*"; se lo reputa più conveniente, potrà invece invocare la responsabilità extracontrattuale da prodotto difettoso ricorrendo all'art. 5-3° (l'alternativa si basa sull'opinione, che riteniamo la più corretta, secondo cui la disciplina comunitaria non assorbe le discipline di ordine generale che garantiscono altre forme di tutela al danneggiato: v. *sopra*).

1.1.4. Rapporti riconducibili alla materia contrattuale.

Il limite della qualificazione autonoma delle nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale sta nel fatto che l'interprete si trova costretto a qualificare la stessa fattispecie in base a categorie distinte dal punto di vista della Convenzione e del merito della causa, con esiti non necessariamente coincidenti, come nel caso dell'*action directe* del diritto francese che è delittuale ai fini della competenza e contrattuale per il merito della causa (ciò è inevitabile, dovendosi escludere che la decisione sulla competenza possa essere vincolante nel merito della causa: cfr. GAUDEMET-TALLON, 140; KOHLER, *Compétence*

judiciaire, 56; HONORATI, *Concorso*, cit., 288).

Simile conseguenza potrebbe far apparire la qualificazione autonoma una complicazione inutile, visto che la determinazione del luogo d'esecuzione dell'obbligazione deve poi avvenire in ogni caso sulla base della legge applicabile al rapporto (v. *oltre*, par. 1.3.). L'opportunità di rimettere a tale legge anche l'accertamento dell'inerenza del rapporto alla materia contrattuale parrebbe indiscutibile quando il giudice deve qualificare contrattuale la pretesa ai fini della competenza ma deve sottoporla nel merito alla legge regolatrice dell'illecito. A tal fine, per poter fondare la competenza sull'art. 5-1°, egli dovrebbe prendere in considerazione precisamente tale legge e determinare in base ad essa il luogo dove va adempiuto il debito risarcitorio (considerato nel nostro sistema debito di valore da adempiersi, ex art. 1182, 4° comma, c.c., al domicilio del debitore: per tale soluzione, ai fini della determinazione della competenza interna, v. Cass. 24 settembre 1979, n. 4929, Arch. giur. circolaz., 1979, 815; cfr. altresì, Cass., 22 novembre 1979, n. 6099; analogamente, ai fini della giurisdizione ex abrogato art. 4, n. 2, c.p.c., Cass., sez. un., 20 novembre 1992, n. 12388, BBTC, 1994, II, 10, con nota di BONOMI, *Giurisdizione e responsabilità della Banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile*, nonché in RDIPP, 1993, 978).

In apparenza, tutto sarebbe molto più semplice se potessimo dire che nella sentenza *Handte* la Corte ha circoscritto la materia contrattuale alle fattispecie riconoscibili *ictu oculi* come rapporti contrattuali, confinando nell'ambito del foro generale tutto ciò che non risulta essere neppure materia delittuale. Ma a ben vedere, tralasciando la gravità delle conseguenze discriminatorie che questa soluzione produce, di cui s'è già detto, la tripartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori non migliorerebbe di molto la situazione, facendo peraltro apparire una grave incoerenza nel sistema della Convenzione.

Tale soluzione, infatti, oltre a fondarsi su una categoria del tutto indefinita, è palesemente in contrasto col principio, nettamente riconfermato proprio dalla sentenza *Handte*, dell'irrelevanza delle qualificazioni operate dal diritto interno: infatti, anche chi sostiene questa tesi è costretto ad ammettere che si finirebbe per ricorrere all'art. 2 in ogni situazione di incertezza o quando i diritti interni si rivelano divergenti, con la conseguenza che la norma di competenza verrebbe ad essere individuata attraverso la qualificazione della controversia secondo il diritto applicabile al merito della

causa (cfr. GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1992, 737-738). Lo dimostra l'esempio dell'*action directe* del diritto francese. Anche ipotizzando che si debba limitare l'applicazione degli artt. 5-1° e 5-3° al contratto e all'illecito, intesi in senso autonomo ma abbastanza ristretto, in base a quale argomento si dovrebbe concludere che l'azione del subacquirente non è riconducibile all'art. 5-3°? Solo perché nel diritto francese l'azione è contrattuale? La conseguenza è inaccettabile: sarebbe proprio una qualificazione interna, rifiutata dalla Corte rispetto all'art. 5-1°, a determinare in positivo l'applicazione di una norma della Convenzione, l'art. 2, e a limitare in negativo l'applicazione di un'altra, l'art. 5-3°. Lo stesso dicasi per la *culpa in contrahendo*, che dovremmo escludere dalle norme di competenza speciale perché gli ordinamenti interni non concordano nella sua qualificazione (v. *oltre*).

In definitiva, la soluzione che configura un *tertium genus* di controverse, da sottoporre al solo art. 2, porta a risolvere il problema della qualificazione della materia contrattuale con un'applicazione incoerente del metodo dell'interpretazione autonoma, perché condiziona la determinazione del significato autonomo alla concordanza degli ordinamenti interni nella qualificazione della controversia: soluzione che la Corte di giustizia non ha mai prospettato e che contrasta con le stesse finalità che stanno a fondamento dell'interpretazione autonoma, vale a dire con l'uniformità e l'egualianza nell'applicazione del sistema della Convenzione. Questo valore merita di essere preferito all'esigenza di coerenza dei singoli ordinamenti nazionali.

La necessità di una interpretazione autonoma delle categorie utilizzate dagli artt. 5-1° e 5-3° viene messa in particolare evidenza proprio dai complessi sviluppi che si registrano da tempo nel settore della responsabilità civile. E' noto che da qualche decennio i sistemi di diritto privato si sono trovati impegnati a fronteggiare un'esuberante richiesta di protezione di nuovi beni e interessi - l'*explosion of liability*, come l'ha definita GILMORE, *The Death of Contract*, 1974 - la quale ha sollecitato gli istituti civilistici del contratto e dell'illecito fino a mettere in crisi la tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, tanto che da più parti si è ritenuto inopportuno, se non impossibile, mantenerla nel suo pieno ed originario vigore (cfr. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077; GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 79; ma v. le opposte considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova respnsabili-*

tà civile, cit., spec. 175-267).

Non è questa la sede per discutere se la contrapposizione tra le due forme di responsabilità sia ormai al tramonto (l'idea unitarista tende a vedere nella responsabilità extracontrattuale il *genus* di cui quella contrattuale è la *species*: cfr. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 539) o se sia nel vero, invece, chi contrasta tenacemente l'idea "di una possibile obliterazione delle diversità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale" (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. 103). Posto che la prassi e la maggioranza della dottrina, nel nostro come negli altri ordinamenti, rimangono sostanzialmente fedeli ad una concezione dualista della responsabilità civile (per una sintesi dei dati giurisprudenziali e dottrinali, cfr. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile (Rassegna di dottrina e giurisprudenza diretta da ALPA e BESSONE)*, Torino, 1987, I, 291-351, nonché l'*Aggiornamento 1988-1996*, Torino, 1997, 127-152; per profili comparatistici, cfr. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989), sembra il caso di sottolineare, piuttosto, che pur con soluzioni talora sostanzialmente coincidenti nel risultato finale, ciascun sistema giuridico procede secondo propri criteri nell'individuare le modalità e i limiti di utilizzazione degli istituti del contratto e dell'illecito aquiliano, rendendo così obbligata l'assunzione di un punto di vista autonomo dai singoli ordinamenti nel tracciare, ai fini dell'applicazione della Convenzione di Bruxelles, la linea di confine tra area della "materia - o responsabilità - contrattuale" e area della "materia - o responsabilità - da illecito".

D'altra parte, i prospettati inconvenienti dell'autonomia delle nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale non debbono essere enfatizzati.

Innanzitutto, le ipotesi di contrasto tra qualificazione del rapporto ai fini della competenza e del merito richiamano situazioni non inconsuete per chi deve affrontare le problematiche del diritto internazionale privato (si pensi al c.d. conflitto di qualificazioni: per tutti, v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 290-303).

Nel diritto processuale comune, poi, la qualificazione *lege fori* dei criteri di competenza giurisdizionale non ha mai messo in imbarazzo la giurisprudenza, la quale vede anzi in tale metodo garanzia di celerità, certezza e uniformità di risultati (cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 319, GC, 1983, I, 319). Dato che il sistema della Convenzione è l'equivalente della *lex fori* - è la *lex fori* comunitaria, come s'è detto sopra -, non sorprende affatto che anche la Corte di giustizia, nella citata sentenza *Peters*, in vista del medesimo obiettivo di semplicità e celerità nella determinazione della competen-

za, abbia completato l'affermazione del metodo autonomo dicendo: "Il rispetto degli scopi e dello spirito della Convenzione esige inoltre un'interpretazione dell'art. 5 della stessa che consenta al giudice nazionale di pronunziarsi sulla propria competenza senza dover procedere all'esame del merito della causa".

Nell'esperienza pratica, infine, la definizione autonoma di "materia contrattuale" - quale sembra precisarsi nel concetto di responsabilità contrattuale - si presenta di facile applicazione. Essa, come s'è visto, si risolve nella qualificazione in termini "contrattuali" di ogni pretesa che si fonda sulla mancata soddisfazione di un interesse che si afferma tutelato nell'ambito di una specifica relazione stabilita con la controparte. Ne risulta un criterio che consente di applicare l'art. 5-1° in base al solo concetto di obbligo - quello stesso, del resto, in cui si specifica il criterio di competenza dettato dall'art. 5-1°. Nessuna importanza avrà sotto questo profilo la fonte dell'obbligo, dato che tutte le obbligazioni si differenziano da quella derivante dall'illecito per il fatto che quest'ultima è l'unica a sorgere *ab initio* come obbligazione di risarcimento del danno al di fuori di una specifica relazione giuridica tra soggetti determinati.

Pertanto, ancorché sia corretta nel risultato, non è da approvare la sentenza della Cass., sez. un., 6 ottobre 1981, n. 5240, GI, 1982, I, 1, 343, con nota di FRANCHI, la quale riconduce la *mediazione* alla materia contrattuale in quanto nel nostro ordinamento è prevalente l'orientamento che la configura come rapporto contrattuale e non come attività che dà origine ad un'obbligazione *ex lege*: anche se fosse quest'ultima l'esatta configurazione, non si potrebbe negare l'applicabilità dell'art. 5-1°.

i) In base alle considerazioni che precedono non dovrebbe esservi alcun dubbio circa l'inerenza alla "materia contrattuale" delle obbligazioni derivanti da atto unilaterale (*promessa di pagamento, ricognizione di debito, promessa al pubblico, titoli di credito*: in questo senso, v. Trib. Padova, 11 aprile 1985, RDIPP, 1986, 391, per il quale va ricondotta all'art. 5-1° la *lettera di credito* poiché "là ove la convenzione ha parlato di materia contrattuale, ha inteso palesemente riferirsi a tutta la materia negoziale e cioè a tutte le obbligazioni aventi causa in una manifestazione di volontà unilaterale, bilaterale o plurilaterale diretta ad effetti giuridici riconosciuti e garantiti dal singolo ordinamento giuridico; nello stesso senso, implicitamente, Trib. Padova, 21 marzo

1985, *ivi*, 374; cfr. anche CARBONE, 78).

Identica conclusione riteniamo s'imponga per la responsabilità derivante dalle c.d. lettere di *patronage* (*comfort letters*, lettere di gradimento) anche nell'ipotesi in cui la dichiarazione del *patronnant* non abbia contenuto specificamente "promissorio".

La "lettera", il cui contenuto può essere il più vario, è rilasciata a favore di una banca per indurla ad accordare o prorogare un credito ad un terzo - il patrocinato - il quale si trova in un certo rapporto di diritto o di fatto col *patronnant*: per un quadro esaustivo della tipologia delle lettere e dei conseguenti problemi di efficacia e responsabilità, v. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, 53; dello Stesso, v. altresì la voce *Lettere di patronage*, in *Digesto (disc. priv., sez. comm.)*, VIII, 1992, 563; v. anche, DELI/GIARDINA, *Le lettere di patronage*, DCI, 1987, 273. Di recente, Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, GC, 1996, I, 3007, con nota di CALICETI, ha ricondotto la lettera di *patronage* c.d. forte allo schema negoziale di cui all'art. 1333 c.c., peraltro concepito in chiave unilaterale, ritenendo invece rilevante il *patronage* c.d. debole alla stregua degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Benché permanga incertezza circa la qualificazione contrattuale o extracontrattuale della relativa responsabilità, ci sembra che essa consegua pur sempre all'instaurarsi di un rapporto che si caratterizza per l'esistenza di un obbligo di correttezza o buona fede, ricollegabile all'affidamento che genera la dichiarazione e come tale, quindi, non confondibile con quel dovere assoluto di non ingerenza in situazioni soggettive altrui che è caratteristico dell'illecito aquiliano.

Sembra soddisfatta, pertanto, la condizione di applicabilità dell'art. 5-1° affermata dalla Corte di giustizia e che si è visto consistere in una relazione specifica tra due soggetti che impegna a tenere un certo comportamento.

Nel senso, invece, che ove debba affermarsi sul piano sostanziale la responsabilità extracontrattuale del *patronnant* divenga applicabile l'art. 5-3°, v. DELI/GIARDINA, 585-587, i quali ritengono che la qualificazione contrattuale o meno della controversia, ai fini della Convenzione, vada tratta anche dagli elementi rilevanti ai fini del merito: soluzione a nostro parere criticabile perché in contrasto con il carattere autonomo delle nozioni utilizzate dagli artt. 5-1° e 5-3°; per la qualificazione in ogni caso contrattuale della responsabilità del *patronnant*, v. Cour de cassation, 3 mars 1992, RCDIP, 1993, 692 con la nota di SINAY-CITERMANN, la quale ritiene preferibile un sistema di fori alternativi, modellato su quello applicabile alla responsabilità da illecito, che consenta alla banca beneficiaria la scelta tra il

giudice della sede della società *patronnant* e quello della sede della società patrocinata o della stessa banca.

ii) Altra fattispecie in ordine alla quale sembra imporsi l'applicazione dell'art. 5-1° è la *culpa in contrahendo*, caso esemplare delle divergenze di qualificazione in materia di responsabilità.

Ad esempio, la *culpa in contrahendo* dà luogo a responsabilità contrattuale in Germania e delittuale in Francia. Il diritto inglese differenzia nettamente la situazione in cui le dichiarazioni delle parti siano sfociate in un contratto, da quella in cui una relazione contrattuale non sia configurabile. La nostra giurisprudenza è compattamente orientata per la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale: v. di recente Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, FI, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO; Cass. 12 marzo 1993, n. 2973, NGCC, 1994, I, 120, con nota di PINORI; la dottrina, invece, è profondamente divisa: per superare la contrapposizione tra ricostruzioni in chiave contrattuale ed extracontrattuale si è anche proposta la configurazione di tale responsabilità come *tertium genus*: cfr. per tutti, CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1265. Per un'ampia panoramica sullo stato della questione negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, si veda il volume a cura di HONDIUS, *Precontractual Liability*, Deventer, 1991, nonché *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, ICC, 1990.

Il problema della qualificazione della responsabilità precontrattuale sorge anche nell'applicazione delle norme di conflitto; al riguardo v., approfonditamente, DAVI, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 91-103, che lo risolve nel senso "contrattuale" - con conseguente sottoposizione, ancorché il contratto non sia stato concluso, alla Convenzione di Roma del 1980 - anche sulla base di premesse ed argomenti sistematici (spec. 98-100) in gran parte simili a quelli qui raccolti. Coerentemente l'A., 108, ritiene che la *culpa in contrahendo* debba essere ricondotta all'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles (per una diversa opinione, largamente influenzata dalle categorie sistematiche della *lex fori*, che esclude la *culpa in contrahendo* tanto dal novero delle obbligazioni contrattuali quanto dall'ambito di applicazione della Convenzione di Roma, per ricondurla quindi alle obbligazioni *ex lege* o all'illecito (artt. 61 o 62 l. 218/95), v. DE NOVA, *Obbligazioni contrattuali ed obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale (Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile)*, Milano, 1996, 141-142).

Sul punto, benché favorevoli alla qualificazione contrattuale (e autonoma) della *culpa in contrahendo*, riteniamo di dover fare qualche osservazione. Siamo perfettamente d'accordo con DAVI' circa il fatto che la responsabilità precontrattuale presuppone un relazione specifica tra i soggetti che entrano in trattativa, relazione che li differenzia dalla generalità dei consociati; come siamo d'accordo sul fatto che la responsabilità contrattuale (nel senso

ampio sopra specificato) in tanto si differenzia da quella extracontrattuale in quanto si fonda su di una relazione particolare e un programma specifico di comportamento (la contrapposizione a quella extracontrattuale in base al carattere relativo o assoluto del dovere, ripresa dall'A., è tradizionale ma criticabile: il precetto *alterum non ledere* non ha nessuna consistenza sistematica: è la lesione della situazione soggettiva in assenza della violazione di un obbligo che integra l'illecito aquiliano e dà origine, come si è detto *sopra*, alla relativa responsabilità).

La natura contrattuale della responsabilità che deriva alle parti in trattativa ci sembra però argomento che prova troppo, poiché si dovrebbe dire, allora, che la Convenzione di Roma si applica a tutte le obbligazioni (od obblighi) che generano responsabilità contrattuale, ossia a tutte le situazioni in cui viene fatta valere una responsabilità che non è extracontrattuale. L'argomento va dunque inteso solo come confermativo delle ragioni che possono trarsi dalla stessa Convenzione di Roma nel senso della sua applicabilità alla responsabilità precontrattuale.

Sulla base di quanto s'è detto circa il criterio con cui la responsabilità civile (in senso ampio) dovrebbe ripartirsi tra gli artt. 5-1° e 5-3°, e dato che il presupposto del verificarsi del danno è necessariamente costituito da una relazione qualificata che si stabilisce tra determinati soggetti giuridici, ci pare che la pretesa di risarcimento formulata a tale titolo debba senz'altro ricondursi alla materia contrattuale in entrambe le ipotesi tipiche in cui questa assume rilevanza (c.d. recesso ingiustificato dalle trattative e mancata comunicazione di causa di invalidità del contratto: v. gli artt. 1337 e 1338 c.c.). Invero, se il "contatto sociale" che si realizza fra le parti è assoggettato ad imperativi di correttezza, buona fede, lealtà, diligenza, tutela dell'affidamento, doveri di informazione ecc., se insomma la risarcibilità del danno si fonda sulla violazione di doveri di comportamento che insorgono in conseguenza della *specificità* della relazione che le parti stabiliscono tra loro, la collocazione più coerente della pretesa di risarcimento sarà nell'ambito dell'art. 5-1°.

Diversamente, CARBONE, 86, nel senso che la violazione di doveri prenegoziali relativi ad un rapporto non perfezionato ricada invece nell'ambito dell'art. 5-3° della Convenzione (ritiene invece che la responsabilità precontrattuale sia in ogni caso riconducibile all'art. 5-1°, RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell'indebito nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, 430 e nella nota 21, 435; v. analogamente, KAYE, 571).

La distinzione tra ipotesi di responsabilità precontrattuale riconducibili all'art. 5-1°

o all'art. 5-3° ci sembra arbitraria dato che il fondamento della responsabilità è in ogni caso il medesimo; è d'obbligo, in proposito, richiamare quanto osservato da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RDC, 1956, II, 364, circa la ragione che dal punto di vista sistematico porta ad affermare la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*: "Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede". Per la rilevanza della b.f., al fine di giustificare l'imposizione di obblighi positivi nel corso delle trattative per la conclusione di un contratto di compravendita sottoposto alla Convenzione di Vienna del 1980, v. BONELL, *Formation of Contracts and Precontractual Liability under The Vienna Sales Convention*, in *Formation of Contracts*, cit.).

iii) Anche per la categoria dei quasi-contratti (*gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, arricchimento senza causa*) si giustifica l'applicazione dell'art. 5-1° (nel senso, invece, che si debba ricorrere al solo art. 2, v. GAUDEMET-TALLON, 116; KAYE, 490; per la sottoposizione del debito restitutorio all'art. 5-3° v. invece, CARBONE, 75-76, 85-86; SCHULTSZ, *Compétence judiciaire*, 102).

Questa conclusione non si ricava da forzate analogie con il contratto (in questa direzione muove la soluzione proposta da O'MALLEY/LAYTON, 391, nonché COLLINS, 53, tendente a sottoporre all'art. 5-1° solo le fattispecie che presentano caratteristiche contrattuali). A parte le ipotesi in cui l'obbligazione restitutoria si inquadra in un rapporto già costituito, si tratta solo di riconoscere che il "fatto" cui si riconnette l'effetto giuridico "obbligazione" non può comunque essere qualificato illecito, né secondo le categorizzazioni del diritto civile, né dal punto di vista del sistema della competenza creato dalla Convenzione.

Quanto al sistema del diritto civile, infatti, è indubbio che nonostante la diversità dei modelli cui si conforma nei vari ordinamenti lo statuto normativo delle obbligazioni restitutorie - ed anche ammettendo che essi si polarizzino intorno ad un regime binario, a seconda che il regime restitutorio derivi da fatti contrattuali o extracontrattuali -, si è in presenza di fattispecie che si riassumono tutte in una "obbligazione a carattere restitutorio, avente portata generalizzata, che vuole costituire risposta o rimedio ad un beneficio ottenuto o a un pregiudizio subito, senza che ciò rivesta i caratteri dell'illecito" (così, di MAJO, *Obbligazioni*, cit., 204; sul modello binario delle obbligazioni

restitutorie, anche in chiave comparativa, cfr. ancora di MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, spec. 323-328; *adde*, per ult. rif. e per una sintesi delle sistemazioni legislative e dottrinarie delle figure riconducibili al quasi-contratto, SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi contrattuale dell'obbligazione*, RDCiv., 1997, 249-290).

Quanto al sistema della Convenzione, è la stessa Corte di giustizia ad escludere qualsiasi possibilità di ricondurre le varie figure ricomprese nel quasi-contratto alla competenza in materia di "delitti o quasi delitti". Nella sentenza *Kalfelis*, come si ricorderà (v. *sopra*, par. 1.1.), la Corte ha nettamente affermato che "un giudice competente a norma dell'art. 5, n. 3, a conoscere del punto di una domanda fondato su atti o fatti illeciti non è competente a conoscere degli altri punti della stessa domanda che si fondano su atti o fatti diversi dall'illecito". Questa affermazione non è un *obiter dictum*, ma la risposta della Corte al giudice di rinvio il quale chiedeva se potesse conoscere, in quanto competente circa una domanda extracontrattuale, di una pretesa fondata anche sull'arricchimento senza giusta causa. Naturalmente, l'affermazione della Corte vale *a fortiori* per le altre figure del quasi-contratto.

Se si accetta in premessa la sottoposizione dell'intero campo delle obbligazioni all'art. 5 (1° e 3°), la distinzione suggerita da alcuni (RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell'indebitto*, cit., 426-444) tra "obbligazioni restitutorie in qualche modo connesse a fattispecie contrattuali (o pretese tali)" e tutte le altre prive di siffatto collegamento, al fine di sottoporre le prime all'art. 5-1° e le seconde all'art. 5-3°, non pare coerente né con la tradizionale qualificazione di liceità del fatto da cui origina l'obbligazione restitutoria, né con il presupposto della competenza in materia di illecito, che è il verificarsi di un danno (lesione del diritto altrui non costituente violazione di un obbligo: v. *sopra*) e del corrispondente obbligo di risarcimento (cfr. KROPHOLLER, 117). La distinzione proposta enfatizza solo il ruolo del contratto nell'applicazione dell'art. 5-1°, attribuendo alla nozione autonoma di quasi-delitto un'improbabile capacità di assorbimento degli obblighi restitutori (non ci sembra che l'irrelevanza della "colpa" nella fattispecie dell'illecito- "delitto" sia sufficiente, come invece sostiene RADICATI DI BROZOLO, 440-441, per includere le obbligazioni restitutorie non connesse a fatti contrattuali nel concetto di quasi-delitto, anche se va osservato che non sono mancate nella civilistica più antica ricostruzioni tendenti ad accomunare delitti, quasi-delitti e fattispecie di arricchimento ingiustificato: cfr., per riferimenti, SIRENA, 285-286).

La distanza dall'illecito, dell'obbligazione restitutoria da ingiustificato arricchimento, si rivela anche sul piano della problematica del conflitto di leggi, dove si reputa sconveniente estendere all'arricchimento la soluzione generalmente accolta per il primo, e ciò in base

alla constatazione che mentre la disciplina dell'illecito si polarizza intorno alla sfera d'interessi del danneggiato, in quella dell'arricchimento non si può prescindere da una considerazione simultanea della sfera d'interessi dell'arricchito e dell'impovertito: cfr. BALLARINO, *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1963, 347-349; l'osservazione non perde di valore (cfr. ancora BALLARINO, *Dir. int. priv.*, 732-733; neppure alla luce della nuova disciplina di conflitto introdotta dall'art. 61 l. 218/95, il quale sottopone la gestione d'affari, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebitato e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla stessa legge di riforma, alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.

a) Per una delle fattispecie in questione, l'obbligo di restituzione derivante da atto nullo la giurisprudenza della Corte di giustizia contiene elementi che ne confermano la riconducibilità all'art. 5-1°.

Il problema si è concretamente posto dinanzi ai nostri giudici, i quali, fondandosi unicamente sull'autonomia dell'azione di ripetizione dell'indebitato dal contratto cui l'effettuata prestazione inerisce - e quindi sull'unitarietà di regime delle obbligazioni restitutorie -, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 5-1° ad un'azione diretta alla restituzione del prezzo di una compravendita che l'attore asseriva nulla.

Osserva al riguardo la Cass., sez. un., 29 novembre 1989, n. 5224, NGCC 1990, I, 391, con nota di CAMPEIS-DE PAULI: "Ove si abbia chiara la distinzione fra il momento del preteso vincolo in relazione al quale avrebbe senso e significato invocare il n. 1 dell'art. 5 e la restituzione di quanto versato *sine titulo*, risulta evidente che il piano dell'obbligazione contrattuale e quello dell'azione di restituzione non sono collegati fra loro, dato che in tanto potrà trovare fondamento l'azione di restituzione in quanto si neghi l'efficacia giuridica dell'obbligazione che ha costituito il fondamento della *solutio* giustificando il trapasso di denaro da un soggetto giuridico ad un altro. Alla stregua delle svolte considerazioni, focalizzato l'oggetto della lite nei confronti dello straniero nella pretesa alla restituzione della prestazione effettuata in osservanza di un contratto che si sostiene nullo, deve rilevarsi che a fondamento della ripetizione non si invoca una obbligazione contrattuale nel senso fatto palese dalla Convenzione medesima". Per tale orientamento, incidentalmente ritenuto applicabile anche nell'ambito della Convenzione, v. anche App. Milano, 21 febbraio 1984, BBTC, 1985, II, 188 con nota di RADICATI DI BROZOLO, *Questioni di giurisdizione e di legge applicabile in tema di indebitato e di contratto autonomo di garanzia*).

L'inapplicabilità dell'art. 5-1° alla ripetizione dell'indebitato derivante da nullità del contratto, e più in generale alle restituzioni derivanti da contratto successivamente venuto meno, si presta a critiche già dal punto di

vista sistematico che nega il carattere contrattuale dell'azione (cfr. di MAJO, *Restituzioni*, cit., 308-313). Più grave ancora, però, è il fatto che essa si fonda su di una interpretazione della nozione di "materia contrattuale" esclusivamente ancorata alla sistematica del diritto interno, laddove la giurisprudenza della Corte di giustizia non solo conferisce carattere autonomo alla nozione medesima, ma contiene anche chiare indicazioni nel senso che l'azione restitutoria deve qualificarsi contrattuale ai fini dell'art. 5-1°.

Tale conclusione si ricava, a nostro parere, dal principio enunciato dalla Corte nella sentenza del 4 marzo 1982, in causa 38/81 *Effer s.p.a. c. Kantner*, secondo il quale la competenza prevista dall'art. 5-1° non viene meno per il fatto che sia controversa l'esistenza stessa del contratto sul quale si fonda la domanda. Questo principio riguarda direttamente il problema dell'accertamento dei presupposti della competenza, ma i termini in cui esso viene motivato dalla Corte gli conferiscono rilievo anche per le conseguenze che si ricollegano all'invalidità del contratto: "la competenza del giudice nazionale a decidere delle *questioni concernenti un contratto*" - osserva la Corte - "include quella a valutare *l'esistenza degli elementi costitutivi del contratto stesso*, essendo tale valutazione indispensabile al giudice nazionale adito per verificare la propria competenza. Se così non fosse, si rischierebbe di privare l'art. 5 della Convenzione della sua portata giuridica, poiché si ammetterebbe che basta ad una parte eccepire l'inesistenza del contratto per eludere il principio contenuto in tale disposizione" (cors. agg.: è chiaro che l'osservazione è valida non solo per l'inesistenza, ma anche per la nullità del contratto).

Si potrebbe obiettare che altro è l'eccezione e altro l'azione tendente all'accertamento della nullità del contratto, dalla quale si affermi derivare l'inesistenza dell'obbligazione. Per fugare ogni dubbio circa l'applicabilità dell'art. 5-1° all'azione di nullità, è sufficiente osservare che il suo esatto simmetrico, l'azione di declaratoria dell'inesistenza della nullità (eventualmente cumulata con la domanda di condanna all'adempimento), non potrebbe essere proposta se non al giudice indicato da quella norma: formulata in negativo o in positivo, l'azione ha sempre il medesimo oggetto, anche se con segno invertito, consistente nell'esistenza ovvero inesistenza del rapporto contrattuale.

Alcuni ritengono che l'art. 5-1° non possa applicarsi ad azioni di nullità, rescissione, annullamento ecc., poiché in queste ipotesi non si deduce in giudizio alcuna obbligazione che renda possibile l'applicazione del criterio di collegamento costituito dal *forum solutionis*: cfr. LUPOI, *Il luogo dell'esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale*, Milano, 1979, 144-148; dubitativamente, circa l'azione di nullità, v. altresì GOTHOT/HOLLEAUX, 31; KAYE, 496. Peraltro, contro simile argomento, di valore puramente logico, stanno, ancorché riferite all'abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., le incisive considerazioni di ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza e la qualificazione delle controversie*, CS, VI, 1954, 55, ripubblicato in ZICCARDI, *Vita giuridica internazionale, Scritti scelti a cura degli allievi*, II, Milano, 1992, 325, il quale dimostra come la categoria delle controversie contemplata dalla norma relativa ai rapporti obbligatori debba intendersi comprensiva di ogni tipo di controversia nella quale la domanda tenda alla valutazione delle conseguenze obbligatorie, *in senso positivo o negativo*, di fatti astrattamente idonei a determinare rapporti obbligatori tra le parti.

Non riteniamo corretta, pertanto, la decisione della nostra Cassazione, sez. un., 25 novembre 1995, n. 12209, RDIPP, 1996, 816 (che sembra invece riscuotere l'approvazione di CARBONE, 74), secondo la quale l'art. 5-1° non può essere applicato (in via analogica) ad una domanda di accertamento negativo dell'esistenza di una determinata obbligazione, in quanto diversa da quella in esso espressamente contemplata e costituita dall'adempimento di una determinata obbligazione (v. peraltro, nel senso dell'applicabilità dell'art. 5-1° anche ad azioni di accertamento negativo - nella specie, inefficacia della garanzia -, Cass., sez. un., 14 maggio 1987, n. 4450, NGCC, 1988, I, 208, con nota di CAMPEIS/DE PAULI).

In senso favorevole all'applicazione dell'art. 5-1° all'azione di nullità (e di accertamento negativo) è comunque la maggior parte della dottrina, ancorché senza precise motivazioni di carattere sistematico: cfr. HUET, *Compétence judiciaire*, 71-72; GAUDEMET-TALLON, 112-113 (nonché, RCDIP, 1983, 516); KROPHOLLER, 98. Circa il criterio di determinazione della competenza nell'ipotesi indicata, v. *oltre*, par. 1.3.).

Posto che l'azione di nullità ricade nell'ambito dell'art. 5-1°, non vi è nessun ostacolo ad ammettere che anche l'obbligazione restitutoria sia riconducibile alla medesima norma: dato il carattere consequenziale dell'azione deducente il credito alla restituzione, sarebbe irrazionale, anche sotto il profilo del rischio di decisioni incompatibili, obbligare la parte a rivolgersi ad un diverso giudice (analogamente GAUDEMET-TALLON, 112; RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 430), tanto più che la sentenza *Peters* (v. *sopra*, par. 1.1.) impone di interpretare le norme della Convenzione "in modo che il giudice adito non sia indotto a dichiararsi competente a statuire su talune domande, ma incompetente a conoscere di *altre domande pure molto affini*" (cors. agg.).

Conferma di tale soluzione si può rinvenire nell'art. 10, primo comma lett. e della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, a norma del quale la legge applicabile al contratto regola anche le conseguenze della nullità del medesimo (al riguardo, v. JAYME, *L'art. 10 della Convenzione di Roma del 1980 e l'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, 523; la disposizione può essere oggetto di riserva - si sono avvalse di tale facoltà il Regno Unito e l'Italia - , ma ciò è influente ai fini della ricostruzione del significato autonomo delle norme della Convenzione di Bruxelles: si ricorderà che la Corte di giustizia ha utilizzato l'art. 10 nel caso *Arcado* (sopra, par. 1.1.2.) al fine di determinare le domande che hanno per fondamento un contratto.

La questione qui analizzata era stata prospettata alla Corte di giustizia dalla *Court of Appeal* per sapere se l'azione restitutoria conseguente alla nullità di un contratto dovesse ricondursi alla materia contrattuale ovvero delittuale. Poiché, però, il quesito si riferiva alle norme interne adottate dal Regno Unito al fine di disciplinare, in termini non perfettamente identici a quelli stabiliti dalla Convenzione, i rapporti tra gli organi giudiziari delle varie unità di cui si compone il suo ordinamento, la Corte di giustizia si è dichiarata carente di competenza a pronunciarsi in merito ad essa: v. sentenza del 28 marzo 1995, in causa *Kleinwort Benson c. City of Glasgow* sulla quale v. le considerazioni da noi svolte in *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia*, FI, 1996, IV, 365. Peraltro, la *Court of Appeal*, 25 gennaio 1996, in *International Litigation Procedure*, 1996, 218, si è pronunciata in merito per l'applicazione dell'art. 5-1°, ravvisando nell'azione gli estremi della materia contrattuale.

1.1.4.1. Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Le considerazioni svolte in precedenza consentono di inquadrare opportunamente il problema del concorso (o cumulo) di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ammesso in ipotesi qualificate in *common law*, e in linea generale nel sistema tedesco e italiano, ma recisamente avversato in quello francese (per l'analisi comparatistica, cfr. MONATERI, *Cumulo di responsabilità*, cit.; v. anche, succintamente, SARAVALLE, *Responsabilità del produttore*, cit., 269-283. Circa la problematica del concorso nei conflitti di leggi, v. per tutti, da ultimo, DAVI, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 75-81).

E' bene precisare che il concorso di responsabilità riguarda solo le

fattispecie in cui un medesimo fatto produttivo di danno si configuri tra le parti del rapporto obbligatorio come inadempimento e al tempo stesso come illecito extracontrattuale. Inoltre, il concorso, ossia l'operare congiunto delle discipline contrattuale ed aquiliana del fatto dannoso, offre al danneggiato la possibilità di far valere tanto l'una quanto l'altra, ma non di cumulare l'utilità economica che ciascuna di esse assicura o di selezionare, sommandoli, aspetti dell'uno e dell'altro regime di responsabilità.

Il concorso vale, nel nostro sistema, limitatamente alla lesione di diritti assoluti: l'ambito in cui esso opera è dunque più ristretto dell'area dell'illecito aquiliano, ove la si concepisca svincolata dalla lesione del diritto soggettivo assoluto: cfr. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (a cura di G. VISINTINI), Milano, 1984, 155. Si noti, peraltro, che in varie convenzioni di diritto uniforme, relative al settore del trasporto (v. anche gli artt. 422 e 423 cod. nav.), il concorso di azioni per contratto e per delitto è assorbito nella specifica disciplina convenzionale: per la natura contrattuale, anche ai fini dell'art. 5-1°, della responsabilità del vettore nei confronti del caricatore per perdita delle cose trasportate, Cass. sez. un., 2 giugno 1992, n. 6665, RDIPP, 1993, 134 (cfr., in proposito, CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XXVI - t. 2, sez. 1, Milano, 1988, 142-147, nonché, LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità extracontrattuale del vettore*, in *La responsabilità civile, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., *Aggiornamento 1988-1996*, 677-703).

Il problema di competenza che si pone al riguardo può essere evidenziato con un esempio: un'impresa italiana incarica un'impresa tedesca di costruire un attrezzo meccanico; l'attrezzo viene consegnato in Italia come da contratto, quindi utilizzato in un cantiere installato nei Paesi Bassi dove si verifica, a causa di un difetto di fabbricazione, la rottura dell'attrezzo stesso con danni al personale e ad altri beni dell'impresa che resta paralizzata per qualche tempo nella propria attività. Per ottenere il risarcimento del danno l'impresa adisce il giudice italiano invocando contro il produttore entrambi i titoli di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale.

Nel merito della questione ipotizzata, e in particolare quanto all'ammissibilità del concorso di responsabilità, è sufficiente osservare che non si pongono difficoltà di rilievo dal punto di vista conflittuale, dal momento che tutte le leggi in ipotesi interessate lo ammettono: sul problema, e nel senso che la questione non possa essere risolta semplicemente sul piano della qualificazione della domanda, ma debba essere affrontata in concreto, ricercan-

do un principio di coordinamento delle leggi applicabili al merito della controversia, v. comunque, anche per le diverse opinioni espresse al riguardo, SARAVALLE, *Responsabilità del produttore*, cit., 283-297; DAVI, *La responsabilità extracontrattuale*, loc. cit.

Valutando l'esempio dal punto di vista della competenza, osserviamo che il giudice italiano è certamente competente, ex art. 5-1°, a giudicare la domanda sotto il profilo della responsabilità contrattuale, essendo in Italia il luogo d'esecuzione dell'obbligazione di consegna del bene venduto (per la determinazione del *locus solutionis* v. *oltre*, par. 1.3.). Quanto alla responsabilità extracontrattuale, è invece da escludere, a nostro parere, che il giudice italiano possa essere ritenuto competente in base all'art. 5-3°, non realizzandosi in Italia il criterio previsto dalla norma ("luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto").

Il criterio adottato dall'art. 5-3°, come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 30 novembre 1976, in causa 21/76 *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, comporta la scissione della competenza tra due luoghi, quello "dove è insorto il danno" e quello "dove si è verificato l'evento dannoso", ossia il fatto generatore del danno. Ora, se il luogo dove si è verificato il danno è palesemente il luogo dell'incidente (Paesi Bassi), non ci pare che il luogo dove si verifica il fatto generatore del danno possa identificarsi col luogo di consegna del bene difettoso: fatto generatore cui può essere ricondotta la conseguenza dannosa è il fatto originario (la costruzione difettosa), non la trasmissione del bene da un soggetto all'altro.

Vista sotto il profilo del concorso dei responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - nell'ipotesi fatta l'inadempimento (bene difettoso) ha prodotto anche un danno aquiliano - la questione di competenza si risolve nella possibilità o meno che il giudice italiano, in ipotesi competente solo in materia contrattuale, conosca della domanda contro il produttore tedesco anche sotto il profilo della concorrente responsabilità extracontrattuale (lo stesso problema si porrebbe dal punto di vista del giudizio sulla responsabilità contrattuale se l'impresa italiana adisse il giudice dei Paesi Bassi, che in via di principio è competente solo con riguardo all'illecito extracontrattuale; per il giudice tedesco il problema non si pone perché trattati del foro generale la cui competenza non ha limiti per materia).

In altre parole, stando al nostro esempio, quale condizionamento eser-

cita sull'azione di risarcimento, proposta in Italia, il fatto che la competenza stabilita dall'art. 5-1° è limitata alla materia contrattuale? L'impresa italiana può invocare entrambi i titoli di responsabilità in base alla premessa che l'evento dannoso è unico nella sua genesi soggettiva? Il giudice può accordare il risarcimento in base indifferentemente all'uno o all'altro titolo?

Senza prendere in considerazione il problema del concorso di responsabilità, e collocandosi peraltro quasi esclusivamente nella prospettiva delle concezioni anglosassoni, J.J. FAWCETT, *Products Liability*, cit., 77-78, dà per scontato che l'art. 5-1° si applichi all'azione del compratore diretta a far valere una responsabilità del venditore per i danni che noi chiameremmo assoluti ("personal injury or damage to property other than the product itself"). L'affermazione può spiegarsi col rilievo che in *common law* il confine tra *tort* e *contract*, tra illecito aquiliano e responsabilità contrattuale, è meno netto che nei sistemi di *civil law*. Anche per noi è possibile che l'art. 5-1° si applichi in simile ipotesi, ma, come diremo più avanti, a questa conclusione si può giungere attraverso un approfondimento del concetto autonomo di materia contrattuale, in quanto comprensivo della categoria dei c.d. obblighi di protezione (v. *sopra*, par. 1.1.2.).

Si potrebbe osservare che il problema prospettato non ha ragion d'essere perché il principio della qualificazione autonoma della materia contrattuale o extracontrattuale reca già implicito che il giudice possa definire la causa nel merito senza più tenere conto della qualificazione data ai fini della competenza: contrattuale ai fini dell'applicazione dell'art. 5-1°, la domanda potrebbe essere decisa applicando la legge competente per l'illecito e viceversa (tale risultato appare scontato alla luce di tutto il discorso svolto in precedenza: v. anche GAUDEMET-TALLON, 140; KOHLER, *Compétence judiciaire*, 56).

In realtà l'osservazione non si attaglia al caso che stiamo considerando. Il giudice deve valutare i presupposti della competenza alla luce del titolo in base al quale la domanda viene formulata. Se i titoli sono più d'uno, occorre che egli sia competente per ciascuno di essi perché in questo caso le domande sono diverse, sono cioè diverse le cause da decidere. Ed è questa, per l'appunto, la situazione che pare creare il concorso di responsabilità, ma con un particolare che ne complica la valutazione dal punto di vista del sistema della Convenzione: si tratta di vedere se il danneggiato abbia effettivamente a disposizione una o più azioni, il cui fondamento, si è appena detto, è decisivo ai fini della competenza.

Approfondendo la figura del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, va rilevato che essa si presta a due diverse ricostruzioni dal punto di vista dogmatico: concorso di diritti (o di azioni o di pretese), ovvero concorso di norme attributive di un unico diritto o di una pretesa materiale unica (cfr. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità*, cit., 678; di MAJO, *Le obbligazioni*, cit., 221). L'elemento di complicazione sul piano processuale nasce dal fatto che la ricostruzione del concorso in un senso o nell'altro interferisce con le concezioni relative ai criteri di identificazione delle azioni (tema di estrema complessità e per il quale, sotto il profilo che qui interessa, si rinvia a CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, 73-77; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 232-265, nonché, dello stesso A., anche per gli orientamenti giurisprudenziali, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 73-77, 99-103, 132-135; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, RDP, 1990, 403-405).

In sintesi, se il "fatto costitutivo" del diritto (*causa petendi*) viene identificato, come vuole la maggioranza della dottrina, con i fatti concreti (che giustificano il *petitum*) considerati alla stregua delle ragioni di diritto prospettate dall'attore, ossia alla stregua di una fattispecie legale, il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è un concorso di diritti o di azioni, con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano processuale, ed essenzialmente: mutamento della domanda ove l'attore muti l'indicazione normativa; inesistenza di preclusione da giudicato ove successivamente al rigetto della prima azione venga fatta valere quella concorrente.

Al contrario, si avrà concorso di norme, quindi una sola azione (con opposte conseguenze: libero il giudice di qualificare la domanda secondo una norma diversa da quella indicata dall'attore e libero questi di modificare l'indicazione stessa senza incorrere nel divieto di nuova domanda; preclusione operata dal giudicato di rigetto), ove la *causa petendi* venga ad essere identificata nel concreto accadimento storico, inteso senza riferimento alcuno ad una fattispecie astratta.

La nostra giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso del concorso di azioni; per relative indicazioni cfr. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 332, e per una recente particolare applicazione di simile orientamento Cass. 28 marzo 1991, n. 3350, GI, 1992, I, 1, 2248 con nota di NICCOLINI; in contrario, tuttavia, v. altra non rara giurisprudenza - cfr. sempre ROSSELLO, *loc. cit.* - la quale ammette, tanto ad

opera del giudice quanto della parte, mutamento della qualificazione della *causa petendi* (del risarcimento) da contrattuale ad extracontrattuale, senza che ciò importi modificazione della domanda (per l'ammissibilità della diversa qualificazione, pur escludendo il concorso nel caso concreto, v. anche Cass. 28 luglio 1986, n. 4833, già menzionata a proposito delle c.d. vendite a catena).

Va rilevato che la più recente ed autorevole dottrina processualistica propende per l'unicità del diritto sostanziale fatto valere con le azioni contrattuale ed extracontrattuale: v. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. ALLORIO*, II, 1, Torino, 1980, 191-209; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit. 102-103 e *amplius*, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 252-265; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit. 76, 93; nonché adesivamente, a quanto sembra, PROTO PISANI, *op. cit.*, 404-405: si afferma, in sintesi, che la relazione tra le fattispecie legali, cui è riconducibile un dato complesso di fatti, è tale da escludere che da esso possano scaturire più effetti giuridici, con conseguente unicità della *res in iudicium deducta* ed ammissibilità del mutamento del titolo della domanda).

Valutando ora il concorso di responsabilità dal punto di vista della Convenzione di Bruxelles, ci sembra si debba ammettere che la netta ripartizione del campo dei rapporti obbligatori nelle due categorie della materia "contrattuale" e "delittuale" impone di attribuire preciso rilievo ai profili giuridici della domanda (nel medesimo senso, cfr. anche O'MALLEY/LAYTON, 374-375; COLLINS, 60-61), rendendo di conseguenza improponibile la configurazione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in termini di concorso di norme e di unicità del diritto fatto valere. In quanto da ciò deriva l'ammissibilità del mutamento dell'indicazione normativa sulla quale si fonda la pretesa, ne verrebbe che il giudice adito con domanda di risarcimento *ex contractu* potrebbe decidere sulla domanda anche se, ad iniziativa propria o della parte, riquilificasse come fatto illecito il *fondamento* della pretesa stessa, invadendo così la competenza stabilita dall'art. 5-3°.

Contro la tesi che ammette il mutamento di prospettazione giuridica della domanda, sta del resto la chiara affermazione della Corte di giustizia, nella citata sentenza *Kalfelis*, secondo la quale "un giudice competente a norma dell'art. 5, n. 3, a conoscere del punto di una domanda fondato su atti o fatti illeciti non è competente a conoscere degli altri punti della stessa domanda che si fondano su atti o fatti diversi dall'illecito". Simile affermazione non solo esclude implicitamente qualsiasi rilevanza generale della

connessione soggettiva, oggettiva e impropria tra azioni proposte (o che si volessero proporre) in uno stesso processo; essa impone altresì di qualificare entrambi gli elementi oggettivi della domanda - *petitum* e *causa petendi* - alla luce delle categorie normative definite negli artt. 5-1° e 5-3°, verificando la reciproca corrispondenza tra gli uni e le altre.

Si noti che l'affermazione - che riteniamo vincolante anche nel caso reciproco (sussistenza della competenza per l'azione contrattuale ma non per quella extracontrattuale) - si riferisce ad una domanda relativa ad un unico evento dannoso dedotto dall'attore a titolo di responsabilità da illecito, di responsabilità contrattuale e di arricchimento senza causa: v. il paragrafo precedente. La Corte si rende ben conto che in conseguenza di tale soluzione "possono sorgere inconvenienti dal fatto che i vari aspetti di una stessa controversia vengano giudicati da giudici diversi", ma ritiene che tali inconvenienti siano rimediabili investendo di tutta la domanda il giudice del foro generale o ricorrendo all'art. 22 relativo alla connessione. Bisogna dire però che si tratta di rimedi del tutto inadeguati, particolarmente in considerazione del fatto che la Convenzione non contempla in via generale l'istituto della connessione. Criticamente, sulle conseguenze che sotto tale profilo discendono dalla sentenza *Kalfelis*, HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP, 1994, 291-297).

Ne consegue che la distinzione degli ambiti materiali di competenza, tracciata dagli artt. 5-1° e 5-3°, è in linea di principio compatibile con una configurazione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in termini di concorso di diritti o di azioni, con l'ulteriore conseguenza che i giudici ivi indicati potranno solo conoscere dell'azione per cui sono specificamente competenti: nell'esempio fatto inizialmente, quindi, non sarebbe possibile far valere in Italia anche la responsabilità aquiliana, né potrebbero il giudice e l'attore riquilibrare in termini extracontrattuali, in base alla tesi dell'unico diritto, l'azione inizialmente proposta in via contrattuale.

Peraltro, se è vero che l'applicabilità dell'art. 5-1° esige la prospettazione del fatto costitutivo del diritto solo in funzione della tutela contrattuale (oppure extracontrattuale se è in questione l'art. 5-3°), esiste la possibilità di attrarre nell'ambito dell'art. 5-1° gli effetti ulteriori, rispetto all'inadempimento e alla responsabilità contrattuale, della tutela aquiliana: soccorre, in proposito, la categoria degli *obblighi di protezione* cui si è fatto riferimento in precedenza, la violazione dei quali, in quanto li si debba rite-

nere "fondati sul contratto" (v. *sopra*, par. 1.1.2.), può ben essere fatta valere dinanzi al giudice indicato dall'art. 5-1° quand'anche ai fini del merito essi dovessero risultare integrati nella responsabilità da illecito. Ricorrendo a tale categoria, pertanto, la lesione dei diritti assoluti, di cui all'esempio prospettato inizialmente, potrebbe essere fatta valere dinanzi al giudice italiano - supponendo applicabile alla vendita la legge italiana - ex art. 1494, 2° comma, c.c., e con prescrizione decennale: v. *sopra*, par. 1.1.2.

Sia pure espressa in termini più generici, e fondata essenzialmente su considerazioni di opportunità, è questa la prospettiva accolta dall'Avvocato generale DARMON nelle sue *Conclusioni* nella causa *Kalfelis*: quando nell'attuazione di un rapporto contrattuale si inseriscono comportamenti configuranti un illecito extracontrattuale, occorre riconoscere che i diversi fondamenti della pretesa di risarcimento si richiamano tutti insieme alla violazione del rapporto, cosicché tutti gli aspetti della controversia vengono "canalizzati" dalla nozione autonoma di materia contrattuale verso la competenza del giudice indicato dall'art. 5-1°. A sostegno di questa conclusione l'Avvocato generale invoca le affermazioni della Corte di giustizia nella causa *Peters*, già menzionata al par. 1.1.1., secondo le quali l'art. 5-1° vuole che "in ragione degli stretti legami creati da un contratto tra le parti contraenti, tutti i problemi che possono sorgere in occasione dell'adempimento di una obbligazione contrattuale possano essere sottoposti allo stesso giudice: quello del luogo di adempimento", il quale giudice non deve essere "indotto a dichiararsi competente a statuire su alcune domande, ma incompetente a conoscere di altre domande, pure molto affini" (tale posizione è stata ribadita dall'Avvocato DARMON con le *Conclusioni* nella causa 89/91 *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 19 gennaio 1993 senza peraltro esaminare il punto).

In senso favorevole all'attrazione degli aspetti delittuali da parte del rapporto contrattuale v. anche GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1989, 122 e 1993, 331; KROPHOLLER, 119; sul punto v. altresì, HONORATI, *Concorso*, cit., 297-302, la quale ritiene peraltro più equilibrata la soluzione secondo cui, in materia di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, "il giudice adito per primo potrebbe conoscere di entrambe le domande proposte tra le stesse parti indipendentemente dal fatto che sia competente in forza di altra disposizione convenzionale per entrambe le azioni".

Estranea al tema del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ancorché da essa prenda spunti di riflessione la HONORATI, è la fattispecie cui si riferisce Cass., sez. un., 4 gennaio 1993, n. 1, RDIPP 1994, 344. La causa è intentata da un concessionario esclusivo di vendita italiano il quale conviene in giudizio il proprio concedente tedesco chiedendone la condanna al risarcimento dei danni sia per fatti integranti inadempimento contrattuale (interruzione delle forniture), sia per ulteriori fatti costituenti concorrenza sleale (denigrazione, storno di dipendenti e di clientela). Il giudice di merito, prima, e la Cassazione poi, rilevando che le domande sono del tutto distinte, perché fondate su diversi elementi di

fatto e di diritto, affermano la giurisdizione in base all'art. 5-3° rispetto all'azione extracontrattuale per concorrenza sleale, mentre la negano nei riguardi dell'azione contrattuale a causa della proroga di competenza in favore del giudice tedesco. Nel caso in questione, dunque, non si poneva alcun problema di concorso di responsabilità essendo stati dedotti in giudizio comportamenti del convenuto distinti sotto il profilo fattuale e giuridico. Per un caso analogo, v. Cass. sez. un., 5 settembre 1989, n. 3838, RDIPP, 1991, 118.

Egualemente distinti sono i fatti posti a fondamento delle domande di risarcimento, a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, considerate sotto il profilo della competenza da Cass., sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942, nonché RDIPP, 1994, 631 (l'attore italiano chiede il pagamento del debito scaduto e i danni nonché il risarcimento per discredito commerciale, mentre il convenuto eccepisce vizi e difetti della merce). In questo caso, pur valutando distintamente le domande sotto il profilo della competenza in materia contrattuale ed extracontrattuale, la Cassazione, forse perché incerta circa la sussistenza del criterio posto dall'art. 5-3°, afferma arditamente la giurisdizione anche sotto il profilo della connessione in base agli art. 22 della Convenzione di Bruxelles e 4, n. 3 c.p.c. (ormai abrogato). Il ricorso a tali norme è sicuramente un abuso - la prima è solo un criterio negativo di giurisdizione: permette al giudice di spogliarsi della causa se connessa ad altra pendente dinanzi al giudice di un altro paese contraente; l'applicazione della seconda era indiscutibilmente esclusa nel campo di efficacia della Convenzione - anche se il contesto in cui è prospettato - richiesta di adempimento, eccezione di difetti della merce e denigrazione - rendono evidente lo sforzo di sopperire alla grave lacuna della Convenzione in materia di connessione.

1.2. L'obbligazione rilevante ai fini della competenza.

La competenza speciale (facoltativa), prevista dall'art. 5-1° in materia contrattuale, spetta "al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio é stata o deve essere eseguita". Di qui la necessità di individuare, prima di tutto, l'obbligazione il cui luogo di esecuzione costituisce il criterio di attribuzione della competenza: **indagine che può dar luogo a difficoltà, evidentemente, solo nel caso in cui da un medesimo rapporto derivino più obbligazioni.**

Si supponga che il compratore, lamentando la mancata consegna della cosa entro il termine convenuto, voglia chiedere la risoluzione del contratto onde ottenere la restituzione del prezzo già pagato e il risarcimento del danno: quale obbligazione andrà presa in considerazione per determinare il luogo di esecuzione: quella di consegna, quella di pagamento o quel-

la di risarcimento?

L'esistenza di questo problema è stata particolarmente avvertita alla luce dell'originario testo francese della Convenzione, il quale si limitava ad indicare che la domanda andava proposta al giudice "*du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée*" (analogia indeterminatezza nel testo olandese). Considerata la genericità della formula, non era sembrata del tutto esclusa la possibilità di ritenere sussistente la competenza allorché una qualsiasi obbligazione relativa al rapporto controverso, ancorché non dedotta in giudizio, fosse stata eseguibile nell'ambito territoriale del tribunale adito.

Cfr. WESER, 248; in termini analoghi è stato costantemente inteso dalla nostra giurisprudenza, salvo rare eccezioni, l'abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., ritenendosi sufficiente a fondare la giurisdizione italiana l'eseguibilità nel territorio statale di una delle obbligazioni sorte dal rapporto contrattuale: v. la rassegna di MARTINO, *I limiti della giurisdizione italiana nei confronti dello straniero*, GC, 1991, II, 108-109. Per un ampio esame del problema posto dalla determinazione del luogo di esecuzione, alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 5-1°, v. diffusamente, FORLATI, *Luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RDIPP, 1976, 50; LIZIER TESSIORE, "*Forum solutionis*", *convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e giurisprudenza italiana*, RTDPC, 1980, 113. Cfr. altresì, per un quadro delle principali questioni originariamente prospettate dall'applicazione del criterio in esame: DROZ, *L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat*, in *Recueil Dalloz Sirey, Chr.*, 1977, 287; GOTHOT/HOLLEAUX, RCDIP, 1977, 761.

Giudicando inammissibile questa interpretazione, in quanto avrebbe portato ad una pluralità di giudici competenti in ordine alla stessa controversia, e reputando più conformi agli obiettivi della Convenzione i testi tedesco ed italiano (nel quale ultimo si parla precisamente di obbligazione "dedotta" in giudizio), la Corte di giustizia ha statuito, nella sentenza del 6 ottobre 1976, in causa 14/76 *de Bloos c. Bouyer*, che l'obbligazione il cui *locus solutionis* viene posto a fondamento delle competenze non è una qualsiasi delle obbligazioni scaturenti dal contratto, ma solo quella "che serve di base all'azione giudiziaria", ovvero "quella corrispondente al diritto su cui si impernia l'azione dell'attore" e specificamente, qualora si tratti di risarcimento o di risoluzione, "quella derivante dal contratto ed il cui inadempimento viene invocato onde legittimare dette domande".

In altri termini, se in un contratto di compravendita il venditore agisce per il pagamento del prezzo, la competenza si riconnette all'obbligazione di pagamento e quindi al luogo dove quest'ultimo deve effettuarsi; se invece è il compratore ad agire per la consegna, varrà il luogo dove questa deve essere effettuata (cfr. KROPHOLLER, 100); e così ancora la competenza si fonda sul luogo di consegna se viene chiesto il pagamento della doppia caparra per inadempimento del venditore.

A seguito della pronuncia della Corte di giustizia, si è provveduto, con la Convenzione di adesione del 1978, ad adeguare i testi francese ed olandese i quali fanno ora anch'essi riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio.

La causa cui si riferisce la sentenza *de Bloos* riguardava un contratto di concessione esclusiva di vendita. Lamentando la violazione del diritto di esclusiva e il recesso senza preavviso da parte del concedente francese (la società *Bouyer*), il concessionario belga (*de Bloos*) aveva adito il giudice belga per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Alla Corte di giustizia era stato chiesto di precisare se il termine "obbligazione" di cui all'art. 5-1° si riferisce a qualsiasi obbligazione derivante dal rapporto (incluse le vendite stipulate dal concessionario) ovvero all'obbligazione che serve di base all'azione giudiziaria. In questo secondo caso, si voleva sapere se l'obbligazione indicata nell'art. 5-1° andasse riferita all'obbligazione originaria (divieto di vendita ad altri od obbligo di preavviso), oppure all'obbligo di pagare l'equivalente di essa, ovvero all'obbligo di risarcire il danno nell'ipotesi in cui, per effetto della risoluzione o del recesso dal contratto, l'obbligazione originaria venisse ad essere "annullata", o ancora all'obbligo di versare un'equa indennità, ovvero un'indennità integrativa, ai sensi della legge belga.

Il principio enunciato dalla Corte non manca di fondamento razionale. Collegato al titolo causale della domanda (la violazione di uno specifico obbligo, nel caso considerato), il criterio di competenza trova subito una concretizzazione oggettiva: poiché il diritto potestativo di chiedere la risoluzione sorge dall'inadempimento, è l'obbligazione che si fa valere in giudizio a tale scopo, quella più idonea a determinare la competenza; analogamente, poiché il diritto al risarcimento del danno non è un nuovo obbligo o un obbligo autonomo rispetto all'obbligazione originaria, ma è intrinseco e coesistente a quest'ultima (così, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, III, 12), è di questa obbligazione che si contende in giudizio, e sarà quindi rilevante il luogo di esecuzione di essa, non quello dove sono pagabili i danni.

L'affermazione che la competenza va correlata alla specifica obbligazione su cui viene fondata la domanda è altresì coerente con il principio che ispira tutte le competenze speciali: deferire la controversia al giudice territorialmente più qualificato, quello più vicino ai dati reali della contesa ai fini della prova, di accertamenti tecnici ecc., nonché più vicino al centro in cui si localizzano effettivamente gli interessi e le aspettative delle parti (cfr. KROPHOLLER, 101).

i) Non si è mancato, peraltro, di sottolineare gli aspetti negativi del principio sancito dalla Corte di giustizia.

Gli inconvenienti della regola *de Bloos* - riferimento alla specifica obbligazione dedotta in giudizio - sono stati ritenuti essenzialmente due: la pluralità e la dispersione dei fori competenti in ordine ad uno stesso rapporto, quando si voglia far valere in giudizio la violazione di molteplici obbligazioni; l'insufficienza del criterio stesso quando l'azione non è titolata dall'inadempimento di un obbligo (per i problemi che si pongono in caso di garanzia per vizi, v. *oltre*, par. 1.3. Si noti che la Corte di giustizia, pur rilevando talune difficoltà d'applicazione dell'art. 5-1°, ha confermato la giurisprudenza *de Bloos* nella sentenza del 29 giugno 1994, in causa C-288/92 *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*: v. *oltre*, par. 1.3.).

Sotto il primo profilo è la stessa sentenza *de Bloos* ad evidenziare le conseguenze problematiche che possono discendere dal riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio. Poiché dall'estinzione del rapporto di concessione esclusiva poteva sorgere anche l'obbligo di pagare varie indennità, e indipendentemente dal risarcimento del danno, la Corte di giustizia si è trovata costretta ad ammettere, per coerenza, che se queste obbligazioni sono considerate autonome dalla legge regolatrice del rapporto, ossia non sostitutive di quella originaria inadempita, vi sarà necessariamente per esse un distinto giudice competente.

Afferma la Corte: "Per quanto riguarda le azioni per il versamento d'indennità compensative - (*rectius*: complementari o integrative: sul punto cfr. BISCHOFF/HUET, JDI,

1977, 725) - spetta al giudice nazionale accertare se, in base al diritto da applicarsi al contratto, si tratti di un'obbligazione autonoma o d'una obbligazione sostitutiva dell'obbligazione contrattuale non adempiuta" (in verità - prescindendo dal criterio che verrà poi stabilito dalla Corte per superare il problema - ci sembra più corretto ritenere che il carattere autonomo o meno dell'obbligazione debba essere valutato alla stregua degli obiettivi e del sistema della Convenzione, la legge applicabile potendo solo determinare i caratteri materiali dell'obbligazione in questione: in questo senso v. GOTHOT/HOLLEAUX, 34).

Più in generale, si constata che l'unitarietà della controversia rischia di trovarsi seriamente compromessa dal punto di vista del suo trattamento processuale ogniqualvolta si debba prendere in considerazione una relazione giuridica complessa, costituita da una varietà di diritti, poteri e prestazioni (caso particolarmente frequente nei contratti di appalto, di concessione di vendita, di agenzia, di licenza di diritti di proprietà industriale): l'autonoma rilevanza del "diritto su cui s'impenna l'azione", sancita dalla regola *de Bloos*, obbliga a ricercare il giudice specificamente competente per ciascuna situazione giuridica dedotta in giudizio. Può così accadere che azionando in giudizio una pluralità di obblighi che derivano da un unico rapporto, ma non eseguiti o eseguibili in uno stesso luogo, ad ognuno di essi venga a corrispondere un distinto foro competente.

Tale conseguenza è stata criticata da una parte della dottrina (per tutti, GAUDEMET-TALLON, 117-119; LUPOI A. M., *La competenza in materia contrattuale nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RTDPC, 1994, 1268-1271), anche in considerazione del fatto che la Convenzione non ha provveduto a regolare compiutamente, in termini generali, l'istituto della connessione (il sistema attribuisce rilevanza, come fattore di modificazione della competenza, solo ad alcune specifiche ipotesi di connessione previste agli artt. 6 e 6 *bis*; nel caso di azioni connesse pendenti dinanzi a giudici di diversi Stati contraenti soccorre invece la sospensione o la riunione dei procedimenti alle condizioni stabilite dall'art. 22, ma con regime ed effetti non del tutto adeguati alle esigenze del coordinamento decisorio).

Peraltro, simile critica va nettamente ridimensionata dal momento che l'inconveniente della dispersione dei fori competenti è stato in gran parte neutralizzato dalla stessa Corte di giustizia, come vedremo subito, attraverso il principio secondo cui in caso di pluralità di obbligazioni de-

dotte in giudizio occorre prendere in considerazione quella che tra di esse si presenta come *principale* (v. paragrafo seguente).

L'altro inconveniente della regola *de Bloos* è stato rilevato in dottrina con riguardo alle azioni di nullità o annullamento (ma si potrebbe pensare anche alla simulazione). Si è detto che in simili ipotesi non vi è una obbligazione controversa poiché l'azione riguarda l'intero rapporto (GAUDEMET-TALLON, 119; v. anche LUPOI M., *Il luogo dell'esecuzione*, cit. 143-146, che considera inapplicabile l'art. 5-1° in quanto la *causa petendi* dell'azione prescinde dall'inadempimento di un determinata obbligazione; l'A. estende l'argomento alla rescissione, ma qui, peraltro, un'obbligazione contestata sussiste).

In realtà, anche se la domanda non è titolata da un fatto deducibile in termini obbligatori, non sembra che si possa escludere l'applicazione dell'art. 5-1°: vuoi perché potrebbe farsi riferimento all'obbligazione gravante su chi propone la domanda per esserne liberato (e non vi sarebbe nulla di anormale, come invece sostiene LUPOI M., 146, se si trattasse di un *forum actoris* : ciò può ben accadere anche quando viene fatto valere l'inadempimento), vuoi perché - e sembra questa la soluzione migliore - vi è la possibilità, che ora vedremo, di prendere in considerazione l'obbligazione principale derivante dal rapporto (cfr. KROPHOLLER, 102. Per la riconducibilità delle azioni di nullità e di accertamento negativo all'art. 5-1° v. *sopra*, par. 1.1.4. *sub iii) a)*).

1.2.1. (*Segue*). L'obbligazione *principale* dedotta in giudizio.

Il principio secondo cui ogni obbligazione derivante dal rapporto deve considerarsi dotata di autonoma rilevanza ai fini dell'art. 5-1°, può effettivamente produrre conseguenze contrastanti con la necessità, anch'essa affermata dalla sentenza *de Bloos*, "di evitare, nei limiti del possibile, la molteplicità dei criteri di competenza giudiziaria relativamente al medesimo contratto".

Come si è accennato sopra, il contrasto tra i due principi ha tuttavia trovato una composizione grazie alla pragmaticità della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha indicato come debba farsi fronte al rischio di una dispersione della competenza in una pluralità di fori.

La questione si è presentata concretamente, per la prima volta, in relazione ad un contratto di rappresentanza commerciale che il giudice di merito riteneva di dover qualificare come rapporto di lavoro subordinato. Essendo la domanda giudiziale basata su varie obbligazioni localizzabili in più d'uno Stato, il giudice adito si era trovato nella necessità di individuare l'obbligazione su cui fondare la propria competenza.

La Corte di giustizia, con la sentenza del 26 maggio 1982 in causa 183/81 *Ivenel c. Schwab*, ha ritenuto che in un caso siffatto le norme della Convenzione devono essere interpretate "in modo tale che il giudice adito non si trovi indotto a dichiararsi competente per decidere su talune domande, ma incompetente per conoscere di talune altre", concludendo, anche in base ad altri argomenti, che "l'obbligazione da prendere in considerazione per l'applicazione dell'art. 5 n. 1 della convenzione in caso di domande su varie obbligazioni derivanti da un contratto di rappresentanza che lega un lavoratore dipendente ad un'impresa, è quella che *caratterizza il contratto*" (cors. agg.).

Quest'ultimo principio, che si trova ora superato da una disposizione appositamente dettata per i rapporti di lavoro subordinato (v. *oltre*, par. 1.4.), è stato sempre ritenuto applicabile dalla dottrina maggioritaria esclusivamente alla materia del lavoro (cfr. GAUDEMET/TALLON, 121; O'MALLEY/LAYTON, 402, 409, 411; KROPHOLLER, 101; diversamente la nostra giurisprudenza: v. *oltre*): solo in tale ambito la *prestazione caratteristica* - e di conseguenza il luogo dove essa si svolge - ha potuto fungere da criterio di determinazione della competenza in deroga alla regola generale che impone di prendere in considerazione l'obbligazione dedotta in giudizio (la stessa Corte di giustizia ha ripetutamente escluso, anche di recente, che la prestazione caratteristica possa assumere rilevanza generale per ogni tipo di rapporto; sui motivi che si oppongono all'accoglimento della prestazione caratteristica quale criterio di competenza, v. *oltre*, par. 1.3.).

Peraltro, non deve essere sottovalutato il motivo fondamentale che ha indotto la Corte di giustizia ad introdurre un'eccezione alla regola posta nell'art. 5-1° (nel testo originario del 1968). La considerazione unitaria dell'insieme degli obblighi e diritti che fanno capo ad una delle parti del rapporto, è stata vista dalla Corte essenzialmente come un mezzo per superare l'in-

conveniente - che si verifica anche nei rapporti di lavoro, ma soprattutto in quelli a struttura più complessa - della loro scomposizione in un fascio di relazioni singolarmente costituite da un diritto e dall'obbligo corrispondente.

Ed appare ben significativo che identica motivazione, a favore della rilevanza unitaria del rapporto, sia stata espressa dalla Corte in riferimento ad obblighi associativi - anche qui vi è un rapporto complesso - onde concentrare presso il giudice del luogo dove ha sede l'associazione la competenza in ordine a controversie su obbligazioni che trovano fonte, separatamente o cumulativamente, tanto nello statuto o nei regolamenti dell'ente, quanto nelle delibere dei suoi organi (v. la sentenza *Peters*, esaminata nei paragrafi precedenti, nella quale viene affermato: "la moltiplicazione dei criteri di competenza per lo stesso tipo di controversie non è atta a favorire la certezza del diritto e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'insieme dei territori che costituiscono la Comunità. Pertanto le disposizioni della convenzione devono essere interpretate in modo che il giudice adito non sia indotto a dichiararsi competente a statuire su talune domande, ma incompetente a conoscere di altre domande pure molto affini": cors. agg.).

Si deve constatare, insomma, che quasi contemporaneamente all'affermazione della regola dell'esclusiva rilevanza della singola obbligazione controversa, e pur nel rifiuto di un'applicazione generalizzata del criterio della prestazione caratteristica, non è mancata alla Corte la chiara percezione della necessità di dare unitaria e adeguata soluzione al problema della competenza nei rapporti strutturalmente complessi.

i) Questa soluzione verrà dettata in termini generali dalla sentenza del 15 gennaio 1987, in causa 266/85 *Shenavai c. Kreischer*, la quale ha escluso, al tempo stesso, la possibilità di estendere il criterio della prestazione caratteristica alle prestazioni d'opera intellettuale.

La questione riguarda il pagamento di onorari professionali richiesti da un architetto tedesco, al committente domiciliato nei Paesi Bassi, per l'elaborazione di un progetto relativo a costruzioni da eseguirsi in Germania. In base alla regola *de Bloos*, la competenza sarebbe spettata al giudice olandese (luogo del pagamento), ma l'attore aveva adito il giudice tedesco prospettando come fondamento della competenza il fatto che la prestazione caratte-

ristica del contratto era stata effettuata in Germania, individuandone quindi il luogo di esecuzione o presso lo studio professionale o dove avrebbe dovuto essere realizzato il progetto.

La sentenza *Shenavai* conferma il valore della regola generale (riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio) anche per il caso di specie, ridimensionandone tuttavia la portata alla luce di un'approfondita riflessione circa le alternative che permettono di evitare la dispersione dei fori competenti quando sono dedotte in giudizio molteplici obbligazioni.

Al riguardo è importante notare che la Corte si è chiesta se anche nel caso di prestazioni professionali vi siano ragioni che impongono di accogliere il principio della prestazione caratteristica sancito nella sentenza *Ivenel*, rilevando, opportunamente, che analoga soluzione si giustificherebbe soltanto qualora anche nell'opera professionale fosse necessario dare rilievo alla natura della prestazione e al fatto che la domanda coinvolga più obbligazioni.

La conclusione della Corte è che manca ogni ragione di estendere il criterio della prestazione caratteristica a rapporti diversi da quello di lavoro, non solo perché quel criterio è eccezionalmente imposto dalle peculiarità di quest'ultimo rapporto, ma anche perché una generalizzazione indiscriminata di esso potrebbe risolversi in un fattore d'incertezza, troppo varia ed indefinita essendo la tipologia dei rapporti contrattuali.

D'altra parte, sottolinea la Corte, è vero che la regola generale "non fornisce soluzione nel caso particolare in cui la lite verte su più obbligazioni derivanti dallo stesso contratto e che costituiscono il fondamento dell'azione esperita dall'attore. In questo caso, però, il giudice adito si orienterà sul principio secondo il quale l'accessorio segue il principale; in altre parole, sarà l'obbligazione principale, fra le varie in questione, quella che determinerà la competenza" (cors. agg.).

La "messa a punto" effettuata dalla sentenza *Shenavai* comporta dunque che la competenza va stabilita con riguardo all'obbligazione principale dedotta in giudizio: si badi, *principale tra quelle dedotte* e non tra tutte quelle derivanti dal contratto.

Analogamente, KROPHOLLER, 101-102, secondo il quale il principio non vale allorché più obbligazioni principali siano dedotte in giudizio, per ciascuna di esse dovendosi

determinare il luogo di esecuzione (cfr. anche HUET, JDI, 1990, 147). Nel senso, invece, che l'obbligazione idonea a fondare la competenza debba essere ricompresa tra quelle principali e caratteristiche di un contratto, v. LUZZATTO, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, II, 835. Per la giurisprudenza italiana, oscillante fra questo criterio e quello della prestazione caratteristica v. *oltre*.

Questa soluzione è stata recisamente avversata da una parte della dottrina, che ne ha messo in risalto le difficoltà d'applicazione: opinabilità del rapporto principale-accessorio, incertezza circa il carattere legale o fattuale di tale rapporto, dubbio circa l'imperatività o meno del riferimento all'obbligazione principale (v. in particolare, DROZ, RCDIP, 1987, 798, favorevole in un primo momento al criterio del luogo di esecuzione dell'obbligazione caratteristica, ma poi sostenitore dell'opportunità di abolire lo stesso art. 5-1°; cfr. anche GAUDEMET/TALLON, 120-121; BISCHOFF e HUET, JDI, 1987, 469-471; LUPOLI, M. A., *La competenza*, cit., 1271-1276).

A parte l'ultima questione (vale a dire se la concentrazione delle domande in un unico foro sia o meno facoltativa per l'attore) - questione che riteniamo ormai chiarita dalla successiva sentenza *Mulox* di cui diremo subito -, l'identificazione dell'obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio non presenta difficoltà talmente insormontabili da sminuire l'importanza del principio enunciato dalla Corte di giustizia.

Circa la determinazione in astratto o in concreto dell'obbligazione principale, ci sembra che si debba escludere un riferimento alla struttura tipica del rapporto, perché ciò significherebbe tornare, benché in modo improprio, al criterio della prestazione caratteristica. Per stabilire quale sia l'obbligazione principale, occorrerà guardare di volta in volta alla concreta configurazione del rapporto, alle circostanze che gli fanno da cornice, all'interesse e alla volontà delle parti. Così, ad esempio, non si può attribuire valore determinante a una norma come l'art. 1476 c.c. che indica quali sono le obbligazioni "principali" del venditore: la violazione del patto di esclusiva di vendita (o somministrazione) potrebbe avere rilievo "principale" rispetto all'inadempimento dell'obbligo di consegna delle cose oggetto dell'esclusiva (o rispetto ai vizi della merce); ricorrendo una simile ipotesi, avrà rilievo, ai fini della determinazione della competenza in ordine a tutte le domande, la (localizzazione della) sola obbligazione di esclusiva (per altre

ipotesi in cui rileva il nesso tra una pluralità di obbligazioni, sia pure esaminate in una prospettiva oggi superata, v. LUPOI M., *Il luogo dell'esecuzione*, cit., 137-144).

ii) Circa l'accennato problema del carattere facoltativo o imperativo del riferimento all'obbligazione principale, se cioè l'attore abbia la facoltà di separare le domande portando quella relativa all'obbligazione accessoria o secondaria dinanzi al giudice che sarebbe per essa competente, pare non possa esservi attualmente alcun dubbio che unica ed assorbente sia la competenza del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione principale.

Il principio è nettamente enunciato dalla sentenza del 13 luglio 1993, in causa C-125/92 *Mulox IBC Ltd c. Geels*, la quale, mentre riconferma (sia pure alla luce della ormai superata versione dell'art. 5-1°) la precedente giurisprudenza relativa al contratto di lavoro (competenza unica del giudice del luogo di prestazione dell'attività lavorativa per tutte le domande derivanti dal rapporto), richiama incondizionatamente la regola generale della sentenza *Shenavai* - competenza unica rispetto alle obbligazioni principale e secondaria, anche se diversamente localizzate - per dedurne che, ove la prestazione del lavoro si svolga in più d'uno Stato, occorre fare riferimento all'obbligazione principale dedotta in giudizio e pertanto al luogo dove è principalmente svolta l'attività lavorativa.

Al di là dello specifico significato della pronuncia per i rapporti di lavoro (pronuncia sostanzialmente riconfermata dalla più recente sentenza del 9 gennaio 1997, in causa *Rutten c. Cross Medical Ltd*: v. *oltre*, par. 1.4.), sembra evidente che la Corte abbia voluto non solo ribadire la valenza generale del principio secondo cui la competenza va determinata con riguardo all'obbligazione principale dedotta in giudizio, ma anche escludere il carattere facoltativo attribuito in dottrina al principio stesso (così si erano orientati. DROZ, RCDIP. 1987, 802; BISCHOFF/HUET, *loc. cit.*): non altrimenti può spiegarsi l'affermazione, posta quale conseguenza necessaria di detto principio, secondo cui l'art. 5-1° non può essere interpretato nel senso che esso "conferisce una competenza concorrente agli organi giurisdizionali di ciascuno Stato contraente" (nell'ipotesi, appunto, di più obbligazioni derivanti dallo stesso contratto e costituenti il fondamento dell'azione esperita dall'attore) (alla medesima conclusione giunge, ora, anche HUET, JDI, 1994, 545).

iii) Malgrado qualche iniziale incertezza, la nostra giurisprudenza si è perfettamente allineata al principio indicato della Corte di giustizia nella sentenza *de Bloos*, giungendo a qualificare *ius receptum* "che si debba fare riferimento unicamente all'obbligazione dedotta in giudizio, all'obbligazione contrattuale cioè che serve di base all'azione giudiziaria, valendo a legittimare la domanda" (così, Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, FI, 1989, I, 2878, con nota di PISANESCHI; tra le innumerevoli di analogo tenore: Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912 con nota di ZENO-ZENCOVICH; 15 gennaio 1987, n. 246, RDIPP, 1987, 285; 11 febbraio 1987, n. 1464, *ivi*, 1989, 417; 28 maggio 1987, n. 4795, *ivi*, 1989, 417; 17 marzo 1989, n. 1332, *ivi*, 1991, 172; 20 luglio, 1989, n. 3398, *ivi*, 1991, 475, con ampi richiami a precedenti pronunzie; 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2738 con nota di SILVESTRI; 2 giugno 1992, n. 6665, RDIPP, 1993, 134; 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942 con nota di ROSCIONI).

iv) Meno compatta è l'adesione della nostra giurisprudenza al principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Shenavai*, cioè dell'esclusiva rilevanza dell'obbligazione *principale* dedotta in giudizio.

In talune pronunce la Cassazione, pur riferendosi nominalmente all'obbligazione "caratteristica" del contratto, ha in realtà correttamente applicato il principio che collega la competenza all'obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio.

Si veda, in questo senso, Cass., sez. un., 28 marzo 1990, n. 2500, RDIPP, 1991, 1051, la quale, rilevando nella fattispecie la sussistenza di "una ipotesi in cui, al fine di impedire il frazionamento della controversia tra giudici diversi, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, deve stabilirsi quale (delle diverse obbligazioni dedotte in giudizio riservate alla cognizione di giudici diversi) sia quella che caratterizza il contratto", sembra ritenere ammissibile l'"attrazione", ad opera dell'obbligazione risarcitoria discendente dalla violazione di contratto di agenzia da eseguirsi in Italia, dell'obbligazione di pagamento delle provvigioni ove effettuabile in Germania.

Più esplicita Cass., sez. un., 14 dicembre 1992, n. 13196, RDIPP, 1993, 983, la quale, ritenuto il diritto d'esclusiva (per l'Italia) elemento naturale del contratto d'agenzia cui il convenuto sarebbe rimasto inadempiente, afferma doversi riguardare il corrispondente obbligo "come l'obbligazione caratterizzante il contratto *de quo* e costituente il fondamento dell'azione concretamente proposta, mentre le ulteriori obbligazioni indicate nell'atto di citazione (pagamento delle provvigioni e delle indennità di preavviso, di risoluzione, di clientela nonché del risarcimento del danno) integrano un profilo ulteriore dell'evidenziato assetto contrattuale che, alla stregua della richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e di questa Corte di Cassazione, non possono far venir meno il criterio di collegamento di cui all'art. 5 della convenzione".

Sempre con riguardo ad un rapporto d'agenzia, anche Cass., sez. un., 21 febbraio 1995, n. 1880, RDIPP, 1996, 117, si conforma al principio in esame individuando nel caso concreto, come obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio, quella di pagamento dell'indennità di scioglimento del contratto. Analogamente sembrerebbe l'ordine di idee seguito

da Cass., sez. un., 5 settembre 1986, n. 5438, RDIPP, 1988, 555, secondo cui "qualora a fondamento della domanda di risoluzione venga indicato l'inadempimento di una pluralità di obbligazioni nascenti dallo stesso titolo, il giudice competente per una di esse, in base al criterio del forum destinatae solutionis, è competente anche con riferimento alle altre".

In altre pronunce, invece, la Cassazione sembra confondere l'obbligazione principale dedotta in giudizio con l'obbligazione caratteristica del contratto. In questo senso si veda Cass., sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, GC, 1994, I, 953, la quale dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano in relazione all'accertamento negativo di un patto d'esclusiva a favore del somministrato straniero (convenuto), in quanto le relative obbligazioni incombenti al somministrante "non possono che ipotizzarsi che come obbligazioni " - di non fare - " da eseguire, quanto meno in prevalenza, nel luogo in cui la stessa convenuta esercita la sua normale attività di commercio" (la pronuncia contiene peraltro affermazioni contraddittorie là dove statuisce doversi prendere in considerazione "l'obbligazione che caratterizza il contratto (se a questo nella sua interezza è riferita la domanda)", escludendo però, nell'eventualità che la domanda postuli un accertamento negativo di qualsiasi contratto tra le parti, la possibilità di determinare rispetto ad essa l'obbligazione o le obbligazioni da adempiersi totalmente o prevalentemente in Italia: è evidente che occorre riferirsi alle pretese obbligazioni di cui si vuole accertare l'inesistenza, agganciando la competenza a quella principale tra di esse: in questo equivoco cade anche Cass., sez. un., 25 novembre 1996, n. 12209, RDIPP, 1996, 816 a proposito della quale v. *sopra*, par. 1.1.4. *sub iii) a*).

Evoca ambigualmente le "principali obbligazioni caratterizzanti" un contratto d'agenzia, Cass., 10 gennaio 1992, n. 186, cit., la quale procede, in realtà, a verificare per ciascuna delle singole obbligazioni dedotte in giudizio quale ne fosse il luogo di adempimento, mentre Cass., sez. un., 27 ottobre 1989, n. 4506, RDIPP, 1991, 137, ammette in via di principio che il giudice potrebbe avere il compito di "procedere alla qualificazione del rapporto, come fonte di una obbligazione a più prestazioni o di più obbligazioni diverse e successive, e di stabilire quale fosse quella caratterizzante l'intero contratto".

Più recentemente la Cassazione, sez. un., 9 giugno 1995, n. 6499, FI, 1997, I, 562 con nota di SILVESTRI, si è nettamente pronunciata in favore del criterio della prestazione caratteristica, aggiungendo al travisamento del principio enunciato dalla Corte di giustizia una sconcertante applicazione dello stesso criterio della prestazione caratteristica (è stata considerata tale, rispetto ad un contratto d'appalto, l'obbligazione del committente). Al riguardo, v. il nostro commento critico alla decisione in FP, 1997, I, 9, *Problemi di giurisdizione in tema di vendita internazionale (o appalto) e di illecito extracontrattuale: falsi itinerari interpretativi della Cassazione italiana*.

1.3. Determinazione del luogo di esecuzione in base alla *lex causae*.

Per determinare il luogo di esecuzione dell'obbligazione fatta valere

in giudizio si deve applicare una regola che risale alla prima pronuncia resa dalla Corte di giustizia sulla Convenzione di Bruxelles, la nota e discussa sentenza *Tessili* (del 6 ottobre 1976, in causa 12/76 *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*) nella quale è posto il seguente principio: “Il <luogo in cui l’obbligazione è stata o deve essere eseguita>, ai sensi dell’art. 5 n. 1... va determinato in conformità alla legge che, secondo il diritto internazionale privato del giudice adito, disciplina l’obbligazione controversa”.

Questa regola comporta in primo luogo che il giudice stabilisca in base alle norme di conflitto del proprio ordinamento quale sia la legge regolatrice del rapporto, e più precisamente dell’obbligazione dedotta in giudizio; individuata tale legge, la c. d. *lex causae*, il giudice accerterà in base ad essa se il luogo di esecuzione dell’obbligazione risulti stabilito nell’ambito della propria circoscrizione territoriale.

Come si vede la regola è di per sé chiarissima, e le tante analisi e problematiche che ha suscitato riguardano più l’opportunità del ricorso alle norme di conflitto, e i criteri materiali di accertamento del luogo di esecuzione, che non il suo significato.

i) luogo in cui l’obbligazione è stata eseguita.

Un aspetto delicato della regola *Tessili*, non privo di rilevanza pratica, concerne la duplice valenza del *forum solutionis* risultante dal riferimento normativo, oltre che al luogo in cui l’obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita, al luogo in cui l’obbligazione medesima “è stata eseguita” (la distinzione non appare nel testo inglese il quale fa riferimento al “place of performance”; si ritiene, peraltro, che l’espressione non abbia significato diverso da quello degli altri testi: cfr. KAYE, 520).

Si sarà notato che la sentenza *Tessili* dispone l’individuazione della *lex causae* per entrambe le ipotesi. Ora, potrebbe apparire strano che la ricerca della legge applicabile debba compiersi anche per determinare il luogo in cui l’obbligazione è stata eseguita. Non è forse questo un criterio di fatto per il cui accertamento non è necessario ricorrere ad alcuna valutazione giuridica? Se così fosse, nell’enunciato della regola *Tessili* vi sareb-

be qualcosa di troppo e se ne dovrebbe restringere la portata al solo criterio del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Secondo LUPOI M., *Il luogo di esecuzione*, cit., 149, la natura di fatto del criterio è indubbia e la sua scelta è altresì estremamente saggia perché preclude l'indagine sul *locus solutionis* ed il conaturato problema della scelta della legge alla stregua della quale determinarlo; la stessa idea è implicita nelle generiche affermazioni della dottrina che contrappongono, quanto al modo di accertamento, luogo dove è *stata* e luogo in cui *deve essere* eseguita l'obbligazione: cfr. DROZ, *Compétence judiciaire*, 269)

La verità è che codesta distinzione tra criteri di fatto e criteri giuridici - a seconda che la determinazione del criterio di collegamento risulti da un'indagine di mero fatto o implichi il ricorso a concetti e principi giuridici - è di dubbia fondatezza e può portare ad illazioni poco felici, come nel caso in esame (la distinzione è criticata da STARACE, voce *Giurisdizione (Limiti della giurisdizione)*, ED, XIX, Milano, 1970, 430-431). Qui è sufficiente rilevare che *avvenuta* esecuzione non può identificarsi con un puro accadimento naturale localizzabile nel tempo e nello spazio senza riferimento alcuno alla fattispecie estintiva dell'obbligo. Esecuzione vuol dire *attuazione* del rapporto obbligatorio, conformità tra l'eseguito e il *dovuto*; e *dovuto* comprende il luogo quale modalità dell'esecuzione (benché la natura giuridica dell'adempimento abbia dato origine a varie teorie, per le quali v. di MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 355-385, nessuna di esse degrada l'esecuzione a puro fatto materiale privo di qualificazione giuridica: anche quella che ne esalta l'aspetto della *realità* vede nell'adempimento - rileva l'A., 377 - "una sintesi rappresentata da elementi *esecutivi* e da una valutazione di congruenza tra l'*eseguito* e il *dovuto*").

Da ciò consegue che il luogo dove l'obbligazione è stata eseguita non sarà mai determinabile senza il ricorso ad un criterio di valutazione, sia esso convenzionale o legale. Si pensi all'obbligo di consegna nella compravendita: il semplice fatto della ricezione della merce da parte del compratore nulla dice quanto al luogo dove quell'obbligo è stato adempiuto; quest'ultimo - si veda la differenza tra vendita con spedizione e vendita con consegna all'arrivo - risulterà individuato o dalle prescrizioni della legge che regola il rapporto, o dalla volontà delle parti nella misura in cui esse abbiano fatto uso di un potere loro concesso da tale legge.

Si vede, dunque, che ben a ragione la regola *Tessili* ricollega lo stes-

so metodo di determinazione del luogo di esecuzione tanto al caso dell'avvenuta esecuzione quanto a quello in cui essa debba ancora avvenire. Nel primo caso la regola *Tessili* consente di determinare *ex post* dove è da ritenersi verificata l'attività esecutiva qualificabile come esatto adempimento, e il luogo che ne risulta verrà a coincidere con quello in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Ciò premesso, non si può escludere che vi possano essere situazioni nelle quali l'accertamento del luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita non presenta alcun problema, essendo pacifico tra le parti che l'esecuzione sia avvenuta in quel determinato luogo. Quando però l'esecuzione è avvenuta in luogo diverso da quello prestabilito (dalla legge o dalle parti), sorge l'interrogativo se vi sia competenza concorrente del giudice del luogo in cui l'obbligazione doveva essere eseguita.

Occorre precisare, al riguardo, che una simile alternativa è astrattamente prospettabile solo nel caso in cui l'avente diritto abbia accettato l'esecuzione della prestazione nel luogo diverso da quello prestabilito, rendendo incontestabile, almeno sotto questo profilo, l'esattezza dell'adempimento. Riteniamo perciò errata l'opinione secondo cui il criterio dell'avvenuta esecuzione non richiede che l'attività esecutiva si sia svolta conformemente al dovuto, né che vi sia stata accettazione (GORNATI DE CIUCEIS, *Sull'interpretazione dei criteri giurisdizionali nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RDIPP. 1981, 104 in nota: KAYE. 521). Simile tesi muove dal presupposto, secondo noi errato, che l'esecuzione sia un semplice dato di fatto, localizzabile dovunque venga svolta un'attività materialmente corrispondente al contenuto della prestazione. In realtà, poiché il criterio dell'*eseguita* prestazione postula la fattispecie estintiva dell'obbligo, è indispensabile accettazione, da parte dell'avente diritto, della difformità di luogo rispetto a quanto originariamente previsto. In altre parole, simile criterio potrà essere utilizzato solo nel caso in cui la pretesa dedotta in giudizio non ponga in questione l'esattezza dell'adempimento relativamente al luogo dove esso è stato attuato, ancorché diverso da quello prestabilito.

Posta in questi termini, la questione dell'eventuale concorso tra foro

del luogo dove l'obbligazione è stata eseguita e foro del luogo in cui essa deve - o piuttosto avrebbe dovuto - essere eseguita, va risolta negativamente. Riteniamo, infatti, che in un caso del genere non abbia più ragion d'essere il ricorso al criterio del luogo dove l'obbligazione deve essere eseguita, essendosi realizzata una modifica tacita della previsione in base alla quale esso risultava determinato (per il rilievo preminente della volontà delle parti nella determinazione del luogo d'esecuzione, v. *oltre*).

In sostanza, ove l'avente diritto abbia accettato l'esecuzione dell'obbligazione in luogo diverso da quello previsto, il foro dell'originario luogo di esecuzione viene indirettamente privato di ogni concreta rilevanza (nel senso, a nostro parere non corretto, che i due fori concorrano in ogni caso, indipendentemente dall'accettazione della prestazione in luogo diverso da quello stabilito, v. KAYE, 521; FRANCHI, *La Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze nei rapporti italo-tedeschi*, RDIPP, 1976, 719; in favore del solo foro dell'avvenuta esecuzione, ma senza richiedere accettazione, GORNATI DE CIUCEIS, 104, in nota; nel senso, invece che l'esecuzione in luogo diverso da quello stabilito debba essere stata accettata, v. LUPOI M., 149; ZUCCONI GALLI FONSECA, par. 3.1.1.; KROPHOLLER, 105).

ii) luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Più complessa la problematica che solleva il criterio del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita.

Il caso che ha dato origine alla sentenza *Tessili* - la controversia è tra le più comuni: il compratore lamenta difetti della merce acquistata e chiede la risoluzione del contratto - può essere considerato emblematico delle difficoltà che si pongono nell'applicazione di questo criterio di competenza. Essendo stata fatta valere la garanzia per i vizi, la questione che stava in cima a tutte le altre era sapere quale fosse l'obbligazione dedotta in giudizio (bisognava quindi stabilire che cosa sia la garanzia, quale fondamento e natura essa abbia); poi si sarebbe posto il problema del luogo di esecuzione.

La sentenza *Tessili* non considera il problema nella sua interezza e si limita ad indicare il modo in cui il giudice deve determinare il luogo d'adempimento dell'obbligazione controversa (probabilmente perché l'altra questione viene decisa nello stesso giorno con la sentenza *de Bloos* di cui si è

trattato nei paragrafi precedenti). E' opportuno osservare che il percorso in due tappe imposto al giudice adito - determinare prima la legge applicabile al rapporto, successivamente definire in base a tale legge il luogo d'adempimento - non è neppure sorretto da una adeguata motivazione (la Corte si limita a rilevare le divergenze dei diritti nazionali nella determinazione del luogo d'esecuzione delle obbligazioni e la varietà di soluzioni seguite a seconda del tipo di contratto, concludendo che "appare impossibile fornire indicazioni più ampie per l'interpretazione del concetto di <luogo d'esecuzione>", e che il riferimento fatto a quest'ultimo dalla Convenzione "non può essere inteso se non come un rinvio al diritto sostanziale da applicarsi, il quale va individuato in base al diritto internazionale privato del giudice investito della causa").

Ciò può apparire tanto più sorprendente se si considera che la Corte non poteva certo ignorare che il rinvio alla legge competente avrebbe pregiudicato l'uniformità di applicazione della Convenzione a causa della diversità delle regole di conflitto presenti nei vari ordinamenti, anche se si può pensare che essa giudicasse l'inconveniente solo transitorio per via dell'elaborazione in sede comunitaria della convenzione sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (v. *oltre*). La verità è che tale scelta, per quanto carica di implicazioni problematiche, non aveva e non ha alternative migliori.

Torniamo al problema della localizzazione della garanzia per i vizi. In astratto si pone un'alternativa tra luogo in cui le cose viziate (oppure prive delle qualità promesse od essenziali: v. art. 1497 c. c. ancorché non utilizzi l'istituto della garanzia) si trovano, e luogo in cui ne è stata effettuata la consegna. La prima soluzione presuppone (secondo noi correttamente) l'autonomia della garanzia da una specifica obbligazione, e tanto più l'esclusione che la garanzia costituisca essa stessa un'obbligazione (la garanzia *assicura* che qualcosa è esistente in un certo modo: è inconcepibile la promessa *-id est* l'obbligazione - che lo è); la seconda soluzione si fonda sull'inerenza della garanzia all'obbligazione di consegna. Il problema è risolto dalla Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (v. il paragrafo seguente) con l'assorbimento della garanzia, *sub specie* di responsabilità per inesatto adempimento, nella (vio-

lazione della) obbligazione di consegna (artt. 35, 36, 46-52), ma altre soluzioni sono concepibili, come quella che, muovendo dalla costruzione della garanzia come effetto della vendita condizionato all'inadempimento dell'attribuzione patrimoniale promessa col contratto, porta a localizzare il verificarsi di tale effetto presso la sede dell'acquirente vittima dell'inesatto compimento dell'attribuzione patrimoniale.

La soluzione che abbiamo prospettato fa leva sulla concezione della garanzia come surrogato della pretesa di adempimento in ordine alle qualità contrattuali della cosa, per la quale v. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, RDC, 1953, I, 3. Alla stessa soluzione, pur muovendo da altri presupposti, accenna favorevolmente MUIR WATT, RCDIP, 1994, 580. Per altre possibili soluzioni (competenza alternativa tra le sedi del venditore e del compratore o del luogo in cui si trova il bene viziato) GAUDEMET-TALLON, 127. L'incongruità della costruzione della garanzia sia come obbligazione a sé, sia come contenuto dell'obbligo di consegna, sembra incontestabile anche a chi riconduce la garanzia, in quanto violazione dell'impegno traslativo del venditore, alla sfera dell'adempimento contrattuale: v. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2^a ed., Torino, 1993, 701-702, nonché, quanto alla Convenzione di Vienna, il commento all'art. 35 in NLCC, estratto, 1992, 146. Per l'orientamento della nostra giurisprudenza, circa i termini di applicazione dell'art. 5-1° all'ipotesi in cui sia fatta valere la garanzia per vizi, v. *oltre*, par. 1.5.).

Localizzare l'esecuzione della garanzia, come si vede, non è affatto facile, dipende da scelte di diritto sostanziale ed è questione aperta a molteplici soluzioni.

Il problema è più semplice, ma non diverso per natura, se consideriamo l'obbligazione di pagare somme di denaro. Anche qui le soluzioni variano in funzione delle norme sostanziali, vigendo in alcuni ordinamenti il principio generale che il pagamento va effettuato al domicilio del creditore (obbligazione c.d. *portable*: v. art. 1182, 3° comma, c.c.; stessa soluzione in Danimarca, Grecia, Irlanda, Paesi Bassi e Regno Unito, Finlandia, Svezia, Islanda, Norvegia, Svizzera), in altri il diverso principio secondo cui esso si effettua al domicilio del debitore (obbligazione c. d. *quérable* Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Austria: v. LANDO, *Compétence judiciaire*, 31).

In teoria, la soluzione che più si addice al sistema della Convenzione di Bruxelles parrebbe quella di fissare direttamente sul piano processuale il concetto di luogo d'esecuzione: ad es., luogo in cui si trova la merce difet-

tosa, per la garanzia; domicilio del creditore per il pagamento. La definizione “comunitaria” del criterio di competenza (eventualmente generalizzandolo nel riferimento alla sede di chi effettua la prestazione caratteristica: così, LANDO, 33, ma v. *oltre* i problemi che si pongono nell’applicazione della Convenzione di Roma del 1980; per una diversa soluzione, tesa a dare risalto alla volontà delle parti, assoggettata a disciplina autonoma, e in difetto a criteri di fatto in correlazione all’art. 10 della Convenzione di Roma, v. JAYME, *Compétence judiciaire*, 81) ne permetterebbe un’applicazione assolutamente uniforme, evitando oltre tutto che nella fase iniziale del processo si debbano compiere complesse valutazioni che attengono al merito della causa.

Né vi sarebbe da temere che l’interpretazione “comunitaria” (ovverosia autonoma) possa finire per condizionare la decisione del merito: proprio nella sentenza *Tessili* è la stessa Corte a sottolineare che l’interpretazione delle “espressioni e nozioni ai fini della Convenzione non influisce sull’accertamento della norma di diritto sostanziale da applicare alla controversia”. Ideale dal punto di vista teorico, questa soluzione non è però attuabile in concreto se non con la creazione progressiva di regole appropriate e continui rinvii alla Corte di giustizia, operazione, d’altra parte, che la Corte non è sembrata disposta ad attuare, avendo essa espressamente escluso la possibilità di soluzioni innovative al di fuori della materia del lavoro (v. il paragrafo precedente e *oltre*, la sentenza *Custom Made Commercial*).

iii) vantaggi e inconvenienti del rinvio alla lex causae.

Preso atto che la determinazione del luogo di esecuzione dell’obbligazione deve necessariamente svolgersi in base alle norme sostanziali dei diritti interni, la vera questione che si pone riguarda la scelta del sistema giuridico alla cui stregua individuare tale luogo. Le soluzioni possibili sono due.

La prima, conforme all’orientamento tradizionale della nostra giurisprudenza in sede d’applicazione dell’abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., parte dal principio che sia la legge del foro a stabilire il significato delle norme processuali (c.d. qualificazione *lege fori*), cosicché l’accertamento del *locus solutionis* va operato in base alle norme sostanziali dell’ordinamento cui appartiene il giudice, senza badare alla legge che disciplina il rapporto con-

troverso: l'art. 1182 c.c. è quindi la regola generale in base alla quale il giudice italiano dovrebbe stabilire se il luogo dell'adempimento si trova nella propria circoscrizione.

La seconda soluzione muove dall'assioma che il luogo dell'esecuzione è una circostanza intrinseca alla domanda giudiziale ("un carattere della lite tratto dal merito della causa", dice autorevolmente MORELLI, 120), e come tale non può che essere individuato in base alla *lex causae*, ossia in conformità alla legge che disciplina il rapporto secondo le norme di conflitto del giudice adito (con qualche eccezione, la dottrina ha sostenuto con forza il principio della qualificazione *lege causae* del titolo di giurisdizione dato dal luogo d'esecuzione: al riguardo, v., anche per ult. rif., il nostro, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione tra Convenzione di Bruxelles e Convenzione di Roma: eguaglianza o uniformità?*, JUS., 1990, 79; da ultimo, è ritornato sul problema SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del forum destinatae solutionis*, RDI, 1995, 76).

Tra le due soluzioni la Corte di giustizia ha preferito la seconda, probabilmente perché essa presenta due pregi rispetto all'altra. Il primo è una ripartizione della competenza tra gli Stati contraenti più equa di quella che si sarebbe conseguita attraverso il ricorso alla *lex fori*. Applicando tale ultimo metodo nella determinazione del *locus solutionis*, si sarebbero infatti create discriminazioni tra creditori domiciliati in paesi dove l'obbligazione è *portable* e creditori domiciliati in paesi dove essa è *quérable*: i primi avrebbero potuto sempre avvalersi dell'art. 5-1°, alla stregua di un *forum actoris*, i secondi no perché avrebbero sempre visto coincidere domicilio del debitore e luogo d'adempimento. Questo inconveniente non si ha col ricorso alla *lex causae*, la quale può rendere applicabile l'art. 5-1° anche in paesi dove l'obbligazione è *quérable*.

Il secondo motivo di preferenza per il rinvio alla legge competente è d'ordine teorico. Con tale metodo, infatti, la determinazione dell'organo giudicante viene resa coerente, quanto meno in via di principio, con la *ratio* dell'art. 5-1°, la quale pone a fondamento del criterio di competenza uno stretto rapporto fattuale tra la lite e il giudice: sede del giudizio sarà quella del luogo effettivamente destinato all'esecuzione dell'obbligazione controversa, quella dove realmente si accentrano interessi ed aspettative delle parti (*amplius* su tali aspetti, il nostro, *Il luogo d'esecuzione*, cit., 84-88).

Se il ricorso alle norme di conflitto ha dei meriti, non vanno però

sottaciuti i suoi inconvenienti. E' chiaro che l'esigenza di speditezza nell'accertamento dei presupposti della competenza non si concilia con una preliminare indagine di merito, che può anche risultare molto complessa, circa la legge chiamata a disciplinare l'obbligazione dedotta in giudizio. E quanto più complessa è tale indagine, tanto meno garantito è il valore della certezza e prevedibilità del foro competente. Vi è anzi il rischio che la sua definizione si realizzi non mediante una fattispecie generale ed astratta, bensì nel caso concreto, ad opera dello stesso giudice investito del processo.

Il problema è estremamente delicato, perché si tratta di soddisfare l'esigenza di equità e giustizia delle concrete soluzioni processuali - ciò che si ottiene deferendo la controversia ad un giudice effettivamente "prossimo" ad essa - senza sacrificare quella fondamentale esigenza di certezza che solo criteri obiettivi, ed accertabili sin dall'inizio del processo, possono assicurare. La soluzione della giurisprudenza, consistente nel ricorso al principio della qualificazione *lege fori* delle norme del nostro diritto comune, garantisce l'obiettività e la conoscibilità anticipata del foro competente, a scapito però dell'effettività del suo collegamento con il rapporto controverso. Viceversa, l'indagine (preliminare) circa la legge dalla quale trarre l'indicazione del luogo d'esecuzione garantisce l'individuazione di un foro "appropriato" ma non necessariamente anche "prevedibile" (sul tema che abbiamo qui sfiorato, v., in generale, anche per ult. rif., TROCKER, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale (Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedure civili)*, Milano, 1996, 43-51; HAY, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, RC, 1991, 1, 185; v. anche oltre).

iv) effetti negativi del ricorso alla Convenzione di Roma del 1980.

Per essere accettabile nella determinazione dei presupposti della competenza, il ricorso al metodo conflittuale deve almeno poter garantire, nonostante la sua complessità, un'effettiva uniformità di risultati nell'applicazione dell'art. 5-1°.

E' evidente che la regola *Tessili*, pur essendo in sé stessa un principio

di uniforme applicazione, non può assicurare che i presupposti della competenza vengano stabiliti rispetto ad una stessa fattispecie in termini identici nei vari Stati contraenti. Se essi non adottano le medesime regole internazionalprivatistiche, la legge regolatrice del rapporto può variare a seconda del foro adito, ed insieme ad essa potrà quindi variare anche il luogo d'esecuzione dell'obbligazione.

Di qui la grande importanza attribuita alla Convenzione di Roma sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (v. *sopra*): secondo l'opinione generale (per tutti, cfr. GAUDEMET-TALLON, 127, 129-130) essa è in grado di conferire un carattere effettivamente uniforme alla regola *Tessili*, essendo il luogo d'esecuzione ormai determinabile in qualunque foro in base alla stessa legge sostanziale (con l'ulteriore vantaggio dell'eliminazione del *forum shopping*: cioè della pratica consistente nel ricercare il foro dove si realizzano le condizioni più favorevoli per l'accoglimento della domanda).

E' opportuno soffermarsi su questo punto perché ci sembra che il rischio di soluzioni difformi nell'applicazione dell'art. 5-1° non sia affatto scomparso, ma sia anzi aumentato a causa della più complessa e "flessibile" strutturazione del regime conflittuale adottato dalla Convenzione di Roma.

In effetti, anche a voler trascurare il pericolo che la sua uniformità di applicazione venga affievolita dall'impossibilità, in alcuni Stati contraenti, del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia (gli Stati comunitari hanno provveduto a stipulare due Protocolli, sottoscritti a Bruxelles il 19 dicembre 1988, l'uno - necessitante ratifica di tutti i membri della Comunità - diretto ad attribuire alla Corte di giustizia una competenza interpretativa pregiudiziale della Convenzione di Roma, l'altro - condizionato all'entrata in vigore del precedente - volto a consentire, a quanti lo vogliano (ma almeno sette Stati), il ricorso pregiudiziale alla medesima (con diversità di rilievo rispetto a quanto previsto per la Convenzione di Bruxelles dal Protocollo del 1971): cfr. al riguardo TIZZANO, *Relazione sui Protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, G.U.C.E., n. C 219 del 3 settembre 1990), basta uno sguardo superficiale ai cardini del suo sistema per capire come un giudice possa frequentemente trovarsi non solo nell'impossibilità di decidere sulla propria competenza senza una approfondita valutazione del merito, ma essere anche

indotto, proprio per la necessità di simile valutazione, ad apprezzamenti largamente discrezionali nell'accertamento della legge regolatrice del rapporto, con ripercussioni inevitabili sulla stessa uniformità di accertamento della competenza. Vediamo perché.

Nell'essenziale, la Convenzione di Roma affida la determinazione della legge regolatrice del contratto a due criteri fondamentali: designazione espressa o tacita della legge ad opera delle stesse parti; in mancanza, sottoposizione del contratto alla legge del paese col quale presenta *il collegamento più stretto*, collegamento presuntivamente indicato col paese dove è stabilito il debitore della c.d. *prestazione caratteristica*.

Solo in apparenza la scelta espressa della legge applicabile elimina ogni incertezza e necessità di indagini preliminari di merito. Si consideri che il giudice adito deve tener conto dell'obbligazione dedotta in giudizio. Ora, è ben possibile, dato il complesso regime della Convenzione di Roma, che questa obbligazione risulti sottoposta non alla legge scelta dalle parti, bensì alle disposizioni di un'altra legge, il cui accertamento apre non pochi spazi alle valutazioni discrezionali.

Il caso meno problematico, perché più prevedibile anche se non del tutto esente da un certo margine di apprezzamento soggettivo del giudice, è quello dell'eventuale applicabilità delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* (art. 7, par. 2). Non si può escludere che una norma del genere modifichi i termini di esecuzione della prestazione facendone variare il luogo di esecuzione (si pensi alle norme che pongono restrizioni all'uso dei normali mezzi di pagamento per prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopi criminali; oppure alle norme che restringono la circolazione di certi beni o impongono determinate condizioni all'espletamento di certi servizi).

Il problema, comunque, nasce dalla discrezionalità della decisione di dare rilevanza a certe norme che non sono comprese nella legge "prevista" dalle parti e che possono incidere sull'esecuzione degli obblighi gravanti su di esse. Le altre e più importanti ipotesi in cui ciò può accadere risultano dagli artt. 3, par. 3, e 7, par. 1.

La prima di tali disposizioni prevede che "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti..., qualora nel momento della scelta tutti gli

altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto...". Vengono qui in considerazione i c. d. contratti "interni", cioè collegati ad un unico Stato - che può essere quello del foro o altro Stato - tranne che per la scelta delle parti di sottoporli ad una legge straniera. Ora, ammesso che sia facile stabilire anche nel caso di una legge straniera quali siano le norme "cogenti", quelle cui non si può derogare per contratto, resta il problema di vedere in quali casi un contratto possa dirsi "interno": in quali circostanze si può dire che "tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico paese".

Ancor più delicata la valutazione che si prospetta in conseguenza dell'art. 7, par. 1: "Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione".

Senza scendere nell'analisi di questa disposizione, osserviamo che tanto in ordine alla categoria di norme cui essa fa riferimento - le c.d. norme di applicazione necessaria, qui *straniere* in quanto appartenenti ad un ordinamento diverso da quello del foro e da quello la cui legge regola il contratto -, quanto in ordine alle condizioni in presenza delle quali si può "dare effetto" a tali norme, esiste assoluta concordia sul fatto che si tratta di questioni rimesse ad una valutazione ampiamente discrezionale del giudice, nella quale vengono coinvolti giudizi di valore molteplici e non verificabili mediante precisi canoni interpretativi. Ne è conferma, in esito alle molte critiche che l'art. 7, par. 1 ha ricevuto, la possibilità che tale norma sia oggetto di riserva per escluderne l'applicazione (si sono avvalsi di tale facoltà, in sede di ratifica della Convenzione, la Germania, il Lussemburgo, il Portogallo, il Regno Unito, ma non l'Italia).

A tutto questo si aggiunga che la scelta della legge regolatrice del contratto può essere tacita, anche successiva alla conclusione del contratto,

e che la scelta può essere tacitamente effettuata o modificata persino con un comportamento processuale (art. 3, parr. 1 e 2): anche sotto questo profilo vi è dunque la possibilità di ulteriori valutazioni discrezionali, con l'ulteriore problema, che rileva altresì sul piano della competenza, di stabilire se la nuova legge regoli il rapporto *ex nunc* o *ex tunc*.

Per un primo orientamento alle complesse questioni cui si è fatto cenno, si vedano VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 71-76, 193-202; BALLARINO, *Dir int. priv.*, 596-602; 618-621; FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative*, in SACERDOTI/FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2^a ed., Milano, 1994, 17-33; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991, 303-305, 321-325.

La situazione che pone i maggiori problemi sotto il profilo che qui interessa, si ha comunque in mancanza di scelta delle parti, quando si deve ricorrere al complesso procedimento di determinazione della legge competente previsto dall'art. 4, nel quale vengono in considerazione per la generalità dei casi: a) il concetto di "collegamento più stretto" con un paese (ed eventualmente più d'uno) la cui (o le cui leggi) è (o sono assunte *pro parte*) a legge regolatrice del contratto; b) la "presunzione" che tale collegamento esista col paese dove risiede abitualmente (o ha sede o amministrazione centrale), al momento della stipulazione, colui che effettua la "prestazione caratteristica"; c) il superamento della presunzione "quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese", ovvero la sua esclusione "quando la prestazione caratteristica non può essere determinata". Inoltre, va sempre tenuto conto dell'esistenza di norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di uno Stato terzo, diverso da quello la cui legge è applicabile al contratto.

Sono questi i nodi - solo a grandi linee, e neppure tutti - che il giudice adito deve sciogliere per sapere quale legge sia applicabile al rapporto, per stabilire poi in base ad essa dove sia fissato il luogo d'esecuzione dell'obbligazione, e quindi per accertare se possa conoscere della causa.

Ora, è di scarsa importanza, ai nostri fini, sapere quale ruolo si debba assegnare alla "presunzione" del collegamento del contratto col paese del

“prestatore caratteristico”: se essa sia una semplice indicazione per orientare il giudice, che si baserà sempre sul complesso delle circostanze indicanti il collegamento più stretto con un dato paese; o se essa sia, invece, una vera e propria presunzione che va rimossa da chi voglia far valere un collegamento più stretto con un diverso paese; o se sia, infine, una regola di “concretizzazione” del principio generale, che può essere superata solo in via d’eccezione.

Pare indubbio, infatti, come è stato efficacemente dimostrato, che il giudizio volto ad individuare la legge regolatrice di un *determinato* contratto è tutt’altro che vincolato ad accertamenti obiettivi, fondati su concetti generali ed astratti - la “prestazione caratteristica”, ammesso che sussista e che sia facile determinarla -, consistendo invece in un procedimento eminentemente valutativo della situazione concreta, nel quale la considerazione della categoria astratta, del tipo contrattuale, si fonde, o meglio si dissolve in apprezzamenti discrezionali di tutte le circostanze del caso, e non ultimi, degli interessi in gioco.

Circa il rapporto tra l’indagine tendente ad individuare la prestazione caratteristica e l’accertamento dell’esistenza di un collegamento più stretto del contratto con un altro paese, v. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 97-102 e, in precedenza, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, II, Limiti di applicazione. Lectio notariorum* (a cura di BALLARINO), Milano, 1994, 17, il quale conclude (46) con un giudizio sostanzialmente negativo circa l’idoneità del sistema dell’art. 4 della Convenzione a soddisfare esigenze di certezza e prevedibilità della legge applicabile: giudizio tanto più fondato se dovessero trovare seguito le dottrine (per tutti, BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato*, Milano, 1991) che assegnano un ruolo centrale e prevalente al potere valutativo del giudice.

Un esempio delle incertezze che potranno prodursi è la decisione della Cour d’appel de Versailles, 6 febbraio 1991, RCDIPP, 1991, 745 con nota critica di LAGARDE, che rimprovera alla Corte un uso improprio della disposizione che autorizza il superamento della presunzione generale posta nell’art. 4; il metodo impiegato dalla Corte è invece approvato da Villani, *La Convenzione di Roma*, cit., 101-102. Per un giudizio sostanzialmente positivo sulla giurisprudenza tedesca che da vari anni applica le disposizioni della Convenzione, ben prima della sua entrata in vigore, a titolo di legge nazionale, v. STURM, *La Convenzione di Roma nell’esperienza della giurisprudenza tedesca*, in *La Convenzione di Roma*, cit., 67.

Tutto ciò può anche essere considerato un reale progresso dal punto di vista del metodo internazionalprivatistico, perché consente di realizzare una localizzazione particolarmente appropriata del concreto rapporto giuridico. D'altra parte è innegabile che la flessibilità del criterio di collegamento, la maggior attenzione alle peculiarità del rapporto e il potere valutativo conferito al giudice finiscono per porre la certezza del diritto, almeno se intesa in senso soggettivo come prevedibilità della legge competente, in posizione del tutto marginale.

Vi è da chiedersi allora come tutto ciò possa conciliarsi con il sistema rigido della Convenzione di Bruxelles, rispetto al quale la Corte di giustizia ha sempre messo in primo piano l'esigenza di certezza e prevedibilità della competenza (si è già visto, *sopra*, par. 1.2.1. che la Corte ha rifiutato, proprio per ragioni di certezza e prevedibilità della competenza, l'uso generalizzato del criterio della prestazione caratteristica al fine di determinare l'obbligazione dedotta in giudizio).

Si considerino, tra le pronunzie più recenti della Corte di giustizia, le affermazioni contenute nella sentenza del 3 luglio 1997, in causa C-269/95 *Benincasa c. Dentalkit srl*: "Va rilevato... che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la Convenzione mira segnatamente ad unificare le norme in materia di competenza dei giudici degli Stati contraenti... ed a potenziare la tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, permettendo sia all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire, sia al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato... E' del pari conforme a tale spirito di certezza del diritto la possibilità per il giudice nazionale adito di pronunciarsi agevolmente sulla propria competenza in base alle regole della Convenzione senza essere costretto a procedere all'esame della causa nel merito" (per un ulteriore energico richiamo all'esigenza di certezza e prevedibilità della competenza, costituite a valore primario della Convenzione, v. la sentenza del 13 luglio 1993, in causa C-125/92 *Mulox IBC Ltd c. H. Geels*, e la sentenza del 19 settembre 1995, causa C-364/93 *Marinari c. Lloyd's Bank e Zubaidi Trading Company*).

Innestate nel sistema di Bruxelles, la flessibilità e la discrezionalità si rivelano un'autentico corpo estraneo, un potenziale fattore d'instabilità e d'ingiustizia del sistema. E' tollerabile che la competenza venga a dipendere da un apprezzamento di merito largamente discrezionale che la legge commette al giudice in ordine alla *singola* controversia? E fino a che punto il criterio di competenza così concretizzato si armonizza col "diritto del

cittadino a una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere” (in questi termini la Corte costituzionale nella sentenza del 7 luglio 1962, n. 88, FI, 1962, I, 1217)?

Queste perplessità si rafforzano alla luce delle ampie argomentazioni che si rinvencono nella sentenza del 29 giugno 1994, causa C-288/92 *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, con la quale la Corte di giustizia ha recisamente escluso che il criterio *rigido* del luogo d'esecuzione possa venir trasformato in un criterio *flessibile* comportante la necessità di valutare l'effettività del legame tra giudice adito e controversia.

In un processo intentato per mancato pagamento della fornitura, il debitore (inglese) convenuto *ex art.* 5-1° presso il giudice del luogo dove ha sede il venditore (tedesco), contesta sino in Cassazione la determinazione del luogo d'esecuzione effettuata dai giudici di merito sulla base dell'art. 59, 1° comma, prima parte, della legge uniforme allegata alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964 relativa alla vendita internazionale di cose mobili materiali (denominata LUVI) (la norma prevede che l'acquirente paghi il prezzo nel luogo della sede commerciale - o in mancanza, di residenza abituale - del venditore). Di qui il quesito rivolto alla Corte comunitaria diretto ad accertare se la regola *Tessili* vada applicata anche quando porta a determinare il luogo d'adempimento in base alla norma uniforme sulla vendita.

La vera questione prospettata alla Corte comunitaria - si noti - non riguarda l'eventuale applicabilità diretta della norma uniforme evitando il ricorso alle norme di conflitto (questione sulla quale v. il paragrafo seguente), bensì - profilo molto più rilevante e delicato - la possibilità o meno di derogare all'applicazione della *lex causae* quando nel caso concreto risulti che tale applicazione produce un risultato non conforme alla *ratio* dell'art. 5-1°, cioè alla finalità di tale norma di attribuire competenza ad un giudice prossimo agli elementi concreti della controversia. In altre parole: il principio secondo cui la nozione processuale di luogo dell'esecuzione coincide con la nozione sostanziale di luogo dell'adempimento può essere disatteso quando il foro che ne risulta non è quello che ha il più stretto collegamento con la controversia? e in caso affermativo si può attribuire la competenza al foro col quale tale collegamento invece sussiste?

Mentre l'Avvocato generale LENZ dà risposta positiva a tali quesiti sulla base di una complessa argomentazione, tra l'altro tendente a dimostrare che la regola *Tessili* non si fonda sull'idea che il rinvio alla *lex causae* è esso stesso espressione della finalità dell'art. 5-1° (v. particolarmente i punti 46-49 delle sue *Conclusioni* formulate nel senso che l'applicazione dell'art. 59 della legge uniforme allegata alla Convenzione dell'Aja non consentirebbe di investire della causa un giudice spazialmente prossimo alla controversia e che pertanto, onde rispettare la finalità dell'art. 5-1° occorre riferirsi al luogo di destinazione della fornitura), la Corte di giustizia si pronuncia in senso nettamente contrario, escludendo in ogni caso la possibilità di disapplicare la regola *Tessili*, anche quando il luogo d'esecuzione venga deter-

minato in base ad una norma come quella sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1964.

La Corte di giustizia coglie esattamente la sostanza del quesito prospettato - l'inadeguatezza della norma uniforme a tradurre nel caso concreto la *ratio* dell'art. 5-1°, dal momento che gli elementi caratteristici del rapporto lo facevano apparire collegato più alla sede dell'acquirente che non a quella del venditore - e con una motivazione di ragguardevole ampiezza, quasi a voler chiudere definitivamente con le contestazioni rivolte contro l'art. 5-1°, riconferma punto per punto la propria precedente giurisprudenza. In sintesi, le argomentazioni della Corte sono queste:

- l'art. 5 offre un'alternativa al foro del domicilio in ipotesi tassative, individuate in considerazione dell'esistenza, in queste stesse ipotesi, di un collegamento molto stretto tra un dato giudice e una data controversia. Questa circostanza è però solo il fondamento della norma, non il criterio che essa adotta;

- il luogo d'esecuzione dell'obbligazione è normalmente il luogo di collegamento più immediato fra giudice e lite, ed è per questa ragione che esso è stato adottato quale criterio di competenza. Anche in questo caso, però, non si può dire che il criterio di competenza è costituito dalla connessione fra giudice e lite, tale criterio essendo rappresentato solo dal luogo di esecuzione dell'obbligazione;

- per la sua precisione e chiarezza, questo criterio di competenza corrisponde allo scopo generale della Convenzione di assicurare "certezza in merito alla suddivisione delle competenze tra i vari giudici nazionali". Sostenere che ci si può discostare da esso quando nel caso concreto viene attribuita competenza ad un giudice privo di reale connessione con la controversia, significa costringere il giudice adito a valutare l'intensità dei legami con la controversia esaminando i mezzi dedotti dal convenuto e il merito della causa prima della pronuncia sulla competenza, vanificando così la prevedibilità dal foro competente e l'obiettivo di certezza perseguito dalla Convenzione.

Valutando questi argomenti, si direbbe che la Corte non abbia risposto a tono alla critica di inadeguatezza, rispetto alla *ratio* dell'art. 5-1°, della concreta determinazione del giudice competente. In parte è così, ma bisogna anche dire che simile inadeguatezza si rivela alla luce ad un concetto di prossimità riferita all'intero *rapporto contrattuale* (in questo senso si sviluppa il ragionamento dell'Avvocato generale: v. i punti 71-78 delle sue *Conclusioni*), non se l'effettività del collegamento tra giudice e controversia viene valutata rispetto alla *specificità obbligazione dedotta* in giudizio (nel caso in questione, il pagamento del prezzo, alla determinazione del cui luogo è puntualmente - e non a caso - riferita la motivazione come il dispositivo della sentenza della Corte).

D'altra parte, ciò che la Corte vuole impedire è proprio un giudizio valutativo che investa tutto il complesso delle vicende del rapporto onde stabilire quale sia il giudice cui esse sono più strettamente collegate. Come è stato esattamente osservato (GAUDEMETTALLON, RCDIP, 1994, 702), tramutare il criterio del luogo d'esecuzione in quello del "collegamento più stretto", significa aprire le porte ad un giudizio di fatto con ampi margini di soggettività, sul quale la Corte di giustizia non potrebbe più esercitare alcun controllo. Ma questo, si è visto, è precisamente quanto potrebbe ora verificarsi in applicazione della Convenzione di Roma.

Vi è peraltro da considerare uno scenario opposto a quello che abbiamo appena rilevato, e tuttavia egualmente negativo.

Non si può escludere, infatti, che il sistema della Convenzione di Roma venga irrigidito - e sostanzialmente svuotato del suo contenuto innovativo - mediante un uso massiccio e costante delle indicazioni presuntive del "collegamento più stretto", trasformando cioè la sede del debitore della prestazione caratteristica in criterio di collegamento fisso, eccezionalmente derogabile in particolari circostanze (d'altra parte sembra questa l'opzione considerata con favore dalla autorevole *Relazione* sulla Convenzione curata da GIULIANO e LAGARDE: v. il commento all'art. 4, nonché la nota cit. di LAGARDE).

Questo recupero di certezza sarebbe un vantaggio per la Convenzione di Bruxelles, però con un esito paradossalmente peggiore dell'altro. La situazione che verrebbe a crearsi sarebbe simile a quella che ha motivato il rifiuto della qualificazione *lege fori* del criterio del luogo d'esecuzione dell'obbligazione (v. *sopra*). Accade, infatti, che quanti sono "prestatori caratteristici" stabiliti in un paese la cui legge prevede che l'obbligazione sia *portable*, possono sempre contare sull'applicazione dell'art. 5-1°, al contrario dei "prestatori caratteristici" stabiliti in paese che prevede la chiedibilità del pagamento, i quali hanno a disposizione il solo art. 2.

In altri termini, con l'applicazione "rigida" dell'art. 4 della Convenzione di Roma, la condizione a cui è subordinata l'utile applicazione dell'art. 5-1° - l'essere il luogo d'esecuzione dell'obbligazione nello Stato in cui è domiciliato l'attore - risulta sistematicamente esclusa quando la legge del paese dove risiede o ha sede il "prestatore caratteristico" prevede che l'obbligazione sia *quérable*: ad esempio, mentre il prestatore caratteristico residente in Italia, paese in cui l'obbligazione è *portable*, fruisce del foro dell'esecuzione in Italia contro un debitore francese, perché la *lex contractus* è quella italiana *in quanto egli risiede in Italia*, un prestatore caratteristico residente in Francia non può ricorrere in Francia all'art. 5-1° contro un debitore italiano perché secondo la *lex contractus* - francese, *in quanto il prestatore risiede in Francia* - l'obbligazione è *quérable*. A situazioni identiche, non corrisponde lo stesso trattamento sul piano processuale.

Sul punto v. più diffusamente il nostro, *Il luogo di esecuzione*, cit., 86-89 nel quale si è rilevata la contrarietà di simile risultato - anche quando il prestatore caratteristico è debito-

re - con il valore dell'eguaglianza cui la Corte di giustizia attribuisce importanza non inferiore a quella della certezza ed uniformità delle soluzioni, avendo essa ripetutamente affermato che nell'interpretazione ed applicazione delle norme della Convenzione "deve essere garantita l'eguaglianza e l'uniformità dei diritti e degli obblighi derivanti dalla Convenzione agli Stati contraenti ed ai soggetti interessati".

1.3.1. Determinazione del luogo d'esecuzione in base al diritto materiale uniforme e alla volontà delle parti.

Solo in due casi la determinazione del luogo d'esecuzione dell'obbligazione non pone particolari problemi. Il primo si ha quando i diritti interni contengono norme materiali uniformi, adottate mediante convenzioni internazionali. Il secondo, quando le parti stesse indicano il luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

i) diritto materiale uniforme.

L'uniformità delle norme sostanziali fa sì che tutti i giudici tenuti ad applicarle determinino identicamente il luogo d'esecuzione, il quale risulterà quindi unico per tutti gli Stati che hanno adottato le norme uniformi.

L'unicità è completa se tutti gli Stati parte del sistema di Bruxelles sono anche parti della convenzione di diritto uniforme. Questa condizione potrebbe verificarsi per l'importante convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci adottata a Vienna l'11 aprile 1980 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988. Già ratificata da molti paesi comunitari, tra cui l'Italia, la Convenzione di Vienna sostituisce le due convenzioni dell'Aja del 1964 (vale a dire la LUVI - v. *sopra* - e l'altra, recante legge uniforme sulla formazione del contratto di compravendita di cose mobili corporali, denominata LUFC) le quali sono divenute inapplicabili anche nei confronti degli Stati che non le hanno ancora denunciate (la Convenzione non riguarda tutte le vendite (v. art. 2) e disciplina esclusivamente la formazione del contratto e i diritti ed obblighi che ne nascono tra le parti, senza toccare né la validità del medesimo, o delle sue clausole, né gli effetti

che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute: v. art. 4).

Molto importante la norma (art. 1) relativa al campo d'applicazione della Convenzione: essa dispone che la Convenzione si applichi ai contratti di vendita di beni mobili fra parti aventi la loro sede d'affari in Stati differenti: a) quando tali Stati sono Stati contraenti; oppure b) quando le norme di diritto internazionale privato - beninteso di uno Stato contraente - portano all'applicazione della legge di uno Stato contraente.

La norma contiene anche alcune precisazioni circa il modo di intendere l'internazionalità del rapporto: sul campo d'applicazione della Convenzione, cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, 298-335; LUZZATTO, voce *Vendita (dir. int. priv.)*, ED. XLVI, Milano, 1995, 507-512; FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro IV, Tit. III, capo. I, supp., t. 1 - Artt. 1-13, Bologna, 1994, 1-55).

Considerata dal punto di vista della Convenzione di Bruxelles, l'applicabilità della Convenzione di Vienna in forza del primo criterio *sub a)* porta ad una determinazione diretta del luogo d'esecuzione dell'obbligazione in base alle sole regole di Vienna. Ad esempio, l'art. 57 stabilisce che il prezzo è pagabile, di norma, presso la sede d'affari del venditore: nella causa intentata per il mancato pagamento, se il compratore e il venditore risultano stabiliti in Stati contraenti della Convenzione, il giudice adito (di Stato parte della Convenzione) applica direttamente l'art. 57 e si dichiara competente se rileva che la sede d'affari del venditore è nella propria circoscrizione territoriale. Non occorre, quindi, riferirsi preliminarmente alle norme di conflitto del foro secondo quanto dispone la regola *Tessili*, dato che il criterio d'applicazione della Convenzione esclude l'operare di tali norme.

Cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 304-305; SACERDOTI, *I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti*, RTDPC, 1990, 738.

L'applicazione diretta della Convenzione di Vienna reca un vantaggio notevole alla determinazione della competenza *ex art. 5-1°*. Quando tutti gli Stati facenti parte della Convenzione di Bruxelles saranno anche parti della prima, l'unicità del diritto sostanziale in materia di vendita internazionale garantirà effettivamente l'unicità e la prevedibilità del foro

dell'esecuzione in tutta l'area comunitaria.

Quanto all'esclusione dell'operatività della regola *Tessili*, essa può ritenersi conforme alla sua stessa *ratio*, il cui presupposto è - per riprendere la formula della relativa sentenza - nelle "divergenze esistenti fra le legislazioni nazionali sui contratti" e nell'assenza "di qualsiasi unificazione del diritto sostanziale da applicarsi". Tale rilievo non è contraddetto da quanto afferma la Corte di giustizia nella sentenza del 29 giugno 1994 *Custom Made Commercial* (esaminata nel paragrafo precedente, secondo la quale "il luogo di adempimento dell'obbligazione... va determinato conformemente al diritto sostanziale disciplinante l'obbligazione controversa secondo le norme di conflitto del giudice adito, anche quando tali norme facciano rinvio all'applicazione al contratto di disposizioni quali quelle della legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili materiali, allegata alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964". Abbiamo già visto quale sia il reale significato della pronuncia, ed è indubbio che la Corte non ha voluto dire - dato che non era neppure il problema da risolvere, avendo il giudice di rinvio supposto l'applicabilità delle norme di conflitto - che le norme di diritto internazionale privato devono essere sempre applicate, anche quando il diritto uniforme lo esclude perché dispone la propria diretta applicabilità (così invece intende la pronuncia *SALERNO, L'incidenza del diritto applicabile*, cit., 114, il quale però ne ridimensiona il dispositivo (116) nel senso che il diritto materiale uniforme possa operare anche direttamente); motivazione e dispositivo della sentenza dicono semplicemente che se le norme di conflitto conducono all'applicazione della Convenzione dell'Aja, resta nondimeno ferma la determinazione del giudice competente operata in conformità ad essa (anche se si tratta del *forum actoris*: v. in particolare il punto 28 della motivazione). Altra questione è se davvero la Convenzione dell'Aja consenta l'operare delle norme di conflitto (sul punto, da inquadrarsi alla luce delle riserve ammesse dalla Convenzione - nel caso concreto quella di cui all'art. III che limita l'applicabilità della convenzione a contratti tra parti stabilite in Stati diversi ma contraenti, riserva utilizzata da Regno Unito e Germania, paesi in cui avevano sede le parti coinvolte nel giudizio per il quale è stato effettuato il rinvio alla Corte di giustizia -, v. *BOSCHIERO, Il coordinamento*, cit., 242, 257-267), ma su ciò la Corte e la Convenzione di Bruxelles non hanno nulla da dire.

Il "passaggio" attraverso le norme internazionali/privatistiche del foro - cioè l'applicazione della regola *Tessili* - torna ad imporsi quando, non ricorrendo la circostanza indicata nella lett. a) dell'art. I, l'applicabilità della Convenzione di Vienna dipende dal criterio della lett. b), vale a dire, dal rinvio alla legge di uno Stato contraente in forza delle norme di conflitto della *lex fori*.

Ad esempio il venditore ha sede in Italia e quivi riceve l'ordine dal compratore che si trova invece in uno Stato non contraente; adito il giudice italiano, questi - supponendo che non vi sia stata designazione della legge

applicabile al contratto - determinerà il luogo d'esecuzione dell'obbligazione in base alla Convenzione di Vienna perché la vendita è sottoposta alla legge italiana per effetto della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali: vale infatti il criterio fissato nell'art. 3, 1° comma, che dichiara applicabile la legge della sede (o residenza abituale del venditore), la quale si trova in ipotesi nel nostro paese che è parte della Convenzione di Vienna.

Sul coordinamento tra Convenzione dell'Aja del 1955 e Convenzione di Vienna, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 486-491; sulla Convenzione dell'Aja del 1955, v. BALLARINO, *Dir. int. priv.*, 635-640; questa convenzione è destinata ad essere sostituita dalla Convenzione dell'Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci (cfr. al riguardo BOSCHIERO, *La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale*, RDIPP, 1986, 507; LUZZATTO, 514; LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, RCDIP, 1986, 271; NAPOLETANO, *La Convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci*, DCSI, 1986, 31).

La nostra giurisprudenza ha sistematicamente ignorato l'esistenza della Convenzione dell'Aja del 1955, quasi il nostro Stato non ne fosse parte, dimenticando che essa sostituisce integralmente, nel proprio campo d'applicazione, la norma comune di conflitto relativa ai contratti: per il passato l'abrogato art. 25, 1° comma delle disposizioni preliminari al codice civile ed oggi l'art. 57 l. 218/1995 il quale rende in ogni caso applicabile la Convenzione di Roma del 1980 "senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili" (riguardo a quest'ultima convenzione, non dovrebbe sorgere nessun conflitto con la Convenzione dell'Aja del 1955, dal momento che l'art. 21 della Convenzione di Roma dispone che "la presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno Stato contraente è o sarà parte"; tuttavia, qualche problema potrebbe sorgere per le vendite al consumo, cui la Convenzione dell'Aja (del 1955, ma non quella del 1986) è applicabile, laddove la Convenzione di Roma detta per esse all'art. 5 una regola protettrice del consumatore. Secondo LAGARDE, *Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 63-64, vi sono buoni argomenti per dare la prevalenza alla Convenzione di Roma; sulla questione, anche in riferimento all'art. 6, par. 2 della direttiva 93/13 CEE, v. da ultimo, CANNADA BARTOLI L., *Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori*, RDI, 1995, 324).

Ma - ciò che è più grave - la nostra giurisprudenza ha commesso un duplice errore perché, proprio applicando ai contratti di vendita l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles, ha per lo più direttamente utilizzato la Convenzione dell'Aja del 1964 (LUVI), senza bada-

re al fatto che per effetto della riserva apposta dal nostro paese a norma dell'art. IV della medesima, tale Convenzione può e deve essere applicata - ancor oggi, in via dell'ultrattività riconosciuta nonostante la denuncia italiana: cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, sulla quale v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit. 494-496 - solo quando, in forza delle norme della Convenzione dell'Aja del 1955, sia dichiarato competente il diritto italiano ovvero quello di uno Stato parte della Convenzione del 1964. In altri termini, la nostra giurisprudenza, facendo prevalere la Convenzione dell'Aja del 1964 sulla Convenzione del 1955, ha ignorato che per effetto di quella riserva la Convenzione del 1964 ha perso il primato sulle norme di conflitto di origine internazionale, primato che era una delle ambizioni della Convenzione (sulla riserva in questione, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 267-272).

Ancora di recente, ad esempio la nostra Cassazione ha affermato che il *forum solutionis* va individuato, in conformità alla regola *Tessili*, ricorrendo all'art. 25, 1° comma, disp. prel.: nella specie applicando la legge italiana quale legge del luogo di conclusione del contratto, individuato in Italia, ad una vendita tra acquirente italiano e venditore francese, laddove il collegamento stabilito dalla Convenzione del 1955 è in via di principio la residenza abituale del venditore (art. 3, 1° comma; ma caso vuole che l'ordine sia stato ricevuto dall'agente del venditore in Italia, con la conseguenza che si applica egualmente la legge italiana in virtù del secondo comma dell'art. 3: legge del paese di residenza dell'acquirente); quanto alla Convenzione dell'Aja del 1964, la Cassazione la dichiara applicabile (ma mettendola in secondo piano rispetto alla nostra legge) "trattandosi di vendita tra una ditta italiana e una ditta francese" (Cass., sez. un., 25 ottobre 1993 n. 10600, FI, I, 2832: la fattispecie avrebbe dovuto essere ricondotta invece alla Convenzione del 1955, la quale, individuando come competente l'ordinamento italiano, rendeva applicabile la Convenzione del 1964 ad esclusione delle norme interne).

Per un panorama della scorretta applicazione della Convenzione del 1964 e "disapplicazione" di quella del 1955, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 499-509. La nostra giurisprudenza ha peraltro quasi sempre applicato "direttamente" la Convenzione dell'Aja del 1964, senza passare per il tramite di alcuna norma di conflitto: v., tra le molte, Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912, con nota di ZENO-ZENCOVICH; Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, FI, 1989, I, 2878, con nota di PISANESCHI (in entrambe le prolisse sentenze si evoca a sproposito l'art. 57 della Convenzione di Bruxelles e si dice che la Convenzione dell'Aja del 1964 è divenuta regola di diritto internazionale privato italiano direttamente applicabile in sostituzione dell'art. 25, 1° comma, disp. prel. c.c.). In Cass., sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942, con nota di ROSCIONI, il luogo d'esecuzione è direttamente determinato in base all'art. 1498, 3° comma, c.c., come se non esistessero né la Convenzione del 1955 né quella del 1964. La Cassazione richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia e i propri precedenti conformi, ma sembra determinare il luogo d'esecuzione *lege fori*, non facendo alcuna menzione della legge regolatrice del contratto (per di più ritiene applicabile l' (abrogato) art. 4, n. 3, c.p.c. in quanto non menzionato nell'art. 3 della Convenzione di Bruxelles).

ii) designazione del luogo di esecuzione ad opera delle parti.

E' generalmente ammesso che le parti possano derogare alla determinazione legale del luogo d'esecuzione dell'obbligazione. Tale facoltà non è però concepibile indipendentemente dalla legge regolatrice del rapporto, per cui non è corretto affermare che la designazione contrattuale del *locus solutionis* sopprime l'esigenza della ricerca della legge competente.

Nel senso criticato, Cass., sez. un., 27 marzo 1980, n. 3798, GI, I, 1, 1154 con nota adesiva di FRANCHI, secondo la quale il foro dell'adempimento va determinato in applicazione della legge richiamata dalla norma di diritto internazionale privato della *lex fori* solo se esso non risulta identificato dalla volontà espressa dalle parti o dalla intrinseca natura della prestazione; nel medesimo senso, GORNATI DE CIUCEIS, *Sull'interpretazione dei criteri giurisdizionali*, cit. 108; anche Cass., sez. un., 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2738, sembra ritenere l'intervento della *lex causae* subordinato alla mancanza di previsione contrattuale del luogo d'esecuzione.

Caso diverso è quello in cui le parti indichino concordemente in giudizio quale sia il luogo d'esecuzione: nel senso che in tal caso non si richiede l'individuazione della legge regolatrice dell'obbligazione controversa, Cass., sez. un., 17 febbraio 1981, n. 946, FI, 1981, I, 1607.

Oltre a fornire i criteri d'interpretazione dell'intento negoziale, la legge che regola il rapporto ne definisce i termini di efficacia. Essa potrebbe subordinare la determinazione convenzionale del luogo d'esecuzione ad una manifestazione espressa di volontà, oppure ritenere adeguata una volontà soltanto tacita; e così anche potrebbe dare rilievo preminente all'autonomia delle parti, conferendo all'indicazione legale carattere suppletivo, o accordare invece alla volontà delle parti un ruolo meramente sussidiario. A ciò si aggiunge la rilevanza spesso attribuita agli usi, nella loro varia configurazione di usi normativi, contrattuali, individuali, e interpretativi (per una valutazione restrittiva dei comportamenti concludenti idonei a modificare il luogo d'esecuzione espressamente pattuito, condotta alla stregua della legge italiana regolatrice del rapporto, v. Cass., sez. un., 9 ottobre 1984, n. 5027, RDIPP, 1985, 833; sul rapporto tra indicazione legale e volontà delle parti, v. Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912 con nota, critica sul punto, di ZENO-ZENCOVICH).

Il riferimento alla legge competente per valutare gli effetti dell'autonomia negoziale riguardo alla determinazione del luogo d'esecuzione è del

resto imposto da una pronuncia della Corte di giustizia, sentenza del 17 gennaio 1980, in causa 56/79 *Zelger c. Salinitri*, nella quale si afferma che ai fini dell'art. 5-1° il luogo di adempimento di un'obbligazione può essere determinato dalle parti con una clausola valida secondo il diritto nazionale applicabile al contratto, *indipendentemente dall'osservanza dei requisiti di forma stabiliti dall'art. 17*.

La questione esaminata dalla Corte si riferisce ad un preteso accordo verbale con il quale veniva determinato il luogo d'esecuzione per la restituzione di una somma mutuata. Il dubbio interpretativo si è posto con riguardo alla necessità o meno, anche per gli accordi sul luogo d'esecuzione, del rispetto delle prescrizioni di forma stabilite dall'art. 17 per gli accordi di proroga della competenza: una questione, dunque, di validità formale della clausola relativa al luogo d'adempimento, questione alla quale la legge regolatrice del contratto - nella specie, tedesca - e l'art. 17 sembrano dare, secondo il giudice di rinvio, risposte differenti: mentre la prima ammette la pura e semplice forma orale, il secondo pone requisiti più severi.

In realtà, osserva la Corte, altro è la competenza derivante dall'art. 5-1° (foro alternativo rimesso alla scelta dell'attore e giustificato dalla prossimità del giudice alla lite) e altro quella risultante dalla proroga (competenza escludente qualsiasi altro foro e svincolata da un legame oggettivo tra il rapporto controverso e il giudice adito). Pertanto, conclude la Corte, "qualora la legge da applicarsi consenta ai contraenti, alle condizioni ch'essa determina, di designare il luogo in cui l'obbligazione va adempiuta, senza imporre particolari requisiti formali, l'accordo circa il luogo dell'adempimento è sufficiente a radicare nello stesso luogo la competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 5 n. 1 della convenzione".

Nella sostanza, la risposta della Corte al giudice di rinvio è che le prescrizioni della legge tedesca e quelle della Convenzione non entrano in conflitto perché hanno un oggetto diverso. Vi è infatti differenza fra la determinazione convenzionale del luogo d'esecuzione, la cui influenza sulla giurisdizione è soltanto indiretta (le parti conservano la facoltà di scelta tra foro generale e foro speciale), e l'accordo sulla competenza che produce invece effetti diretti sul piano processuale (questo è stato l'argomento principale sostenuto dall'Avvocato generale CAPOTORTI nelle sue *Conclusioni*, formulate nei termini poi accolti dalla Corte).

Il principio secondo cui bisogna tener presente la legge regolatrice dell'obbligazione dedotta in giudizio, appare corretto: benché rilevante anche ai fini della competenza, la *determinazione* del luogo d'esecuzione resta pur sempre un elemento del merito della lite, laddove è solo il *luogo* d'esecuzione ad essere preso in considerazione dalla norma processuale.

Riteniamo che nonostante la sentenza *Zelger* parli di clausola valida secondo il diritto applicabile, l'accertamento del giudice non può estendersi, in caso di contestazione, alla verifica della validità del contratto nel quale la clausola è inserita. In conformità ai principi che presiedono alla verifica dei presupposti della competenza (v. la sentenza *Effer* richiamata sopra, par. 1.1.4.), il suo compito è limitato all'accertamento dell'esistenza della clausola e degli effetti che le ricollega la legge competente a regolare l'obbligazione controversa, valido o invalido che sia il contratto.

Diverso il caso in cui la determinazione del luogo d'esecuzione si concretizzi in un accordo autonomo; in tale ipotesi non sembra potersi prescindere da una valutazione della validità dell'accordo sotto i profili di forma, capacità e sostanza, secondo la legge competente per ciascuno di essi.

Cfr. sul punto, HUET, JDI, 1980, 441-442, critico nei confronti della pronuncia della Corte che sembra ricondurre tutti gli aspetti in questione alla legge regolatrice del contratto. L'A. ritiene si debba valutare in ogni caso la forma della pattuizione del luogo d'esecuzione secondo la *lex loci actus* e gli effetti dell'accordo secondo la legge che regola la sostanza dell'obbligazione controversa; in senso conforme, GAUDEMET-TAILLON, 125-126; in senso favorevole ad una valutazione della clausola secondo principi autonomi, tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 17, ad eccezione dei requisiti formali, si esprime invece JAIME, *Compétence judiciaire*, 80-81 che non approva la prassi tedesca consistente nel separare la clausola dal contratto per sottoporla ad una propria legge regolatrice.

Qualche perplessità desta la recente sentenza della Cass., sez. un., 22 marzo 1995, n. 3321, FI, 1996, I, 198, con nota di SILVESTRI, che ha escluso nel caso di specie la formazione di accordo sul luogo di adempimento senza peraltro procedere all'individuazione della legge regolatrice del rapporto. La Cassazione ha utilizzato in proposito un canone di valutazione del consenso delle parti che pare aderente più ai requisiti della proroga di competenza che non alla disciplina sostanziale del rapporto.

i) Questione completamente diversa da quella della validità ed efficacia della clausola di designazione del luogo d'esecuzione è se il *luogo*

designato dalle parti possa fungere da criterio di collegamento, ai fini della competenza, anche quando esso sia puramente fittizio, vale a dire quando l'attuazione degli obblighi debba necessariamente avvenire in altro luogo.

Già all'indomani della sentenza *Zelger* si era osservato da taluni che simili clausole, ove ammesse senza particolari requisiti formali, potrebbero prestarsi ad eludere l'esigenza di effettività del consenso che sottende i requisiti posti dall'art. 17; ciò potrebbe accadere quando il luogo d'esecuzione venisse unilateralmente modificato da una parte, ad esempio nella fattura, e il silenzio dell'altra fosse ritenuto accettazione tacita (MEZGER, RCDIP, 1980, 389-390).

Altri avevano posto in dubbio, sempre a causa delle restrizioni cui è sottoposta la proroga di competenza, che si possa attribuire rilevanza processuale al luogo d'esecuzione quando la sua determinazione consensuale non corrisponda al luogo in cui sarà effettivamente attuato il comportamento dovuto, oppure qualora le parti cerchino di localizzare, in contrasto con la determinazione legale, effetti di per sé non localizzabili; pertanto, si è ritenuto che ai fini della competenza non possa avere nessuna influenza l'accordo con cui si prevede che la garanzia per vizi è prestata in luogo diverso da quello della consegna della cosa, se è a questo luogo che la previsione normativa si riferisce (GOTHOT-HOLLEAUX, 39-40).

Queste tesi hanno trovato conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1997 in causa C-106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*.

La fattispecie considerata dalla Corte riguarda un contratto la cui esecuzione era prevista essenzialmente in territorio francese. Ciò nonostante la parte tedesca aveva inviato, al termine delle trattative, una lettera di conferma nella quale indicava come luogo d'esecuzione (e foro competente) la propria sede in Germania. A tale lettera la parte francese non aveva mai dato risposta, pur onorando tutte le fatture le quali contenevano anch'esse la medesima designazione del luogo d'esecuzione.

In questa sentenza la Corte riconferma la pronuncia *Zelger*, affermando che le parti sono "libere di accordarsi sul luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali, diverso da quello determinabile in forza della legge vigente per il contratto, senza essere obbligate a rispettare particolari

requisiti formali". Tuttavia, rileva la Corte, questa libertà delle parti può essere riconosciuta agli effetti dell'art. 5-1° soltanto se il suo obiettivo sia realmente quello di fissare il luogo d'esecuzione dell'obbligazione, non se l'accordo abbia il solo scopo di determinare un foro competente, poiché in questo caso s'impone il rispetto dei requisiti posti dall'art. 17.

Due sono i motivi che spingono la Corte a questa conclusione: il primo è che la disposizione dell'art. 5-1° tiene presente "il luogo di esecuzione effettiva dell'obbligazione come criterio di competenza, a causa del suo collegamento diretto con il giudice che essa riconosce competente"; il secondo motivo è che solo un accordo di proroga rispettoso delle condizioni fissate nell'art. 17 può attribuire competenza ad un giudice che non abbia nessun collegamento obiettivo con la controversia.

Pertanto - questa la conclusione della sentenza -, quando le parti "fissano un luogo di esecuzione che non presenti nessun collegamento effettivo con la materia del contratto e in cui le obbligazioni derivanti dal contratto medesimo non potrebbero essere eseguite, sulla base dei termini di quest'ultimo" si è in presenza non già di un accordo sul luogo di esecuzione, bensì di un accordo di proroga della competenza.

ii) La sentenza *Mainschiffahrts* è stata interpretata come una correzione della sentenza *Zelger*, correzione a sua volta giudicata in contrasto con le affermazioni della sentenza *Custom Made Commercial* (v. il paragrafo precedente) in quanto la più recente pronuncia della Corte pone a fondamento dell'art. 5-1°, a differenza della precedente, l'effettività del criterio del luogo di esecuzione dell'obbligazione (GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1997, 574-577).

Riteniamo di non poter condividere tale analisi. Quanto alla pretesa correzione del principio affermato nella sentenza *Zelger*, va osservato che la necessità, posta da quest'ultima, di valutare l'accordo sul luogo d'esecuzione alla luce della legge competente a regolare l'obbligazione dedotta in giudizio, e non in base ai requisiti formali stabiliti dall'art. 17, non implica affatto che si debba riconoscere l'incondizionata efficacia dell'accordo stesso, agli effetti dell'art. 5-1°, per il solo fatto della sua stipulazione. Il princi-

pio posto nella sentenza *Mainschiffahrts*, secondo cui il criterio costituito dal luogo d'esecuzione assume rilevanza nei riguardi della norma di competenza solo se effettivo, opera su di un piano diverso da quello della regola di valutazione della forma di stipulazione dell'accordo sul luogo d'esecuzione. Il più recente principio riguarda infatti esclusivamente il concetto di *luogo* d'esecuzione ed esige che esso rappresenti, come è per sua natura (v. il paragrafo precedente), una *modalità reale dell'adempimento*.

Questo rilievo, che altro non è se non la *ratio decidendi* della sentenza *Mainschiffahrts*, è di grande importanza perché permette di chiarire - pensiamo definitivamente - che l'art. 5-1° si fonda non sulla localizzazione del rapporto globalmente considerato, bensì soltanto sul profilo spaziale relativo all'attuazione dell'obbligazione controversa.

Proprio per tale motivo non pare corretto vedere nella più recente pronuncia un'affermazione in contrasto con quanto statuito dalla Corte nella sentenza *Custom Made Commercial*, giacché anche in quest'ultima la Corte ha ben messo in luce che ciò che conta per l'art. 5-1° non è la prossimità del giudice all'ambito spaziale in cui il rapporto, come entità a sé, riceve adeguata localizzazione attraverso le norme di conflitto, bensì il collegamento del giudice con il luogo in cui l'obbligazione specificamente dedotta in giudizio è stata o deve essere attuata (v. l'analisi della sentenza svolta nel paragrafo precedente).

1.4. Rapporti di lavoro.

Esponendo i principi relativi all'individuazione dell'obbligazione contemplata dall'art. 5-1°, si è visto come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia introdotto per i rapporti di lavoro un'apposita regola di competenza fondata sul concetto di *prestazione caratteristica* (sopra, par. 1.2.1.).

Recependo questa regola giurisprudenziale, la Convenzione di adesione del 1989 ha provveduto ad inserire nell'art. 5-1°, dopo la previsione generale relativa al luogo d'esecuzione, un'espressa disposizione secondo la quale "in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoro-

re non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto”.

Il significato di questa disposizione deve essere inteso alla luce della precedente giurisprudenza della Corte, con la quale essa si trova in un rapporto di continuità.

La nuova disposizione riprende in parte una regola *ad hoc* in materia di lavoro la quale figura all'art. 5-1° della Convenzione di Lugano (per le differenze tra le due disposizioni v. *oltre*). Sempre con la Convenzione di adesione del 1989 è stata altresì introdotta per il rapporto di lavoro una specifica disposizione relativa alla proroga di competenza).

i) la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti di lavoro.

Come si è accennato, ragione della giurisprudenza “creatrice” della Corte è stato il fatto che l’originario testo della Convenzione, pur prevedendo regole particolari di competenza per taluni soggetti reputati “parte debole”, aveva considerato il rapporto di lavoro materia non bisognosa di particolare considerazione.

Convinta che la specifica rilevanza sociale di questo rapporto e l’esigenza di protezione del lavoratore dovessero invece trovare riconoscimento anche nella Convenzione di Bruxelles, come nel frattempo era avvenuto con la Convenzione di Roma del 1980 (si veda l’art. 6, il quale persegue l’intento protettivo del lavoratore ponendo limiti alla scelta della legge applicabile e individuando, in mancanza di scelta, leggi idonee ad assicurare adeguata tutela del lavoratore: v. *oltre*), la Corte di giustizia ha ritenuto di dover introdurre una deroga al principio affermato con la sentenza *de Bloos* - secondo il quale, come si è visto in precedenza, la competenza facoltativa di cui all’art. 5-1° si collega alla specifica obbligazione dedotta in giudizio -, sancendo che “l’obbligazione da prendere in considerazione... in caso di domande basate su varie obbligazioni derivanti da un contratto di rappresentanza che lega un lavoratore dipendente ad un’impresa, è quella che caratterizza il contratto”. Nel rapporto di lavoro l’*obbligazione rilevante* si

identifica dunque con *la prestazione caratteristica*, che anche per la Corte, com'è ovvio, "è normalmente quella di svolgere il lavoro" (v. la sentenza del 26 maggio 1982, in causa 133/81 *Ivenel c. Schwab* di cui si è già parlato nel par. 1.2.1).

Era implicito in tale scelta interpretativa che il luogo d'esecuzione dell'obbligazione dovesse considerarsi costituito, *per tutte e per ognuna delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro*, dal luogo dove viene svolta l'attività lavorativa (luogo che solitamente coincide col domicilio o residenza del lavoratore). Di conseguenza, la regola *Tessili* (v. *sopra*, par. 1.3.) diveniva superflua in questa materia.

La sentenza *Ivenel* ha solide basi argomentative. Rilevato che *ratio* dell'art. 5-1° è l'attribuzione di competenza ad un giudice che abbia uno stretto nesso con la controversia, la Corte reputa che nel caso della prestazione di lavoro subordinato "tale nesso consiste in particolare nella legge da applicarsi al contratto; e che, secondo le norme di diritto internazionale privato in materia, tale legge è determinata dall'obbligazione che caratterizza il contratto di cui trattasi e che è normalmente quella di svolgere il lavoro". Poiché le norme di diritto internazionale privato cui fa riferimento la Corte sono quelle della Convenzione di Roma - che all'art. 6 sottopone il rapporto di lavoro, in via principale e in mancanza di scelta operata dalle parti, alla legge del luogo in cui viene abitualmente prestata l'attività lavorativa - l'argomento ha il pregio di realizzare in tale materia, nella normalità dei casi, la coincidenza tra competenza giurisdizionale e competenza legislativa (tra *forum* e *jus*, come si dice comunemente), coincidenza che corrisponde alle aspettative del lavoratore e assicura con certezza l'applicazione delle norme imperative vigenti nel luogo di svolgimento della prestazione lavorativa (v. peraltro, in senso critico, BISCHOFF e HUET, *JDI*, 1982, 948 e 1987, 465; *amplius*, ALLWOOD, *Characteristic Performance and Labour Disputes under the Brussels Convention: Pandora's Box*, *YEL*, 1987, 131).

In senso conforme al principio posto dalla Corte di giustizia si vedano nella nostra giurisprudenza le sentenze della Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1589, *RDIPP*, 1990, 387, nonché, 17 maggio 1995, n. 5392, *GC*, 1996, I, 490.

Stando al complesso dei principi interpretativi dell'art. 5-1°, elaborati in via generale dalla Corte, la concentrazione nel *locus laboris* di tutte le controversie concernenti il rapporto doveva ritenersi operante non solo quando fossero state dedotte in giudizio più *obbligazioni* eseguibili (secondo la regola *Tessili*) in Stati contraenti diversi e vi fosse un unico luogo di lavoro (è questa la fattispecie cui si riferisce la sentenza *Ivenel*), ma anche

quando fossero state dedotte in giudizio più obbligazioni relative a *prestazioni di lavoro* svolte in Stati contraenti diversi, sempreché l'esecuzione di parte preponderante del lavoro fosse localizzabile in uno solo di essi: anche in questa materia poteva infatti ritenersi operante il principio sancito nella sentenza *Shenavai* ("l'accessorio segue il principale", v. *sopra*, par. 1.2.1).

Conviene precisare che tale ipotesi non coincide con quella di invio temporaneo del lavoratore in un altro Stato, essendo evidente che la temporaneità della missione non fa venir meno l'unicità del luogo di lavoro; in simile ipotesi anche la Convenzione di Roma tiene ferma la competenza della legge del luogo in cui viene "abituamente" prestata l'attività lavorativa: si veda l'art. 6, par. 2, lett. a, il quale lascia intendere già con quell'avverbio che non si richiede continuità di esecuzione della prestazione in un unico e medesimo luogo (cfr. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 160).

Diverso, invece, il caso prima configurato, il quale potrebbe riguardare, ad esempio, un dirigente della sede principale di una società cui sia affidata anche la responsabilità di una sede secondaria presso la quale si reca ad intervalli regolari di tempo (per la riconducibilità di un'ipotesi del genere all'art. 6, par. 2, lett. a della Convenzione di Roma, v. ancora VILLANI, *loc. cit.*, che richiama il precedente della sentenza che indichiamo qui di seguito).

E' questa, comunque, la soluzione che la Corte ha sancito nella sentenza del 13 luglio 1993, in causa *C-125/92 Mulox IBC Ltd c. H. Geels* (già ricordata *sopra*, par. 1.2.1.). Richiamandosi ai propri precedenti in materia, e in particolare alla sentenza *Shenavai*, la Corte - mentre ha riconfermato che "in materia di contratti di lavoro il concetto di luogo d'esecuzione dell'obbligazione pertinente deve essere interpretato nel senso che si riferisce... al luogo in cui il lavoratore esercita di fatto le attività convenute con il datore di lavoro" - ha altresì statuito che nell'ipotesi di prestazione del lavoro eseguita in più d'uno Stato contraente si deve "considerare luogo dell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale... il luogo nel quale, o a partire del quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro".

Nel dispositivo della pronuncia torna esplicitamente il concetto di prestazione caratteristica: "... il luogo in cui l'obbligazione che caratterizza il contratto è stata o deve essere eseguita... è quello nel quale, o a partire dal quale, il lavoratore adempie principalmente...". In questo modo la Corte ha escluso la competenza corrente, per la totalità delle controversie nascenti dal rapporto, di ciascuna giurisdizione dei paesi nei quali viene svolta parte dell'at-

tività lavorativa: soluzione, questa, vista invece con favore da taluni: v. HUET, JDI, 1994, 541-542.

Benché rimetta al giudice adito il compito di determinare concretamente tale luogo, la Corte non manca di fornire direttive al riguardo, enunciando taluni criteri idonei a rilevare il carattere principale dell'attività, quali: l'esistenza, nel paese di residenza, di un ufficio per organizzare l'attività da eseguire all'estero, svolta la quale il lavoratore torna nel paese di residenza; il fatto che all'inizio della causa il lavoro si svolga esclusivamente nel paese del giudice adito.

La pronuncia non risolve il problema della regola di competenza applicabile nell'ipotesi affatto rara in cui non si rilevi un luogo di svolgimento dell'attività in via principale; la soluzione proposta dall'Avvocato generale JACOBS, di considerare egualmente competenti tutti i giudici dove si svolge l'attività sembra esclusa dalla Corte anche per questa particolare ipotesi, con la conseguenza che rimane applicabile il solo art. 2: in tal senso, LAGARDE, RCDIP, 1994, 575. Questa conclusione può tuttavia valere solo in quanto debba ancora applicarsi il testo della Convenzione anteriore alla modifica apportata dalla Convenzione di adesione del 1989, la quale risolve il problema permettendo, peraltro al solo lavoratore, di adire il foro dello stabilimento presso il quale è stato assunto: vedi subito *oltre*.

1.4.1. Le nuove disposizioni della Convenzione di adesione del 1989 alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel complesso, gli indicati principi autonomamente elaborati dalla Corte conservano valore anche in rapporto alle nuove disposizioni sancite dalla Convenzione di adesione del 1989, la quale, ricordiamo, prevede che per luogo di esecuzione in materia di lavoro si intende "quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività" e che "qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto".

La necessità di determinare il significato della nuova disposizione alla luce della precedente giurisprudenza è stata affermata dalla stessa Cor-

te di giustizia nella sentenza del 9 gennaio 1997, in causa 9 gennaio 1997 *P. W. Rutten c. Cross Medical Ltd.*

Ne consegue che l'obbligazione rilevante ai fini della determinazione della competenza resta sempre, secondo quanto indicato nella sentenza *Ivenel*, l'obbligazione caratteristica del rapporto - cioè la prestazione di lavoro -, quale che sia l'obbligazione dedotta in giudizio dall'attore; ciò comporta l'irrelevanza dell'oggetto specifico della domanda allorquando essa trova titolo in un rapporto di lavoro: è la materia del processo, peraltro nei limiti di cui all'art. 1 della Convenzione, che attrae nella competenza del giudice del luogo d'esecuzione della prestazione lavorativa ogni tipo di controversia fra datore e prestatore di lavoro.

Questione piuttosto delicata è stabilire quale sia l'esatto significato della nozione di "contratto individuale di lavoro"; mentre nella sentenza *Ivenel* viene menzionato il contratto di "lavoro subordinato", nella sentenza *Shenavai* la Corte di giustizia precisa che il criterio dell'obbligazione caratteristica riguarda solo i "contratti di lavoro, come altri contratti in fatto di lavoro subordinato". Nelle sentenze successive gli "altri contratti" non sono più menzionati, e nella più recente sentenza *Rutten* la Corte menziona, al punto 23, il solo "lavoratore subordinato". Riguardo a questo problema, la *Relazione JENARD/MÖLLER*, par. 41, ammette che la Convenzione di Lugano non lo risolve, affermando peraltro che una nozione autonoma di contratto di lavoro dovrebbe presupporre un vincolo di dipendenza del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. D'altra parte, il fatto che la Convenzione di adesione del 1989 si limiti a considerare il contratto individuale di lavoro, senza riprendere la formula della sentenza *Shenavai*, potrebbe voler indicare che tale nozione va intesa restrittivamente (nel senso della necessità del vincolo di subordinazione, GAUDEMET-TALLON, 123; HUET, *Compétence judiciaire*, 74; MÖLLER, *ivi*, 223-224; KROPHOLLER, 107; CARRASCOSA GONZALES, in CALVO CARAVACA, *Comentario*, 99).

Analogo problema si pone anche per l'art. 6 della Convenzione di Roma: al riguardo v. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 147-148 che propende per la necessità del vincolo di subordinazione, ammettendo tuttavia un ampliamento dell'ambito di applicazione della norma al c. d. lavoro "parasubordinato" in considerazione della posizione di intrinseca debolezza contrattuale che caratterizza una delle parti di tali rapporti. Ci sembra che analoga conclusione potrebbe forse valere anche per l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles, ma solo in ipotesi particolari di lavoro "parasubordinato", nelle quali gli elementi della continuità, della coordinazione e della prevalenza del lavoro personale (v. art. 409, n. 3, c.p.c.) sono così intensi da farlo quasi confondere con il lavoro subordinato.

Quanto alla determinazione del luogo d'esecuzione, si deve ritenere che la regola autonoma posta dalla Corte già con le sentenze *Ivenel* e

Shenavai, e poi specificata nella sentenza *Mulox*, non abbia perso rilevanza per il fatto che la Convenzione di adesione del 1989 detti all'art. 5-1° una specifica disposizione relativa al rapporto di lavoro. Come diremo tra poco *sub ii*), il principio secondo cui il luogo d'esecuzione è quello in cui è svolta la parte principale della prestazione lavorativa - principio che continua ad applicarsi come tale alle azioni introdotte prima dell'entrata in vigore di tale Convenzione - si identifica ormai con la nuova regola, la quale pone come luogo d'esecuzione "quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività".

i) Per comprendere il significato delle due nuove disposizioni relative al rapporto di lavoro, occorre considerare, preliminarmente, che la riformulazione dell'art. 5-1° operata dalla Convenzione del 1989 pretende di essere la traduzione normativa dei principi enunciati fino a tale epoca dalla Corte di giustizia, quelli già esaminati ed un altro che si ricava dalla sentenza del 15 febbraio 1989, in causa 32/88 *Six Construction c. Humbert* (v. la *Relazione* ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD, par. 23).

In questa sentenza, riguardante il caso di un lavoratore francese assunto da una società araba stabilita in Belgio, il quale aveva svolto il proprio lavoro in territori non comunitari, la Corte di giustizia si è trovata a dover affrontare un problema molto delicato: se si dovesse confermare anche per simile ipotesi il criterio della prestazione caratteristica. Sulla base dei precedenti *Ivenel* e *Shenavai*, il caso di specie non poteva che essere risolto escludendo l'applicazione dell'art. 5-1°, dal momento che il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica si trovava al di fuori dell'ambito comunitario. Nel caso di specie restava pertanto utilizzabile il solo foro generale (art. 2), a meno che, secondo il quesito prospettato dal giudice di rinvio, non si fosse inteso l'art. 5-1° come riferibile anche al luogo dove si trova lo stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto.

Quest'ultima soluzione era stata nel frattempo accolta dalla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, il cui art. 5-1° era stato formulato, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, adottando per i soli rapporti di lavoro il criterio del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività - in sostanza, dunque, il criterio della prestazione caratteristica -, ma aggiungendovi sussidiariamente il criterio

del luogo in cui si trova lo stabilimento dal quale é stato assunto il lavoratore, per il caso in cui questi non svolga abitualmente l'attività in un solo paese.

In un'ipotesi come quella considerata dalla sentenza *Six Construction* (prestazione del lavoro al di fuori del territorio comunitario), per creare un'alternativa al foro del domicilio del convenuto - il datore di lavoro, come accade quasi sempre in questa materia - che realmente tenesse conto dell'esigenza di protezione del lavoratore, si sarebbe dovuta seguire l'indicazione dell'Avvocato generale TESAURO il quale proponeva di tornare alle regole generali (*de Bloos* e *Tessili*, nonché *Shenavai* quanto al criterio dell'obbligazione principale) al fine di prendere in considerazione le specifiche obbligazioni contrattuali dedotte in giudizio (nel caso concreto, pagamenti di varie indennità); in ogni caso, faceva osservare l'Avvocato generale, identificare il luogo di esecuzione con la sede dell'impresa che assume il lavoratore avrebbe avuto il risultato di introdurre un *forum actoris* a vantaggio del datore di lavoro, e senza nessuna utilità per il lavoratore-attore quando, come nel caso di specie, tale sede non coincide col luogo di svolgimento dell'attività.

La soluzione che la Corte dà al problema conferma la valenza generale della prestazione (caratteristica) dell'attività lavorativa ai fini dell'individuazione dell'obbligazione contemplata dall'art. 5-1°. Ma posta tale premessa, la Corte non può non trarne la logica conseguenza che il ricorso a tale norma è precluso se il luogo di prestazione del lavoro si trova al di fuori del territorio degli Stati contraenti, restando così applicabile alla controversia il solo art. 2.

Peraltro, la sentenza *Six Construction* non si arresta a tale constatazione, ma si dà cura di sottolineare che l'alternativa al foro generale, rappresentata dal luogo in cui ha sede lo stabilimento che assume il lavoratore, non può essere ritenuta un criterio appropriato: infatti, l'incondizionata adozione di tale criterio offrirebbe al datore di lavoro, nel caso in cui la sede dello stabilimento di assunzione non coincidesse col luogo (o i luoghi) di lavoro, la possibilità di utilizzarlo come *forum actoris* anche contro l'interesse - meritevole di tutela - del lavoratore (convenuto) a veder sottoposte le controversie di lavoro o al giudice del luogo dove esso viene prestato o a quello del proprio domicilio.

La sentenza *Six Construction* ha direttamente influenzato la riformulazione del testo dell'art. 5-1° nella Convenzione di adesione del 1989. Come si è detto, la norma prevede infatti che ove manchi un luogo

abituale di lavoro è solo il lavoratore che può intentare l'azione dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto, diversamente da quanto prevede la Convenzione di Lugano che mantiene invece l'eguaglianza formale tra datore di lavoro e lavoratore.

Quest'ultima, inoltre, in quanto fa riferimento unicamente al luogo in cui *si trova* lo stabilimento, sembra escludere che si possa utilizzare tale foro se al momento dell'istanza lo stabilimento sia stato trasferito o abbia cessato l'attività; va anche osservato che la nuova versione dell'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles adotta, tra l'altro, un'impostazione diversa da quella del corrispondente testo di Lugano il quale, identificando "il luogo di esecuzione dell'obbligazione" con quello in cui si trova lo stabilimento di assunzione, sembra procedere più ad una localizzazione "arbitraria" dell'obbligazione che non alla previsione di un foro competente.

Risulta dunque dalla nuova formulazione che l'una e l'altra parte del rapporto possono utilizzare il criterio del luogo in cui la prestazione di lavoro è abitualmente svolta, ma che *solo il lavoratore-attore può avvalersi del foro dello stabilimento*.

Si noti, al riguardo, che la nuova regola dell'art. 5-1°, mentre esige che il luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa si trovi nel territorio di uno Stato contraente, non richiede, affinché il foro dello stabilimento possa essere utilizzato, che almeno uno dei luoghi di esecuzione dell'attività si trovi in uno Stato contraente: la competenza speciale del foro dello stabilimento sussiste anche se tutti i luoghi sono all'esterno dell'area comunitaria (cfr. *La Relazione ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD*, par. 23; GAUDEMET-TALLON, 124). Questa regola è però condizionata all'applicabilità della Convenzione di adesione del 1989; in caso contrario resta fermo il principio della sentenza *Six Construction*.

Quanto alla nozione di stabilimento, va osservato che il significato del termine deve essere inteso nel presupposto, di fondamentale importanza per l'applicazione dell'art. 5-1°, che il domicilio o sede del convenuto si trovi in un altro Stato contraente (altrimenti, chiunque sia il convenuto, si applicheranno le norme comuni di giurisdizione ex art. 4 della Convenzione).

Tale nozione, peraltro, non sembra coincidere esattamente con quella di succursale

agenzia o altra filiale di cui all'art. 5-5° , dal momento che l'esigenza di protezione del lavoratore - è solo questi, se vuole, a poterlo utilizzare - suggerisce di interpretarla in senso ampio in modo da comprendere anche il caso in cui lo "stabilimento" sia una minima entità organizzativa (secondo la *Relazione JENARD/MÖLLER*, par. 43, "il termine <stabilimento> va interpretato in senso lato e riguarda segnatamente qualsiasi entità come una succursale o un'agenzia non avente personalità giuridica; la *Relazione ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD*, par. 23, rinvia all'altra *Relazione* aggiungendo un semplice richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 5-5°). Diversa questione è se si tratti di un criterio appropriato (v. *oltre*).

Si noti inoltre che il foro dello stabilimento sopravvive al trasferimento o alla soppressione dell'unità organizzativa secondaria, aprendosi così al lavoratore un'alternativa fra il precedente e il nuovo luogo di situazione dello stabilimento (cfr. KROPHOLLER, 109-110).

ii) L'esegesi dell'art. 5-1° mostra che per i rapporti di lavoro il luogo di esecuzione dell'obbligazione, rilevante ai fini della competenza, è il luogo in cui il lavoro viene svolto in modo abituale: luogo che non può non essere unico e in un solo paese, perché - dice la norma - quando non può essere accertato lo svolgimento abituale del lavoro in un solo paese viene in considerazione il luogo dello stabilimento di assunzione. Le due ipotesi si differenziano dunque in base al criterio dell'abitualità di svolgimento della prestazione in un solo paese.

Bisogna ora tener conto del principio enunciato nella sentenza *Mulox*, secondo il quale nell'ipotesi di prestazione del lavoro eseguita in più d'uno Stato contraente si deve "considerare luogo dell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale... il luogo nel quale, o a partire del quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro".

E' opportuno chiedersi se le fattispecie del lavoro svolto in via principale e quella del lavoro svolto in via abituale, in un determinato luogo, siano o meno le stesse. A rigore non lo sono perché mentre il concetto di esecuzione in via principale implica un'altra parte della prestazione, quantitativamente secondaria, regolarmente svolta in luogo diverso, ciò va escluso per il concetto di prestazione abituale, il quale implica la continuità e la regolarità dello svolgimento del lavoro in uno stesso luogo, essendo solo occasionale l'esecuzione della prestazione in un luogo diverso da quello abituale. Insomma

ma, dire *principale* è dire pluralità di luoghi quali sedi abituali di lavoro; al contrario, dire *abituale* è dire un solo luogo quale sede di lavoro.

Se queste considerazioni sono esatte ne deriva che in caso di prestazione di lavoro in più luoghi, il luogo dove è svolta la parte principale di esso non dovrebbe essere identificato con il primo criterio fissato nell'art. 5-1°, per il quale il luogo di esecuzione del lavoro è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività.

La diversità delle due fattispecie è stata ben rilevata già nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS, par. 37, nella causa *Mulox*, il quale suggeriva di non intendere l'avverbio "abitualmente" che figura nella nuova versione dell'art. 5-1° in senso troppo letterale, ma come indicante il luogo principale di lavoro. Giustamente, LAGARDE, RCDIP, 1994, 577 ha rilevato che "ne faudrait-il pas aller trop loin dans cette voie, si l'on ne veut pas dénaturer les termes du nouveau texte. Il peut y avoir chevauchement mais il n'y a pas équivalence entre les termes "habituellement" et "principalement". Il est plausible de considérer que quelques missions à l'étranger ne suffisent pas à faire considérer qu'un travailleur cesse d'accomplir habituellement son travail dans un même pays. Mais il serait contraire au texte de Saint-Sébastien de décider qu'un travailleur qui aurait dans son champ d'activité la France et le Luxembourg accomplirait habituellement son travail en France, au motif que la part principale de son chiffre d'affaires serait réalisée en France".

Vista alla luce del nuovo art. 5-1°, alla fattispecie del lavoro principalmente svolto in un solo paese dovrebbe dunque applicarsi il foro dello stabilimento di assunzione del lavoratore.

In realtà, è proprio questa la conclusione che la sentenza *Rutten* ha voluto respingere, anche se non lo ha detto apertamente.

Il caso *Rutten* è sostanzialmente analogo a quello che si era presentato nella causa *Mulox*: lavoratore che svolge il proprio lavoro in più paesi, ma con prevalenza in uno di essi dove organizza tutta la propria attività. La questione che la Corte doveva risolvere era dunque se il principio affermato nella sentenza *Mulox* conservasse valore anche alla luce delle nuove disposizioni dell'art. 5-1°, se cioè il concetto di svolgimento abituale dell'attività di lavoro in un dato luogo coincidesse o meno con la nozione di "luogo nel quale o partire dal quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro", nozione appunto accolta come identificante il luogo di lavoro nel caso in cui esso viene svolto in più paesi.

Richiamandosi puntualmente ai propri precedenti, e in particolare

alle ragioni che avevano giustificato la soluzione data al caso *Mulox*, la Corte giunge alla conclusione che essi vanno confermati anche alla luce delle nuove disposizioni e che “la nozione di <luogo (...) in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività>, ai sensi dell’art. 5, punto 1, nei casi in cui il lavoratore svolga la propria attività in più Stati contraenti” deve essere interpretato nel senso che si riferisce “al luogo nel quale il lavoratore subordinato ha stabilito il centro effettivo della sua attività professionale e nel quale a partire dal quale, di fatto, adempie essenzialmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro”.

Quanto alla concreta determinazione di tale luogo, la Corte aggiunge che va preso in considerazione il fatto che il lavoratore trascorre la maggior parte del proprio tempo lavorativo in uno Stato contraente, in cui dispone di un ufficio a partire dal quale organizza le proprie attività per conto del datore di lavoro e nel quale fa ritorno dopo ciascun viaggio di lavoro all’estero.

Il fatto che la Corte abbia escluso di poter distinguere fra lavoro svolto abitualmente e lavoro svolto principalmente in un determinato luogo, finendo per identificare le due situazioni, è ben significativo della sua riluttanza a prendere in considerazione il foro dello stabilimento nell’ipotesi di prestazioni di lavoro svolte in più Stati, riluttanza che già si era manifestata in occasione della sentenza *Mulox*.

In effetti, la situazione tipica cui si riferisce il criterio costituito dal foro dello stabilimento è tale che non necessariamente esso è (pur solo in parte) anche luogo di esecuzione del lavoro, essendo ben possibile, invece, che risulti essere semplicemente il luogo di conclusione del contratto di lavoro: dunque un foro che la Convenzione considera addirittura esorbitante (v. art. 3, 2° comma, particolarmente in relazione all’abrogato art. 4, n. 2 c.p.c.; cfr. anche le cit. *Conclusioni* dell’Avvocato generale TESAURO, par. 9, nella causa *Six Construction*).

Né, per sottrarlo alla critica, giova osservare che il foro dello stabilimento è predisposto, secondo la Convenzione del 1989, solo a vantaggio del lavoratore che può utilizzarlo se lo trova conveniente. Il carattere protettivo di questo foro è puramente ipotetico. Lungi dal corrispondere all’interesse del lavoratore, il foro dello stabilimento non è altro che il “secondo” domicilio del datore di lavoro, un luogo, oltre tutto, nel quale il lavoratore

potrebbe non aver mai prestato alcuna attività, ma al quale, paradossalmente, dovrebbe ricorrere per evitare l'alternativa, in ipotesi peggiore, del domicilio del datore di lavoro.

D'altro canto, non è neppure da sottovalutare il rischio che in un mercato altamente integrato come quello comunitario, in cui attività non abitualmente svolte in un solo Stato sono già oggi situazioni tutt'altro che infrequenti, particolarmente nel terziario, il foro dello stabilimento venga creato ad arte per indebolire le capacità di difesa del prestatore di lavoro (si vedano certi fenomeni di creazione di affiliate di società multinazionali, aventi la sola funzione di assumere il personale del gruppo: sul punto, in relazione ad una valutazione negativa del criterio della sede di ingaggio accolto dalla Convenzione di Roma, v. FORLATI PICCHIO, *Limiti posti dalla Convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, RDI, 1992, 277-281).

Posto che il foro dello stabilimento non è un criterio adeguato in presenza di una pluralità dei paesi di lavoro, si comprende come la Corte abbia voluto tener fermo il principio enunciato nella sentenza *Mulox* prima di ammettere il ricorso al foro dello stabilimento quando manca prestazione "abituale" (in senso proprio) di lavoro in un solo paese.

Razionalizzando la giurisprudenza della Corte alla luce delle nuove disposizioni dell'art. 5-1°, e senza forzare il concetto di abitualità dello svolgimento del lavoro, si potrebbe dire che i criteri speciali applicabili in materia di lavoro sono tre in concorso successivo: a) il luogo in cui la prestazione lavorativa è effettuata in maniera abituale; b) il luogo in cui la prestazione è effettuata in via principale quando l'attività lavorativa non è svolta abitualmente nello stesso paese; c) il luogo dello stabilimento di assunzione.

Il ricorso a quest'ultimo criterio deve essere evitato sforzandosi di ricercare, come indica chiaramente la sentenza *Rutten*, un luogo cui possa attribuirsi carattere di principalità, cioè costituente il *centro effettivo* dell'attività, come dice la Corte (e in tal caso esso vale ovviamente anche per il datore di lavoro). Solo nell'ipotesi estrema in cui non si possa individuare nessun luogo avente carattere principale o di centro effettivo, oppure nell'ipotesi in cui tale luogo sia fuori del territorio comunitario, il (solo) lavoratore potrà utilizzare il foro dello stabilimento in alternativa al foro generale del domicilio.

A questo riguardo, considerando che il domicilio della "parte debole" è criterio di competenza alternativa al foro generale del convenuto per i contratti dei consumatori e in materia d'assicurazione, non si può fare a meno di rilevare che al foro (alternativo) dello stabilimento poteva certamente preferirsi, a tutela della parte debole del rapporto di lavoro, il domicilio del prestatore di lavoro.

In un caso nel quale il lavoro risultava svolto in vari paesi del Mediterraneo, la Cass., sez. un., 9 giugno 1994, n. 5627, RDIPP, 1995, 416, ignorando, forse volutamente, i precedenti delle sentenze *Ivenel* e *Six Construction*, è ricorso di fatto a tale ultimo criterio per chiare ragioni di tutela del lavoratore. Formalmente la pronuncia fonda la competenza del giudice italiano, ex art. 5-1°, sulla circostanza che l'obbligazione pecuniaria gravante sul datore di lavoro, domiciliato in Germania, doveva essere eseguita in Italia presso il domicilio del lavoratore (considerata la fattispecie concreta, la pronuncia non sembra meritare le severe critiche di DE CRISTOFARO, GI, 1996, I, 1, 1271).

In estrema sintesi, la nuova formulazione dell'art. 5-1° dovrebbe essere letta nei seguenti termini: "in materia di contratto individuale di lavoro il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente o principalmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente né principalmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro ecc."

iii) Va aggiunto, infine, che per determinare la competenza in materia di rapporti di lavoro occorre anche tener conto della direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il cui art. 6, facendo salve le regole adottate in convenzioni internazionali, crea un foro supplementare costituito dal luogo dove il lavoratore è stato distaccato; la competenza di tale foro è però limitata alla possibilità di far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di impiego garantite dall'art. 3 della medesima direttiva (in proposito, cfr. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI, 1996, 889, 903-904).

1.5. Problematiche dell'applicazione del *forum solutionis*. Proposte di abrogazione dell'art. 5-1°.

Come si è già rilevato in più occasioni (v. *sopra*, spec. par. 1.2.1.), la

varietà e la complessità dei problemi che pone l'art. 5-1°, non rende facile il compito della giurisprudenza, anche se bisogna dire che nel complesso essa si sforza di adeguarsi alle direttive interpretative impartite dalla Corte di giustizia.

Peraltro, l'abbondante contenzioso relativo all'applicazione di tale norma - ci riferiamo in particolare al coinvolgimento delle giurisdizioni superiori nell'esame della sola questione di giurisdizione - è dovuto, nel nostro come in altri paesi, non tanto alle incertezze e difficoltà - che pur vi sono - nel conformarsi ai principi interpretativi elaborati dalla Corte, quanto alla circostanza che l'art. 5-1° costituisce, nella più importante e ricorrente delle materie coperte dalla Convenzione di Bruxelles, l'unica alternativa al foro del domicilio del convenuto, dunque l'unica opportunità per l'attore di radicare il processo nel proprio paese (quando non sussista proroga tacita o espressa di competenza). E' naturale, perciò, che si tenti di avvalersi di questa norma anche se i requisiti necessari si prospettano incerti nel caso concreto, e si cerchi poi con ogni argomento di dimostrare l'applicabilità.

Quanto al fatto che mediante il ricorso all'art. 5-1° si possa conseguire anche il vantaggio di paralizzare la giurisdizione di altri Stati per effetto della regola della litispendenza (e di qui il fenomeno del *forum running*, sul quale tanto insiste BROGGINI, *La Convenzione parallela di Lugano nella prospettiva di un giurista svizzero*, DCI, 1990, 591), bisogna comunque dire che non è questo il motivo vero per cui viene invocato l'art. 5-1°, potendosi paralizzare l'azione in un altro Stato contraente, se lo si vuole, anche mediante la proposizione della domanda dinanzi ad un giudice sicuramente incompetente. L'art. 5-1° viene invocato perché è una disposizione realmente idonea a soddisfare l'obiettivo della localizzazione del processo, e dunque dell'attribuzione di competenza, in funzione del luogo dove ciascuna parte del rapporto prevede che debba realizzarsi o soddisfarsi l'*interesse* da esso tutelato (nel suo aspetto oggettivo di conseguimento di un bene, di un'utilità o di un risultato).

i) Nel frequente radicarsi della competenza presso il domicilio dell'attore, molti vedono una negazione del principio ispiratore della Conven-

zione - *actor sequitur forum rei* - il quale vuole siano concesse al convenuto le più agevoli ed effettive possibilità di difesa; tale esito, unito alla complessità delle questioni da affrontare, sarebbe talmente nefasto da consigliare la pura e semplice soppressione dell'art. 5-1° (in questo senso l'autorevole opinione di DROZ, RCDIP, 1987, 802-803, nonché più recentemente, RCDIP, 1996, 505-506, con la quale finisce per concordare GAUDEMET-TALLON, 133, e, RCDIP, 1997, 577; sulle stesse posizioni, BROGGINI, *La Convenzione parallela*, cit., 595; LASOK/STONE, 220-221. Per un *résumé* delle critiche portate all'art. 5-1°, v. von OVERBECK, *Interprétation traditionnelle de l'art. 5-1. des Conventions de Bruxelles et de Lugano: Le coup de grâce?*, in *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, 1996, 287-298; *amplius*, HILL, *Jurisdiction in Matters relating to a Contract under the Brussels Convention*, ICLQ, 1995, 591-619).

D'altra parte, sono anche in tanti ad affermare l'utilità della norma (lo rileva lo stesso DROZ, (*Rapport de synthèse*), *Compétence judiciaire*, 267-269; particolarmente significative le posizioni di HUET e di LANDO, *ivi*, rispett. 67-71 e 28-34); inoltre, se è pur vero che la Convenzione vede con sfavore il foro dell'attore, è impossibile sostenere che lo disconosce del tutto: a parte le ipotesi in cui è espressamente accolto (creditore di alimenti, consumatore, assicurato) o implicitamente ammesso (foro della succursale: art. 5-5°), gli stessi artt. 5-1° e 5-3° non si fondano certo sul presupposto che il giudice designato non debba mai coincidere col domicilio dell'attore. Quando ciò accade, le possibilità di difesa del convenuto non ne sono più menomate di quanto non si verifichi nel caso in cui il *forum solutionis* risulti localizzato in un paese "terzo".

L'importante è l'effettiva prossimità del giudice alla controversia, e costruire su tale fondamento un'alternativa al foro del domicilio è conforme ad una tradizione pervasa di razionalità e senso di giustizia. Un protagonista della codificazione 1865, Giuseppe Pisanelli, oggi visto da taluni come il "fondatore del diritto <internazionale> processuale civile" (JAYME, *Giuseppe Pisanelli e la fondazione del diritto processuale civile "internazionale"*, RDP, 1994, 1121), attribuiva valore di fondamento legittimo della competenza nella materia dei contratti solo alla sede dell'obbligazione, prioritariamente identificata nel luogo di adempimento (JAYME, 1126 e nota 42; cfr. altresì LUPOI M., *Il foro dell'esecuzione*, cit. 99).

Naturalmente si può discutere, sotto questo profilo, circa l'effettività della connessione col foro quando si tratti del luogo di pagamento del debi-

to pecuniario, luogo giudicato da alcuni talmente insignificante da farne apparire l'utilizzo persino contrario ai diritti dell'uomo, al diritto ad un processo giusto ed equo (SCHLOSSER, *Jurisdiction in International Litigation - The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention*, RDI, 1991, 28-31). Tuttavia, si può fondatamente obiettare che se la prestazione pecuniaria è altrettanto essenziale all'esistenza e al funzionamento della causa del contratto, quanto lo è la controprestazione non pecuniaria, sarebbe discriminatorio attribuire rilevanza solo a quest'ultima.

E' innegabile, d'altra parte, che la ricerca della prossimità deve trovare un limite nella rilevanza della fattispecie legale. Se non si vuole cadere nel più puro empirismo, la prossimità del giudice alla controversia non può essere determinata prescindendo dall'interesse obiettivo per il quale viene invocata la tutela, e cioè dai termini in cui tale interesse è reso formalmente rilevante da una norma giuridica. I vari esempi che vengono proposti per dimostrare che le regole *de Bloos* e *Tessili* conducono ad un foro che non ha una stretta connessione con la lite (v. HILL, *Jurisdiction*, cit., 597-603; von OVERBECK, *Interprétation*, cit., 292-297) sottintendono una preliminare ricostruzione del *centro di gravità* della controversia in base al complessivo assetto (o per meglio dire, al conflitto) degli interessi materiali soggettivi coinvolti dal rapporto giuridico, anziché alla luce di elementi che attengono al diritto oggettivamente fatto valere in giudizio. In tal modo, i costituenti essenziali e caratteristici del rapporto obbligatorio, la "prestazione" e il "credito", vengono completamente svalutati a beneficio di visuali empirico-psicologiche dello scopo che persegue l'attore con la propria domanda e degli interessi materiali difesi dal convenuto.

Espressive di tale atteggiamento refrattario ai profili formali - i soli capaci di assicurare effettiva certezza e prevedibilità della competenza - , sono le critiche rivolte alla sentenza *Custom Made Commercial* (v. sopra, par. 1.3., i.f.): v. per tutti, HILL, von OVERBECK, *loc. cit.*, nonché BOSCHIERO, *Forum solutionis*, cit. 75-82: l'azione di condanna al pagamento dovrebbe essere localizzata, secondo l'impostazione empirico-psicologica che questi Autori fanno propria, nel luogo di consegna del bene perché *nella maggior parte dei casi* il debitore contesta la regolarità della controprestazione. Ma l'argomento appare persino privo di forza dialettica: e se il debitore contestasse solo per non pagare? Perché non agisce lui per primo al luogo di consegna se la sua contestazione è fondata? Quale degli interessi materiali (soggettivi) in conflitto, secondo la prospettazione contingente delle parti, sarebbe più meri-

tevole di tutela dal punto di vista della localizzazione del processo? E soprattutto, perché si dovrebbe localizzare il processo prescindendo dall'interesse *formalmente* tutelato dal rapporto giuridico?

Per giungere ad una adeguata localizzazione della competenza alla stregua del principio di prossimità, senza sacrificare la certezza e la prevedibilità della regola, la via più sicura sembra quella di attenersi all'analisi dei modelli normativi attraverso cui vengono resi rilevanti gli interessi contingenti dei soggetti. Come indicano talune soluzioni insoddisfacenti della nostra giurisprudenza (ad esempio, in tema di garanzia per vizi: v. *oltre*), uno sforzo di approfondimento in questa direzione può rivelare che vi è ancora spazio per la ricerca di una localizzazione del processo che, nel rispetto delle regole *de Bloos* e *Tessili*, sia più coerente con il principio di prossimità.

ii) In più occasioni i nostri giudici hanno determinato il *locus solutionis* applicando correttamente le regole *de Bloos* e *Tessili*: hanno cioè proceduto dapprima all'individuazione della legge regolatrice dell'obbligazione controversa, e poi hanno tratto da essa i criteri di determinazione del luogo d'adempimento. I risultati cui è giunta in tal modo la giurisprudenza si presentano accettabili anche sotto il profilo dell'esigenza di prossimità del giudice alla controversia.

V. tra le tante pronunzie, alcune delle quali già menzionate al par. 1.2.1, Cass., sez. un., 9 ottobre 1984, n. 5027, RDIPP, 1985, 833; Cass., sez. un., 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2783; Cass, sez. un., 19 dicembre 1994, n. 10910, GI, 1995, I, 1, 1480; Cass., sez. un., 18 novembre 1994, n. 9752, RDIPP, 1996, 97.

Di particolare interesse in riferimento ad *obbligazioni negative*, localizzate nel luogo in cui deve aversi astensione dal comportamento vietato - nella specie, astensione da attività lesive del *diritto di esclusiva* -, sono Cass., sez. un., 14 dicembre 1992, n. 13196, RDIPP, 1993, 983 e Cass. sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, GC, 1994, I, 953; v. altresì, Cas. sez. un., 1° marzo 1988, n. 2156, RDIPP, 1990, 703; in senso conforme, Pret. Padova, dec. 12 maggio 1986, RDIPP, 1987, 121; per identica localizzazione dell'obbligo di non fare (non istituire una rappresentanza in Italia), ma sulla base della autonoma rilevanza accordata alla volontà delle parti (*sopra*, par. 1.3.1, *sub ii*), v. Cass., sez. un., 27 marzo 1980, n. 3798, GI, 1981, I, 1, 1154; nel senso, invece, che l'art. 5-1° non possa essere applicato ove

sia dedotta in giudizio un'obbligazione di non fare, perché la sua esecuzione non è "logicamente collocabile in un luogo piuttosto che in un altro, in quanto realizzantesi continuamente ovunque l'obbligato si trovi", v. Appello Torino, 12 novembre 1980, RDIPP, 1981, 510.

Circa il luogo di esecuzione dell'*obbligazione di trasferire la proprietà*, determinato sottoponendo la fattispecie traslativa alla legge regolatrice del diritto reale, v. Cass., sez. un., 1° ottobre 1980, n. 5338, FI, 1981, I, 1608; circa il luogo di esecuzione dell'obbligazione di *elaborazione e comunicazione di dati*, da trasmettere dall'estero in Italia con mezzi di telecomunicazione, v. Cass., sez. un., 17 giugno 1988, n. 4119, RDIPP, 1989, 404. Per il luogo di esecuzione dell'*ordine di borsa* conferito ad un intermediario professionale, luogo identificato dove lo stesso esegue l'ordine e determinato sulla base della legge italiana quale legge del "prestatore caratteristico" (l'intermediario), v. Trib. Milano, 6 febbraio 1997, FP, 1997, I, 292.

iii) Non mancano peraltro pronunce che, pur dichiarando talora di voler osservare la regola Tessili, la disattendono nei fatti, procedendo alla determinazione del luogo d'esecuzione direttamente sulla base della legge italiana.

Oltre al cospicuo numero di sentenze riguardanti la *vendita* e la Convenzione dell'Aja del 1964 di cui si è già parlato (v. *sopra*, par. 1.3.1.), v. Cass., sez. un., 21 novembre 1983, n. 6924, RDIPP, 1984, 725, nella quale il luogo di adempimento dell'obbligazione di concludere il *contratto definitivo* viene fissato al domicilio del debitore ex art. 1182 c.c. (trattavasi di domanda di risoluzione di contratto preliminare stipulato in Germania tra italiano e straniero, dunque di contratto sottoposto alla legge tedesca ex art. 25, 1° comma, disp. prel., c.c., non constando determinazione della *lex contractus* ad opera delle parti).

Allo stesso modo, il luogo d'esecuzione di un *debito pecuniario* è ricavato direttamente dall'art. 1182 c.c., senza richiamo alcuno alla legge competente, da Cass., sez. un., 25 marzo 1991, n. 3190, RDIPP, 1992, 963; identicamente, Cass. sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, 942. In Cass., sez. un., 22 maggio 1986, n. 3411, FI, 1987, I, 539, l'obbligo di *rendiconto* di un mandatario olandese nei confronti del mandante italiano è localizzato al domicilio del debitore in base all'art. 1182 c.c. omettendo qualunque riferimento alla regola *Tessili*.

iv) Va rilevato, infine, che l'applicazione dell'art. 5-1° non pare esente da un certo conformismo nel recepire meccanicamente indirizzi consolidati

in tema di competenza interna. Così accade quanto all'interpretazione delle c. d. *clausole di spesa* (franco arrivo, franco domicilio e simili) o degli incoterms (cif, fob, fio ecc.), costantemente ritenute insufficienti a stabilire contrattualmente il luogo di adempimento, laddove una maggiore considerazione della *ratio* della norma della Convenzione - la prossimità del giudice alla controversia - avrebbe forse potuto suggerire conclusioni diverse (v. ad esempio, Cass., sez. un., 25 aprile 1993, n. 10600, NGCC, 1994, I, 889 con nota di RIMINI, *ivi* ult. richiami; v. altresì, Cass., sez. un., 17 agosto 1990, n. 8359, RDIPP, 1991, 1051).

Analogamente, l'automatica determinazione del *forum solutionis* attraverso la localizzazione dell'obbligo di consegna, conduce a risultati discutibili in materia di *garanzia per i vizi* (v. Cass., sez. un., 16 gennaio 1986, n. 220, RDIPP, 1987, 322, che ha ricondotto la garanzia all'obbligo di consegna, ex art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1964 (LUVI), negando la giurisdizione italiana in presenza del bene difettoso in Italia; analogamente, Cass., sez. un., 3 novembre 1981, n. 5774, *Rep. Giust. civ.*, voce *Vendita*, n. 31; per la critica di questa soluzione, secondo cui la garanzia per vizi integra un obbligo privo di autonomia che si compenetra con quello di consegnare la cosa, v. *sopra*, par. 1.3. *sub ii*).

v) Talune pattuizioni sono state invece correttamente ritenute idonee alla determinazione del *forum solutionis* (sulla clausola *contrassegno*, Cass., sez. un., 27 ottobre 1989, n. 4506, RDIPP, 1991, 137; sulla diversa rilevanza, ai fini dell'art. 5-1°, tra vendita *contro documenti e pagamento contro documenti*, v. Cass., sez. un., 3 giugno 1985, n. 3285, RDIPP, 1987, 73; v. altresì, LOPEZ DE GONZALO, *L'esercizio della giurisdizione civile in materia di vendita internazionale*, RDIPP, 1990, 625-627; per l'individuazione del *locus solutionis* presso il compratore, qualora il venditore assuma l'*obbligo di montaggio* dei macchinari venduti, v. Cass., 19 dicembre 1994, n. 10910, *cit.*).

VITTORIO PARLATO

*IL PROBLEMA DELLA VALIDITÀ DEI SACRAMENTI,
AMMINISTRATI DA ERETICI E SCISMATICI,
IN ALCUNE FONTI ORIENTALI DEL IV E V SECOLO.*

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. La concezione di San Basilio. - 3. Le direttive del concilio di Laodicea e dei *Canones Apostolorum*. - 4. La prassi nella chiesa alessandrina. - 5. Le ordinazioni compiute da eretici. - 6. L'invalidità della ordinazione di chi è consacrato da eretici condannati e deposti: il caso di Timoteo Eluro e di Pietro Mongo, patriarchi monofisiti di Alessandria. - 7. La tesi di San Basilio nella logica della concezione della chiesa ortodossa in tema di validità dei sacramenti.

1. Il tema della validità dei sacramenti amministrati fuori della chiesa che professa la fede dei concili è stato affrontato fin dai primordi del cristianesimo, sia per quanto riguarda il battesimo, primo sacramento e presupposto per gli altri sacramenti, sia per quanto riguarda l'ordinazione *in sacris*.

La chiesa d'Occidente ha considerato, con prassi costante, validi i battesimi conferiti da eretici e scismatici, riconoscendo la capacità di esserne ministro a chi, per ciascun sacramento *iure abilis*, salva la debita forma ed usando la prescritta materia, abbia l'intenzione di fare ciò che fa la Chiesa di Cristo, indipendentemente dalla sua posizione religiosa, cioè dall'essere in comunione o meno con la Chiesa¹.

¹ Cfr. in proposito F. CAPPELLO, *Tractatus canonico moralis de sacramentis*, I, Torino, 1928, p. 36, "Non requiritur ut minister expresse intendat ager nomine Ecclesiae catholicae seu ut Ecclesia agi vult; neque a fortiori opus est intentione faciendi quod facit Ecclesia romana; sufficit intentio faciendi quod facit Ecclesia vera a Christo D. instituta".

Lo stesso *Direttorio Ecumenico*, affrontando il tema della validità dei battesimi dei cristiani separati, afferma che "praesumenda est intentio sufficiens in ministro qui baptismum contulit, nisi de eius intentione faciendi quod faciunt christiani seria ratione dubitandi adsit". *Ad Totam Ecclesiam*, 13 b, AAS 59 (1967), p. 581.

Questa norma trae fondamento da un responso del Santo Uffizio del 30 Gennaio 1833 in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. IV, Città del Vaticano, 1951, n. 871, p. 153, in cui si ribadiva quando deciso nel Concilio di Evreu del 1576 a proposito del battesimo dei calvinisti di cui si ammetteva la validità, dato che chi battezzava aveva l'intenzione di fare ciò che Cristo istituì e che i cristiani fanno, indipendentemente dall'ortodossia professata. Si faceva presente, inoltre, che né il Concilio di Firenze, né quello di Trento, avevano richiesto una diversa e più precisa intenzione da parte del ministro; nella Bolla *Exultate Deo*, relativa all'unione con gli Armeni, si richiede semplicemente che il ministro "facere intendat

Ricordo la controversia in proposito, sorta nel III secolo tra le chiese di Roma e di Cartagine e la posizione di papa Stefano fautore e sostenitore della validità del battesimo donatista e del divieto dei rebattesimi².

In linea con questa tesi è la disciplina sanzionata a Nicea: è colpito da invalidità³ solo il battesimo di chi nega il dogma trinitario e quindi modifica la formula stessa prescritta dal Cristo⁴.

Una testimonianza di come questo problema, così importante ed attuale già nella Chiesa del III e IV secolo, non fosse definitivamente ed unitariamente risolto si ricava dall' esame di quattro documenti della fine del IV secolo, rivelatori della tradizione e posizione di significative chiese d' Oriente; le quattro fonti sono: i Canoni di S. Basilio, espressione della chiesa di Cesarea⁵; i Canoni del Concilio di Laodicea, cui parteciparono le chiese della Frigia⁶; i *Canones Apostolorum*, espressione della chiesa di Antiochia e delle sue suffraganee⁷; infine in canone attribuito a Timoteo d' Alessandria che, anche se apocrifo, rispecchia il pensiero della chiesa egiziana⁸.

quod facit Ecclesia", cfr. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, edidit Centro di documentazione, Istituto per le Scienze religiose, Bologna - Friburgi, 1962, p. 519.

² Cfr. per tutti G. BARREILLE, *Baptême des Hérétiques*, in *Dict. de Théol. Cath.*, II, coll. 219-233.

³ *Can. 19*, in CCO (*Les Canons des Conciles oecumeniques*, ed. P.P. JOANNOU, P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti, fasc. IX, Discipline générale antique*, t. I, I, Grottaferrata, 1962), p. 40-41.

Paolo di Samosata fu riconosciuto eretico, scomunicato e deposto da un sinodo di oltre seicento vescovi e la condanna fu approvata da Roma e da Antiochia; cfr. EUSEBIO, *Hist. Eccl.*, 17, 30, 1-5, in P.G., XX, coll. 709-711.

⁴ MATTEO, XXXVII, 19.

⁵ Basilio, vissuto dal 330 al 379; alcune lettere furono considerate dal Can. 2 del Concilio Trullano come fonti normative; e proprio in due di esse è esposta la sua tesi circa la validità dei battesimi amministrati dai dissidenti; sono le prime due lettere ad Amfilochio, databili nell' anno 374.

⁶ Fine del IV secolo.

⁷ Raccolta, databile alla fine del IV secolo, sotto forma di canoni, della tradizione disciplinare della Diocesi civile d' Oriente.

⁸ E' il Can. 19; I canoni autentici di Timoteo sono databili anche essi all fine del IV secolo, si ritengono contemporanei anche quelli apocrifi, cfr. CPG (*Les canons des Pères Grecs*, ed. P.P. JOANNOU, P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti, fasc. IX, Discipline générale antique*, t. II, Grottaferrata, 1962), p. 239.

2. San Basilio⁹, uno dei più autorevoli padri greci del IV secolo, sostiene una tesi che presuppone una precisa concezione ecclesiale e sacramentaria, diversa da quella seguita in Occidente.

L'idea centrale è che solo nella vera chiesa si hanno validi sacramenti: se ogni sacramento è efficace per la grazia che gli è propria, la grazia stessa si manifesta e porta i suoi frutti solo all'interno della chiesa¹⁰. La successione apostolica, l'ordinazione ricevuta, non sono elementi sufficienti nei ministri, occorre che essi siano, e rimangano incorporati nella chiesa. Quando il portatore di una funzione gerarchica si distacca dalla chiesa, o immediatamente in caso di eresia, o in un prosieguo di tempo, in caso di scisma continuato, si inaridisce la sua capacità¹¹.

Nel distinguere tre possibili categorie di cristiani dissidenti San Basilio precisa chi siano da considerare fuori della chiesa.

Sono tali solo gli *eretici*, cioè coloro che hanno rotto completamente con la chiesa e seguono una dottrina eterodossa¹².

Appartengono invece ancora alla chiesa gli *scismatici*, cioè coloro che si sono separati per ragioni di amministrazione ecclesiastica e per questioni sulle quali è facile trovare un accordo¹³, e le *parasinagoghe* o conventicole di persone che seguono, in buona fede, un prete o un vescovo dissidente¹⁴.

Questa concezione porta l'autore a considerare nullo non solo il battesimo di chi come i pepuziani o i paulianisti negano il dogma trinitario; ma anche il battesimo dei catari, degli encratiti, degli idroparastati e di altri¹⁵, i quali se in un primo tempo si separarono per un atto di scisma, a causa della continuata ribellione alla vera chiesa hanno perduto la grazia; considerati come laici, hanno ormai perduto il potere di battezzare e di ordinare, giac-

⁹ Can. 1, CPG, p. 93 ss.

¹⁰ Cfr. anche un recente scritto di E. FORTINO, *L'Eucolegio Barberini Gr. 336 - Rilevanza ecumenica*, in *Oriente Cristiano*, 1996, 3, p. 33 ss., in merito alla rilevanza del battesimo degli appartenenti alle diverse eresie del I millennio.

¹¹ Can. 1, CPG, p. 96-97.

¹² Can. 1, CPG, p. 94-95.

¹³ Can. 1, CPG, p. 94-95.

¹⁴ Can. 1, CPG, p. 94-95.

¹⁵ Can. 1, CPG, p. 96-97.

ché non possono dare quella grazia che essi hanno perduto¹⁶.

Basilio espone questi principi nel 379, dopo la celebrazione del Concilio di Nicea del 325, e dopo che si era realizzata una disciplina comune, sia pure embrionale¹⁷; benché invochi una regolamentazione comune a tutte le chiese in materia, ribattezza anche i novaziani il cui battesimo era stato riconosciuto valido dai Padri di Nicea¹⁸.

L'autore si rende conto che una tesi così rigorista, in contrasto con la posizione della chiesa di Roma, difficilmente potrà essere accettata dall'intera comunione interecclesiale.

La regola da lui suggerita si applica là dove si esercita la sua giurisdizione e vale la sua autorità¹⁹.

Il ricordo, che egli stesso fa, di alcuni casi in cui, per agevolare il ritorno dei dissidenti, anche eretici, si riconobbero i loro sacramenti²⁰ e il desiderio che la questione venga regolata da una definitiva disciplina comune,

¹⁶ Can. 1, CPG, p. 96-97; Can. 47, CPG, p. 137.

¹⁷ Can. 1, CPG, p. 97.

¹⁸ La validità dei sacramenti amministrati nelle comunità dissidenti era stata generalmente riconosciuta a Nicca, quando si trattava di separazioni fondate solo su motivi disciplinari. Così mentre si disconoscevano i battesimi e le ordinazioni dei paulianisti, negatori del dogma trinitario (*Can. 19*) si ammette l'esistenza di vero battesimo nei novaziani o catari: movimento rigorista contrario alla concessione della *poenitentia* e della *pax* agli apostati e ai rei dei peccati più gravi. Cfr. sul punto V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale nelle chiese orientali dal IV al X secolo. Contributo allo studio della "communio"*, Padova, Cedam, 1969, p. 137 ss. e bibl. *ivi cit.*

¹⁹ Come ho già ricordato questi canoni di Basilio esprimono la disciplina in uso nella chiesa di Cesarea di cui è il vescovo, essi inseriti in una lettera indirizzata ad Amfilochio, vescovo amico e della stessa provincia, saranno osservati in tutta la provincia. Altre chiese non soggette o legate a Cesarea li osserveranno per libera accettazione, e tanto più sarà estesa la loro validità quanto più sarà sentita l'autorità morale di chi ne è stato l'autore: cfr. in proposito P.P. JOANNOU, *Introduction générale à l'édition*, in CPG, p. XIII.

²⁰ Can. 1, CPG, p. 98-99. In una *Quaestio et responsio ad orthodoxos (q. 14)*, in P.G., VI, col. 1261 si legge: "L'eretico che ritorna all'ortodossia è così purificato: l'errore sul credo religioso viene cancellato col mutamento di opinione; il battesimo *in haeresi* col sacro crisma l'ordinazione avute da ministri eretici con l'imposizione delle mani".

con un accordo tra le chiese²¹, dimostra come non siano inderogabili i suoi principi e il problema possa avere diverse possibili soluzioni.

3. Il concilio di Laodicea fa propria una tesi meno rigorista e sanziona l'invalidità dei battesimi solo per quegli eretici che sono negatori del dogma trinitario, specie frigi e montanisti²², per altri, che potremmo chiamare scismatici, novaziani e quartodeciani²³, prescrive, senza dare giustificazione alcuna, che al momento della conversione siano unti col sacro crisma²⁴.

I *Canones Apostolorum*, poi, si limitano a prescrivere la deposizione di chi battezzati non usando la formula trinitaria prescritta²⁵ o non compia le tre immersioni di rito²⁶ o, infine, battezzati chi è stato validamente battezzato²⁷.

Questa normativa evidentemente sottintende principi ispiratori simili a quelli di Basilio, ponendo l'accento soprattutto sull'elemento formale sia per la formula da usarsi sia per l'azione da compiersi; l'elemento formale viene a costituire la prova della realtà sostanziale: una formula trinitaria, come anche una duplice o singola immersione avrebbero rivelato un diverso contenuto fideistico e dottrinale di quelle chiese.

4. Un'enunciazione singolare si riscontra in un canone attribuito a

²¹ Can. 47, CPG, p. 138.

²² Can. 8, CSP (*Les canons des synodes particuliers*, ed. P.P. JOANNOU, P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti, fasc. IX, Discipline générale antique*, t. I, 2, Grottaferrata, 1962), p. 133-134, anche costoro erano negatori del dogma trinitario.

²³ I quartodeciani, si trattava di una piccola setta della provincia d'Asia, seguivano l'antico computo ebraico che poneva la festa della Pasqua il 14 Nisan, qualunque giorno della settimana fosse, cfr. E. CHIETTINI, *Quartodeciani*, in *Enciclopedia Cattolica*, X, coll. 381-382. Per i novaziani cfr. Can. 7, CSP, p. 133.

²⁴ Cfr. anche E. AMANN, *Réordination*, in *Dict. de Théol. Cath.*, xxii, coll. 2390-2391 e PARLATO, *L'ufficio cit.*, p. 139.

²⁵ Can. 49, CSP, p. 32.

²⁶ Can. 50, CSP, p. 32 s.

²⁷ Can. 47, CSP, p. 31.

Timoteo d' Alessandria, che anche se sicuramente apocrifo²⁸, rispecchia il pensiero della chiesa alessandrina del IV secolo.

Il divieto del rebattesimo è visto non come un riconoscimento del battesimo conferito *in haeresi*, bensì come mezzo valido per invogliare i dissidenti alla conversione. La grazia sarà loro data attraverso una successiva imposizione delle mani²⁹: rito questo largamente usato nella chiesa di quel periodo sia per il ristabilimento della comunione, sia per l' assoluzione dei peccati³⁰; un rito che, meno specifico del battesimo, avrebbe prodotto gli stessi effetti e sarebbe stato più accetto ai convertiti.

5. Sulla validità delle ordinazioni compiute da eretici e scismatici il Can. 68 dei *Canones Apostolorum* prescrive che esse siano considerate invalide .

Questa rigidità viene attenuata negli anni delle grandi controversie cristologiche.

La letteratura pseudo-apostolica non aveva presenti che le vecchie sette, la chiesa del IV e V secolo, che vede sorgere continui scismi ed eresie, è preoccupata del ritorno dei dissidenti all' ortodossia; il risultato è che le loro ordinazioni sono viste con minor disfavore e generalmente si ammette la validità dei loro battesimi.

Nella seconda metà del V secolo Martino di Antiochia³¹ chiede al patriarca di Costantinopoli che valore abbiano le ordinazioni degli eretici, gli viene risposto che se per i seguaci di eresie minori può ritenersi valido il battesimo, in ogni caso sono invalide le ordinazioni.

Pochi decenni dopo, un altro patriarca di Costantinopoli, Giovanni Scolastico, impone ai chierici ed ai vescovi che ritornino alla comunione catto-

²⁸ Can. 19, CPG, p. 252 s.

²⁹ Per AMANN, *Réordination* cit., coll. 2391, si tratta d un rito diverso dalla sacra ordinazione, potrebbe essere usato per il conferimento della cresima che non avevano ricevuto *in haeresi*, si usa, infatti, il termine *cheirotheteïn*, *cheirothesia*, e non *cheirotoneïn*, *cheirotónfa*, usato per ordinare tramite l' imposizione delle mani.

³⁰ G. D' ERCOLE, *Penitenza canonico sacramentale dalle origini alla pace costantiniana*, Roma, 1963, p. 99-101 e PARLATO, *L' ufficio* cit., p. 138 ss.

³¹ AMANN, *Réordination* cit., coll. 2394.

lica la riordinazione³². Per volere imperiale, in seguito, il patriarca si accontentò di un' imposizione dell' mani, ridotta a rito puramente formale, cheirothesia³³.

6. Incapaci di conferire l' ufficio episcopale sono, invece, le ordinazioni di Timoteo Eluro e di Pietro Mongo, patriarchi monofisiti di Alessandria³⁴; entrambi furono consacrati da eretici condannati e deposti³⁵, Roma non accordò mai la *communio* e si rifiutò sempre di riconoscerli come veri vescovi.

Timoteo Eluro non è riconosciuto, né comunica, con gli altri patriarchi, per ordine imperiale viene arrestato ed esiliato, come intruso, senza regolare processo di deposizione³⁶.

Papa Felice III scrivendo all' Imperatore Zenone³⁷ e al vescovo Vetrone afferma che se in altre occasioni alcuni vescovi ordinati da soggetti sostanzialmente eretici, dopo la professione di fede cattolica, sono stati riconosciuti come vescovi, Pietro Mongo non lo potrà mai dato che "*ab haereticis damnatisque falsum sacerdotii nomen accipiens catholicae non poterat Ecclesiae praesidere*"³⁸.

7. La concezione di Basilio si innesta in un problema di fondo: l'esistenza o meno della grazia nelle comunità dissidenti e della conseguente operatività in esse dei riti sacramentali.

³² AMANN, *Réordination* cit., coll. 2395.

³³ Cfr. *supra*, nota 28.

³⁴ Il primo nominato nel 457, il secondo nel 477.

³⁵ Cfr. *Storia della Chiesa dalle origini ai giorni nostri*, cominciata da FLICHE e MARTIN, trad. ital. diretta da Frutaz, Torino, 1957 ss., vol., IV, p. 361, n. 407.

³⁶ Cfr. *Storia della Chiesa* cit., p. 361, n. 428.

³⁷ *Epistula*, in *Acta Romanorum Pontificum a S. Clemente I ad Coelestinum I* (P. Commissione ad redigendum codicem iuris canonici orientalis, *Fontes*), Typis Polyglottis Vaticanis, 1943, n. 168, p. 327; a questa segue altra *Epistula*, in *Acta* cit., n. 171, p. 331.

³⁸ *Epistula*, in *Acta* cit., n. 178, p. 346, anno 490; cfr. anche PARLATO, *L' ufficio* cit., p. 155 ss.

Problema, questo, ben lontano da una soluzione definitiva ed universalmente accettata non solo nel IV secolo, bensì durante tutto il primo millennio.

Dopo la separazione delle chiese orientali da quella di Roma, in Oriente si riterrà, diversamente dalla chiesa latina, che solo nella *vera chiesa* esistono *veri* sacramenti.

La chiesa romano-cattolica farà dipendere la validità delle ordinazioni e conseguente validità dei sacramenti, i cui ministri devono essere *ordinati in sacris*, dall' esistenza o meno della successione apostolica ininterrotta nella gerarchia delle chiese separate.

Le chiese ortodosse richiedono piuttosto che l'atto ministeriale venga esercitato nella chiesa; la successione apostolica è vista come "realtà sacramentale della chiesa in quanto sacramento della Verità <...> organo gerarchico e carismatico che assicura la testimonianza della sua autenticità, cioè il sacerdozio".

La chiesa è considerata come *sacramento dei sacramenti*, come condizionatrice dell'efficacia dei sacramenti.

Ciò significa che, se ogni sacramento è efficace per la grazia che gli è propria, la grazia stessa si manifesta e porta i suoi frutti solo all' interno della chiesa, in altre parole, solo se il sacramento è amministrato nella comunione ecclesiastica³⁹.

Gli atti di *chi* è fuori dalla *communio*, anche se posti in essere da chi ha ricevuto una valida ordinazione, sono privi di ogni contenuto ecclesiale; il potere episcopale così come trae origine dalla chiesa e poggia sulla chiesa, si inaridisce immediatamente quando il detentore di esso si stacca da dall' *ecclesia*, fonte di quella *potestas*⁴⁰.

³⁹ Sulla tematica relativa alla validità dei sacramenti amministrati fuori della Chiesa e sull' avvenuta applicazione, in certi casi, del principio dell' "economia" al fine di considerarli validi cfr. tra gli altri P. L' HULLIER, *Quelques précisions sur la notion d' "économie" dans le droit canonique orthodoxe*, in *Aspects de l' orthodoxie*, Paris, 1981, p. 49 ss.

⁴⁰ P. EVDOKIMOV, *L' Ortodossia*, Bologna, 1965, p. 233 ss.

MICHELE CARDUCCI

*LO SCIoglimento DELLE ASSEMBLEE PARLAMENTARI
IN FRANCIA**
(1877 - 1988)

* Il lavoro è il frutto di seminari di diritto costituzionale svolti all'Università di Urbino nell'anno accademico 1995-1996, dei quali conserva il tono didascalico e la essenzialità espositiva. La bibliografia è aggiornata al 1995.

SOMMARIO: 1. Il diritto di scioglimento nella Terza Repubblica francese: funzioni e significato dell'intervento del Senato. - 2. Lo scioglimento del 25 giugno 1877 ad opera del Maresciallo Mac-Mahon. - 3. Il diritto di scioglimento previsto dalla costituzione del 1946. - 4. L'unico caso della Quarta Repubblica: lo scioglimento del 1955. - 5. Il nuovo ruolo del capo dello Stato nella Quinta Repubblica. - 5.1. La Costituzione del 1958. - 5.2. La riforma costituzionale del 1962. - 6. Titolarità del diritto di scioglimento nella Quinta Repubblica. - 7. La prassi della Quinta Repubblica. - 7.1. Lo scioglimento del 9 ottobre 1962. - 7.2. Lo scioglimento del 30 maggio 1968. - 7.3. Lo scioglimento del 22 maggio 1981. - 7.4. Lo scioglimento del 14 maggio 1988. - 8. Considerazioni sul funzionamento dell'istituto dello scioglimento nell'attuale realtà francese.

1. Il diritto di scioglimento nella Terza Repubblica francese: funzioni e significato dell'intervento del Senato.

I dibattiti relativi all'istituzione del diritto di scioglimento della Camera nella Terza Repubblica Francese si svolsero tra il 1873 e il 1874 e approdarono nell'articolo 5 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875¹. Originariamente furono presentati tre progetti: uno del Centro-Sinistra fir-

¹ Come è noto il periodo della Terza Repubblica va dal 1875 al 10 luglio 1940, giorno in cui il Maresciallo Pétain ottenne dal Parlamento l'investitura per elaborare una nuova Costituzione.

È opportuno ricordare che dal punto di vista tecnico non è corretto parlare di Costituzione della Terza Repubblica in quanto non sussiste un documento che possa essere considerato come Costituzione in senso formale: esiste una serie di leggi costituzionali elaborate nel 1875 (una relativa all'organizzazione del Senato, un'altra relativa all'organizzazione dei pubblici poteri e una, infine, relativa ai rapporti tra i pubblici poteri) che contengono la

mato congiuntamente da Thiers e Dufaure, rispettivamente Presidente della Repubblica e Ministro di Giustizia; uno del Centro-Destra disposto da Broglie, Presidente del Consiglio dal 15 maggio del 1874, e infine uno della Destra presentato il 15 luglio 1874 da Ventavon, che era il relatore della Commissione dei Trenta².

Il progetto Thiers-Dufaure, che presupponeva l'esistenza di due assemblee legislative dotate di uguali competenze e di un Presidente eletto da un consesso allargato, giustificava l'attribuzione del diritto di scioglimento al Capo dello Stato con la necessità di riconoscergli una serie di prerogative estese, in grado di garantire l'intervento del potere esecutivo nella vita costituzionale del Paese³.

Tuttavia, per evitare l'eventualità di abusi, il progetto prevedeva che tale competenza fosse attribuita anche al Senato, organo permanente in grado di stabilire quando il potere esecutivo agisse fuori delle regole costituzionali e quando invece perseguisse un reale interesse pubblico. Pertanto, nel caso in cui si fosse riscontrata l'esigenza di rinnovare la Camera prima della scadenza naturale del mandato, il Presidente della Repubblica avrebbe dovuto necessariamente chiedere l'autorizzazione del Senato, il quale,

disciplina relativa al funzionamento delle istituzioni dell'epoca. Relativamente ai testi delle leggi si vedano J. DELPECH - J. LAFERRIERE, *Les Constitutions modernes*, Tome I, Paris, 1928, p. 9-13, e L. CAHEN, in *La Costituzione degli Stati nell'Età Moderna*, vol. I, Firenze 1938, p. 429.

Per una dettagliata analisi degli schemi e dei dibattiti costituzionali si vedano in particolare P. ALBERTINI, *Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français*, Paris, 1977, p. 77 ss. e P. LAVAUX, *La dissolution des Assemblées Parlementaires*, Paris, 1983, p. 34 ss., nonché P. CRETIN, *Le droit de dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1907, P. COUZINET, *La dissolution des Assemblées politiques et la démocratie parlementaire*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1933, p. 495 ss., F. MOHRHOFF, *La dissolution des Assemblées législatives dans les constitutions modernes*, Roma, 1953.

² Quella "dei Trenta" era la commissione incaricata del compito di elaborare le leggi costituzionali. Essa era prevista dalla legge del 20 novembre 1873.

³ "Le abitudini e i bisogni della Francia inducono dunque a concentrare nelle mani del primo magistrato poteri assai estesi e diversi, che sono circoscritti senza l'inconveniente di altri": *Jornal Officiel* (d'ora in poi J.O.), 20 mai, Ann. n° 1779, p. 3208.

con il voto segreto, si sarebbe dovuto esprimere entro il termine di 18 giorni. Il progetto fu depositato il 19 maggio 1873, ma non fu discusso dai deputati (a causa della caduta di Thiers qualche giorno più tardi). Esso, tuttavia, ebbe una grande influenza sui dibattiti successivi. In opposizione al progetto presentato dal Centro-Sinistra, il duca di Broglie proponeva di attribuire il diritto di scioglimento al Presidente della Repubblica, il quale lo poteva esercitare subordinatamente al parere conforme della Camera Alta, denominata Gran Consiglio e avente carattere censitario e aristocratico. La caduta di Broglie non permise la discussione del suo progetto, tuttavia le sue idee vennero riprese successivamente da Mac-Mahon nel suo messaggio del 6 gennaio 1875 indirizzato all'Assemblea Nazionale: "L'uso di questo diritto estremo sarebbe pericoloso ed esiterei io stesso ad esercitarlo se, in una circostanza così critica, il potere non si sentisse sostenuto dal concorso di un'Assemblea moderatrice"⁴.

Infine, la Commissione dei Trenta, composta in prevalenza da deputati di Destra, sosteneva un progetto, depositato dal suo relatore Ventavon il 15 luglio 1874, che si componeva di 5 articoli ed era orientato sulla legge del 20 novembre 1873⁵. La soluzione presentata era di tipo monarchico in quanto prevedeva l'attribuzione del diritto a Mac-Mahon senza alcuna condizione. Infatti, l'articolo 4 del progetto recitava: "Il maresciallo Presidente della Repubblica è investito del diritto di sciogliere la Camera dei deputati. Si procederà, in questo caso, all'elezione di una nuova Camera nel termine

⁴ Cfr. J.O., 7 janvier 1875.

⁵ Tale legge prevedeva il settennato di Mac-Mahon e la necessità che il maresciallo mantenesse il suo mandato fino al 1880: "Se il maresciallo è circondato da una Camera ostile che gli toglie sistematicamente ogni mezzo per governare, ad esempio rifiutando di votare il bilancio, bisognerà che il Presidente si dimetta o che la Camera sia sciolta. L'abdicazione forzata del maresciallo prima della scadenza legale costituirebbe un attentato alla legge del 20 novembre (...). Se dunque voi volete il mantenimento di questa legge, si deve accordare al maresciallo il diritto di sciogliere la Camera dei deputati". Séance du 21 janvier 1875, J.O., 22 janvier, p. 565.

di sei mesi”⁶.

Tale ultima proposta era profondamente diversa dalle altre, dal momento che non prevedeva alcun intervento dell'altra Camera, che, secondo Ventavon, avrebbe generato problemi insolubili nel caso si fosse rivelato di segno contrario alla richiesta presidenziale.

In definitiva il Centro-Sinistra e il Centro-Destra avevano due punti di vista conciliabili, dal momento che la differenza tra i due progetti risiedeva unicamente nel carattere definitivo o provvisorio della disposizione, mentre la Destra insisteva sul riconoscimento di una “posizione monarchica”.

Nel gennaio-febbraio 1875 i deputati esaminarono i progetti di legge costituzionale relativi ai poteri pubblici e, dopo essersi espressi a favore del regime repubblicano, iniziarono le discussioni incentrate esclusivamente sullo scioglimento⁷. Subito si verificarono gli scontri tra i rappresentanti della Destra e coloro che ritenevano che l'irresponsabilità del Capo dello Stato e il diritto di scioglimento fossero pertinenti alla monarchia e contrari alla logica della Repubblica⁸. Nel corso dei dibattiti, venne presentato e sostenuto, non solo dal suo autore ma anche da Dufaure, l'emendamento Wallon, già depositato il 23 giugno 1874. La proposta di Wallon prevedeva una soluzione identica a quella già avanzata da Thiers e Dufaure: in un primo momento essa fu rigettata per 633 voti contro 61, poi venne ripresa e sviluppata dal suo estensore nel gennaio-febbraio del 1875. Wallon e Dufaure ribadirono le loro idee sottolineando il fatto che il diritto di scioglimento non fosse incompatibile con i principi repubblicani, ma rappresentasse al contrario un'istituzione di garanzia e di durata. La caratteristica garantista era costituita dalla necessità dell'approvazione del Senato, organo conser-

⁶ Cfr. “Rapport de Ventavon au nom de la Commission des lois constitutionnelles”, J.O., 3 août 1874, p. 5505.

⁷ E' opportuno ricordare che tutta la documentazione relativa ai dibattiti parlamentari sulle leggi costituzionali è raccolta nel J.O., 21-22 gennaio e 1-2 febbraio 1875.

⁸ Due oratori si pronunciarono nettamente a sfavore del diritto di scioglimento: Lenôel e Favre. Cfr. Séance du 21 janvier 1875, J.O., 22 janvier p. 567 ss.

vatore e imparziale⁹.

Il Presidente della Commissione dei Trenta, invece, cercò di dare spiegazioni sulla necessità di conferire un diritto così importante solo alla persona del maresciallo Mac-Mahon, in quanto personalità molto conosciuta e apprezzata all'epoca. Egli propose di conseguenza una configurazione "temporanea" dell'istituto, il quale, in quanto tale, non si sarebbe trasmesso a tutti i successivi Presidenti della Repubblica francese.

Vennero poi proposti altri due emendamenti di minore importanza¹⁰ ed infine, il 2 febbraio, venne votato, paragrafo per paragrafo, il testo di Wallon che ottenne il consenso delle Sinistre (le quali vedevano in esso la possibilità di rafforzare la Repubblica) con il voto sfavorevole delle Destre.

In conclusione, con il voto del 2 febbraio del 1875 si stabilì che il Presidente della Repubblica poteva, con il parere conforme del Senato, sciogliere la Camera dei Deputati prime della scadenza legale del suo mandato. I collegi elettorali, in tal caso, sarebbero stati convocati per le nuove elezioni nel termine di tre mesi. Il decreto di scioglimento sarebbe stato controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

I principali ispiratori delle norme costituzionali del 1875 si prefiguravano l'utilizzazione del diritto di scioglimento nel caso di conflitto tra la Camera dei Deputati e il Presidente della Repubblica¹¹, in conformità alla logica del modello parlamentare dualista. Del resto, Mac-Mahon era stato eletto nel 1873 e la legge del 20 novembre gli garantiva sette anni di presidenza.

Nessuno constatava il suo settennato, ma l'eventualità di un conflitto con una nuova Camera meno conservatrice poteva essere considerato pro-

⁹ "L'emendamento Wallon ha il duplice effetto di dare agli uni la garanzia che nasce dal potere presidenziale di sciogliere, e di dare agli altri la garanzia che proviene dal concorso obbligato del Senato": Séance du 2 février, J.O., 2 février, p. 906.

¹⁰ Il primo, di Bertauld, si fondava sulla superiorità delle Camere e sul carattere subordinato dei poteri del Presidente della Repubblica, il quale non poteva di conseguenza essere titolare del diritto. Il secondo, di Depeyre, venne respinto per 354 voti contro 346. Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 91.

¹¹ P. MATTER, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1898.

babile e le Destre non nascondevano la preoccupazione per le conseguenze politiche che tale situazione avrebbe potuto portare (magari un'abdicazione forzata del Maresciallo).

Il Centro-Destra e il Centro-Sinistra, invece, concepivano l'istituto in modo più articolato, in quanto consideravano non solo la posizione personale del Presidente, che era provvisoriamente a Capo dell'Esecutivo, ma la situazione generale del Paese. Il rapporto esistente tra Assemblee legislative-Governo e Presidente richiedeva l'esistenza di un mezzo che consentisse al Capo dello Stato di appellarsi al popolo nelle situazioni in cui egli avesse appoggiato ministri invisibili alla Camera. Infine, solo qualche deputato di sinistra (Bertauld per esempio) insistette perché, durante la vigenza della legge costituzionale del 20 novembre 1873, il carattere irrevocabile del mandato conferito a Mac-Mahon imponesse la necessità di attribuirgli eccezionalmente la facoltà di scioglimento indipendentemente dall'esistenza di un conflitto istituzionale: con la conseguenza che, al termine del settennato, il Presidente della Repubblica non sarebbe stato più titolare del diritto¹².

In ogni caso, i costituenti non presero in considerazione altre possibili funzioni dello scioglimento, quale ad esempio quella di risolvere un conflitto tra il Senato e il Presidente: infatti, i due emendamenti presentati in proposito vennero rigettati senza alcuna discussione.

Qualche deputato sostenne che la Camera Alta non necessariamente avrebbe dovuto condividere la politica di Mac-Mahon e che, di conseguenza, sarebbe stato opportuno prevedere anche la facoltà del suo scioglimento. Ciononostante, la maggior parte di essi non si dimostrò favorevole a tali conclusioni¹³.

Da questo punto di vista è possibile sostenere che l'analisi condotta

¹² "Il maresciallo è investito di un mandato irrevocabile, dunque il maresciallo è irresponsabile; pertanto, se si solleva un conflitto tra lui e l'Assemblea, occorre che questo conflitto possa cessare; occorre arrivare ad uno scioglimento, il conflitto non può continuare": Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 900.

¹³ Si trattava di due emendamenti depositati il 24 febbraio 1875 da Cottin e Raudot. Cfr. J.O., 25 février 1875, p. 1443.

dai costituenti del 1875 si presentò approssimativa. La loro unica preoccupazione fu quella di raffigurare lo scioglimento come un appello al corpo elettorale, mentre non si resero conto che ciò che era in grado di risolvere il conflitto ipotizzato sarebbe stata la risposta del popolo e non certo la semplice decisione di sciogliere la Camera. Infatti, solo se la nuova maggioranza eletta avesse appoggiato il Presidente, il contrasto tra gli organi si sarebbe risolto. In caso contrario, una maggioranza ostile avrebbe collocato il Capo dello Stato in uno stallo istituzionale ¹⁴.

Le interpretazioni relative al significato dell'intervento del Senato nella decisione di scioglimento furono divergenti. Il Centro-Destra e il Centro-Sinistra ritennero che lo scopo fosse quello di costituire un appoggio morale e politico all'esercizio di una prerogativa eccezionale e delicata. Secondo Dufaure il concorso della Camera Alta godeva del doppio vantaggio di attribuire allo scioglimento un'autorevolezza più grande e attutire di conseguenza eventuali discussioni presso l'opinione pubblica ¹⁵. Il Senato finiva col ricoprire in tal modo un ruolo di "consigliere" molto importante: la sua adesione avrebbe scongiurato l'isolamento presidenziale e rafforzato la posizione del Capo dello Stato.

La Destra, dal conto suo, temeva che tale previsione comportasse non solo la subordinazione del Presidente della Repubblica alla seconda Camera, ma anche l'affievolimento della posizione del Senato stesso: la responsabilità della decisione divisa tra due autorità avrebbe comportato il rischio di indebolire, successivamente, la loro posizione nei confronti della nuova Assemblea eletta a suffragio universale diretto ¹⁶.

¹⁴ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 101-102.

¹⁵ A tal proposito si veda il suo intervento alla Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 906.

¹⁶ In relazione a tale posizione, ci si può riferire soprattutto all'intervento effettuato dal relatore della Commissione dei Trenta, Ventavon, in Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 907.

Solo alcuni deputati moderati (tra i quali P. Cottin) avevano preso coscienza del vero significato della soluzione accolta nel 1875 e del fatto che essa fosse indissolubilmente ancorata alla situazione istituzionale dell'epoca, ossia all'esistenza di un Senato maggiormente conservatore rispetto alla Camera dei Deputati. Infatti, non mancarono osservazioni come quella appunto di P. Cottin che dichiarò: "subordinare ad un parere favorevole del Senato l'esercizio del diritto di scioglimento, significa esporsi, in anticipo, al rischio di rendere questo diritto stesso perfettamente illusorio, in una molteplicità di casi"¹⁷.

2. Lo scioglimento del 25 giugno 1877 ad opera del Maresciallo Mac-Mahon.

L'unico caso di scioglimento della Terza Repubblica fu quello attuato dal maresciallo Mac-Mahon il 25 giugno 1877¹⁸.

Dopo le elezioni di febbraio-marzo 1876, Mac-Mahon aveva dato l'incarico di formare il nuovo Governo a Dufaure, un repubblicano moderato. L'operato del Primo Ministro, tuttavia, terminò nel dicembre dello stesso anno e già a quel tempo il Presidente aveva avanzato l'ipotesi di ricorrere allo scioglimento della Camera. Ciononostante egli optò per un nuovo tentativo e affidò l'Esecutivo a Jules Simon, deputato della Sinistra repubblicana. Ben presto si manifestarono i contrasti tra Mac-Mahon (sostenuto dalla maggioranza dei senatori) e il Governo, soprattutto in relazione all'abrogazione di una legge del 1875 che prevedeva una disciplina assai

¹⁷ Cfr. P. Cottin, J.O., 25 février 1875, p. 1443.

¹⁸ Ai fini della ricostruzione dell'intera vicenda, cfr.: P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 285 ss.; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 38 ss.; J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1980, p. 457-458; LE MONG NGUYEN, *Les systèmes politiques démocratiques contemporains*, Paris, 1992, p. 105 e 124-125; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, I, Milano, 1984, p. 350 ss.; M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1953, p. 187 ss.

restrittiva sulla stampa. Il 16 maggio il Presidente inviò, con una lettera non firmata, un messaggio a Simon, con il quale criticava l'atteggiamento di debolezza e "troppo di sinistra" che il Presidente del consiglio aveva tenuto nei dibattiti davanti alle Camere. Tale lettera sostanzialmente esprimeva sfiducia nei suoi confronti e lo invitava alle dimissioni. Il 17 maggio, dopo le dimissioni di Simon, Mac-Mahon nominò Presidente del Consiglio il duca Broglie e il nuovo Governo si presentò alle Camere il giorno successivo. Venne contemporaneamente firmato un decreto presidenziale di proroga delle due Assemblee richiesto da Broglie, il quale era ben consapevole del fatto che non esisteva in Parlamento una maggioranza solida che lo avrebbe appoggiato.

Nel mese successivo, dal momento che la situazione di conflitto non sembrava destinata ad una soluzione, il Presidente della Repubblica inviò al Senato un messaggio con il quale comunicava, facendo esplicito riferimento alla legge costituzionale del 1875, la sua intenzione di sciogliere le Camere e chiedeva il parere conforme della Camera Alta. Il Ministro degli Interni Fourtout informò la Camera dei Deputati delle intenzioni presidenziali e pochi giorni dopo, conformemente alle aspettative di Mac-Mahon, la stessa votò la sfiducia al Governo. Il 25 giugno fu pronunciato lo scioglimento della Camera dei Deputati e le elezioni ebbero luogo il 14 e il 28 ottobre.

Il maresciallo Mac-Mahon commentò gli avvenimenti che lo avevano reso protagonista sostenendo che il suo utilizzo dell'istituto del diritto di scioglimento era stato non solo pienamente legittimo, ma anche giustificato dal fine di consultare, in quella particolare situazione, il popolo sovrano e giudice supremo senza appello (¹⁹).

I risultati delle elezioni furono comunque contrari alle aspettative di Mac-Mahon, in quanto il corpo elettorale si esprime a favore di una mag-

¹⁹ "L'esercizio del diritto di scioglimento non è, in effetti, che una forma di suprema consultazione, alla maniera di un giudizio senza appello, né potrebbe essere eretto a sistema di governo. Io ho creduto di dover usare questo diritto e mi attengo al responso del Paese". Cfr. J.O., 15 décembre 1877.

gioranza repubblicana ostile al Capo dello Stato. Tuttavia, egli non colse immediatamente il significato di tale risultato sfavorevole. Infatti, incoraggiato dal Senato, tentò di formare un Governo extra-parlamentare (condotto dal generale Rochebouët), nei cui confronti però la Camera dei Deputati votò un ordine del giorno con il quale rifiutava di entrarvi in relazione. Solo in un secondo momento Mac-Mahon affidò l'incarico a Dufaure, personaggio che godeva della fiducia dei deputati, assecondando in questo modo quel principio espresso dalla formula "se soumettre ou se démettre". Agli inizi del 1879, dopo le elezioni, i repubblicani conquistarono la maggioranza anche al Senato e a Mac-Mahon non restò che dimettersi il 30 gennaio: lo stesso giorno venne nominato Jules Grévy quale nuovo Presidente della Terza Repubblica. Quest'ultimo nel suo messaggio alla nazione il 6 febbraio, dichiarò: "Sottomesso per necessità alla grande legge del regime parlamentare, io non entrerei mai in conflitto con la volontà nazionale, espressa dagli organi costituzionali"²⁰. Il nuovo Presidente aveva infatti capito che il popolo temeva per la stabilità delle istituzioni ed era perciò importante rassicurare il paese in un momento così delicato.

Lo scioglimento del 1877 fu considerato, da gran parte della dottrina del tempo, in contrasto con lo spirito delle leggi costituzionali e venne addirittura definito come "un colpo di Stato legale". Si ritenne infatti che l'intento principale di Mac-Mahon fosse stato quello di garantire l'affermazione di un potere e una politica personale conservatrice in contrapposizione a quelli che erano gli orientamenti parlamentari e del corpo elettorale, quindi un tentativo di destabilizzare la Repubblica. Ne furono dimostrazione il fatto che lo scioglimento fu autorizzato da una maggioranza molto debole di senatori (149 voti favorevoli e 130 contrari), molti dei quali dimostrarono una prova di attaccamento personale nei confronti del Presidente anziché un profondo convincimento sulla sua politica personale. D'altra parte, la reticenza dei componenti di una Camera nell'autorizzare lo scioglimento dell'altra era comprensibile, dal momento che entrambe erano composte da personaggi che avevano seguito la stessa carriera politica e nutrivano le

²⁰ dal messaggio al Senato, J.O., 7 février 1879.

stesse aspirazioni e gli stessi ideali. Per questi motivi, tale scioglimento ebbe effetti scioccanti per i repubblicani, tanto che in Francia "la parola scioglimento era quasi considerata come sinonimo di rivoluzione"²¹.

E' opinione comune tra i più autorevoli commentatori che quell'infelice episodio influì in modo determinante e negativo sulla successiva praticabilità dell'istituto nella Terza Repubblica: ne aveva infatti determinato la scomparsa dalle istituzioni politiche.

Si parlò in proposito dell'esistenza di una regola consuetudinaria abrogatrice dell'articolo 5 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875²², anche se tale soluzione venne poi considerata dai sostenitori di contrapposte teorie come un artificio diretto a dare una qualificazione giuridica a una realtà altrimenti non spiegata.

Secondo Carré de Malberg²³, ad esempio, non era possibile ricorrere a un diritto costituzionale consuetudinario: la Costituzione si collocava al vertice della gerarchia delle fonti e non poteva essere modificata né da una legge ordinaria, né da un qualunque uso. Il non utilizzo del diritto di scioglimento costituiva uno stato di fatto che non modificava lo stato di diritto. Carré de Malberg partiva dal presupposto che in tutti i sistemi costituzionali esiste sempre un organo preponderante che assicura l'unità del potere dello Stato. In Francia l'evoluzione verso la supremazia parlamentare si sarebbe dovuta perciò inevitabilmente produrre, proprio perché l'analisi dei testi costituzionali portava a considerare l'organo esecutivo subordinato all'organo legislativo: il Presidente della Repubblica, malgrado l'estensione dei poteri attribuitigli, rimaneva nell'impossibilità di svolgere un'azione autonoma. Lo stesso decreto di scioglimento delle Camere assumeva la forma del decreto presidenziale, ma si appoggiava in realtà sulla

²¹ L. RADENAC, *De la dissolution des Assemblées Législatives*, Paris, 1897, p. 115.

²² Cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1930; M. PRELOT, *Réflexions sur le régime politique de la France*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 187 ss.

²³ R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, (1920-1922), II, Paris, 1962, p. 82.

volontà del Senato e presupponeva quindi che le due frazioni del Parlamento fossero in disaccordo tra di loro o che il Senato avesse riconosciuto e approvato l'idea di consultare il corpo elettorale²⁴.

Altri studiosi²⁵, concordi nel sostenere che le cause del non utilizzo del diritto non fossero da ricercare negli effetti psicologici provocati dagli avvenimenti del giugno del 1877, hanno ritenuto che un ostacolo quasi insormontabile fosse costituito dalla necessità, imposta dai costituenti, del parere conforme del Senato, il quale avrebbe dovuto rappresentare un freno all'esercizio del diritto e un punto di appoggio per il Presidente e per il Governo.

Nella prassi, tuttavia, il Senato, presentando la stessa composizione e lo stesso frazionamento politico della Camera, non fu in grado di sostenere il gabinetto nelle sue iniziative di scioglimento. Per evitare tale inconveniente furono proposte delle revisioni costituzionali che prevedevano l'abrogazione di questo ostacolo, ma ricevettero il veto dei deputati, i quali si dichiararono in tal modo fedeli alla Repubblica²⁶.

²⁴ La dottrina classica, invece, partiva dal presupposto che le istituzioni francesi del 1875 realizzassero un modello parlamentare in cui vi era un equilibrio tra i due grandi poteri dello Stato. Il diritto di scioglimento non era altro che uno degli elementi distintivi di tale regime e avrebbe dovuto consistere in una prerogativa normale del Capo dello Stato: le restrizioni apportate nella Terza Repubblica (consenso del Senato) costituivano perciò un ostacolo e un fatto illogico non conforme allo spirito del sistema. Vedi P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 300. Cfr. anche U. COLDAGELLI, *Il sistema politico della Terza Repubblica e la formazione del programma del Fronte popolare*, in *Lab. Pol.*, 3, 1981, p. 32 ss.

²⁵ P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 305; J. CADART, *op. cit.*, p. 458; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 42-44.

²⁶ Si possono ricordare le proposte di Alexandre Millerand, Presidente della Repubblica dal 1920 al 1924 e quella di Gaston Doumergue, già Presidente della Repubblica, quindi Presidente del Consiglio nel 1934. In particolare Millerand, nel suo progetto di revisione della legislazione costituzionale, sosteneva che "La mia opinione tutta personale, beninteso, è che l'equilibrio dei poteri indispensabile, lo ripeto, sotto il regime parlamentare rispetto alla sovranità del popolo come alle libertà pubbliche, esige che il potere esecutivo possa d'una propria iniziativa, senza doversi appellare a nessuno, e sotto la propria responsabilità ricorrere allo scioglimento".

Inoltre si registrava, nel sistema politico in vigore, la prevalenza politica dell'Assemblea e la debolezza dell'Esecutivo²⁷. Il Parlamento impediva infatti che si verificassero le condizioni di una sua fine anticipata anche perché si trovavano ad essere nominate alla Presidenza del Consiglio personalità di scarso rilievo politico o comunque non in grado di assumere un ruolo determinante. Il Governo viveva situazioni di cronica instabilità e spesso era costretto a scendere a compromessi pur di rimanere in carica.

Esisteva inoltre una pluralità di partiti, frazioni e movimenti che spesso dava luogo a maggioranze precarie e di carattere settoriale (vi era ad esempio una maggioranza in tema di politica straniera, una differente sulla politica coloniale, un'altra ancora sulla politica economica e via dicendo). Per tali motivi, i governi, di fatto spogliati dell'arma dello scioglimento, non disposero di alcun mezzo di pressione efficace e furono perciò costretti a minacciare le proprie dimissioni, con la conseguenza di cadere mediamente ogni sette od otto mesi²⁸.

Il non uso del diritto di scioglimento non si poteva spiegare perciò con la formazione di una qualsiasi consuetudine costituzionale o con la desuetudine, o con il "précédent fâcheux" che Mac-Mahon aveva creato nel 1877. La spiegazione della prassi costituzionale instauratasi dopo il 1877, caratterizzata per l'appunto dall'assenza dell'utilizzo del diritto di scioglimento, risiedeva nella permanenza di certi fattori socio-politici quali appunto il multipartitismo e l'assenza costante di una formazione politica maggioritaria. In un contesto politico in cui né il Presidente della Repubblica né il Presidente del Consiglio erano a capo di un partito maggioritario o con vocazione a divenirlo, nessun conflitto simile a quello del 1877 poteva

²⁷ Per una maggiore completezza dell'argomento si veda in particolar modo A. SOULIER, *L'instabilité ministérielle sous la Troisième République (1871-1938)*, Paris, 1939, p. 480 ss.

²⁸ La dottrina ha individuato circa venti casi in cui lo scioglimento avrebbe potuto essere pronunciato per risolvere situazioni conflittuali o come arma di difesa del governo. A SOULIER, *loc. cit.*, e G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 224 ss.

verificarsi: essi non potevano infatti legittimamente sperare che uno scioglimento portasse a una loro vittoria elettorale.

Del resto è significativo osservare che i costituenti avevano sempre pensato al mantenimento di un orientamento conservatore da parte del Senato, ma furono smentiti dal fatto che dal 1879 la composizione della Camera Alta non fu più sufficientemente differenziata da quella della Camera dei Deputati, con la conseguenza che l'intervento necessario dell'organo nel processo di scioglimento avrebbe potuto produrre effetti inversi a quelli desiderati.

3. Il diritto di scioglimento previsto dalla costituzione del 1946.

L'articolo 51 della Costituzione del 27 ottobre del 1946 prevedeva un sistema di scioglimento dell'Assemblea Nazionale rigorosamente subordinato al verificarsi di condizioni ben precise. Era infatti richiesto il susseguirsi di due crisi ministeriali nel periodo di diciotto mesi, in seguito a questioni di fiducia o mozioni di sfiducia conformi agli articoli 49 e 50 della Costituzione, ossia respinte o votate dalla maggioranza assoluta⁽²⁹⁾.

La titolarità del diritto apparteneva al Consiglio dei Ministri; era necessaria la consultazione del Presidente dell'Assemblea medesima mentre

²⁹ L'articolo 49 della Costituzione francese del 1946 disponeva: "La questione di fiducia non può essere posta se non dopo una deliberazione del Consiglio dei ministri; e deve essere promossa dal Presidente del Consiglio. (...) La fiducia può essere negata al Gabinetto solo a maggioranza assoluta dei membri dell'assemblea (...)".

L'articolo 50, invece, disponeva: "Il voto favorevole su una mozione di censura da parte dell'Assemblea comporta le dimissioni collegiali del Gabinetto (...)".

Per il testo di tali articoli della Costituzione francese del 1946, cfr. L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, G. BERLIA, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, 1952, p. 562-563.

il decreto veniva formalmente emesso dal Presidente della Repubblica. Inoltre, lo scioglimento non poteva essere disposto nei primi diciotto mesi della Legislatura. L'articolo 51 infatti disponeva: "Se nel corso di diciotto mesi intervengono due crisi ministeriali nelle condizioni previste dagli artt. 49 e 50, lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale potrà essere deciso in Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Presidente dell'Assemblea. (...) Le disposizioni del comma precedente non sono applicabili se non dopo i primi diciotto mesi della legislatura".

Tale articolo fu approvato dall'Assemblea Costituente con importanti modifiche rispetto alla prima redazione contenuta nel progetto, sicché si poté ritenere che la stesura definitiva fosse il risultato di un compromesso. Dal dicembre del 1945 al settembre del 1946 ben cinque furono le versioni proposte dai diversi gruppi politici rappresentati in Assemblea Nazionale³⁰.

In una prima fase i costituenti sembrarono decisi ad adottare il principio dell'automaticità e ad accogliere lo schema proposto dai socialisti. L'articolo 58 infatti recitava: "Nel corso di una stessa legislatura, il Governo non può essere rovesciato o ritirarsi volontariamente, in seguito a un contrasto con l'Assemblea, che una volta sola. Una seconda crisi governativa nelle medesime condizioni comporta a un tempo le dimissioni del governo e lo scioglimento dell'Assemblea"³¹.

I socialisti non volevano attribuire alcun effetto al verificarsi della prima crisi ministeriale. Infatti, essa poteva risultare la conseguenza di un errore politico dell'Assemblea, a differenza della seconda crisi, che avrebbe costituito una prova sufficiente dell'incapacità della Camera di superare

³⁰ Tra gli autori italiani che si sono occupati in modo approfondito dell'argomento, si vedano in particolare: G. GUARINO, *op. cit.*, p. 241 ss., M. VOLPI, *op. cit.*, p. 125-126; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, p. 255 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1993, p. 368 ss.; F. PIERANDREI, *La Costituzione della Quarta Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 747 ss. ³¹ ora *La IV République*, in *Pouvoirs*, n. 76, 1996.

³¹ *Doc. A.N.C.*, Ann. n° 44, p. 60.

le sue divisioni interne e di creare un Governo durevole, e, in questo modo, prodotto uno scioglimento automatico, cioè sottratto a qualsiasi valutazione discrezionale.

Numerose furono le obiezioni sollevate a tale schema dai commissari comunisti, i quali ritenevano che il carattere automatico avrebbe permesso al Governo di scegliere esso stesso la data delle elezioni³².

Nonostante tali opposizioni, l'Assemblea Nazionale Costituente adottò il 12 dicembre 1945 il principio dello scioglimento automatico³³ e solo il 28 marzo e il 4 aprile 1946 introdusse delle condizioni più restrittive, quale ad esempio quella relativa all'impossibilità di fare uso dell'istituto nei primi trenta mesi della legislatura.

La soppressione dell'automaticità e le successive modificazioni furono una conseguenza dell'opposizione congiunta, ma di ispirazione differente, dei repubblicani e dei comunisti. L'articolo 84 del progetto del 19 aprile prevedeva che la titolarità del diritto spettasse al Consiglio dei Ministri e ribadiva le restrizioni già adottate in precedenza³⁴. Solo in settembre, infatti, venne fissato in diciotto mesi il periodo di tempo in cui si dovevano verificare le due crisi ministeriali e venne inserita una disposizione restrittiva nell'articolo 45, con la quale si disponeva che della eventuale crisi intervenuta nel termine di quindici giorni dalla nomina dei Ministri non si sarebbe dovuto tener conto ai fini dell'applicazione dell'articolo 51³⁵. Tale restrizione permetteva all'Assemblea Nazionale di rettificare un voto di investitura affrettato: il rovesciamento del Governo, qualche giorno dopo la sua formazione, avrebbe significato un errore politico dell'Assemblea nella scelta del Presidente del Consiglio oppure un malcontento generale in relazione

³² Per un'importante critica al testo dell'originario progetto socialista, E. GIRAUD, *Le projet de Constitution*, in *Revue politique et parlementaire*, 1946, p. 119. Secondo l'autore l'automatismo avrebbe favorito in modo incontrollato gli scioglimenti.

³³ Il principio fu adottato con il voto favorevole di 30 deputati contro 11.

³⁴ Cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, p. 242 ss.

³⁵ L'art. 45 infatti disponeva: "(...) Le norme dell'art. 51 non sono applicabili nel caso che la crisi ministeriale intervenga entro quindici giorni dalla nomina dei ministri".

alla compagine ministeriale nominata³⁶.

Sufficientemente chiare e concordi furono le idee dei costituenti circa i fini da attribuire all'istituto: si esclude che potesse essere utilizzato come arma contro l'Assemblea o come un mezzo presidenziale per sottomettere il Parlamento stesso alla volontà del Capo dello Stato, mentre si insistette sulla sua funzione di rimedio all'instabilità governativa.

Il punto di partenza della maggior parte dei costituenti del 1945 e 1946 fu l'intenzione di creare un sistema costituzionale nettamente diverso da quello della Terza Repubblica, ossia da quel sistema che aveva rinforzato gli interessi conservatori e favorito l'instabilità del quadro politico³⁷.

Occorreva prima di tutto sostituire il multipartitismo frazionato, che aveva dominato la scena fino al 1940, con un sistema di grandi partiti dotati di una solida organizzazione e disciplina. Quindi la preoccupazione dominante fu quella di creare una relazione "privilegiata" tra Assemblea Nazionale e Consiglio dei Ministri regolamentata in modo dettagliato.

Il Presidente del Consiglio sarebbe stato il capo di un Governo, la cui composizione doveva sottostare all'approvazione dell'Assemblea e doveva impegnarsi a realizzare il programma per il quale era stato investito. Il Consiglio della Repubblica (questa era la denominazione del senato) sarebbe stato semplicemente una "camera di riflessione" avente lo scopo di ottenere un lavoro legislativo di migliore qualità e quindi non sarebbe diventato un centro di opposizione nei confronti della prima Camera. L'azione del Presidente della Repubblica veniva concepita come una semplice magistratura morale, non implicante alcun potere autonomo di decisione³⁸. La

³⁶ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 161 e A. RUSSO, *Programma di governo e regime parlamentare*, Milano, 1984, p. 9 ss.

³⁷ Un profilo significativo dell'opera dei costituenti francesi del 1946 è tracciato da F. PIERANDREI, *op. cit.*, p. 691 ss; G. BERLIA, *L'elaboration de la Constitution par l'Assemblée Nationale Constituante*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1946, p. 151 ss. Vedi anche P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 140 ss.

³⁸ P. COSTE-FLORET affermò: "Il Presidente della Repubblica non è un uomo politico, non adempie una funzione politica. Egli è l'arbitro dei partiti". Cfr. Séance du 27 août, p. 3340.

regolamentazione precisa della mozione di censura, il divieto della questione di fiducia da parte del Consiglio della Repubblica e la procedura di scioglimento avrebbe dovuto garantire la stabilità del regime.

In tale ottica, lo scioglimento non aveva la funzione di risolvere un conflitto tra Governo e Assemblea Nazionale, bensì era concepito come un mezzo per creare una maggioranza nuova se la Camera avesse dato prova di divisioni insormontabili al suo interno. In questa prospettiva, esso non era preso in considerazione isolatamente ma in quanto strettamente connesso alle vicende della responsabilità governativa³⁹: in altri termini, esso contribuiva a completare una serie di meccanismi che perseguivano, tutti, il medesimo scopo.

Tutto ciò fu confermato da P. Cot, relatore alla Costituente: "Il progetto di costituzione contiene un certo numero di disposizioni destinate ad assicurare la stabilità di governo, specialmente per mezzo di una mozione di censura, presa in determinate circostanze per rovesciare il gabinetto, e la messa in gioco della responsabilità di governo davanti alla sola Assemblea Nazionale. Lo scioglimento non ha luogo se non in presenza di instabilità di governo"; e Coste-Floret aggiungeva: "E' soltanto in caso di instabilità ministeriale ripetuta e quando la formazione della maggioranza parlamentare sembra improbabile, che il governo può demandare al popolo la facoltà di designare di nuovo la maggioranza della Nazione"⁴⁰. Bisogna osservare che dall'esame dei lavori preparatori emerge un'utile considerazione: i costituenti non si preoccuparono di specificare se lo scioglimento dovesse seguire al secondo voto di sfiducia verificatosi nei diciotto mesi, oppure se esso potesse essere decretato esclusivamente dal nuovo Governo. Solo tenendo presente la mentalità della prevalente dottrina francese del tempo, il modello inglese cui i francesi si erano ispirati durante i loro dibattiti e le affermazioni di P. Cot, relatore sul progetto di Costituzione all'Assemblea Costituente, si può ritenere che l'articolo 51 si riferisse esclusivamente allo

³⁹ Cfr. G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, p. 182.

⁴⁰ "Séance de la Commission de la Constitution", 10 juillet 1946, p. 84.

scioglimento successivo ⁴¹.

Numerose furono le critiche avanzate nei confronti del sistema definitivamente adottato. Fra di esse, la più importante riguardava la considerazione che le complesse condizioni richieste dagli articoli 49-52 rendevano l'istituto praticamente inapplicabile o inefficiente. Infatti, il requisito delle crisi ministeriali verificatesi secondo la regola della questione di fiducia e della mozione di censura, ossia a seguito di un voto a maggioranza assoluta, avrebbe consentito all'Assemblea di decidere discrezionalmente quando autodissolversi o meno. Se i deputati non avessero voluto dare la possibilità al Governo di utilizzare l'istituto, si sarebbero limitati ad accordarsi per votare la sfiducia con la sola maggioranza semplice e a far cadere politicamente il Governo. In tal modo, l'istituto si avvicinava a una forma di autoscioglimento, in quanto veniva di fatto concessa all'Assemblea la possibilità di esprimersi a favore della propria fine anticipata ⁴².

Una seconda importante critica riguardava i termini temporali entro i quali era necessario che si verificassero le due crisi ministeriali. Proprio in relazione ad essi le discussioni furono particolarmente accese, tanto che la soluzione finale dei diciotto mesi non corrispose all'intenzione reale dei costituenti, bensì rappresentò il frutto di un compromesso.

Il fatto che nel periodo di un anno e mezzo si verificasse per il Gabinetto in carica una duplice situazione di crisi non poteva essere assunto come indice assoluto di una instabilità governativa, per eliminare la quale era necessario il ricorso allo scioglimento. Se fosse stata questa l'interpretazione esatta, ogni crisi ministeriale avrebbe dovuto sempre preludere ad

⁴¹ P. Cot aveva infatti dichiarato: "Supponete un'assemblea nuovamente eletta; essa sceglie un governo; al termine di due mesi lo rovescia perché lo giudica incapace di gestire gli affari pubblici, e ne nomina un secondo. Al termine di vent'un mesi, rovescia questo secondo governo. Accordereste voi a un governo siffatto il diritto di sciogliere l'Assemblea?". P. Cot, *Procès verbaux II*, p. 85, citato da G. GUARINO, *op. cit.*, p. 246.

⁴² Per le critiche al sistema elaborato nel 1946, cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, p. 247 ss. e J. CADART, *op. cit.*, p. 639 ss e 836 ss.

uno scioglimento, con notevoli danni per il paese ⁴³. Non occorre peraltro dimenticare che l'utilizzo dell'istituto non era consentito nei primi diciotto mesi della legislatura, periodo ritenuto necessario per accertare se la maggioranza all'interno dell'Assemblea esistesse o meno, e per evitare che si riproducessero gli effetti dello scioglimento del 1877.

E' possibile quindi sostenere che nel regime della Quarta Repubblica francese il Governo non solo risultava praticamente spogliato dell'arma dello scioglimento ma non disponeva di alcun mezzo di pressione efficace nei confronti delle Camere. D'altra parte, gli stessi costituenti avevano concepito l'istituto come una procedura eccezionale, come "l'ultima ratio reipublicae" ⁴⁴. La loro costruzione si fondava su un edificio costituzionale basato sull'alleanza di tre grandi partiti ⁴⁵, sull'idea che il potere legislativo non poteva entrare in conflitto con il potere esecutivo e che ciascuna "parte" avrebbe rispettato il "contratto" iniziale. La critica che poteva essere sollevata consisteva nel fatto che i costituenti non si erano resi conto che il sistema politico da loro ideato non era immutabile ed era perciò inevitabile che prima o poi il tripartitismo sarebbe giunto ad una evoluzione ⁴⁶.

⁴³ Cfr. G. BURDEAU, *Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1946, p. 574 e G. BERLIA, *La dissolution et le régime des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1956, p. 130 ss.

⁴⁴ Secondo l'espressione di P. Cot. Cfr. Séances de la Commission, 5 juillet 1946, p. 71, citato da P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁵ I tre grandi partiti (socialista, comunista e repubblicano) avevano all'epoca un'importanza equivalente in quanto si dividevano i tre quarti della rappresentanza parlamentare. Avevano una solida organizzazione, tant'è che era previsto che l'appartenenza a un gruppo comportasse l'obbligo di conformarsi alle decisioni collettive prese dallo stesso. In tal modo, i partiti costituivano un supporto naturale alla stabilità politica del paese.

⁴⁶ In proposito cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1975, p. 112 ss.

4. L'unico caso della Quarta Repubblica: lo scioglimento del 1955.

Fin dagli inizi della Quarta Repubblica, il tripartitismo teorizzato dai costituenti del 1945-46 manifestò la sua precarietà. Soprattutto dopo le elezioni legislative del 1951, la situazione si aggravò sensibilmente a tal punto che la maggioranza parlamentare cominciò a rivelarsi poco stabile e sicura, in quanto costituita da più partiti debolmente strutturati. Nessuna formazione politica poté sperare di diventare da sola maggioritaria e la situazione parlamentare divenne confusa: la molteplicità e la dimensione dei partiti rendeva necessaria la ricerca di coalizioni variabili, talvolta anche dettate da ragioni di opportunismo politico. In tale contesto le crisi ministeriali, che erano piuttosto frequenti, davano luogo a continue disgregazioni di coalizioni e alla formazione di nuove, spostate verso destra o verso sinistra, a seconda dei problemi che il Paese si trovava ad affrontare⁴⁷. Nonostante la frequenza delle crisi, l'uso del diritto di scioglimento dal 1946 al 1955 fu praticamente impossibile: le condizioni tecniche e giuridiche richieste dall'articolo 51 della Costituzione non si verificarono mai congiuntamente.

Durante la seconda legislatura, che iniziò il 17 giugno 1951, si verificarono tre crisi ministeriali: il Governo di R. Pleven venne rovesciato il 9 gennaio 1952 per 341 voti contro 243, ma ciò si verificò nei primi diciotto mesi della legislatura, quindi senza possibilità di pericolo per l'esistenza dell'Assemblea Nazionale; il Governo di R. Mayer venne rovesciato il 21 maggio 1953 per 328 voti contro 244 e il Governo di Mendés-France cadde il 5 febbraio 1955 per 318 voti contro 218.

Dopo la difficile soluzione della crisi del febbraio 1955⁴⁸, anche il

⁴⁷ Per la breve ricostruzione del periodo storico in esame, cfr. J. CHAPSAL, *La vie politique en France depuis 1940*, Paris, 1972, p. 265 ss.

⁴⁸ Il Presidente della Repubblica René Coty cercò di risolvere la crisi affidando l'incarico di formare il nuovo governo dapprima ad Antoine Pinay, che era il leader degli Indipendenti, quindi a Pierre Pflimlin, rappresentante del Movimento repubblicano e infine a Christian Pineau, un socialista. Tutti questi tentativi non ebbero successo. Solo il 23 febbraio il Governo presieduto da Edgar Faure ottenne l'investitura.

Governo di Faure, a partire dall'estate, rivelò una certa precarietà. La sua esistenza cominciò ad essere minacciata in un primo tempo da dissensi interni, quindi dal raggruppamento delle forze di opposizione. Inoltre iniziò la scissione del Partito Radicale: i sostenitori di Faure si opposero a quelli di Mendés-France, il quale aveva iniziato un'opera di rinnovamento verso Sinistra. La situazione fu aggravata dall'apertura del dibattito relativo all'opportunità di riformare o mantenere la legge elettorale del 9 maggio 1951⁴⁹.

Il 25 novembre Faure annunciò in Assemblea Nazionale di non essere contrario alla revisione della legge elettorale. Nel contempo, dichiarò la necessità di consultare il corpo elettorale prima di affrontare il problema algerino. Solo una nuova Assemblea Nazionale, diversa da quella eletta nel 1951, si sarebbe dovuta assumere le responsabilità della questione. Inoltre, ed era questa la motivazione reale, il Presidente del Consiglio e i Ministri che lo appoggiavano intendevano rafforzare la coalizione governativa minacciata da dissensi interni, dalla scissione del Partito Radicale e dal rafforzamento delle opposizioni di Sinistra. Faure era convinto che il mantenimento del sistema elettorale esistente avrebbe favorito la coalizione governativa, soprattutto nelle circoscrizioni a preponderanza conservatrice⁵⁰.

L'Assemblea Nazionale riuscì ad ostacolare tali disegni politici dando precedenza, nella sue sedute, al dibattito sulla legge elettorale rispetto a quello sulle elezioni anticipate. Le discussioni parlamentari non condussero però ad un risultato positivo: tra i deputati vi erano troppe divergenze ed

⁴⁹ Per l'analisi delle vicende che portarono allo scioglimento del 1955 cfr. E. BLAMONT, *La dissolution de l'Assemblée Nationale de décembre 1955*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1956, p. 105 ss.; P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 331 ss.; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 261 ss.; M. VOLPI, *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1987, p. 257-259; J. CADART, *op. cit.*, p. 458-459; LE MONG NGUYEN, *op. cit.*, p. 127-129 e *Année politique*, 1955, p. 10 ss.

⁵⁰ Le elezioni anticipate si svolgerebbero, secondo M.E. Faure, "con modo di scrutinio che favorirebbe i suoi amici e non lascerebbe ai suoi nemici il tempo necessario per intensificare la loro campagna". P. WILLIAMS, *La vie politique sous la IV République*, Paris, 1971, p. 77.

inoltre si verificarono manovre dilatorie aventi come ultimo fine lo spostamento della data delle elezioni.

Il 3 novembre il Presidente del Consiglio, dopo essersi espresso a favore del mantenimento della legge del 1951, fatta eccezione delle disposizioni relative alle alleanze, pose la questione di fiducia, che gli venne accordata per 330 voti contro 211. Il 12 novembre la fiducia venne riconfermata una seconda volta per 285 voti contro 247 e ciò grazie ad un'alleanza tra repubblicani e comunisti, i quali temevano l'adozione del principio maggioritario.

Prima di ripresentare, per un'ultima volta, la questione di fiducia, Faure propose di fissare per il 16 febbraio 1956 la data della scadenza dei suoi poteri, in modo da lasciare un termine per consentire una soluzione del dibattito elettorale. La sua proposta non ottenne l'iscrizione all'ordine del giorno, sicché il 29 novembre il suo Governo venne rovesciato per 318 voti contro 218⁵¹.

L'esito dello scrutinio consentì di sottolineare il fatto che, rispetto al voto del 12 novembre, il cambiamento essenziale si era verificato nella compagine comunista che votò contro il Governo, mentre il Partito Radicale si divise in due blocchi. Per cinque voti, dunque, venne superato il requisito della maggioranza assoluta: era perciò consentito fare ricorso al diritto di scioglimento.

A quel punto la decisione di scioglimento della Camera, così come previsto dalla Costituzione del 1946, era di competenza del Consiglio dei Ministri. Conformemente all'articolo 49 del Regolamento dell'Assemblea, la seduta parlamentare venne tolta. Un Consiglio di Gabinetto si riunì prima a Palazzo Bourbon, quindi all'Eliseo per discutere sulla proposta di applicazione dell'articolo 51. Tramite il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea Nazionale fu invitato a esprimere la propria opinione in merito⁵² e il decreto del Capo dello Stato, conforme alla decisione del

⁵¹ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 343.

⁵² A questo proposito va sottolineato che il parere del Presidente dell'Assemblea Nazionale doveva essere scritto, personale e segreto. Vedi E. BLAMONT, *op. cit.*, p. 112.

Consiglio dei Ministri, fu adottato il 1 dicembre e pubblicato sul *Journal Officiel* il giorno seguente.

Faure dichiarò: “Le condizioni costituzionali dello scioglimento erano soddisfatte; rifiutarlo avrebbe ripetuto l’errore della Terza Repubblica. Si sarebbe ormai considerato lo scioglimento come inapplicabile. Ora, io credo che l’uso del diritto di scioglimento è indispensabile al normale gioco delle istituzioni repubblicane e permette di assicurare la stabilità governativa”⁵³.

Dopo la pubblicazione del decreto sul *Journal Officiel*, cinque Ministri appartenenti al Partito Radicale⁵⁴ presentarono le dimissioni, rifiutando di associarsi alla decisione di scioglimento. Le loro dimissioni non vennero accettate, in quanto l’articolo 52 della Costituzione prevedeva che il Governo restasse in funzione in caso di scioglimento dell’Assemblea Nazionale. In ogni caso, la dirigenza dei radicali escluse Edgar Faure dal partito.

Secondo molti autori lo scioglimento del 1955 fu possibile per un errore di conteggio da parte dei deputati, i quali, nel respingere la questione di fiducia, non si resero conto di avere raggiunto la maggioranza assoluta di voti⁵⁵. Tale considerazione, che può essere sicuramente condivisa, contri-

⁵³ Secondo M. VOLPI, *op. cit.*, p. 258 e J. VELU, *op. cit.*, p. 471-473, con lo scioglimento, in pratica, il Presidente del Consiglio impose le elezioni anticipate, ossia una soluzione della situazione che il Parlamento aveva cercato di evitare. Ecco perché si parlò di “sviamento di potere costituzionale”. In realtà il comportamento dei gruppi parlamentari fu equivoco: la maggioranza si era già pronunciata due volte in favore delle elezioni anticipate, tuttavia il dibattito sulla legge elettorale era stato portato avanti con una tattica dilatoria, ossia per ritardare le elezioni. Nonostante tale comportamento, lo scioglimento fu vigorosamente criticato dai partiti all’opposizione e soprattutto dai radicali sostenitori di Mendès-France, i quali ritenevano fosse contrario ai principi repubblicani e fosse un colpo di forza contro il Paese come nel 1877.

Per un’opinione contraria a tale interpretazione (nel senso che l’opinione pubblica accettò pienamente lo scioglimento anticipato), vedi P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 265-266.

⁵⁴ Si trattava di: Bourguès-Maunoury, Berthoin, Morice, Gilbert Jules e Laforest. Cfr. *Année politique*, 1955, p. 92-105.

⁵⁵ Cfr. P. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 402, J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 265 e M. VOLPI, *op. cit.*, p. 258.

buisce a rafforzare la convinzione che le rigorose condizioni richieste dall'articolo 51 in pratica impedissero la decretazione dello scioglimento e che solo in un caso eccezionale, come questo, si potessero creare i presupposti di una sua applicazione.

L'ipotesi di elezioni anticipate era già stata prospettata dal Governo a partire dall'estate, rendendo il clima politico estremamente confuso e precario. Tale situazione di instabilità si prolungò anche durante il periodo della campagna elettorale e dalle elezioni del 2 gennaio 1956 uscì un'Assemblea meno capace della precedente di definire una maggioranza. Lo scioglimento non produsse quindi gli effetti sperati: i partiti al governo registrarono un calo di voti, ma nessuna delle formazioni avversarie ottenne la maggioranza.

Il nuovo Governo di centro-sinistra di Guy Mollet, composto essenzialmente da socialisti e radicali, entrò in crisi dopo quindici mesi e venti giorni⁵⁶, senza risolvere i problemi di fondo del regime.

5. Il nuovo ruolo del capo dello Stato nella Quinta Repubblica.

5.1. La Costituzione del 1958.

La riforma della Costituzione francese fu costantemente auspicata durante la Quarta Repubblica, ma le vicende politiche e parlamentari impedirono l'adozione di qualsiasi decisione in merito.

Già agli inizi e precisamente il 1° giugno 1958 durante il suo discorso di investitura, il Generale De Gaulle annunciò che avrebbe chiesto all'Assemblea Nazionale di dare "mandato al Governo di elaborare, poi di

⁵⁶ Nonostante la sua breve durata, il Governo di Mollet fu il più lungo della storia della IV Repubblica, la quale dal 1947 al 1° giugno 1958 contò ben venti governi.

proporre al paese tramite referendum, dei cambiamenti indispensabili". La legge del 3 giugno 1958, che fissava il quadro di elaborazione della nuova costituzione, modificava l'articolo 90⁵⁷ e operava un vero e proprio trasferimento delle competenze costituenti⁵⁸.

In un primo momento l'"avant projet" venne elaborato da una Commissione ristretta di Ministri e di esperti presieduta dal Ministro Guardasigilli Debré e sotto la supervisione del Generale De Gaulle. In un secondo tempo venne costituito un Comitato Consultivo Costituzionale che aveva il compito di correggere e modificare il progetto già elaborato. Le navettes si realizzarono dunque tra il "gruppo di lavoro" presieduto da Debré e il Comitato ministeriale presieduto da De Gaulle. Il Comitato Consultivo Costituzionale e il Consiglio di Stato espressero i loro pareri solo in un momento successivo⁵⁹.

Il 27 agosto 1958 il testo della Costituzione, rettificato dal Governo, venne sottoposto al Consiglio di Stato per un'ultima revisione, quindi il 4 settembre fu presentato ufficialmente al popolo francese dal Generale De Gaulle in un discorso pronunciato a Parigi. Il 28 settembre il corpo elettorale approvò la Costituzione che venne promulgata il 4 ottobre 1958⁶⁰.

⁵⁷ Nell'articolo 90 era prevista una complessa procedura di revisione:

- delibera dell'Assemblea Nazionale a maggioranza assoluta di procedere a un determinato emendamento;
- delibera, con la stessa maggioranza, da parte del Consiglio della Repubblica;
- discussione e approvazione dell'emendamento con la normale procedura legislativa: tre quinti della maggioranza delle due Camere o due terzi di maggioranza dell'Assemblea Nazionale.

In mancanza di tali condizioni era necessario indire un referendum.

⁵⁸ Vedi G. BERLIA, *La crise constitutionnelle de mai-juin 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1958, p. 918 ss.

⁵⁹ Il Comitato Consultivo era composto da trentanove membri, di cui ventisei parlamentari e tredici membri designati discrezionalmente dal Governo. Il presidente del Comitato era Paul Reynaud.

⁶⁰ La redazione della Costituzione del 1958 è ampiamente analizzata da F. LUCHAIRE e G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Paris, 1980, p. 4 ss.

Al fine di riorganizzare i nuovi poteri pubblici furono necessari dei provvedimenti di attuazione. La Costituzione prevedeva che le nuove istituzioni fossero attivate nel termine di quattro mesi e accordava al Governo dei poteri eccezionali per lo stesso periodo. Tramite ordinanze governative aventi forza di legge vennero stabiliti i modi di elezione dell'Assemblea Nazionale (le consultazioni si tennero il 23 e il 30 novembre) e del Presidente della Repubblica. Il 21 dicembre venne eletto Capo dello Stato il Generale De Gaulle, mentre la Costituzione entrò in vigore nei primi giorni del 1959⁶¹.

L'obiettivo principale dei costituenti fu quello di creare un sistema istituzionale più solido del precedente attraverso il rafforzamento degli organi esecutivi e delle attribuzioni del Presidente della Repubblica. Ispiratisi alle idee di De Gaulle e soprattutto al suo discorso del 16 giugno 1946 a Bayeux⁶², Debré e i suoi collaboratori concepirono il Presidente come detentore iniziale del potere esecutivo. Come tale, egli necessitava di poteri adeguati che gli consentissero di vigilare sul rispetto degli interessi fondamentali della nazione.

L'articolo 5 della Costituzione, prima disposizione del secondo titolo relativo al Presidente della Repubblica, era estremamente importante in

⁶¹ La letteratura costituzionale italiana che ha analizzato il ruolo del Presidente della Repubblica nella Costituzione del 1958 è rappresentata principalmente da: G. NEGRI, *Verso la V^a Repubblica*, Pisa, 1958; S. GALEOTTI, *La nuova Costituzione francese*, Milano, 1960, p. 33 ss; C. PINELLI, *Capo dello Stato e governo nel sistema e nell'esperienza della Quinta Repubblica*, in *Diritto e società*, 1981, p. 31 ss; G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 535-537; BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1991, p. 243-245; P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, V ed., Milano, 1984, p. 39 ss, M. VOLPI, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1980, p. 111 ss.

⁶² Egli affermava: "E' dal Capo dello Stato, che sta al di sopra dei partiti, scelto da un collegio che ingloba il Parlamento ma assai più vasto...che deve procedere il potere esecutivo". Dal "Discours prononcé par le général De Gaulle, place de la République le 4 septembre 1958", in D. MAUS, *La pratique institutionnelle de la Cinquième République*, Paris 1995, p. 8 ss.

quanto conteneva tre parole chiave che contribuivano a definire il suo ruolo e preannunciavano, in un certo senso, l'incremento dei suoi poteri a livello giuridico, istituzionale e nazionale. Il testo definitivamente adottato fu il seguente: "Il Presidente della Repubblica vigila sul rispetto della Costituzione. Egli assicura, con il suo arbitrato, il regolare funzionamento dei pubblici poteri e la continuità dello Stato.

Egli è il garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio, del rispetto degli accordi della comunità e dei trattati".

Dal punto di vista costituzionale il Presidente doveva "vigilare rispettando la Costituzione", ossia esercitare i propri compiti secondo le modalità previste dal testo costituzionale e intervenire tutte le volte in cui ravvisava delle difficoltà relative all'applicazione dello stesso. Doveva inoltre garantire il rispetto degli accordi firmati a livello internazionale. Dal punto di vista istituzionale doveva "assicurare, tramite il suo arbitrato, il funzionamento regolare dei poteri pubblici", quindi vigilare sul funzionamento normale del regime parlamentare e sui rapporti tra Governo e Parlamento. Infine, sul piano nazionale, doveva impedire che difficoltà gravi di origine interna od esterna mettessero in causa l'esistenza stessa della nazione francese distruggendo le sue fondamenta (territorio, indipendenza, ecc.)⁶³.

Era opinione comune che il Presidente, pur non rappresentando un organo di governo che interveniva normalmente nella gestione degli affari

⁶³ In riferimento all'interpretazione dell'articolo 5 della Costituzione e al ruolo del Presidente della Repubblica, cfr. i seguenti autori francesi: J. MOREAU, *Théorie générale de l'Etat et Droit Constitutionnel. Droit Administratif*, Paris, 1995, p. 78 ss; P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1994, p. 374 ss; D.G. LAVROFF, *Le système politique français. La Cinquième République*, Paris 1995, p. 365 ss; C. GUETTIER, *Le Président sous la Cinquième République*, Paris, 1995; G. BERLIA, *Le Président de la République dans la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1959, p. 61. S. RIALS, *La Présidence de la République*, Paris, 1981; J.L. QUERMONNE, *La Présidence de la République et le système des partis*, in *Pouvoirs*, 1987; J. MASSOT, *La Présidence de la République en France*, Paris, 1977, e *La Présidence de la République en France. Vingt ans d'élection au suffrage universel, 1965-1985*, Paris, 1986; B. CHATEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, 1994, p. 630 ss.

costituzionali, costituisse la "clef de voûte des institutions" della Quinta Repubblica⁶⁴, in quanto riconosciuto come organo centrale del nuovo regime. Egli si presentava come arbitro attivo, soggetto superiore ad ogni contrasto di parte e destinato ad assicurare il funzionamento regolare dei pubblici poteri e la continuità dello Stato. Questa concezione della funzione presidenziale venne ripresa e adottata dai successori di De Gaulle, i quali anzi manifestarono la tendenza ad allargare l'ambito delle competenze fissate dalla Costituzione.

Tant'è che durante la Quinta Repubblica si è verificata una sorta di evoluzione costituzionale: il Presidente si è trasformato da arbitro a primo governatore che definisce il contenuto della politica e che ne controlla l'applicazione⁶⁵. Ha contribuito certamente a tale cambiamento la riforma costituzionale del 1962 che ha portato a una "presidenzializzazione" del sistema politico francese.

5.2. La riforma costituzionale del 1962.

L'articolo 2 della legge del 25 febbraio 1875 prevedeva l'elezione del Presidente della Repubblica a maggioranza assoluta dei voti da parte del Senato e della Camera dei deputati riuniti in Assemblea Nazionale.

L'articolo 29 della Costituzione del 1946 disponeva, nella medesima linea di continuità, che le due Camere riunite in Congresso dovessero eleggere il Capo dello Stato, ma nulla stabiliva in relazione al sistema di vota-

⁶⁴ Espressione di Michel Debré nel discorso pronunciato il 27 agosto 1958 davanti all'Assemblea Generale del Consiglio di Stato, in qualità di principale redattore della nuova Costituzione.

⁶⁵ Cfr. D. GEORGIACODIS, *Il Presidente della Repubblica e il Governo nella prassi della Quinta Repubblica francese*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2750-2815 e J.P. PAYRE, *Les pouvoirs du Président de la République*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 1613-1644.

zione, per cui di volta in volta i membri del Parlamento erano liberi di prendere una decisione in proposito ⁶⁶.

Tali metodi di elezioni vennero adottati rispettivamente sedici volte nella Terza Repubblica e due volte nella Quarta Repubblica e furono oggetto di numerose critiche. Si riteneva infatti che la procedura prevista nel 1875 non consentisse l'elezione di personalità rappresentative e in grado di orientare l'azione governativa, ma solo personaggi idonei a presiedere le solennità nazionali. In altre parole il Presidente, costituendo una diretta emanazione delle forze politiche parlamentari, era una figura di secondo piano, un agente passivo senza prestigio, un personaggio decorativo e non caratterizzato eccessivamente dal punto di vista politico, quindi un semplice "Maître de Cérémonies" ⁶⁷.

Numerose furono, durante la Quinta Repubblica, le proposte dirette ad una modificazione costituzionale in tema di metodo di elezione e tutte avevano in comune, come presupposto, l'allargamento del collegio elettorale presidenziale. Alcune proposero di aggiungere tra gli elettori i rappresentanti dei grandi interessi, altre i consiglieri di Stato, altre ancora avanzarono l'ipotesi di un suffragio popolare diretto.

La legge del 3 giugno 1958, che fissava il quadro di elaborazione

⁶⁶ L'articolo 2 della legge costituzionale del 25 febbraio del 1875 disponeva: "Il Presidente della Repubblica è scelto, a maggioranza assoluta dei voti, dal Senato e dalla Camera dei deputati riuniti in Assemblea Nazionale. Egli è nominato per sette anni. E' rieleggibile".

L'articolo 29 della Costituzione del 1946 disponeva: "Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento. Egli è eletto per un periodo di sette anni. Può essere rieletto una sola volta".

Cfr. al proposito L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, G. BERLIA, *op. cit.*, p. 290 e 560.

Per una particolareggiata analisi dell'elezione presidenziale secondo il metodo previsto dalla Costituzione del 1958 cfr. J.L. QUERMONNE, *La France sous la Cinquième République*, cit., p. 145-146.

⁶⁷ L'espressione è di CASIMIR-PERIER ed è citata da P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica*, Padova, 1977, p. 27.

della nuova Costituzione, non conteneva alcuna regola precisa in riferimento all'elezione presidenziale. L'"*avant-projet*" preparato dal Ministro Guardasigilli e destinato a De Gaulle in sostanza riprendeva le idee esposte a Bayeux. Dopo qualche modifica di dettaglio proposta dal Comitato Consultivo Costituzionale e dal Consiglio di Stato, il progetto, adottato tramite referendum il 28 settembre 1958, definiva la composizione del corpo elettorale del Presidente della Repubblica. Tale modo di scrutinio permetteva di sottrarre l'elezione all'influenza decisiva di partiti che dominavano le Assemblee parlamentari e dava una base democratica alla qualità del Capo dello Stato. Infatti il collegio elettorale era costituito da parlamentari (deputati e senatori), consiglieri generali e di assemblea dei territori d'Oltremare, consiglieri municipali e rappresentanti eletti dai consigli municipali. Quest'ultima categoria però era sicuramente preponderante su ogni altra (nell'elezione del 21 dicembre 1958 costituiva quasi il 90%) e all'interno di questa un peso notevole era esercitato dai piccoli comuni con meno di millecinquecento abitanti ai quali competeva una quota pari al 51% degli elettori presidenziali, pur rappresentando meno di un terzo della popolazione. L'elezione a suffragio indiretto si trasformava dunque in una forma di suffragio ristretto e ineguale. Inoltre, la Costituzione prevedeva che, se al primo turno il Presidente non fosse stato eletto con la maggioranza assoluta, al secondo scrutinio sarebbe stata sufficiente la maggioranza semplice.

L'elezione del generale De Gaulle del 1958 fu comunque la prima e l'ultima a svolgersi secondo tale procedura. Infatti, in più occasioni durante il 1962, alla luce delle particolari vicende politiche francesi, De Gaulle aveva dichiarato che era necessario stabilire un legame diretto tra il popolo e il Presidente della Repubblica ⁶⁸.

Il 20 settembre annunciò la sua decisione di proporre un referendum

⁶⁸ L'8 giugno 1962 De Gaulle dichiarò fra l'altro: "Il legame diretto tra il popolo e colui che ha il compito di condurlo è diventato nei tempi moderni essenziale alla Repubblica... Noi avremmo al momento voluto assicurare che, per l'avvenire e al di là degli uomini che passano, la Repubblica possa restare forte e stabile".

su un progetto di legge che stabiliva l'elezione del Presidente a suffragio universale, specificando che si sarebbe dimesso se il progetto non fosse stato accettato dal popolo. Il 28 ottobre i francesi manifestarono la loro fiducia nei suoi confronti, adottando il progetto di revisione. La legge costituzionale del 6 novembre modificò gli articoli 6 e 7 della Costituzione del 1958 attraverso l'introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente della Repubblica a doppio turno, con ballottaggio fra i due candidati maggiormente votati, se nella prima votazione nessuno avesse ottenuto la maggioranza assoluta. Si trattava di una innovazione fondamentale che, secondo alcuni, corrispondeva ad una versione corretta e adattata dei testi del 1875⁶⁹.

La riforma del 1962 operava per la Quinta Repubblica un cambiamento netto di orientamento e produceva delle importanti conseguenze politiche in quanto, oltre a consentire una lettura presidenziale della Costituzione, accentuava l'indipendenza e la preminenza del potere del Capo dello Stato che diveniva in tal modo espressione immediata della sovranità popolare⁷⁰.

Tale cambiamento nel sistema di elezione veniva infatti considerato dai più autorevoli costituzionalisti idoneo a mutare i principi posti alla base del meccanismo di governo francese, il quale risultava ora collocabile in una posizione intermedia fra quello parlamentare e quello presidenziale. Il Presidente della Repubblica eletto a suffragio universale disponeva di prerogative giuridiche maggiori rispetto a quelle di un Capo di Stato in regime parlamentare, in quanto diventata rappresentante del popolo e possedeva un'investitura che aveva una forza e un peso politico di gran lunga più importanti di quelli che avrebbe avuto nell'ipotesi di elezione indiretta.

⁶⁹ In realtà il primo Presidente della Seconda Repubblica francese, Luigi Napoleone Bonaparte, fu eletto il 10 dicembre 1848 con tale sistema, ma il 2 dicembre 1851 tradì la Repubblica con un colpo di stato, creando così un precedente increscioso nella storia politica.

⁷⁰ Per un'interpretazione della riforma del 1962, cfr. *La Constitution de la République Française*, cit., p. 20 ss.

Tale importante innovazione non fu tuttavia completamente imprevedibile⁷¹. Probabilmente il Generale De Gaulle già in precedenza aveva pensato ad una riforma e solo per ragioni congiunturali aveva deciso di attendere il momento opportuno per rafforzare ulteriormente i poteri del Capo dello Stato.

Pertanto ciò che colpì i giuristi francesi non fu la riforma in sé, ma la scelta della procedura, considerata insolita e vivamente contestata da più parti. La riforma fu attuata senza ricorso all'articolo 89 della Costituzione in tema di revisione⁷², bensì in conformità all'articolo 11 che prevedeva la sottoposizione a referendum, da parte del Presidente, di un progetto di legge concernente l'organizzazione dei pubblici poteri. Secondo la maggior parte dei giuristi la normale procedura di revisione prevista dall'articolo 89 avrebbe sicuramente ostacolato o almeno allungato i tempi di attuazione delle intenzioni del Generale De Gaulle. Agendo in tal modo, egli evitò invece i pareri del Consiglio Costituzionale e del Consiglio di Stato.

Il 3 ottobre il *Journal Officiel* pubblicava contemporaneamente la lettera del Primo Ministro, che proponeva un referendum secondo la procedura prevista dall'articolo 11, e il decreto presidenziale che chiedeva agli elettori di pronunciarsi sul progetto di legge referendaria. Proponendo un referendum il Presidente lanciava una sfida ai partiti tradizionali e impegnava direttamente la sua persona in tale sfida.

La vittoria che fu proclamata il 6 novembre dal Consiglio Costituzionale si rivelò un mezzo per confermare la sua legittimità popolare e per proclamarlo interprete privilegiato della Costituzione. Nonostante infatti tutte le discussioni relative alla legittimità del ricorso all'articolo 11 anzi-

⁷¹ Sulle concezioni costituzionali del generale De Gaulle, cfr. D.G. LAVROFF, *Le système politique français. La Cinquième République*, Paris, 1995, p. 365 ss., e J.L. DEBRE', *Les idées constitutionnelles du général De Gaulle*, Paris, 1974, p. 319 ss.

⁷² Tale norma richiedeva il voto distinto e concorde delle due Camere a maggioranza semplice, seguito da referendum popolare salvo che il Presidente avesse deciso di sottoporre il progetto di revisione alle Camere riunite in Congresso allo scopo di approvarlo a maggioranza dei tre quinti.

ché all'articolo 89 (in realtà la formulazione di entrambi mancava di chiarezza ed era ambigua), il popolo risolse la controversia nettamente in favore dell'interpretazione di De Gaulle.

Tuttavia, l'elezione a suffragio universale diretto valorizzò la funzione del Capo dello Stato, gli conferì una legittimità incontestabile e lo rese il punto centrale dell'organizzazione dei poteri pubblici. Favorì in pratica il processo di "presidenzializzazione" dell'esecutivo e fece sì che il Presidente beneficiasse di una legittimità comparabile a quella dell'Assemblea Nazionale.

La revisione del 1962 quindi non aveva solo modificato gli articoli 6 e 7, ma indirettamente altri articoli della Costituzione ⁷³.

6. Titolarità' del diritto di scioglimento nella Quinta Repubblica.

L'articolo 12 della Costituzione francese del 1958 disciplina lo scioglimento ⁷⁴.

In Francia è attualmente previsto un sistema di scioglimento la cui competenza è attribuita al Presidente della Repubblica, il quale la esercita

⁷³ La redazione attuale dell'articolo 7 è il risultato di due revisioni costituzionali: quella appena analizzata del 6 novembre 1962 e un'altra del 18 giugno 1976. Quest'ultima prevede l'ipotesi di un eventuale decesso di un candidato durante la campagna elettorale.

⁷⁴ Per l'analisi dell'articolo 12 della Costituzione francese, cfr.: G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, 1984, p. 471 ss; D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 693 ss e 753 ss; M. VOLPI, *op. cit.*, p. 106 ss; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 165 ss; P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 109 ss; P. ARDANT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1994, p. 638 ss; P. AVRIL, *L'article 12*, in *La Constitution de la République*, cit., p. 314 ss; C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.M. POMTIER, J.C. RICCI, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1958, p. 302 ss; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 94 ss; S.L. FORMERY, *La Constitution commentée article par article*, Paris, 1994, p. 37 ss; C. FRANCK, *Droit constitutionnel et institutions politique comparés*, Maîtrise 1979-1980, Paris; J. CADART, *op. cit.*, p. 980 ss.

discrezionalmente senza necessità di controfirma ministeriale (art 19). Egli deve sì preventivamente consultare il primo Ministro e i Presidenti delle Assemblee, ma questi "avis" non hanno alcun valore obbligatorio e vincolante⁷⁵.

Il solo limite cronologico apportato a tale prerogativa di carattere esclusivamente presidenziale è quello enunciato nel quarto comma: non è possibile procedere a due scioglimenti che non siano separati da un intervallo minimo di un anno⁷⁶.

Le elezioni legislative, conseguenza dello scioglimento, devono aver luogo almeno venti e al massimo quaranta giorni dopo l'emanazione del decreto di scioglimento⁷⁷.

Il diritto di scioglimento della Camera è il più importante potere personale (o "proprio", come è definito dalla dottrina costituzionale francese) del Capo dello Stato previsto dalla Costituzione, unitamente a quello enunciato nell'articolo 16. Uno dei commi di tale ultimo articolo specifica che è vietato l'utilizzo dell'istituto durante l'esercizio dei poteri eccezionali del Capo dello Stato, mentre l'articolo 7 lo vieta anche durante la vacanza della

⁷⁵ Si tratta infatti di pareri che sono "facoltizzanti" in riferimento ai loro effetti: il Presidente è libero di agire come meglio ritiene opportuno (ad esempio nel 1981 i tre pareri furono negativi e nel 1988 i due presidenti delle Camere espressero il loro sfavore). Tuttavia hanno carattere sostanziale: in caso di assenza è possibile sollevare il vizio di incostituzionalità. Dal punto di vista della forma possono essere orali o scritti.

⁷⁶ "Dissolution sur dissolution ne vaut": tale previsione limita il potere discrezionale del Capo dello Stato e impedisce che ripetuti scioglimenti possano paralizzare il lavoro del Parlamento.

⁷⁷ La questione dei termini entro i quali devono aver luogo le elezioni legislative ha dato luogo, nel 1981, a delle difficoltà risolte dal Consiglio Costituzionale in una sua importante decisione dell'11 giugno dello stesso anno. Il termine dai venti ai quaranta giorni infatti sembrava non conforme ai termini prescritti dagli articoli 157, 164 e 173 del Codice Elettorale. In tal caso, ci si è chiesti se la procedura della elezioni anticipate possa derogare alle regole previste per le elezioni legislative generali. Il Consiglio Costituzionale ha stabilito che le disposizioni del Codice Elettorale non si applicano allo scioglimento e che pertanto prevalgono i termini dell'articolo 12 della Costituzione. (*Code Constitutionnel, Commenté et annoté* par S. RENOUX, M. DE VILLIERS, Paris, 1994, p. 263 ss).

presidenza e nel periodo di messa in stato di accusa del Presidente (“*empêchement temporaire*”) ⁷⁸.

La decisione di scioglimento produce i suoi effetti a partire dal decreto che la contiene, il quale può entrare in vigore immediatamente (generalmente è pubblicato entro ventiquattro ore sul *Journal Officiel*). Dal momento della formale comunicazione del decreto cessano le competenze dell'organo, e il Presidente dell'Assemblea, unitamente ai questori, assicura i poteri di amministrazione generale fino all'entrata in funzione della nuova Assemblea. La nuova Camera eletta si riunisce di pieno diritto, ossia senza convocazione preliminare del Capo dello Stato, il secondo giovedì che segue il secondo turno di elezioni.

Lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale non impedisce al Senato di riunirsi (ma nella prassi, nel 1962, 1968 e nel 1981 sono state aggiornate le sedute) e, se interviene dopo il voto di una mozione di sfiducia, consente al Governo di rimanere in carica per gli affari correnti.

La funzione attribuita al diritto di scioglimento dai costituenti del 1958 ⁷⁹ era strettamente legata alla visione politica e costituzionale che essi intendevano instaurare con l'elaborazione delle nuove istituzioni. Essi, sulla base delle esperienze vissute durante la Quarta Repubblica, intendevano correggere gli effetti nocivi dell'instabilità dovuti al partitismo e all'assenza di una maggioranza omogenea in grado di guidare il Paese.

Era pertanto necessario istituire una serie di meccanismi giuridici destinati a prevenire la riproduzione dei fenomeni legati al “regime dei partiti”. Prima di tutto occorre rinforzare l'esecutivo e attribuire il carattere di eccezionalità all'utilizzazione dei meccanismi di responsabilità governativa. In tale quadro, risultava fondamentale la funzione arbitrale esercitata

⁷⁸ Il riferimento all'articolo 16 è giustificato dal fatto di evitare che un presidente poco scrupoloso, durante l'esercizio di tali poteri eccezionali, si sbarazzi facilmente del controllo parlamentare sciogliendo la Camera.

⁷⁹ Per la ricostruzione delle intenzioni di costituenti si vedano soprattutto P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 112 ss. e P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 166 ss., i quali richiamano i dibattiti del Comitato Consultivo Costituzionale.

dal Capo dello Stato, il quale, grazie al suo modo di elezione e alle sue competenze, sarebbe stato in grado di svolgere un'attività regolatrice del sistema costituzionale sollecitando il corpo elettorale o un altro organo dello Stato.

L'inserimento del diritto di scioglimento all'interno della Costituzione del 1958 non suscitò alcuna contestazione comparabile a quelle che si verificarono nel 1946. L'attribuzione della prerogativa al Presidente ⁸⁰ era già prevista nella prima stesura dell'articolo 10 dell'"avant-projet" che, solo dopo modificazioni marginali, diventò l'articolo 12 della Costituzione ⁸¹.

Contenuti furono infatti i dibattiti, le critiche e le proposte in relazione alla sua adozione. All'interno del Comitato interministeriale, in un primo tempo, si avanzarono soluzioni che prevedevano la necessità della proposta del Primo Ministro; poi intervenne De Gaulle che sostituì i termini della norma "sur proposition" con "après avis" risolvendo così la questione conformemente ai suoi principi.

Alcuni membri, sottolineando il fatto che non era necessaria la proposta del Governo (ciò contrariamente a quanto ad esempio avveniva in tema di referendum ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione), specificarono che la prerogativa, oltre a costituire un'eccezione rispetto agli altri regimi democratici nei quali l'istituto era già operante, contribuiva alla distruzione del carattere parlamentare del regime ⁸².

Tuttavia, non deve stupire il fatto che il Comitato Consultivo Costituzionale e il Consiglio di Stato confermarono, senza particolari proble-

⁸⁰ Secondo De Gaulle ciò consentiva al Presidente di invitare il popolo, nei momenti di grave confusione, a far conoscere, tramite le elezioni, la sua decisione sovrana.

⁸¹ Uno dei pochi cambiamenti testuali, rispetto alla disposizione originale adottata, si riferì al terzo comma, che nella versione originale prevedeva che la nuova Camera si riunisse di pieno diritto il terzo giovedì che seguiva la sua elezione, anziché il secondo. Vedi P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 116.

⁸² Cfr. F. PINTO, in *Le Monde*, 10 août 1958. In effetti l'esistenza di poteri senza controfirma ha posto un problema di definizione del sistema della Quinta Repubblica.

mi, l'assenza di controfirma. Tale previsione, infatti, era perfettamente coerente con l'intenzione dei costituenti: eliminando l'obbligo della controfirma per gli atti più significativi del Presidente della Repubblica, si rendeva il Capo dello Stato "vero centro motore della vita politica nazionale"⁸³ in grado di esercitare i principali compiti affidatigli dall'articolo 5. Tramite l'innovazione contenuta nell'articolo 19, il Presidente poteva collaborare in modo determinante alla delineazione dell'indirizzo politico, diventando l'unico responsabile delle scelte più importanti del paese⁸⁴. Inoltre, l'intenzione dei costituenti non era quella di creare un'arma governativa contro l'Assemblea, bensì uno strumento che, in conformità alla Costituzione, consentisse al Presidente di appellarsi al popolo per risolvere una questione politica e garantire la continuità dello Stato⁸⁵. Essi ritenevano che l'istituto avrebbe trovato applicazione nelle ipotesi di conflitti tra Assemblea Nazionale e Governo, ossia quelli in cui il Presidente non sarebbe stato parte, ma solo arbitro nel senso positivo della parola. Nello spirito dei costituenti, in altri termini, il Presidente avrebbe dovuto ricoprire il ruolo di giudice, in qualità di garante del buon funzionamento delle istituzioni, sulla necessità o meno dello scioglimento. Si trattava dunque, come già accennato, dell'applicazione dell'articolo 5 della Costituzione: il Presidente esercitava

⁸³ Cfr. M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità del Capo dello Stato e controfirma ministeriale in Italia e in Francia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, p. 135.

⁸⁴ Tra i poteri che il Presidente può esercitare senza obbligo di controfirma si possono ricordare: nomina del Primo Ministro e accettazione delle sue dimissioni, indizione del referendum nei casi previsti dall'articolo 11, esercizio dei poteri ex articolo 16, invio di messaggi al Parlamento ecc.

⁸⁵ Il commissario governativo davanti al Comitato Consultivo Costituzionale aveva dichiarato: "Lo scioglimento è un atto grave. Questo dev'essere non un'arma nelle mani del governo per avere ragione del parlamento, ma uno strumento messo a disposizione del Presidente della Repubblica per chiamare il popolo a decidere una questione". Cfr. *Avis et débats du C.C.C.*, 31 juillet, 1958.

uno dei "pouvoirs de sollicitation" pienamente riconosciutogli ⁸⁶.

Tale costruzione, tuttavia, non corrispondeva alla realtà costituzionale. Nella Francia degli inizi della Quinta Repubblica le posizioni del Capo dello Stato, del Primo Ministro, nonché dell'Assemblea Nazionale e soprattutto le circostanze storiche della guerra in Algeria avevano orientato il regime in un senso presidenziale. Non era perciò possibile parlare di "arbitrato neutro" per il Capo dello Stato, dal momento che la titolarità dei suoi poteri appariva di tipo personale ed esclusivo ⁸⁷. Non a caso, il Primo Ministro, anche se doveva avere l'appoggio dell'Assemblea Nazionale, rappresentava una diretta emanazione del Presidente: e ciò faceva sì che quest'ultimo venisse ad essere implicato direttamente in un eventuale conflitto tra Governo e maggioranza dei deputati ⁸⁸. In una simile situazione, il Presidente si sarebbe trovato di fronte a diverse possibilità: accettare le dimissioni del Primo Ministro e nominare un Governo nuovo, oppure mantenere in carica il Governo minoritario e pronunciare lo scioglimento o ancora nominare un nuovo Governo e sciogliere contemporaneamente l'Assemblea Nazionale. Inoltre egli poteva rifiutare lo scioglimento sia per non provocare le elezioni in un momento inopportuno, sia per far cadere un Primo Ministro che non godeva più della sua fiducia. In ogni caso, con lo scioglimento dell'Assemblea egli sarebbe diventato attore, e non più arbitro, del gioco costituzionale: infatti, tale decisione avrebbe presupposto un implicito accordo con il Capo del Governo. Le conseguenze dello scioglimento, in

⁸⁶ Michel Debrè infatti affermava: "Il Presidente della Repubblica, come gli è proprio, non ha altro potere che quello di sollecitare un altro potere: sollecita il Parlamento, sollecita il Consiglio costituzionale, sollecita il suffragio universale. Ma questa possibilità di sollecitare è fondamentale". Dal discorso davanti all'Assemblée Générale du Conseil d'Etat, in *Revue Française de science politique*, 1958, p. 22.

⁸⁷ Per la critica all'interpretazione dei costituenti, cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 124. ss.

⁸⁸ Cfr. O. DUHAMEL, *La Constitution de la Cinquième République et l'alternance*, in *Pouvoirs*, 1977, p. 47 ss.

altri termini, avrebbero prodotto due potenziali effetti anche nei suoi confronti: una maggioranza omogenea e favorevole al Presidente della Repubblica e al Governo, che avrebbe rafforzato la posizione del primo; un'Assemblea ostile o divisa in più tendenze minoritarie, che lo avrebbe costretto a transigere con essa.

Lo scioglimento, infine, poteva essere ugualmente utilizzato, ai sensi dell'articolo 12 della Costituzione, al di fuori di un conflitto tra Governo e Assemblea Nazionale, ad esempio, per rinforzare o cambiare la maggioranza parlamentare, per permettere al Capo dello Stato di ottenere una maggioranza favorevole al suo programma politico, per consentire al Paese di uscire da una situazione di crisi, ecc.⁸⁹.

7. La prassi della Quinta Repubblica.

7.1. Lo scioglimento del 9 ottobre 1962.

Dopo la riforma istituzionale del 1958, il quadro politico francese era caratterizzato da un forte multipartitismo: successivamente alle elezioni del 23 e del 30 novembre 1958, il Governo presieduto da Michel Debré, composto da uomini di diverso orientamento, risultava sostenuto da una maggioranza parlamentare poco omogenea. Tuttavia, la situazione si presentava ugualmente favorevole al Presidente della Repubblica: sia le Destre che le Sinistre concordavano con De Gaulle a proposito dell'affare algerino e anche i partiti che sollevavano delle critiche nei confronti delle iniziative presidenziali non erano in grado di costituire un'opposizione organizzata. In tale contesto, appariva fortemente improbabile la messa in gioco della responsabilità governativa: il Primo Ministro, che aveva il sostegno delle Camere, aveva di fatto una posizione subordinata a quella pre-

⁸⁹ Le funzioni del diritto di scioglimento sono esaminate nei dettagli da J.P. PAYRE, *Les pouvoirs du Président de la République*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 1613 ss.

sidenziale e i deputati sicuramente non avevano intenzione di provocare crisi inopportune⁹⁰.

I rapporti tra Governo, Parlamento e, indirettamente, Presidente della Repubblica cominciarono a incrinarsi nei primi mesi del 1962, quando la maggioranza parlamentare che appoggiava il Governo iniziò a disgregarsi. Mentre il Primo Ministro si pronunciava per l'opportunità di elezioni anticipate in primavera, il Presidente della Repubblica preferì attendere i risultati del referendum dell'8 aprile relativo alla soluzione dell'affare algerino⁹¹.

L'opportunità dello scioglimento dell'Assemblea Nazionale venne riesaminata in aprile, ma De Gaulle, a causa di disaccordi esistenti con Debré, preferì sostituire il Primo Ministro e il 14 aprile nominò Georges Pompidou a capo dell'Esecutivo⁹². Il nuovo Governo ottenne una fiducia molto limitata⁹³, ma aveva indubbiamente i vantaggi di rappresentare una rottura con il clima politico anteriore e di creare condizioni favorevoli alle successive elezioni.

E' da osservare che nel periodo aprile-luglio il conflitto tra nuovo Governo e parlamentari avrebbe potuto sfociare in una mozione di sfiducia, ma i deputati preferirono differire all'autunno l'attacco decisivo⁹⁴. Erano

⁹⁰ Per una ricostruzione della situazione politica generale della Francia agli inizi della Quinta Repubblica, cfr. A. MATHIOT, *La Cinquième République en 1962*, in *Annuaire de législation française et étrangère*, 1962 e J. CHAPSAL, *La vie politique sous la Cinquième République*, Paris, 1981. Per l'analisi dello scioglimento, cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 307 ss; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 171 ss; *Année politique*, 1962, p. 107 ss.

⁹¹ Tali risultati però non furono particolarmente indicativi, in quanto rilevarono semplicemente la debolezza degli oppositori della politica algerina del Presidente. Tutti i partiti si pronunciarono per il "sì" e non lasciarono libertà di voto agli elettori (ad eccezione degli Indipendenti).

⁹² Secondo P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 311, è possibile stabilire un parallelo tra la vicenda del 1962 e il cambiamento del Primo Ministro Chaban-Delmas del 5 luglio 1972. Per maggiori approfondimenti, cfr. anche *Année politique*, 1972, p. 405.

⁹³ 259 voti a favore, 128 contro e 119 astensioni.

⁹⁴ Il 16 luglio 205 deputati contrari alla politica europea del governo votarono una mozione di sfiducia senza però ottenere alcun risultato utile. Tutti gli altri partiti erano infatti fortemente divisi al loro interno e non erano ancora pronti per il passaggio all'opposizione.

infatti convinti che il potere di De Gaulle fosse su un pendio discendente e che la sua popolarità fosse destinata a declinare alla fine della guerra d'Algeria. Motivazioni tattiche, quindi, indussero il Parlamento ad attendere le circostanze più propizie per aprire le ostilità.

La situazione precipitò il 12 settembre, quando De Gaulle prese l'iniziativa di procedere, tramite referendum, a una riforma delle istituzioni che prevedesse l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale diretto. In tal modo, il Presidente della Repubblica sceglieva il terreno dello scontro: rivolgendosi al corpo elettorale dava al conflitto una dimensione extra-parlamentare che conteneva premesse a lui favorevoli. Dopo i rischi personali incorsi nell'attentato del 22 agosto di Petit-Clamart, la sua popolarità in effetti fu in forte ripresa, lasciando intravedere condizioni favorevoli per un suo successo⁹⁵.

Il 2 ottobre De Gaulle inviò un messaggio al Parlamento nel quale manifestava le sue convinzioni: l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale diretto era l'occasione per rompere con la confusione e l'incapacità del regime dei partiti⁹⁶. Egli più precisamente sostenne: "Sono convinto che l'investitura popolare sarà necessaria per dare a coloro che mi succederanno, la possibilità e l'obbligo di assumere il supremo incarico, quale che ne sia il peso". E a proposito del metodo di revisione costituzionale proposto aggiungeva: "Non c'è migliore via per apportare al testo adottato nel 1958 dal popolo francese, la modifica che si impone e che riguarda ogni cittadino"⁹⁷.

⁹⁵ Anche i sondaggi indicavano dati a favore del Presidente: il 47% dei francesi intervistati era favorevole alla riforma e solo il 10% si era pronunciato in senso contrario. Inoltre il 70% desiderava che il Generale De Gaulle restasse al potere il più possibile o almeno sino alla fine del suo mandato. Cfr. J. TOUCHARD e J.L. PARODI, *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Cinquième République*, in *Cahier français national de science politique*, 1972, p. 38 ss.

⁹⁶ In un discorso il 18 ottobre egli affermò: "Se la vostra risposta è 'no', come vorrebbero tutti i vecchi partiti al fine di ristabilire il loro regime di sventure, come pure tutti i faziosi che spingono alla sovversione, oppure, se la maggioranza dei 'si' è debole, mediocre, aleatoria, è assai evidente che il mio compito sarà terminato e senza ritorno". Cfr. *Année politique*, 1962, p. 114-115.

⁹⁷ Cfr. *Année politique*, 1962, p. 108.

Di fronte a tali esternazioni, l'opposizione era profondamente divisa sulla tattica da adottare: nell'impossibilità di giungere ad un accordo in relazione a un contro-progetto costituzionale, essa decise di depositare, il 4 ottobre, una mozione di sfiducia firmata da cinquantatré parlamentari⁹⁸.

Il 5 ottobre vennero proclamati i risultati della votazione che registrò, su 480, 280 deputati favorevoli alla sfiducia. Per la prima volta nella Quinta Repubblica, un Governo veniva rovesciato in parlamento.

Successivamente De Gaulle, conformemente alla Costituzione, ricevette i Presidenti delle due Camere e, dopo una consultazione verbale, decise di pronunciare lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale⁹⁹, il cui decreto però fu adottato solo il 9 ottobre e comunicato tramite lettera ai destinatari previsti dalla legge.

Le elezioni legislative si tennero il 18 e il 25 novembre e, contrariamente a quanto desiderava il Capo dello Stato, ci fu un accavallamento tra campagna referendaria e campagna legislativa. I risultati elettorali delle due consultazioni furono diversi, ma sicuramente il referendum influenzò le elezioni legislative¹⁰⁰. Anche se il 28 ottobre il popolo francese si esprime largamente a favore della riforma costituzionale¹⁰¹, tale risultato non fu sufficiente per determinare un cambiamento decisivo a livello politico.

⁹⁸ Del testo della mozione occorre sottolineare i seguenti tratti: "Considerando che, disconoscendo il voto delle due Camere, il Presidente della Repubblica viola la Costituzione di cui è il guardiano; (...) Considerando che il Presidente della Repubblica non ha potuto agire che su 'proposta' del Governo, censura il Governo conformemente all'art. 49, comma 2 della Costituzione". Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 317.

⁹⁹ De Gaulle dopo l'incontro dichiarò: "Beninteso, io mi espongo palesemente a pronunciare lo scioglimento e, come pure mi ci obbligano i testi, consulto i presidenti delle due Camere nel corso dei colloqui, di cui l'uno, con Jacques Chaban-Delmas, dura cordialmente una mezz'ora, e l'altro, con Gaston Monnerville, copre due minuti senza stretta di mano".

¹⁰⁰ Per l'interpretazione dei risultati elettorali, cfr. in particolar modo D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 295 ss.; J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 253 ss e F. GOGUEL, *Le référendum du 28 octobre et le élections des 18-25 novembre 1962*, in *Revue française de science politique*, 1963, p. 299 ss.

¹⁰¹ I "sì" ottennero il 62,25% dei suffragi espressi, i "no" il 37,75%.

Solo con le elezioni di novembre e con il trionfo del partito gollista al secondo turno si ebbe un riassetto delle strutture e delle forze politiche. L'U.N.R., partito fedele al Presidente della Repubblica, ottenne infatti la maggioranza assoluta dei seggi all'Assemblea Nazionale grazie al fatto che i partiti dell'opposizione, oltre che mal preparati e divisi, avevano condotto una tattica quasi esclusivamente difensiva.

Lo scioglimento del 1962 poteva essere definito come uno scioglimento "classico", tipico del regime parlamentare, ossia avente lo scopo di risolvere un conflitto tra il Presidente della Repubblica e l'Assemblea Nazionale¹⁰². De Gaulle si rivolse al popolo non solo per trovare una soluzione alla situazione che si era instaurata, ma anche per farlo giudice della modificazione costituzionale da lui evocata. Proponendo un referendum di riforma istituzionale, il Capo dello Stato creò una situazione di fronte alla quale i partiti non potevano astenersi dal reagire, ma nello stesso tempo scelse il terreno dell'affronto coinvolgendo direttamente il corpo elettorale. La mozione di sfiducia votata il 5 ottobre esprimeva un conflitto esistente tra il Capo dello Stato e il Parlamento; il Governo, infatti, non appariva come un elemento essenziale della questione, semplicemente risultava uno strumento naturale della politica presidenziale. Conformemente all'articolo 5 della Costituzione, che attribuiva al Presidente il ruolo di arbitro del gioco costituzionale, De Gaulle decise per lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale, ostentando la "volontà di vedere la Repubblica proseguire il suo impegno di progresso, di sviluppo e di grandezza"¹⁰³.

In tal modo, egli mise in gioco la sua politica e la sua permanenza al potere. Gli elettori si pronunciarono a suo favore, in quanto la coalizione filo-presidenziale ottenne la maggioranza assoluta dei seggi consacrando la sua supremazia.

Fino al 1962, dunque, la vita politica francese fu caratterizzata dall'esistenza di numerosi partiti, privi di vocazione maggioritaria, la cui uni-

¹⁰² Cfr. C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 96; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 199 e LE MONG NGUYEN, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰³ Da un discorso televisivo di De Gaulle del 7 novembre 1962.

ca preoccupazione fu semplicemente quella di coabitare. Con le elezioni di novembre, invece, si affermò una nuova situazione: l'affermazione di un partito dominante, che nello stesso tempo stimolava i partiti sconfitti ad elaborare una strategia difensiva comune, dava origine a un quadro diverso da quello immaginato dai costituenti del 1958. Si passava dal multipartitismo e dall'assenza di una formazione dominante, ad un parlamentarismo maggioritario nel quale si potenziavano la subordinazione del Primo Ministro al Presidente della Repubblica e di conseguenza la stabilità governativa.

7.2. Lo scioglimento del 30 maggio 1968.

Alle elezioni legislative del 12 marzo 1967, il partito gollista ottenne solo per qualche voto la maggioranza assoluta al Parlamento dando così segno che la stabilità ministeriale sarebbe potuta diventare precaria. Inoltre, mentre all'interno della maggioranza si registravano delle divergenze tra il leader dei repubblicani indipendenti, Valéry Giscard d'Estaing, e l'U.D.R., l'opposizione si rinforzava, elaborando un programma di governo.

Alla minaccia di instabilità politica, che portò anche al deposito di una mozione di sfiducia poi rigettata il 22 maggio 1968, si aggiunsero i gravi avvenimenti di maggio-giugno che provocarono la grave crisi sociale¹⁰⁴. In un primo tempo, le contestazioni restarono limitate all'ambiente studentesco, solo successivamente si registrò un'espansione progressiva all'ambiente operaio¹⁰⁵.

A livello politico, si cominciarono a prendere delle iniziative. La mozione di sfiducia depositata dall'opposizione di Sinistra, allo scopo di provocare la caduta del Governo ed elezioni anticipate, ottenne solamente 233 dei 244 richiesti. Il suo rigetto svantaggiò dal punto di vista tattico quei

¹⁰⁴ Per una ricostruzione degli avvenimenti che portarono allo scioglimento del 1968 cfr. J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 339 ss.

¹⁰⁵ Cfr. P. BENETON e J. TOUCHARD, *Les interprétations de la crise de mai-juin 1968*, in *Revue française de science politique*, 1970, p. 503-544.

partiti che avrebbero potuto trarre profitto dalla crisi.

Il 24 maggio, il Presidente De Gaulle propose l'organizzazione di un referendum su un progetto di legge che gli conferiva un generico mandato a rinnovare lo Stato ¹⁰⁶. Egli sperava di provocare un affievolimento delle tensioni e di deviare la crisi sociale verso il terreno elettorale. Tuttavia, tale scelta si rivelò inadeguata e scatenò delle polemiche: l'opposizione di Sinistra parlò di plebiscito, la stessa maggioranza dubitò della capacità del Presidente di superare le difficoltà della situazione e i movimenti popolari di protesta si rinforzarono.

A questo punto, estremamente importante e decisivo fu il ruolo giocato dal Primo Ministro Georges Pompidou, il quale riuscì a far stipulare, tra le parti sociali, gli accordi di Grenelle ¹⁰⁷ relativi ai salari (aumentati del 10% in due fasi), al diritto sindacale nell'impresa, alla diminuzione dell'orario di lavoro.

Il 28 maggio, il leader dell'opposizione François Mitterand tenne una conferenza stampa nella quale proponeva un "governo provvisorio di gestione" composto da tutte le forze politiche e limitato all'elezione del nuovo Presidente della Repubblica ¹⁰⁸.

Infine il 30 maggio, dopo essersi recato a Baden-Baden per incontrare il generale Massu allo scopo di ottenere la collaborazione militare nel caso fosse stato necessario reprimere un'insurrezione popolare, De Gaulle, tramite comunicazione radiofonica e su sollecitazione del Primo Ministro, annunciò

¹⁰⁶ "Ho deciso di sottoporre al suffragio della nazione un progetto di legge col quale si chiede di dare allo Stato e al suo Capo un mandato per il rinnovo... Nel caso in cui la vostra risposta fosse 'no', va da sé che io non mi assumerò più a lungo la mia funzione; se, con un 'si' massiccio, voi mi esprimerete la vostra fiducia, io mi accingerò a far cambiare, dovunque è necessario, le strutture inadeguate e consunte, ed aprire più largamente la strada al sangue nuovo della Francia" (Discorso riportato su *Le Monde* del 26-27 maggio 1968).

¹⁰⁷ Così soprannominati perché si conclusero presso il Ministero del Lavoro, rue de Grenelle.

¹⁰⁸ Egli avanzò il nome di P. Mendés-France come Primo Ministro e il proprio come candidato all'elezione presidenziale. Tali proposte provocarono le reticenze dei comunisti, ma incitarono i diversi partiti a manifestare le loro intenzioni più esplicite.

lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale. Egli comunicò: "Francesi, essendo io il detentore della legittimità nazionale e repubblicana, ho esaminato dopo ventiquattro ore tutte le eventualità senza eccezioni che mi permetterebbero di mantenerla. Ho preso le mie decisioni. Nelle presenti circostanze, non mi trarrò indietro... Non cambierò il primo ministro, le cui capacità sono fuori discussione... Oggi stesso sciolgo l'Assemblea Nazionale"¹⁰⁹.

E' opportuno sottolineare come lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale intervenne in un momento in cui l'opinione pubblica era già preparata a tale eventualità. Tutti i partiti e i loro leaders avevano infatti manifestato in più occasioni la convinzione che solo le elezioni avrebbero potuto risolvere quel conflitto che si era sviluppato al di fuori del Parlamento¹¹⁰. La funzione dello scioglimento del 1968 fu nettamente diversa da quella del 1962. Esso infatti non fu provocato, come già specificato in precedenza, da un conflitto tra gli organi o da un dissidio tra i partiti che componevano la maggioranza governativa, bensì da una crisi che oltrepassò il quadro costituzionale. La sua funzione fu perciò quella di permettere alle formazioni politiche di deviare la soluzione verso il terreno elettorale e misurare la loro forza reale, nonché di procurare una stabilizzazione e normalizzazione della situazione.

Decisivo fu il comportamento del Primo Ministro nelle settimane di maggio: fu Georges Pompidou ad apparire come sostegno essenziale di un regime che era ormai paralizzato e a prefigurare il successo elettorale di giugno¹¹¹. Egli infatti promosse degli accordi elettorali tra i partiti della maggioranza e all'occorrenza con i centristi allo scopo di sconfiggere i candidati comunisti.

La campagna elettorale fu molto breve e si svolse in un clima di

¹⁰⁹ Cfr. *Année politique*, 1968, p. 45 ss e J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 357.

¹¹⁰ Mitterand, Giscard d'Estaing, Duhamel nonché i gruppi della maggioranza si erano infatti rivolti al Generale De Gaulle e al Primo Ministro per richiedere le elezioni legislative, unico mezzo per rimettere in moto la vita politica. Cfr. al proposito P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 387 e P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 462-463.

¹¹¹ G. DEFFERRE, in *Le Monde*, 9-10 juin 1968.

disorganizzazione, a causa dei conflitti sociali non ancora terminati.

Solo lentamente, infatti, il paese tornò alla normalità e solo il Primo Ministro e i partiti della maggioranza ¹¹² furono in grado di organizzare una campagna abile e attiva che prevedeva come punto di approdo la difesa dell'ordine pubblico contro il comunismo totalitario.

Al contrario, la Sinistra affrontò la competizione in condizioni svantaggiose e tenne un comportamento ambiguo che provocò una perdita di voti sin a partire dal primo turno che si svolse il 23 giugno. Non si dovette quindi attendere il 30 giugno per immaginare una netta vittoria gollista, la quale poteva essere considerata amplificata grazie soprattutto al modo di scrutinio adottato ¹¹³ e allo spostamento dei centristi verso la Sinistra ¹¹⁴. Le conseguenze più sorprendenti del successo elettorale dell'U.D.R. furono non tanto il rimaneggiamento del Governo, quanto la sostituzione di Georges Pompidou con un nuovo Primo Ministro, Couve de Murville, personaggio meglio disposto ad accettare la supremazia presidenziale. Tale cambiamento ribadiva l'autorità assoluta di De Gaulle, la quale non poteva essere offuscata nemmeno da colui che aveva contribuito in modo determinante al successo gollista ¹¹⁵.

7.3. Lo scioglimento del 22 maggio 1981.

Mentre né Georges Pompidou né Valéry Giscard d'Estaing avevano

¹¹² La nuova sigla U.D.R. (Unione per la Difesa della Repubblica) con la quale si presentarono era perfettamente adatta alle circostanze ed esprimeva i propositi dei suoi sostenitori, i quali apparivano come garanti del ristabilimento dell'ordine.

¹¹³ Lo scrutinio del 1968 permise già al primo turno l'elezione di un numero considerevole di deputati, mentre al secondo, in cinque circoscrizioni su sei, il duello opponeva un candidato di sinistra e un rappresentante della maggioranza. Si accentuava in tal modo la bipolarizzazione che comportava una distorsione tra la percentuale dei suffragi raccolti al primo turno e il numero dei seggi ottenuti dalla maggioranza.

¹¹⁴ Cfr. J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 362 ss.

¹¹⁵ Per le interpretazioni relative ai risultati elettorali, cfr. anche D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 301 ss.

fatto ricorso allo scioglimento delle Camere, François Mitterand, il cui primo mandato ebbe inizio il 21 maggio 1981¹¹⁶, all'indomani del suo insediamento all'Eliseo, decretò lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale eletta nel 1978.

Contrariamente al suo concorrente, che durante la campagna elettorale aveva insistito sui pericoli che sarebbero derivati per il buon andamento delle istituzioni in caso di elezione di un Presidente della Repubblica di Sinistra opposto a una maggioranza parlamentare sfavorevole, François Mitterand, nel corso della sua propaganda, aveva sempre espresso l'intenzione, determinata da una necessità pratica oltre che giuridica, di sciogliere le Camere¹¹⁷. Mentre per Giscard d'Estaing ciò avrebbe comportato il rischio di una destabilizzazione del regime, per Mitterand la questione non rappresentava affatto un problema: dal momento che lo scioglimento era una prerogativa esclusivamente presidenziale, egli avrebbe immediatamente esercitato il diritto al fine di poter realizzare la sua politica¹¹⁸.

Infatti, l'Assemblea Nazionale eletta nel 1978 poggiava su una maggioranza di Destra (277 deputati) e il neo-Presidente era praticamente convinto che tali parlamentari non avrebbero difeso in alcun modo la sua politica. Permettere all'Assemblea Nazionale di continuare a riunirsi avrebbe comportato la rinuncia ad applicare il programma che egli stesso aveva presentato al popolo e sul quale il popolo si era pronunciato.

Per tali motivi, dopo l'elezione, François Mitterand, invocando lo spirito e la logica delle istituzioni della Quinta Repubblica e l'importanza dell'elezione presidenziale, chiese al popolo i mezzi per realizzare il pro-

¹¹⁶ François Mitterand venne eletto al secondo turno il 10 maggio 1981 con il 51,75% dei voti. L'altro candidato fu Valéry Giscard d'Estaing ed ottenne il 48,25% dei voti.

¹¹⁷ Cfr. M. VOLPI, *op. cit.*, p. 272-273, P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 178-180; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 97-98; *Année politique*, 1981, p. 62-65, e J. MOREAU, *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁸ Mitterand riteneva che le elezioni avrebbero ratificato l'adesione del popolo al "contratto" che egli aveva proposto.

gramma che lo aveva reso vincitore. La sua decisione comunque non incontrò i favori dei Presidenti delle due Camere. Ad esempio Chaban-Delmas avrebbe preferito che il nuovo Governo avesse esposto il suo programma davanti alle Assemblée e fosse stato eventualmente da queste censurato¹¹⁹, e per tali motivi espresse un parere contrario ad uno scioglimento immediato.

Tuttavia il Capo dello Stato rimase fermo nella decisione, anche perché solo in tal modo egli poteva completare "la grande alternanza" e prevenire una futura crisi istituzionale.

La campagna elettorale delle legislative si presentò, agli occhi dell'opinione pubblica, come un prolungamento di quella per l'elezione presidenziale. Mentre a Sinistra il Partito Socialista e quello Comunista firmavano un accordo che prevedeva reciproca desistenza al secondo turno a favore del candidato dei due fronti che si sarebbe meglio piazzato¹²⁰, la Destra, che pur temeva il rischio di un cambiamento radicale, appariva priva di nuovi argomenti.

Il corpo elettorale comunque comprese la logica delle istituzioni e la necessità, per un corretto funzionamento del sistema, di una concordanza tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare¹²¹.

Per tali motivazioni, le elezioni del 14 e del 21 giugno 1981 registrano un successo dei candidati di Sinistra e, soprattutto al secondo turno, del Partito Socialista che, con 286 seggi, ottenne la maggioranza assoluta all'Assemblea Nazionale¹²².

¹¹⁹ Jacques Chaban-Delmas argomentò la sua opinione specificando che solo un conflitto tra il potere legislativo e il potere esecutivo avrebbe pienamente giustificato l'arbitrato del Presidente della Repubblica e di conseguenza comportato un suo parere favorevole allo scioglimento della Camera di cui era presidente. Dal "Communiqué publié par Jacques Chaban-Delmas, Président de l'Assemblée Nationale, le 22 mai, 1981", D.MAUS, *La pratique institutionnelle de la Cinquième République*, cit., p. 82.

¹²⁰ In realtà, tra i partiti della sinistra esistevano delle divergenze profonde su importanti questioni, mentre l'accordo esisteva sulle misure economiche e sociali da adottare.

¹²¹ Cfr. *Année politique*, 1981, p. 65 e D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 308 ss.

¹²² E' importante anche sottolineare che il 25,54% dei francesi non si presentò alle urne al secondo turno e probabilmente ciò recò pregiudizio ai candidati della vecchia maggioranza.

Il popolo francese, quindi, si espresse a favore del nuovo Presidente provocando uno straordinario rinnovamento della classe politica. I quotidiani di quei giorni scrissero che il crollo della vecchia maggioranza era probabilmente dovuto al fatto che il corpo elettorale si era convinto che il buon andamento delle istituzioni della Repubblica richiedesse degli orientamenti politici conformi sia all'Eliseo che a Palazzo Bourbon¹²³.

Lo scioglimento del 1981 fu quindi, come quello del 1962, uno scioglimento classico che ebbe la funzione di anticipare un eventuale conflitto tra esecutivo e legislativo. La decisione del Capo dello Stato fu perfettamente coerente con lo spirito delle istituzioni e con il sistema politico: solo nuove elezioni avrebbero fornito al neo-eletto i mezzi per condurre agevolmente la sua politica.

7.4. Lo scioglimento del 14 maggio 1988.

Le elezioni legislative del 16 marzo 1986 segnarono l'inizio di un periodo di "coabitazione", in quanto l'Assemblea Nazionale uscente risultò composta da una maggioranza prevalentemente di Destra e Mitterand, che aveva dovuto accettare le dimissioni del Capo del Governo Laurent Fabius, aveva nominato Jacques Chirac Primo Ministro.

Tale periodo, che si protrasse fino al 1988, vide le due autorità dell'Esecutivo in una situazione alquanto particolare. Sul piano della politica interna, il Primo Ministro annunciò un programma molto diverso da quello che il Presidente della Repubblica aveva sottoposto al popolo nel 1981 e che fu applicato nei primi cinque anni del suo mandato. Tali divergenze ebbero delle ripercussioni a livello pratico, in quanto il Capo dello Stato, anche se non prese mai ufficialmente alcuna posizione, di fatto ostacolò la realizzazione delle decisioni governative rifiutando di firmare le ordinanze.

¹²³ F. GOGUEL, *La signification du succès de la gauche*, in *Le Monde*, 10 novembre 1981.

Sul piano della politica estera, invece, Mitterand e Chirac agirono di comune accordo. Si trattava comunque di una situazione instabile e precaria che in realtà celava una "lotta" e faceva intravedere il futuro scontro dei due protagonisti l'uno contro l'altro alle elezioni presidenziali ¹²⁴.

L'8 maggio, con il 54,01% delle preferenze, François Mitterand venne eletto per la seconda volta Presidente della Repubblica Francese, uscendo per l'appunto vittorioso su Jacques Chirac. All'indomani dalla sua rielezione, Mitterand nominò Primo Ministro un socialista, Michel Rocard, e, non volendo ricominciare l'esperienza di una nuova "coabitazione", sciolse, il 14 maggio, l'Assemblea Nazionale ¹²⁵. Egli infatti si trovava in una posizione assimilabile a quella del 1981, cioè, ancora una volta, nella necessità di governare con un legislativo disposto ad avallare la sua politica.

Anche in questa occasione i pareri richiesti ai sensi dell'articolo 12 della Costituzione furono sfavorevoli alla decisione presidenziale. Jacques Chaban-Delmas, al termine del colloquio con Mitterand, dichiarò: "Ho fatto osservare che lo spirito come la lettera della Costituzione sarebbero rispettate se il nuovo Governo si presentasse alle Camere e venisse rovesciato dai deputati. Di fronte al rifiuto di questa procedura, ho dato parere sfavorevole allo scioglimento dell'Assemblea Nazionale" ¹²⁶.

Anche i leaders dei partiti si dimostrarono ostili e preoccupati.

¹²⁴ Ai fini della ricostruzione del periodo della "coabitazione"; cfr: J. MOREAU, *op. cit.*, p. 120 ss; P. PACTET, *op. cit.*, p. 338 ss; I. GREILSAMMER, *Cohabitation à la française et cohabitation à l'israélienne*, in *Revue française de science politique*, 1989, p. 5 ss; A. GIOVANNELLI, *Aspetti della Quinta Repubblica da De Gaulle a Mitterand*, Milano, 1984, p. 271 ss; AA.VV., *La coabitazione in Francia*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 627 ss; già M. VOLPI, *Conseguenze dell'elezione di una maggioranza antipresidenziale nel Parlamento della Quinta Repubblica francese*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1613-1624.

¹²⁵ Durante la campagna elettorale Mitterand aveva rifiutato di dire ciò che avrebbe fatto se fosse stato rieletto, mentre i suoi oppositori auspicavano che avrebbe cercato di governare con la Camera esistente.

¹²⁶ In una conferenza stampa, il 15 maggio, il Presidente dell'Assemblea Nazionale parlò di "scioglimento-ghigliottina" e "apertura solo apparente". Dalla "Déclaration de Jacques Chaban-Delmas, Président de l'Assemblée Nationale", le 14 mai, 1988 in D. MAUS, *op. cit.*, p. 84.

In una lettera inviata al Presidente della Repubblica, il 14 maggio, Valéry Giscard d'Estaing scrisse che lo scioglimento avrebbe condotto "le due metà della Francia ad affrontarsi" anziché "lavorare e collaborare insieme" verso il progresso della nazione. Il segretario del Partito Repubblicano François Léotard commentò la situazione dicendo che probabilmente Mitterand era stato costretto ad agire in tal modo in quanto "vittima delle sue manovre". Solo Raymond Barre, uno dei capi tra le file della Destra moderata, approvò la decisione del Capo dello Stato, affermando che rientrava perfettamente nella logica delle istituzioni della Quinta Repubblica.

Mitterand annunciò lo scioglimento la sera stessa alla televisione, specificando che il Primo Ministro Rocard aveva ricevuto l'incarico di formare il nuovo Governo ricercando un'apertura politica.

Quest'ultimo, tuttavia, gli aveva fatto sapere che, malgrado tutti i suoi sforzi, non sarebbe stato in grado di riunire una maggioranza parlamentare solida e stabile capace di sostenere l'azione presidenziale ¹²⁷.

Lo scioglimento del 1988 si collocò quindi nello stesso quadro costituzionale di quello praticato sette anni prima ¹²⁸. Come nel 1981, esso fu "classico", in quanto anticipava un conflitto tra maggioranza parlamentare di Destra e Governo di Sinistra e inoltre rispondeva all'esigenza presidenziale di disporre dell'appoggio dell'Assemblea Nazionale nell'esercizio del potere politico. Questa volta, però, la Camera sciolta era stata eletta solo due anni prima e in questo breve periodo non si era verificata un'evoluzione importante nell'opinione del corpo elettorale.

Così, contrariamente al 1981, le elezioni legislative del 5 e 12 giugno ¹²⁹ non registrarono una schiacciante vittoria dei deputati socialisti. Per la prima volta nella Quinta Repubblica, il Presidente non disponeva di una maggioranza parlamentare assoluta all'Assemblea Nazionale.

¹²⁷ Cfr. *Chronique constitutionnelle française*, di P. AVRIL e J. GICQUEL, in *Pouvoirs*, 1988, p. 195.

¹²⁸ Cfr. J. MOREAU, *op. cit.*, p. 200-201.

¹²⁹ Il decreto adottato conformemente alla Costituzione prevedeva infatti i termini più brevi possibili consentiti dalla legge per le elezioni. Cfr. *Année politique*, 1988, p. 60-61.

Eccezionale fu la percentuale di astensioni (si aggirò intorno al 35%). Essa poteva essere interpretata come indice di un certo sentimento di saturazione elettorale; inoltre, molti elettori pensarono di essere stati vittime di una manipolazione, in quanto obbligati a rinnovare l'Assemblea Nazionale quando invece, durante la campagna presidenziale, si era promessa una politica di apertura ¹³⁰.

La maggioranza relativa di cui beneficiò il Governo Rocard, lo costrinse talvolta a cercare un appoggio al centro, oppure ad adottare delle tecniche di parlamentarismo razionalizzato come il voto bloccato e l'assunzione della responsabilità del Governo su un testo (articolo 49, 3° comma della Costituzione) ¹³¹.

Tale situazione segnava la fine definitiva della "omogeneità" maggioritaria.

8. Considerazioni sul funzionamento dell'istituto dello scioglimento nell'attuale realtà francese.

L'analisi degli scioglimenti adottati in Francia dai Presidenti De Gaulle e Mitterand durante la Quinta Repubblica offre importanti spunti di riflessione circa il funzionamento e le caratteristiche dell'attuale sistema francese.

In contrapposizione ai rigidi limiti previsti nel 1946, che rendevano l'esercizio del diritto di scioglimento praticamente impossibile, i costituenti del 1958 elaborarono un potere che rappresenta uno dei tratti più originali della Costituzione. La disciplina dell'istituto, così come è prevista dall'articolo 12, lascia una grande libertà di apprezzamento al Capo dello Stato, il

¹³⁰ Per l'analisi dei risultati elettorali, cfr. D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 320 ss.

¹³¹ Tale tecnica gli permetteva di far passare dei testi non sostenuti dalla maggioranza quando i partiti di opposizione rifiutavano di allearsi per condurre una politica contraria a quella auspicata dal governo in carica. In proposito cfr. F. COCOZZA, *Il governo nel procedimento legislativo*, Milano, 1989, p. 33 ss. e L. PEGORARO, *op. cit.*, p. 43 ss.

quale è l'unico ed effettivo titolare della decisione. Conformemente alle idee del Generale De Gaulle, il diritto di scioglimento, come è già stato esposto in precedenza, è una prerogativa personale e discrezionale del Presidente della Repubblica: il suo esercizio è subordinato solo a condizioni temporali e di forma. Trattandosi di un potere proprio del Capo dello Stato, il relativo decreto è dispensato dalla controfirma ministeriale.

Tale caratteristica ha suscitato numerose riflessioni tra i giuristi e gli uomini politici, in quanto, secondo molti, rende inclassificabile la forma di governo adottata nel 1958¹³². L'assenza di controfirma distruggerebbe il carattere parlamentare del regime, poiché ne costituirebbe un elemento incompatibile. Nei regimi parlamentari classici, infatti, lo scioglimento è deciso di fatto dal Governo¹³³ e permette al Capo dello Stato di risolvere, al di sopra delle parti, le crisi politiche.

Se al contrario è il Capo dello Stato stesso che lo decide liberamente, diventa un mezzo grazie al quale egli fa valere la sua autorità e il suo potere, assumendone naturalmente le relative responsabilità costituzionali. In altri termini, il diritto si trasforma in uno "scioglimento reale" che si avvicina sensibilmente allo schema britannico immaginato e descritto da Prévost-Paradol nel 1868¹³⁴.

In realtà, il significato dello scioglimento in Francia non può essere compreso se non attraverso l'analisi della prassi politica e costituzionale sviluppatasi nel corso della Quinta Repubblica. Analizzando gli scioglimenti pronunciati dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ci si rende conto che il meccanismo previsto dall'articolo 12 è in grado di adempiere funzio-

¹³² Cfr. P. ARDANT, *op. cit.*, p. 639 e F. PINTO, in *Le Monde*, *cit.*

¹³³ Nelle Costituzioni parlamentari lo scioglimento è sempre sottoposto alla controfirma e in Gran Bretagna, anche se è previsto come una prerogativa della Corona dispensata dalla controfirma, può essere esercitato solo su proposta del Primo Ministro. Cfr. P. AVRIL, *op. cit.*, p. 317.

¹³⁴ Lo "scioglimento reale" è quello pronunciato dal sovrano nella pienezza dei suoi poteri. E' questa una definizione di PREVOST-PARADOL, citata da P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 33-34.

ni che i costituenti del 1958 non avevano previsto. Esso infatti non costituisce solo un mezzo per permettere al popolo di risolvere un conflitto tra Assemblea Nazionale ed Esecutivo. Il Presidente della Repubblica può ricorrere allo scioglimento anche al fine di scegliere il momento più opportuno per procedere al rinnovo della Camera, oppure per uscire da una situazione di crisi nazionale come è avvenuto nel 1968, oppure ancora per ottenere una maggioranza capace di sostenere la sua politica ¹³⁵.

Quest'ultima è l'ipotesi che si è verificata per ben due volte, nel 1981 e nel 1988, quando François Mitterand, all'indomani della sua investitura, non disponendo in Parlamento di un appoggio sufficiente all'attuazione del suo programma, decise di provocare le elezioni anticipate al fine di ottenere una maggioranza di sinistra. Ciò avrebbe consentito di assicurare l'equilibrio dei poteri permettendo al Presidente di confermare la sua autorità senza sottomettersi all'Assemblea, ma al contrario invocando la volontà del corpo elettorale.

La pratica dimostra che i Presidenti hanno inteso l'esercizio del diritto con rigore, come un elemento essenziale della loro autorità, e sono stati molto prudenti nell'utilizzo dello stesso, proprio per la consapevolezza di avere a disposizione un'"arma" non priva di rischi, rappresentando comunque una messa in gioco, anche se indiretta, della loro responsabilità politica diffusa.

Nel 1962, De Gaulle decretò uno scioglimento che fu definito "classico", perché aveva avuto lo scopo di risolvere il conflitto tra Presidente e parlamentari. Con il voto di sfiducia contro il suo Governo, l'Assemblea Nazionale aveva manifestato disapprovazione nei confronti delle sue intenzioni di riforma istituzionale, e tuttavia i sondaggi condotti fin dai primi mesi dell'anno indicavano un forte consenso popolare verso la sua persona. Incoraggiato da tali premesse, De Gaulle si impegnò personalmente nella campagna elettorale, che alla fine lo portò a rafforzare notevolmente la sua

¹³⁵ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 124 ss; D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 694-696; R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, 1978, p. 189 ss.

posizione. In tal modo la sua autorità acquisì prestigio di fronte al popolo, che fu posto in grado di stabilire chi, fra lui e l'Assemblea Nazionale, avesse ragione.

Come si è detto, la pratica costituzionale realizzata dopo il 1958 ha dimostrato che lo scioglimento, contrariamente a quanto previsto dai costituenti, può operare in diverse situazioni. Se i protagonisti della vita politica (Presidente della Repubblica, Governo e Assemblea Nazionale) sono d'accordo sul programma da realizzare, il Capo dello Stato nella realtà si comporta come sostenitore della maggioranza e del Primo Ministro che gli è subordinato: un eventuale scioglimento diventa una sanzione contro quei parlamentari che si ribellano temporaneamente alla situazione esistente e ha lo scopo di ricercare una maggioranza favorevole alla sua politica.

Nell'ipotesi inversa, ossia nel caso di conflitto tra gli organi, lo scioglimento ha la funzione classica di risolvere l'opposizione tra Assemblea Nazionale e Governo. In tal caso, il Presidente è doppiamente implicato, come già visto in precedenza¹³⁶.

L'ipotesi invece più vicina a quella immaginata dagli estensori della Costituzione del 1958 è quella di un'Assemblea Nazionale politicamente divisa in più gruppi, in grado di dar luogo a diverse combinazioni governative. In tale contesto, il Presidente della Repubblica dovrebbe svolgere la funzione di arbitro nel senso dell'articolo 5 della Costituzione, e gli effetti dello scioglimento dovrebbero dipendere dal sostegno o dall'opposizione alla sua iniziativa¹³⁷.

Esiste dunque una divergenza tra il testo costituzionale e la pratica che si è instaurata nella Quinta Repubblica, non solo in riferimento all'applicazione del diritto di scioglimento, ma a tutte le istituzioni instaurate il 4 ottobre 1958¹³⁸. Questo spiega perché risulti estremamente difficile opera-

¹³⁶ Vedi *retro*, paragrafo 6

¹³⁷ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 111 ss.

¹³⁸ Cfr. *Régime présidentiel ou régime parlementaire?*, Débat avec J. COLLIARD, J. FAUVET, J. FOYER, B. JEANNEAU, F. LUCHAIRE, G. MASSON, in *Pouvoirs*, 1977, p. 118 ss.

re una qualificazione del regime attualmente in vigore, tant'è che qualcuno¹³⁹ parla di originalità e fluidità del sistema, altri, tra cui Berlia, di deformazione del regime parlamentare¹⁴⁰.

Il sistema non può essere qualificato come presidenziale, anche se sono previsti, tra l'altro, il rapporto tra Ministri e Presidente e l'elezione popolare del Capo dello Stato.

Esistono infatti non solo un equilibrio tra legislativo ed esecutivo, ma soprattutto meccanismi di collaborazione come la mozione di sfiducia, la questione di fiducia e per l'appunto il diritto di scioglimento che sono incompatibili con esso¹⁴¹.

La Costituzione realizza inoltre i caratteri di un regime parlamentare razionalizzato: essa contiene infatti delle tecniche che impediscono ai poteri di abusare delle loro prerogative e di imporsi sugli altri. La collaborazione tra Governo e Parlamento è assicurata dalla presenza di un Presidente arbitro e "clef de voute des institutions". Ma la revisione del 1962 e la maggioranza parlamentare quasi incondizionata sulla quale hanno potuto contare per lungo tempo i diversi Presidenti che si sono succeduti¹⁴² hanno rimesso in discussione tale qualificazione.

Il Presidente, a partire dal 1962, è stato oltre che Capo dello Stato

¹³⁹ Ad esempio M. PRELOT, *Réflexions sur le Régime Politique de la France*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 813 e J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Cinquième République*, Paris, 1968, p. 16 ss.

¹⁴⁰ Per G. Lavaux, invece, il sistema ha assunto una natura ibrida, mentre M. Duverger sostiene che la riforma costituzionale del 1962 ha accresciuto l'ambiguità iniziale della Costituzione. Cfr. G. BERLIA, *Le Président de la République dans la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1959, p. 84.

¹⁴¹ Cfr. al proposito G. SARTORI, *Elogio al semi-presidenzialismo*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1995, p. 3 ss e *Né presidenzialismo né parlamentarismo*, in *Il fallimento del presidenzialismo* (1994) a cura di J.J. LINZ e A. VALENZUELA, tr. it., 1995, Bologna, p. 181 ss.

¹⁴² Si parla a tal proposito di fenomeno maggioritario, ossia di una situazione nella quale c'è unità politica (nel senso che, pur non appartenendo allo stesso partito, gli attori esprimono una tendenza comune) tra i principali detentori del potere.

anche Capo di Governo e non si è limitato al ruolo di arbitro neutro che ha il compito di guidare il paese ¹⁴³. E' difficile perciò parlare di "collaborazione" quando sono solamente un'autorità e il suo partito che detengono il potere. Non solo De Gaulle, ma anche Pompidou, Giscard d'Estaing e Mitterand hanno adottato la medesima concezione, ossia hanno interpretato le loro prerogative in senso estensivo e non letterale e parlamentare ¹⁴⁴.

Ed è proprio tale supremazia effettiva del Presidente sul Governo (il quale è diventato strumento della sua politica) che ha dato all'impianto costituzionale una logica che non aveva inizialmente. Il Capo dello Stato, essendo di fatto Capo dell'Esecutivo e avendo un solido appoggio parlamentare, non dialoga realmente con le Camere al fine di determinare congiuntamente la politica. Solo nel caso in cui la maggioranza parlamentare è costituita da diversi gruppi politici, magari temporaneamente alleati per ragioni congiunturali, egli utilizza quei meccanismi essenziali di collaborazione rappresentati dalla questione di fiducia, dalla minaccia di scioglimento, ecc.

Data la presenza di queste anomalie rispetto al modello costituzionale, secondo i giuristi, il sistema politico francese non corrisponde ad alcuna delle qualificazioni classiche ¹⁴⁵. Tutti sono concordi nel sostenere che ciò che caratterizza la Quinta Repubblica è il primato presidenziale. Eletto a suffragio universale, il Presidente determina e conduce la politica della nazione per sette anni. Durante il suo mandato può, se ne ricorrono le circostanze, fare in modo che il popolo gli rinnovi la fiducia, sia provocando

¹⁴³ L'espressione "guide de France" è stata spesso utilizzata da De Gaulle ed è stata da lui sottolineata in una sua conferenza stampa del 31 gennaio 1964. Cfr. S.L. FORMERY, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁴⁴ Secondo alcuni autori (ad esempio P. PACTET) per rimediare a questa grande divergenza tra testo costituzionale e pratica sarebbe sufficiente modificare il primo comma dell'articolo 20 nel seguente modo: "Il Presidente della Repubblica, con l'aiuto del suo governo, determina e dirige la politica della nazione".

¹⁴⁵ Per un'analisi della classificazione del sistema della Quinta Repubblica, cfr. J. MOREAU, *op. cit.*, p. 223 ss.

elezioni legislative anticipate o impegnandosi personalmente in quelle che si tengono alle normali scadenze, sia organizzando referendum. In tutti questi casi, il Presidente assume l'impegno di portare a conoscenza del corpo elettorale il contenuto della sua politica, affinché il popolo sia in grado di giudicarlo. Non può esser revocato dal Parlamento ma sussistono i mezzi costituzionali che implicano un controllo sul suo operato, anche se, nel caso in cui la maggioranza parlamentare gli sia favorevole, difficilmente i deputati saranno disposti a mettere in gioco la sua responsabilità.

In virtù di questa serie di considerazioni, è possibile classificare il sistema francese utilizzando una determinazione originale, ossia definirlo non tanto semi-presidenziale o semi-parlamentare, bensì "regime presidenzialistico a fondamento parlamentare"¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Espressione utilizzata da Jacques Moureau, *op.ult.cit.* Ma v. ora J.L. QUERMONNE, N. WAHL, *La France Présidentielle*, Paris, 1995, e *Qui gouverne la France?*, in *Pouvoirs*, n. 68, 1994.

MICHELE CARDUCCI

*LO SCIoglimento DELLE ASSEMBLEE PARLAMENTARI
IN FRANCIA**
(1877 - 1988)

* Il lavoro è il frutto di seminari di diritto costituzionale svolti all'Università di Urbino nell'anno accademico 1995-1996, dei quali conserva il tono didascalico e la essenzialità espositiva. La bibliografia è aggiornata al 1995.

SOMMARIO: 1. Il diritto di scioglimento nella Terza Repubblica francese: funzioni e significato dell'intervento del Senato. - 2. Lo scioglimento del 25 giugno 1877 ad opera del Maresciallo Mac-Mahon. - 3. Il diritto di scioglimento previsto dalla costituzione del 1946. - 4. L'unico caso della Quarta Repubblica: lo scioglimento del 1955. - 5. Il nuovo ruolo del capo dello Stato nella Quinta Repubblica. - 5.1. La Costituzione del 1958. - 5.2. La riforma costituzionale del 1962. - 6. Titolarità del diritto di scioglimento nella Quinta Repubblica. - 7. La prassi della Quinta Repubblica. - 7.1. Lo scioglimento del 9 ottobre 1962. - 7.2. Lo scioglimento del 30 maggio 1968. - 7.3. Lo scioglimento del 22 maggio 1981. - 7.4. Lo scioglimento del 14 maggio 1988. - 8. Considerazioni sul funzionamento dell'istituto dello scioglimento nell'attuale realtà francese.

1. Il diritto di scioglimento nella Terza Repubblica francese: funzioni e significato dell'intervento del Senato.

I dibattiti relativi all'istituzione del diritto di scioglimento della Camera nella Terza Repubblica Francese si svolsero tra il 1873 e il 1874 e approdarono nell'articolo 5 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875¹. Originariamente furono presentati tre progetti: uno del Centro-Sinistra fir-

¹ Come è noto il periodo della Terza Repubblica va dal 1875 al 10 luglio 1940, giorno in cui il Maresciallo Pétain ottenne dal Parlamento l'investitura per elaborare una nuova Costituzione.

È opportuno ricordare che dal punto di vista tecnico non è corretto parlare di Costituzione della Terza Repubblica in quanto non sussiste un documento che possa essere considerato come Costituzione in senso formale: esiste una serie di leggi costituzionali elaborate nel 1875 (una relativa all'organizzazione del Senato, un'altra relativa all'organizzazione dei pubblici poteri e una, infine, relativa ai rapporti tra i pubblici poteri) che contengono la

mato congiuntamente da Thiers e Dufaure, rispettivamente Presidente della Repubblica e Ministro di Giustizia; uno del Centro-Destra disposto da Broglie, Presidente del Consiglio dal 15 maggio del 1874, e infine uno della Destra presentato il 15 luglio 1874 da Ventavon, che era il relatore della Commissione dei Trenta².

Il progetto Thiers-Dufaure, che presupponeva l'esistenza di due assemblee legislative dotate di uguali competenze e di un Presidente eletto da un consesso allargato, giustificava l'attribuzione del diritto di scioglimento al Capo dello Stato con la necessità di riconoscergli una serie di prerogative estese, in grado di garantire l'intervento del potere esecutivo nella vita costituzionale del Paese³.

Tuttavia, per evitare l'eventualità di abusi, il progetto prevedeva che tale competenza fosse attribuita anche al Senato, organo permanente in grado di stabilire quando il potere esecutivo agisse fuori delle regole costituzionali e quando invece perseguisse un reale interesse pubblico. Pertanto, nel caso in cui si fosse riscontrata l'esigenza di rinnovare la Camera prima della scadenza naturale del mandato, il Presidente della Repubblica avrebbe dovuto necessariamente chiedere l'autorizzazione del Senato, il quale,

disciplina relativa al funzionamento delle istituzioni dell'epoca. Relativamente ai testi delle leggi si vedano J. DELPECH - J. LAFERRIERE, *Les Constitutions modernes*, Tome I, Paris, 1928, p. 9-13, e L. CAHEN, in *La Costituzione degli Stati nell'Età Moderna*, vol. I, Firenze 1938, p. 429.

Per una dettagliata analisi degli schemi e dei dibattiti costituzionali si vedano in particolare P. ALBERTINI, *Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français*, Paris, 1977, p. 77 ss. e P. LAVAUX, *La dissolution des Assemblées Parlementaires*, Paris, 1983, p. 34 ss., nonché P. CRETIN, *Le droit de dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1907, P. COUZINET, *La dissolution des Assemblées politiques et la démocratie parlementaire*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1933, p. 495 ss., F. MOHRHOFF, *La dissolution des Assemblées législatives dans les constitutions modernes*, Roma, 1953.

² Quella "dei Trenta" era la commissione incaricata del compito di elaborare le leggi costituzionali. Essa era prevista dalla legge del 20 novembre 1873.

³ "Le abitudini e i bisogni della Francia inducono dunque a concentrare nelle mani del primo magistrato poteri assai estesi e diversi, che sono circoscritti senza l'inconveniente di altri": *Jornal Officiel* (d'ora in poi J.O.), 20 mai, Ann. n° 1779, p. 3208.

con il voto segreto, si sarebbe dovuto esprimere entro il termine di 18 giorni. Il progetto fu depositato il 19 maggio 1873, ma non fu discusso dai deputati (a causa della caduta di Thiers qualche giorno più tardi). Esso, tuttavia, ebbe una grande influenza sui dibattiti successivi. In opposizione al progetto presentato dal Centro-Sinistra, il duca di Broglie proponeva di attribuire il diritto di scioglimento al Presidente della Repubblica, il quale lo poteva esercitare subordinatamente al parere conforme della Camera Alta, denominata Gran Consiglio e avente carattere censitario e aristocratico. La caduta di Broglie non permise la discussione del suo progetto, tuttavia le sue idee vennero riprese successivamente da Mac-Mahon nel suo messaggio del 6 gennaio 1875 indirizzato all'Assemblea Nazionale: "L'uso di questo diritto estremo sarebbe pericoloso ed esiterei io stesso ad esercitarlo se, in una circostanza così critica, il potere non si sentisse sostenuto dal concorso di un'Assemblea moderatrice"⁴.

Infine, la Commissione dei Trenta, composta in prevalenza da deputati di Destra, sosteneva un progetto, depositato dal suo relatore Ventavon il 15 luglio 1874, che si componeva di 5 articoli ed era orientato sulla legge del 20 novembre 1873⁵. La soluzione presentata era di tipo monarchico in quanto prevedeva l'attribuzione del diritto a Mac-Mahon senza alcuna condizione. Infatti, l'articolo 4 del progetto recitava: "Il maresciallo Presidente della Repubblica è investito del diritto di sciogliere la Camera dei deputati. Si procederà, in questo caso, all'elezione di una nuova Camera nel termine

⁴ Cfr. J.O., 7 janvier 1875.

⁵ Tale legge prevedeva il settennato di Mac-Mahon e la necessità che il maresciallo mantenesse il suo mandato fino al 1880: "Se il maresciallo è circondato da una Camera ostile che gli toglie sistematicamente ogni mezzo per governare, ad esempio rifiutando di votare il bilancio, bisognerà che il Presidente si dimetta o che la Camera sia sciolta. L'abdicazione forzata del maresciallo prima della scadenza legale costituirebbe un attentato alla legge del 20 novembre (...). Se dunque voi volete il mantenimento di questa legge, si deve accordare al maresciallo il diritto di sciogliere la Camera dei deputati". Séance du 21 janvier 1875, J.O., 22 janvier, p. 565.

di sei mesi”⁶.

Tale ultima proposta era profondamente diversa dalle altre, dal momento che non prevedeva alcun intervento dell'altra Camera, che, secondo Ventavon, avrebbe generato problemi insolubili nel caso si fosse rivelato di segno contrario alla richiesta presidenziale.

In definitiva il Centro-Sinistra e il Centro-Destra avevano due punti di vista conciliabili, dal momento che la differenza tra i due progetti risiedeva unicamente nel carattere definitivo o provvisorio della disposizione, mentre la Destra insisteva sul riconoscimento di una “posizione monarchica”.

Nel gennaio-febbraio 1875 i deputati esaminarono i progetti di legge costituzionale relativi ai poteri pubblici e, dopo essersi espressi a favore del regime repubblicano, iniziarono le discussioni incentrate esclusivamente sullo scioglimento⁷. Subito si verificarono gli scontri tra i rappresentanti della Destra e coloro che ritenevano che l'irresponsabilità del Capo dello Stato e il diritto di scioglimento fossero pertinenti alla monarchia e contrari alla logica della Repubblica⁸. Nel corso dei dibattiti, venne presentato e sostenuto, non solo dal suo autore ma anche da Dufaure, l'emendamento Wallon, già depositato il 23 giugno 1874. La proposta di Wallon prevedeva una soluzione identica a quella già avanzata da Thiers e Dufaure: in un primo momento essa fu rigettata per 633 voti contro 61, poi venne ripresa e sviluppata dal suo estensore nel gennaio-febbraio del 1875. Wallon e Dufaure ribadirono le loro idee sottolineando il fatto che il diritto di scioglimento non fosse incompatibile con i principi repubblicani, ma rappresentasse al contrario un'istituzione di garanzia e di durata. La caratteristica garantista era costituita dalla necessità dell'approvazione del Senato, organo conser-

⁶ Cfr. “Rapport de Ventavon au nom de la Commission des lois constitutionnelles”, J.O., 3 août 1874, p. 5505.

⁷ E' opportuno ricordare che tutta la documentazione relativa ai dibattiti parlamentari sulle leggi costituzionali è raccolta nel J.O., 21-22 gennaio e 1-2 febbraio 1875.

⁸ Due oratori si pronunciarono nettamente a sfavore del diritto di scioglimento: Lenôel e Favre. Cfr. Séance du 21 janvier 1875, J.O., 22 janvier p. 567 ss.

vatore e imparziale⁹.

Il Presidente della Commissione dei Trenta, invece, cercò di dare spiegazioni sulla necessità di conferire un diritto così importante solo alla persona del maresciallo Mac-Mahon, in quanto personalità molto conosciuta e apprezzata all'epoca. Egli propose di conseguenza una configurazione "temporanea" dell'istituto, il quale, in quanto tale, non si sarebbe trasmesso a tutti i successivi Presidenti della Repubblica francese.

Vennero poi proposti altri due emendamenti di minore importanza¹⁰ ed infine, il 2 febbraio, venne votato, paragrafo per paragrafo, il testo di Wallon che ottenne il consenso delle Sinistre (le quali vedevano in esso la possibilità di rafforzare la Repubblica) con il voto sfavorevole delle Destre.

In conclusione, con il voto del 2 febbraio del 1875 si stabilì che il Presidente della Repubblica poteva, con il parere conforme del Senato, sciogliere la Camera dei Deputati prime della scadenza legale del suo mandato. I collegi elettorali, in tal caso, sarebbero stati convocati per le nuove elezioni nel termine di tre mesi. Il decreto di scioglimento sarebbe stato controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

I principali ispiratori delle norme costituzionali del 1875 si prefiguravano l'utilizzazione del diritto di scioglimento nel caso di conflitto tra la Camera dei Deputati e il Presidente della Repubblica¹¹, in conformità alla logica del modello parlamentare dualista. Del resto, Mac-Mahon era stato eletto nel 1873 e la legge del 20 novembre gli garantiva sette anni di presidenza.

Nessuno constatava il suo settennato, ma l'eventualità di un conflitto con una nuova Camera meno conservatrice poteva essere considerato pro-

⁹ "L'emendamento Wallon ha il duplice effetto di dare agli uni la garanzia che nasce dal potere presidenziale di sciogliere, e di dare agli altri la garanzia che proviene dal concorso obbligato del Senato": Séance du 2 février, J.O., 2 février, p. 906.

¹⁰ Il primo, di Bertauld, si fondava sulla superiorità delle Camere e sul carattere subordinato dei poteri del Presidente della Repubblica, il quale non poteva di conseguenza essere titolare del diritto. Il secondo, di Depeyre, venne respinto per 354 voti contro 346. Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 91.

¹¹ P. MATTER, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1898.

babile e le Destre non nascondevano la preoccupazione per le conseguenze politiche che tale situazione avrebbe potuto portare (magari un'abdicazione forzata del Maresciallo).

Il Centro-Destra e il Centro-Sinistra, invece, concepivano l'istituto in modo più articolato, in quanto consideravano non solo la posizione personale del Presidente, che era provvisoriamente a Capo dell'Esecutivo, ma la situazione generale del Paese. Il rapporto esistente tra Assemblee legislative-Governo e Presidente richiedeva l'esistenza di un mezzo che consentisse al Capo dello Stato di appellarsi al popolo nelle situazioni in cui egli avesse appoggiato ministri invisibili alla Camera. Infine, solo qualche deputato di sinistra (Bertauld per esempio) insistette perché, durante la vigenza della legge costituzionale del 20 novembre 1873, il carattere irrevocabile del mandato conferito a Mac-Mahon imponesse la necessità di attribuirgli eccezionalmente la facoltà di scioglimento indipendentemente dall'esistenza di un conflitto istituzionale: con la conseguenza che, al termine del settennato, il Presidente della Repubblica non sarebbe stato più titolare del diritto¹².

In ogni caso, i costituenti non presero in considerazione altre possibili funzioni dello scioglimento, quale ad esempio quella di risolvere un conflitto tra il Senato e il Presidente: infatti, i due emendamenti presentati in proposito vennero rigettati senza alcuna discussione.

Qualche deputato sostenne che la Camera Alta non necessariamente avrebbe dovuto condividere la politica di Mac-Mahon e che, di conseguenza, sarebbe stato opportuno prevedere anche la facoltà del suo scioglimento. Ciononostante, la maggior parte di essi non si dimostrò favorevole a tali conclusioni¹³.

Da questo punto di vista è possibile sostenere che l'analisi condotta

¹² "Il maresciallo è investito di un mandato irrevocabile, dunque il maresciallo è irresponsabile; pertanto, se si solleva un conflitto tra lui e l'Assemblea, occorre che questo conflitto possa cessare; occorre arrivare ad uno scioglimento, il conflitto non può continuare": Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 900.

¹³ Si trattava di due emendamenti depositati il 24 febbraio 1875 da Cottin e Raudot. Cfr. J.O., 25 février 1875, p. 1443.

dai costituenti del 1875 si presentò approssimativa. La loro unica preoccupazione fu quella di raffigurare lo scioglimento come un appello al corpo elettorale, mentre non si resero conto che ciò che era in grado di risolvere il conflitto ipotizzato sarebbe stata la risposta del popolo e non certo la semplice decisione di sciogliere la Camera. Infatti, solo se la nuova maggioranza eletta avesse appoggiato il Presidente, il contrasto tra gli organi si sarebbe risolto. In caso contrario, una maggioranza ostile avrebbe collocato il Capo dello Stato in uno stallo istituzionale ¹⁴.

Le interpretazioni relative al significato dell'intervento del Senato nella decisione di scioglimento furono divergenti. Il Centro-Destra e il Centro-Sinistra ritennero che lo scopo fosse quello di costituire un appoggio morale e politico all'esercizio di una prerogativa eccezionale e delicata. Secondo Dufaure il concorso della Camera Alta godeva del doppio vantaggio di attribuire allo scioglimento un'autorevolezza più grande e attutire di conseguenza eventuali discussioni presso l'opinione pubblica ¹⁵. Il Senato finiva col ricoprire in tal modo un ruolo di "consigliere" molto importante: la sua adesione avrebbe scongiurato l'isolamento presidenziale e rafforzato la posizione del Capo dello Stato.

La Destra, dal conto suo, temeva che tale previsione comportasse non solo la subordinazione del Presidente della Repubblica alla seconda Camera, ma anche l'affievolimento della posizione del Senato stesso: la responsabilità della decisione divisa tra due autorità avrebbe comportato il rischio di indebolire, successivamente, la loro posizione nei confronti della nuova Assemblea eletta a suffragio universale diretto ¹⁶.

¹⁴ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 101-102.

¹⁵ A tal proposito si veda il suo intervento alla Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 906.

¹⁶ In relazione a tale posizione, ci si può riferire soprattutto all'intervento effettuato dal relatore della Commissione dei Trenta, Ventavon, in Séance du 2 février 1875, J.O., 3 février, p. 907.

Solo alcuni deputati moderati (tra i quali P. Cottin) avevano preso coscienza del vero significato della soluzione accolta nel 1875 e del fatto che essa fosse indissolubilmente ancorata alla situazione istituzionale dell'epoca, ossia all'esistenza di un Senato maggiormente conservatore rispetto alla Camera dei Deputati. Infatti, non mancarono osservazioni come quella appunto di P. Cottin che dichiarò: "subordinare ad un parere favorevole del Senato l'esercizio del diritto di scioglimento, significa esporsi, in anticipo, al rischio di rendere questo diritto stesso perfettamente illusorio, in una molteplicità di casi"¹⁷.

2. Lo scioglimento del 25 giugno 1877 ad opera del Maresciallo Mac-Mahon.

L'unico caso di scioglimento della Terza Repubblica fu quello attuato dal maresciallo Mac-Mahon il 25 giugno 1877¹⁸.

Dopo le elezioni di febbraio-marzo 1876, Mac-Mahon aveva dato l'incarico di formare il nuovo Governo a Dufaure, un repubblicano moderato. L'operato del Primo Ministro, tuttavia, terminò nel dicembre dello stesso anno e già a quel tempo il Presidente aveva avanzato l'ipotesi di ricorrere allo scioglimento della Camera. Ciononostante egli optò per un nuovo tentativo e affidò l'Esecutivo a Jules Simon, deputato della Sinistra repubblicana. Ben presto si manifestarono i contrasti tra Mac-Mahon (sostenuto dalla maggioranza dei senatori) e il Governo, soprattutto in relazione all'abrogazione di una legge del 1875 che prevedeva una disciplina assai

¹⁷ Cfr. P. Cottin, J.O., 25 février 1875, p. 1443.

¹⁸ Ai fini della ricostruzione dell'intera vicenda, cfr.: P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 285 ss.; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 38 ss.; J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1980, p. 457-458; LE MONG NGUYEN, *Les systèmes politiques démocratiques contemporains*, Paris, 1992, p. 105 e 124-125; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, I, Milano, 1984, p. 350 ss.; M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1953, p. 187 ss.

restrittiva sulla stampa. Il 16 maggio il Presidente inviò, con una lettera non firmata, un messaggio a Simon, con il quale criticava l'atteggiamento di debolezza e "troppo di sinistra" che il Presidente del consiglio aveva tenuto nei dibattiti davanti alle Camere. Tale lettera sostanzialmente esprimeva sfiducia nei suoi confronti e lo invitava alle dimissioni. Il 17 maggio, dopo le dimissioni di Simon, Mac-Mahon nominò Presidente del Consiglio il duca Broglie e il nuovo Governo si presentò alle Camere il giorno successivo. Venne contemporaneamente firmato un decreto presidenziale di proroga delle due Assemblee richiesto da Broglie, il quale era ben consapevole del fatto che non esisteva in Parlamento una maggioranza solida che lo avrebbe appoggiato.

Nel mese successivo, dal momento che la situazione di conflitto non sembrava destinata ad una soluzione, il Presidente della Repubblica inviò al Senato un messaggio con il quale comunicava, facendo esplicito riferimento alla legge costituzionale del 1875, la sua intenzione di sciogliere le Camere e chiedeva il parere conforme della Camera Alta. Il Ministro degli Interni Fourtout informò la Camera dei Deputati delle intenzioni presidenziali e pochi giorni dopo, conformemente alle aspettative di Mac-Mahon, la stessa votò la sfiducia al Governo. Il 25 giugno fu pronunciato lo scioglimento della Camera dei Deputati e le elezioni ebbero luogo il 14 e il 28 ottobre.

Il maresciallo Mac-Mahon commentò gli avvenimenti che lo avevano reso protagonista sostenendo che il suo utilizzo dell'istituto del diritto di scioglimento era stato non solo pienamente legittimo, ma anche giustificato dal fine di consultare, in quella particolare situazione, il popolo sovrano e giudice supremo senza appello (¹⁹).

I risultati delle elezioni furono comunque contrari alle aspettative di Mac-Mahon, in quanto il corpo elettorale si esprime a favore di una mag-

¹⁹ "L'esercizio del diritto di scioglimento non è, in effetti, che una forma di suprema consultazione, alla maniera di un giudizio senza appello, né potrebbe essere eretto a sistema di governo. Io ho creduto di dover usare questo diritto e mi attengo al responso del Paese". Cfr. J.O., 15 décembre 1877.

gioranza repubblicana ostile al Capo dello Stato. Tuttavia, egli non colse immediatamente il significato di tale risultato sfavorevole. Infatti, incoraggiato dal Senato, tentò di formare un Governo extra-parlamentare (condotto dal generale Rochebouët), nei cui confronti però la Camera dei Deputati votò un ordine del giorno con il quale rifiutava di entrarvi in relazione. Solo in un secondo momento Mac-Mahon affidò l'incarico a Dufaure, personaggio che godeva della fiducia dei deputati, assecondando in questo modo quel principio espresso dalla formula "se soumettre ou se démettre". Agli inizi del 1879, dopo le elezioni, i repubblicani conquistarono la maggioranza anche al Senato e a Mac-Mahon non restò che dimettersi il 30 gennaio: lo stesso giorno venne nominato Jules Grévy quale nuovo Presidente della Terza Repubblica. Quest'ultimo nel suo messaggio alla nazione il 6 febbraio, dichiarò: "Sottomesso per necessità alla grande legge del regime parlamentare, io non entrerò mai in conflitto con la volontà nazionale, espressa dagli organi costituzionali"²⁰. Il nuovo Presidente aveva infatti capito che il popolo temeva per la stabilità delle istituzioni ed era perciò importante rassicurare il paese in un momento così delicato.

Lo scioglimento del 1877 fu considerato, da gran parte della dottrina del tempo, in contrasto con lo spirito delle leggi costituzionali e venne addirittura definito come "un colpo di Stato legale". Si ritenne infatti che l'intento principale di Mac-Mahon fosse stato quello di garantire l'affermazione di un potere e una politica personale conservatrice in contrapposizione a quelli che erano gli orientamenti parlamentari e del corpo elettorale, quindi un tentativo di destabilizzare la Repubblica. Ne furono dimostrazione il fatto che lo scioglimento fu autorizzato da una maggioranza molto debole di senatori (149 voti favorevoli e 130 contrari), molti dei quali dimostrarono una prova di attaccamento personale nei confronti del Presidente anziché un profondo convincimento sulla sua politica personale. D'altra parte, la reticenza dei componenti di una Camera nell'autorizzare lo scioglimento dell'altra era comprensibile, dal momento che entrambe erano composte da personaggi che avevano seguito la stessa carriera politica e nutrivano le

²⁰ dal messaggio al Senato, J.O., 7 février 1879.

stesse aspirazioni e gli stessi ideali. Per questi motivi, tale scioglimento ebbe effetti scioccanti per i repubblicani, tanto che in Francia "la parola scioglimento era quasi considerata come sinonimo di rivoluzione"²¹.

E' opinione comune tra i più autorevoli commentatori che quell'infelice episodio influì in modo determinante e negativo sulla successiva praticabilità dell'istituto nella Terza Repubblica: ne aveva infatti determinato la scomparsa dalle istituzioni politiche.

Si parlò in proposito dell'esistenza di una regola consuetudinaria abrogatrice dell'articolo 5 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875²², anche se tale soluzione venne poi considerata dai sostenitori di contrapposte teorie come un artificio diretto a dare una qualificazione giuridica a una realtà altrimenti non spiegata.

Secondo Carré de Malberg²³, ad esempio, non era possibile ricorrere a un diritto costituzionale consuetudinario: la Costituzione si collocava al vertice della gerarchia delle fonti e non poteva essere modificata né da una legge ordinaria, né da un qualunque uso. Il non utilizzo del diritto di scioglimento costituiva uno stato di fatto che non modificava lo stato di diritto. Carré de Malberg partiva dal presupposto che in tutti i sistemi costituzionali esiste sempre un organo preponderante che assicura l'unità del potere dello Stato. In Francia l'evoluzione verso la supremazia parlamentare si sarebbe dovuta perciò inevitabilmente produrre, proprio perché l'analisi dei testi costituzionali portava a considerare l'organo esecutivo subordinato all'organo legislativo: il Presidente della Repubblica, malgrado l'estensione dei poteri attribuitigli, rimaneva nell'impossibilità di svolgere un'azione autonoma. Lo stesso decreto di scioglimento delle Camere assumeva la forma del decreto presidenziale, ma si appoggiava in realtà sulla

²¹ L. RADENAC, *De la dissolution des Assemblées Législatives*, Paris, 1897, p. 115.

²² Cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1930; M. PRELOT, *Réflexions sur le régime politique de la France*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 187 ss.

²³ R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, (1920-1922), II, Paris, 1962, p. 82.

volontà del Senato e presupponeva quindi che le due frazioni del Parlamento fossero in disaccordo tra di loro o che il Senato avesse riconosciuto e approvato l'idea di consultare il corpo elettorale²⁴.

Altri studiosi²⁵, concordi nel sostenere che le cause del non utilizzo del diritto non fossero da ricercare negli effetti psicologici provocati dagli avvenimenti del giugno del 1877, hanno ritenuto che un ostacolo quasi insormontabile fosse costituito dalla necessità, imposta dai costituenti, del parere conforme del Senato, il quale avrebbe dovuto rappresentare un freno all'esercizio del diritto e un punto di appoggio per il Presidente e per il Governo.

Nella prassi, tuttavia, il Senato, presentando la stessa composizione e lo stesso frazionamento politico della Camera, non fu in grado di sostenere il gabinetto nelle sue iniziative di scioglimento. Per evitare tale inconveniente furono proposte delle revisioni costituzionali che prevedevano l'abrogazione di questo ostacolo, ma ricevettero il veto dei deputati, i quali si dichiararono in tal modo fedeli alla Repubblica²⁶.

²⁴ La dottrina classica, invece, partiva dal presupposto che le istituzioni francesi del 1875 realizzassero un modello parlamentare in cui vi era un equilibrio tra i due grandi poteri dello Stato. Il diritto di scioglimento non era altro che uno degli elementi distintivi di tale regime e avrebbe dovuto consistere in una prerogativa normale del Capo dello Stato: le restrizioni apportate nella Terza Repubblica (consenso del Senato) costituivano perciò un ostacolo e un fatto illogico non conforme allo spirito del sistema. Vedi P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 300. Cfr. anche U. COLDAGELLI, *Il sistema politico della Terza Repubblica e la formazione del programma del Fronte popolare*, in *Lab. Pol.*, 3, 1981, p. 32 ss.

²⁵ P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 305; J. CADART, *op. cit.*, p. 458; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 42-44.

²⁶ Si possono ricordare le proposte di Alexandre Millerand, Presidente della Repubblica dal 1920 al 1924 e quella di Gaston Doumergue, già Presidente della Repubblica, quindi Presidente del Consiglio nel 1934. In particolare Millerand, nel suo progetto di revisione della legislazione costituzionale, sosteneva che "La mia opinione tutta personale, beninteso, è che l'equilibrio dei poteri indispensabile, lo ripeto, sotto il regime parlamentare rispetto alla sovranità del popolo come alle libertà pubbliche, esige che il potere esecutivo possa d'una propria iniziativa, senza doversi appellare a nessuno, e sotto la propria responsabilità ricorrere allo scioglimento".

Inoltre si registrava, nel sistema politico in vigore, la prevalenza politica dell'Assemblea e la debolezza dell'Esecutivo²⁷. Il Parlamento impediva infatti che si verificassero le condizioni di una sua fine anticipata anche perché si trovavano ad essere nominate alla Presidenza del Consiglio personalità di scarso rilievo politico o comunque non in grado di assumere un ruolo determinante. Il Governo viveva situazioni di cronica instabilità e spesso era costretto a scendere a compromessi pur di rimanere in carica.

Esisteva inoltre una pluralità di partiti, frazioni e movimenti che spesso dava luogo a maggioranze precarie e di carattere settoriale (vi era ad esempio una maggioranza in tema di politica straniera, una differente sulla politica coloniale, un'altra ancora sulla politica economica e via dicendo). Per tali motivi, i governi, di fatto spogliati dell'arma dello scioglimento, non disposero di alcun mezzo di pressione efficace e furono perciò costretti a minacciare le proprie dimissioni, con la conseguenza di cadere mediamente ogni sette od otto mesi²⁸.

Il non uso del diritto di scioglimento non si poteva spiegare perciò con la formazione di una qualsiasi consuetudine costituzionale o con la desuetudine, o con il "précédent fâcheux" che Mac-Mahon aveva creato nel 1877. La spiegazione della prassi costituzionale instauratasi dopo il 1877, caratterizzata per l'appunto dall'assenza dell'utilizzo del diritto di scioglimento, risiedeva nella permanenza di certi fattori socio-politici quali appunto il multipartitismo e l'assenza costante di una formazione politica maggioritaria. In un contesto politico in cui né il Presidente della Repubblica né il Presidente del Consiglio erano a capo di un partito maggioritario o con vocazione a divenirlo, nessun conflitto simile a quello del 1877 poteva

²⁷ Per una maggiore completezza dell'argomento si veda in particolar modo A. SOULIER, *L'instabilité ministérielle sous la Troisième République (1871-1938)*, Paris, 1939, p. 480 ss.

²⁸ La dottrina ha individuato circa venti casi in cui lo scioglimento avrebbe potuto essere pronunciato per risolvere situazioni conflittuali o come arma di difesa del governo. A SOULIER, *loc. cit.*, e G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 224 ss.

verificarsi: essi non potevano infatti legittimamente sperare che uno scioglimento portasse a una loro vittoria elettorale.

Del resto è significativo osservare che i costituenti avevano sempre pensato al mantenimento di un orientamento conservatore da parte del Senato, ma furono smentiti dal fatto che dal 1879 la composizione della Camera Alta non fu più sufficientemente differenziata da quella della Camera dei Deputati, con la conseguenza che l'intervento necessario dell'organo nel processo di scioglimento avrebbe potuto produrre effetti inversi a quelli desiderati.

3. Il diritto di scioglimento previsto dalla costituzione del 1946.

L'articolo 51 della Costituzione del 27 ottobre del 1946 prevedeva un sistema di scioglimento dell'Assemblea Nazionale rigorosamente subordinato al verificarsi di condizioni ben precise. Era infatti richiesto il susseguirsi di due crisi ministeriali nel periodo di diciotto mesi, in seguito a questioni di fiducia o mozioni di sfiducia conformi agli articoli 49 e 50 della Costituzione, ossia respinte o votate dalla maggioranza assoluta⁽²⁹⁾.

La titolarità del diritto apparteneva al Consiglio dei Ministri; era necessaria la consultazione del Presidente dell'Assemblea medesima mentre

²⁹ L'articolo 49 della Costituzione francese del 1946 disponeva: "La questione di fiducia non può essere posta se non dopo una deliberazione del Consiglio dei ministri; e deve essere promossa dal Presidente del Consiglio. (...) La fiducia può essere negata al Gabinetto solo a maggioranza assoluta dei membri dell'assemblea (...)".

L'articolo 50, invece, disponeva: "Il voto favorevole su una mozione di censura da parte dell'Assemblea comporta le dimissioni collegiali del Gabinetto (...)".

Per il testo di tali articoli della Costituzione francese del 1946, cfr. L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, G. BERLIA, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, 1952, p. 562-563.

il decreto veniva formalmente emesso dal Presidente della Repubblica. Inoltre, lo scioglimento non poteva essere disposto nei primi diciotto mesi della Legislatura. L'articolo 51 infatti disponeva: "Se nel corso di diciotto mesi intervengono due crisi ministeriali nelle condizioni previste dagli artt. 49 e 50, lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale potrà essere deciso in Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Presidente dell'Assemblea. (...) Le disposizioni del comma precedente non sono applicabili se non dopo i primi diciotto mesi della legislatura".

Tale articolo fu approvato dall'Assemblea Costituente con importanti modifiche rispetto alla prima redazione contenuta nel progetto, sicché si poté ritenere che la stesura definitiva fosse il risultato di un compromesso. Dal dicembre del 1945 al settembre del 1946 ben cinque furono le versioni proposte dai diversi gruppi politici rappresentati in Assemblea Nazionale³⁰.

In una prima fase i costituenti sembrarono decisi ad adottare il principio dell'automaticità e ad accogliere lo schema proposto dai socialisti. L'articolo 58 infatti recitava: "Nel corso di una stessa legislatura, il Governo non può essere rovesciato o ritirarsi volontariamente, in seguito a un contrasto con l'Assemblea, che una volta sola. Una seconda crisi governativa nelle medesime condizioni comporta a un tempo le dimissioni del governo e lo scioglimento dell'Assemblea"³¹.

I socialisti non volevano attribuire alcun effetto al verificarsi della prima crisi ministeriale. Infatti, essa poteva risultare la conseguenza di un errore politico dell'Assemblea, a differenza della seconda crisi, che avrebbe costituito una prova sufficiente dell'incapacità della Camera di superare

³⁰ Tra gli autori italiani che si sono occupati in modo approfondito dell'argomento, si vedano in particolare: G. GUARINO, *op. cit.*, p. 241 ss., M. VOLPI, *op. cit.*, p. 125-126; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, p. 255 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1993, p. 368 ss.; F. PIERANDREI, *La Costituzione della Quarta Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 747 ss. ³¹ ora *La IV République*, in *Pouvoirs*, n. 76, 1996.

³¹ *Doc. A.N.C.*, Ann. n° 44, p. 60.

le sue divisioni interne e di creare un Governo durevole, e, in questo modo, prodotto uno scioglimento automatico, cioè sottratto a qualsiasi valutazione discrezionale.

Numerose furono le obiezioni sollevate a tale schema dai commissari comunisti, i quali ritenevano che il carattere automatico avrebbe permesso al Governo di scegliere esso stesso la data delle elezioni³².

Nonostante tali opposizioni, l'Assemblea Nazionale Costituente adottò il 12 dicembre 1945 il principio dello scioglimento automatico³³ e solo il 28 marzo e il 4 aprile 1946 introdusse delle condizioni più restrittive, quale ad esempio quella relativa all'impossibilità di fare uso dell'istituto nei primi trenta mesi della legislatura.

La soppressione dell'automaticità e le successive modificazioni furono una conseguenza dell'opposizione congiunta, ma di ispirazione differente, dei repubblicani e dei comunisti. L'articolo 84 del progetto del 19 aprile prevedeva che la titolarità del diritto spettasse al Consiglio dei Ministri e ribadiva le restrizioni già adottate in precedenza³⁴. Solo in settembre, infatti, venne fissato in diciotto mesi il periodo di tempo in cui si dovevano verificare le due crisi ministeriali e venne inserita una disposizione restrittiva nell'articolo 45, con la quale si disponeva che della eventuale crisi intervenuta nel termine di quindici giorni dalla nomina dei Ministri non si sarebbe dovuto tener conto ai fini dell'applicazione dell'articolo 51³⁵. Tale restrizione permetteva all'Assemblea Nazionale di rettificare un voto di investitura affrettato: il rovesciamento del Governo, qualche giorno dopo la sua formazione, avrebbe significato un errore politico dell'Assemblea nella scelta del Presidente del Consiglio oppure un malcontento generale in relazione

³² Per un'importante critica al testo dell'originario progetto socialista, E. GIRAUD, *Le projet de Constitution*, in *Revue politique et parlementaire*, 1946, p. 119. Secondo l'autore l'automatismo avrebbe favorito in modo incontrollato gli scioglimenti.

³³ Il principio fu adottato con il voto favorevole di 30 deputati contro 11.

³⁴ Cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, p. 242 ss.

³⁵ L'art. 45 infatti disponeva: "(...) Le norme dell'art. 51 non sono applicabili nel caso che la crisi ministeriale intervenga entro quindici giorni dalla nomina dei ministri".

alla compagine ministeriale nominata³⁶.

Sufficientemente chiare e concordi furono le idee dei costituenti circa i fini da attribuire all'istituto: si esclude che potesse essere utilizzato come arma contro l'Assemblea o come un mezzo presidenziale per sottomettere il Parlamento stesso alla volontà del Capo dello Stato, mentre si insistette sulla sua funzione di rimedio all'instabilità governativa.

Il punto di partenza della maggior parte dei costituenti del 1945 e 1946 fu l'intenzione di creare un sistema costituzionale nettamente diverso da quello della Terza Repubblica, ossia da quel sistema che aveva rinforzato gli interessi conservatori e favorito l'instabilità del quadro politico³⁷.

Occorreva prima di tutto sostituire il multipartitismo frazionato, che aveva dominato la scena fino al 1940, con un sistema di grandi partiti dotati di una solida organizzazione e disciplina. Quindi la preoccupazione dominante fu quella di creare una relazione "privilegiata" tra Assemblea Nazionale e Consiglio dei Ministri regolamentata in modo dettagliato.

Il Presidente del Consiglio sarebbe stato il capo di un Governo, la cui composizione doveva sottostare all'approvazione dell'Assemblea e doveva impegnarsi a realizzare il programma per il quale era stato investito. Il Consiglio della Repubblica (questa era la denominazione del senato) sarebbe stato semplicemente una "camera di riflessione" avente lo scopo di ottenere un lavoro legislativo di migliore qualità e quindi non sarebbe diventato un centro di opposizione nei confronti della prima Camera. L'azione del Presidente della Repubblica veniva concepita come una semplice magistratura morale, non implicante alcun potere autonomo di decisione³⁸. La

³⁶ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 161 e A. RUSSO, *Programma di governo e regime parlamentare*, Milano, 1984, p. 9 ss.

³⁷ Un profilo significativo dell'opera dei costituenti francesi del 1946 è tracciato da F. PIERANDREI, *op. cit.*, p. 691 ss; G. BERLIA, *L'elaboration de la Constitution par l'Assemblée Nationale Constituante*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1946, p. 151 ss. Vedi anche P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 140 ss.

³⁸ P. COSTE-FLORET affermò: "Il Presidente della Repubblica non è un uomo politico, non adempie una funzione politica. Egli è l'arbitro dei partiti". Cfr. Séance du 27 août, p. 3340.

regolamentazione precisa della mozione di censura, il divieto della questione di fiducia da parte del Consiglio della Repubblica e la procedura di scioglimento avrebbe dovuto garantire la stabilità del regime.

In tale ottica, lo scioglimento non aveva la funzione di risolvere un conflitto tra Governo e Assemblea Nazionale, bensì era concepito come un mezzo per creare una maggioranza nuova se la Camera avesse dato prova di divisioni insormontabili al suo interno. In questa prospettiva, esso non era preso in considerazione isolatamente ma in quanto strettamente connesso alle vicende della responsabilità governativa³⁹: in altri termini, esso contribuiva a completare una serie di meccanismi che perseguivano, tutti, il medesimo scopo.

Tutto ciò fu confermato da P. Cot, relatore alla Costituente: "Il progetto di costituzione contiene un certo numero di disposizioni destinate ad assicurare la stabilità di governo, specialmente per mezzo di una mozione di censura, presa in determinate circostanze per rovesciare il gabinetto, e la messa in gioco della responsabilità di governo davanti alla sola Assemblea Nazionale. Lo scioglimento non ha luogo se non in presenza di instabilità di governo"; e Coste-Floret aggiungeva: "E' soltanto in caso di instabilità ministeriale ripetuta e quando la formazione della maggioranza parlamentare sembra improbabile, che il governo può demandare al popolo la facoltà di designare di nuovo la maggioranza della Nazione"⁴⁰. Bisogna osservare che dall'esame dei lavori preparatori emerge un'utile considerazione: i costituenti non si preoccuparono di specificare se lo scioglimento dovesse seguire al secondo voto di sfiducia verificatosi nei diciotto mesi, oppure se esso potesse essere decretato esclusivamente dal nuovo Governo. Solo tenendo presente la mentalità della prevalente dottrina francese del tempo, il modello inglese cui i francesi si erano ispirati durante i loro dibattiti e le affermazioni di P. Cot, relatore sul progetto di Costituzione all'Assemblea Costituente, si può ritenere che l'articolo 51 si riferisse esclusivamente allo

³⁹ Cfr. G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, p. 182.

⁴⁰ "Séance de la Commission de la Constitution", 10 juillet 1946, p. 84.

scioglimento successivo ⁴¹.

Numerose furono le critiche avanzate nei confronti del sistema definitivamente adottato. Fra di esse, la più importante riguardava la considerazione che le complesse condizioni richieste dagli articoli 49-52 rendevano l'istituto praticamente inapplicabile o inefficiente. Infatti, il requisito delle crisi ministeriali verificatesi secondo la regola della questione di fiducia e della mozione di censura, ossia a seguito di un voto a maggioranza assoluta, avrebbe consentito all'Assemblea di decidere discrezionalmente quando autodissolversi o meno. Se i deputati non avessero voluto dare la possibilità al Governo di utilizzare l'istituto, si sarebbero limitati ad accordarsi per votare la sfiducia con la sola maggioranza semplice e a far cadere politicamente il Governo. In tal modo, l'istituto si avvicinava a una forma di autoscioglimento, in quanto veniva di fatto concessa all'Assemblea la possibilità di esprimersi a favore della propria fine anticipata ⁴².

Una seconda importante critica riguardava i termini temporali entro i quali era necessario che si verificassero le due crisi ministeriali. Proprio in relazione ad essi le discussioni furono particolarmente accese, tanto che la soluzione finale dei diciotto mesi non corrispose all'intenzione reale dei costituenti, bensì rappresentò il frutto di un compromesso.

Il fatto che nel periodo di un anno e mezzo si verificasse per il Gabinetto in carica una duplice situazione di crisi non poteva essere assunto come indice assoluto di una instabilità governativa, per eliminare la quale era necessario il ricorso allo scioglimento. Se fosse stata questa l'interpretazione esatta, ogni crisi ministeriale avrebbe dovuto sempre preludere ad

⁴¹ P. Cot aveva infatti dichiarato: "Supponete un'assemblea nuovamente eletta; essa sceglie un governo; al termine di due mesi lo rovescia perché lo giudica incapace di gestire gli affari pubblici, e ne nomina un secondo. Al termine di vent'un mesi, rovescia questo secondo governo. Accordereste voi a un governo siffatto il diritto di sciogliere l'Assemblea?". P. Cot, *Procès verbaux II*, p. 85, citato da G. GUARINO, *op. cit.*, p. 246.

⁴² Per le critiche al sistema elaborato nel 1946, cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, p. 247 ss. e J. CADART, *op. cit.*, p. 639 ss e 836 ss.

uno scioglimento, con notevoli danni per il paese ⁴³. Non occorre peraltro dimenticare che l'utilizzo dell'istituto non era consentito nei primi diciotto mesi della legislatura, periodo ritenuto necessario per accertare se la maggioranza all'interno dell'Assemblea esistesse o meno, e per evitare che si riproducessero gli effetti dello scioglimento del 1877.

E' possibile quindi sostenere che nel regime della Quarta Repubblica francese il Governo non solo risultava praticamente spogliato dell'arma dello scioglimento ma non disponeva di alcun mezzo di pressione efficace nei confronti delle Camere. D'altra parte, gli stessi costituenti avevano concepito l'istituto come una procedura eccezionale, come "l'ultima ratio reipublicae" ⁴⁴. La loro costruzione si fondava su un edificio costituzionale basato sull'alleanza di tre grandi partiti ⁴⁵, sull'idea che il potere legislativo non poteva entrare in conflitto con il potere esecutivo e che ciascuna "parte" avrebbe rispettato il "contratto" iniziale. La critica che poteva essere sollevata consisteva nel fatto che i costituenti non si erano resi conto che il sistema politico da loro ideato non era immutabile ed era perciò inevitabile che prima o poi il tripartitismo sarebbe giunto ad una evoluzione ⁴⁶.

⁴³ Cfr. G. BURDEAU, *Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1946, p. 574 e G. BERLIA, *La dissolution et le régime des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1956, p. 130 ss.

⁴⁴ Secondo l'espressione di P. Cot. Cfr. Séances de la Commission, 5 juillet 1946, p. 71, citato da P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁵ I tre grandi partiti (socialista, comunista e repubblicano) avevano all'epoca un'importanza equivalente in quanto si dividevano i tre quarti della rappresentanza parlamentare. Avevano una solida organizzazione, tant'è che era previsto che l'appartenenza a un gruppo comportasse l'obbligo di conformarsi alle decisioni collettive prese dallo stesso. In tal modo, i partiti costituivano un supporto naturale alla stabilità politica del paese.

⁴⁶ In proposito cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1975, p. 112 ss.

4. L'unico caso della Quarta Repubblica: lo scioglimento del 1955.

Fin dagli inizi della Quarta Repubblica, il tripartitismo teorizzato dai costituenti del 1945-46 manifestò la sua precarietà. Soprattutto dopo le elezioni legislative del 1951, la situazione si aggravò sensibilmente a tal punto che la maggioranza parlamentare cominciò a rivelarsi poco stabile e sicura, in quanto costituita da più partiti debolmente strutturati. Nessuna formazione politica poté sperare di diventare da sola maggioritaria e la situazione parlamentare divenne confusa: la molteplicità e la dimensione dei partiti rendeva necessaria la ricerca di coalizioni variabili, talvolta anche dettate da ragioni di opportunismo politico. In tale contesto le crisi ministeriali, che erano piuttosto frequenti, davano luogo a continue disgregazioni di coalizioni e alla formazione di nuove, spostate verso destra o verso sinistra, a seconda dei problemi che il Paese si trovava ad affrontare⁴⁷. Nonostante la frequenza delle crisi, l'uso del diritto di scioglimento dal 1946 al 1955 fu praticamente impossibile: le condizioni tecniche e giuridiche richieste dall'articolo 51 della Costituzione non si verificarono mai congiuntamente.

Durante la seconda legislatura, che iniziò il 17 giugno 1951, si verificarono tre crisi ministeriali: il Governo di R. Pleven venne rovesciato il 9 gennaio 1952 per 341 voti contro 243, ma ciò si verificò nei primi diciotto mesi della legislatura, quindi senza possibilità di pericolo per l'esistenza dell'Assemblea Nazionale; il Governo di R. Mayer venne rovesciato il 21 maggio 1953 per 328 voti contro 244 e il Governo di Mendés-France cadde il 5 febbraio 1955 per 318 voti contro 218.

Dopo la difficile soluzione della crisi del febbraio 1955⁴⁸, anche il

⁴⁷ Per la breve ricostruzione del periodo storico in esame, cfr. J. CHAPSAL, *La vie politique en France depuis 1940*, Paris, 1972, p. 265 ss.

⁴⁸ Il Presidente della Repubblica René Coty cercò di risolvere la crisi affidando l'incarico di formare il nuovo governo dapprima ad Antoine Pinay, che era il leader degli Indipendenti, quindi a Pierre Pflimlin, rappresentante del Movimento repubblicano e infine a Christian Pineau, un socialista. Tutti questi tentativi non ebbero successo. Solo il 23 febbraio il Governo presieduto da Edgar Faure ottenne l'investitura.

Governo di Faure, a partire dall'estate, rivelò una certa precarietà. La sua esistenza cominciò ad essere minacciata in un primo tempo da dissensi interni, quindi dal raggruppamento delle forze di opposizione. Inoltre iniziò la scissione del Partito Radicale: i sostenitori di Faure si opposero a quelli di Mendés-France, il quale aveva iniziato un'opera di rinnovamento verso Sinistra. La situazione fu aggravata dall'apertura del dibattito relativo all'opportunità di riformare o mantenere la legge elettorale del 9 maggio 1951⁴⁹.

Il 25 novembre Faure annunciò in Assemblea Nazionale di non essere contrario alla revisione della legge elettorale. Nel contempo, dichiarò la necessità di consultare il corpo elettorale prima di affrontare il problema algerino. Solo una nuova Assemblea Nazionale, diversa da quella eletta nel 1951, si sarebbe dovuta assumere le responsabilità della questione. Inoltre, ed era questa la motivazione reale, il Presidente del Consiglio e i Ministri che lo appoggiavano intendevano rafforzare la coalizione governativa minacciata da dissensi interni, dalla scissione del Partito Radicale e dal rafforzamento delle opposizioni di Sinistra. Faure era convinto che il mantenimento del sistema elettorale esistente avrebbe favorito la coalizione governativa, soprattutto nelle circoscrizioni a preponderanza conservatrice⁵⁰.

L'Assemblea Nazionale riuscì ad ostacolare tali disegni politici dando precedenza, nella sue sedute, al dibattito sulla legge elettorale rispetto a quello sulle elezioni anticipate. Le discussioni parlamentari non condussero però ad un risultato positivo: tra i deputati vi erano troppe divergenze ed

⁴⁹ Per l'analisi delle vicende che portarono allo scioglimento del 1955 cfr. E. BLAMONT, *La dissolution de l'Assemblée Nationale de décembre 1955*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1956, p. 105 ss.; P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 331 ss.; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 261 ss.; M. VOLPI, *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1987, p. 257-259; J. CADART, *op. cit.*, p. 458-459; LE MONG NGUYEN, *op. cit.*, p. 127-129 e *Année politique*, 1955, p. 10 ss.

⁵⁰ Le elezioni anticipate si svolgerebbero, secondo M.E. Faure, "con modo di scrutinio che favorirebbe i suoi amici e non lascerebbe ai suoi nemici il tempo necessario per intensificare la loro campagna". P. WILLIAMS, *La vie politique sous la IV République*, Paris, 1971, p. 77.

inoltre si verificarono manovre dilatorie aventi come ultimo fine lo spostamento della data delle elezioni.

Il 3 novembre il Presidente del Consiglio, dopo essersi espresso a favore del mantenimento della legge del 1951, fatta eccezione delle disposizioni relative alle alleanze, pose la questione di fiducia, che gli venne accordata per 330 voti contro 211. Il 12 novembre la fiducia venne riconfermata una seconda volta per 285 voti contro 247 e ciò grazie ad un'alleanza tra repubblicani e comunisti, i quali temevano l'adozione del principio maggioritario.

Prima di ripresentare, per un'ultima volta, la questione di fiducia, Faure propose di fissare per il 16 febbraio 1956 la data della scadenza dei suoi poteri, in modo da lasciare un termine per consentire una soluzione del dibattito elettorale. La sua proposta non ottenne l'iscrizione all'ordine del giorno, sicché il 29 novembre il suo Governo venne rovesciato per 318 voti contro 218⁵¹.

L'esito dello scrutinio consentì di sottolineare il fatto che, rispetto al voto del 12 novembre, il cambiamento essenziale si era verificato nella compagine comunista che votò contro il Governo, mentre il Partito Radicale si divise in due blocchi. Per cinque voti, dunque, venne superato il requisito della maggioranza assoluta: era perciò consentito fare ricorso al diritto di scioglimento.

A quel punto la decisione di scioglimento della Camera, così come previsto dalla Costituzione del 1946, era di competenza del Consiglio dei Ministri. Conformemente all'articolo 49 del Regolamento dell'Assemblea, la seduta parlamentare venne tolta. Un Consiglio di Gabinetto si riunì prima a Palazzo Bourbon, quindi all'Eliseo per discutere sulla proposta di applicazione dell'articolo 51. Tramite il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea Nazionale fu invitato a esprimere la propria opinione in merito⁵² e il decreto del Capo dello Stato, conforme alla decisione del

⁵¹ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 343.

⁵² A questo proposito va sottolineato che il parere del Presidente dell'Assemblea Nazionale doveva essere scritto, personale e segreto. Vedi E. BLAMONT, *op. cit.*, p. 112.

Consiglio dei Ministri, fu adottato il 1 dicembre e pubblicato sul *Journal Officiel* il giorno seguente.

Faure dichiarò: “Le condizioni costituzionali dello scioglimento erano soddisfatte; rifiutarlo avrebbe ripetuto l’errore della Terza Repubblica. Si sarebbe ormai considerato lo scioglimento come inapplicabile. Ora, io credo che l’uso del diritto di scioglimento è indispensabile al normale gioco delle istituzioni repubblicane e permette di assicurare la stabilità governativa”⁵³.

Dopo la pubblicazione del decreto sul *Journal Officiel*, cinque Ministri appartenenti al Partito Radicale⁵⁴ presentarono le dimissioni, rifiutando di associarsi alla decisione di scioglimento. Le loro dimissioni non vennero accettate, in quanto l’articolo 52 della Costituzione prevedeva che il Governo restasse in funzione in caso di scioglimento dell’Assemblea Nazionale. In ogni caso, la dirigenza dei radicali escluse Edgar Faure dal partito.

Secondo molti autori lo scioglimento del 1955 fu possibile per un errore di conteggio da parte dei deputati, i quali, nel respingere la questione di fiducia, non si resero conto di avere raggiunto la maggioranza assoluta di voti⁵⁵. Tale considerazione, che può essere sicuramente condivisa, contri-

⁵³ Secondo M. VOLPI, *op. cit.*, p. 258 e J. VELU, *op. cit.*, p. 471-473, con lo scioglimento, in pratica, il Presidente del Consiglio impose le elezioni anticipate, ossia una soluzione della situazione che il Parlamento aveva cercato di evitare. Ecco perché si parlò di “sviamento di potere costituzionale”. In realtà il comportamento dei gruppi parlamentari fu equivoco: la maggioranza si era già pronunciata due volte in favore delle elezioni anticipate, tuttavia il dibattito sulla legge elettorale era stato portato avanti con una tattica dilatoria, ossia per ritardare le elezioni. Nonostante tale comportamento, lo scioglimento fu vigorosamente criticato dai partiti all’opposizione e soprattutto dai radicali sostenitori di Mendès-France, i quali ritenevano fosse contrario ai principi repubblicani e fosse un colpo di forza contro il Paese come nel 1877.

Per un’opinione contraria a tale interpretazione (nel senso che l’opinione pubblica accettò pienamente lo scioglimento anticipato), vedi P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 265-266.

⁵⁴ Si trattava di: Bourguès-Maunoury, Berthoin, Morice, Gilbert Jules e Laforest. Cfr. *Année politique*, 1955, p. 92-105.

⁵⁵ Cfr. P. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 402, J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 265 e M. VOLPI, *op. cit.*, p. 258.

buisce a rafforzare la convinzione che le rigorose condizioni richieste dall'articolo 51 in pratica impedissero la decretazione dello scioglimento e che solo in un caso eccezionale, come questo, si potessero creare i presupposti di una sua applicazione.

L'ipotesi di elezioni anticipate era già stata prospettata dal Governo a partire dall'estate, rendendo il clima politico estremamente confuso e precario. Tale situazione di instabilità si prolungò anche durante il periodo della campagna elettorale e dalle elezioni del 2 gennaio 1956 uscì un'Assemblea meno capace della precedente di definire una maggioranza. Lo scioglimento non produsse quindi gli effetti sperati: i partiti al governo registrarono un calo di voti, ma nessuna delle formazioni avversarie ottenne la maggioranza.

Il nuovo Governo di centro-sinistra di Guy Mollet, composto essenzialmente da socialisti e radicali, entrò in crisi dopo quindici mesi e venti giorni⁵⁶, senza risolvere i problemi di fondo del regime.

5. Il nuovo ruolo del capo dello Stato nella Quinta Repubblica.

5.1. La Costituzione del 1958.

La riforma della Costituzione francese fu costantemente auspicata durante la Quarta Repubblica, ma le vicende politiche e parlamentari impedirono l'adozione di qualsiasi decisione in merito.

Già agli inizi e precisamente il 1° giugno 1958 durante il suo discorso di investitura, il Generale De Gaulle annunciò che avrebbe chiesto all'Assemblea Nazionale di dare "mandato al Governo di elaborare, poi di

⁵⁶ Nonostante la sua breve durata, il Governo di Mollet fu il più lungo della storia della IV Repubblica, la quale dal 1947 al 1° giugno 1958 contò ben venti governi.

proporre al paese tramite referendum, dei cambiamenti indispensabili". La legge del 3 giugno 1958, che fissava il quadro di elaborazione della nuova costituzione, modificava l'articolo 90⁵⁷ e operava un vero e proprio trasferimento delle competenze costituenti⁵⁸.

In un primo momento l'"avant projet" venne elaborato da una Commissione ristretta di Ministri e di esperti presieduta dal Ministro Guardasigilli Debré e sotto la supervisione del Generale De Gaulle. In un secondo tempo venne costituito un Comitato Consultivo Costituzionale che aveva il compito di correggere e modificare il progetto già elaborato. Le navettes si realizzarono dunque tra il "gruppo di lavoro" presieduto da Debré e il Comitato ministeriale presieduto da De Gaulle. Il Comitato Consultivo Costituzionale e il Consiglio di Stato espressero i loro pareri solo in un momento successivo⁵⁹.

Il 27 agosto 1958 il testo della Costituzione, rettificato dal Governo, venne sottoposto al Consiglio di Stato per un'ultima revisione, quindi il 4 settembre fu presentato ufficialmente al popolo francese dal Generale De Gaulle in un discorso pronunciato a Parigi. Il 28 settembre il corpo elettorale approvò la Costituzione che venne promulgata il 4 ottobre 1958⁶⁰.

⁵⁷ Nell'articolo 90 era prevista una complessa procedura di revisione:

- delibera dell'Assemblea Nazionale a maggioranza assoluta di procedere a un determinato emendamento;
- delibera, con la stessa maggioranza, da parte del Consiglio della Repubblica;
- discussione e approvazione dell'emendamento con la normale procedura legislativa: tre quinti della maggioranza delle due Camere o due terzi di maggioranza dell'Assemblea Nazionale.

In mancanza di tali condizioni era necessario indire un referendum.

⁵⁸ Vedi G. BERLIA, *La crise constitutionnelle de mai-juin 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1958, p. 918 ss.

⁵⁹ Il Comitato Consultivo era composto da trentanove membri, di cui ventisei parlamentari e tredici membri designati discrezionalmente dal Governo. Il presidente del Comitato era Paul Reynaud.

⁶⁰ La redazione della Costituzione del 1958 è ampiamente analizzata da F. LUCHAIRE e G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Paris, 1980, p. 4 ss.

Al fine di riorganizzare i nuovi poteri pubblici furono necessari dei provvedimenti di attuazione. La Costituzione prevedeva che le nuove istituzioni fossero attivate nel termine di quattro mesi e accordava al Governo dei poteri eccezionali per lo stesso periodo. Tramite ordinanze governative aventi forza di legge vennero stabiliti i modi di elezione dell'Assemblea Nazionale (le consultazioni si tennero il 23 e il 30 novembre) e del Presidente della Repubblica. Il 21 dicembre venne eletto Capo dello Stato il Generale De Gaulle, mentre la Costituzione entrò in vigore nei primi giorni del 1959⁶¹.

L'obiettivo principale dei costituenti fu quello di creare un sistema istituzionale più solido del precedente attraverso il rafforzamento degli organi esecutivi e delle attribuzioni del Presidente della Repubblica. Ispiratisi alle idee di De Gaulle e soprattutto al suo discorso del 16 giugno 1946 a Bayeux⁶², Debré e i suoi collaboratori concepirono il Presidente come detentore iniziale del potere esecutivo. Come tale, egli necessitava di poteri adeguati che gli consentissero di vigilare sul rispetto degli interessi fondamentali della nazione.

L'articolo 5 della Costituzione, prima disposizione del secondo titolo relativo al Presidente della Repubblica, era estremamente importante in

⁶¹ La letteratura costituzionale italiana che ha analizzato il ruolo del Presidente della Repubblica nella Costituzione del 1958 è rappresentata principalmente da: G. NEGRI, *Verso la V^a Repubblica*, Pisa, 1958; S. GALEOTTI, *La nuova Costituzione francese*, Milano, 1960, p. 33 ss; C. PINELLI, *Capo dello Stato e governo nel sistema e nell'esperienza della Quinta Repubblica*, in *Diritto e società*, 1981, p. 31 ss; G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 535-537; BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1991, p. 243-245; P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, V ed., Milano, 1984, p. 39 ss, M. VOLPI, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1980, p. 111 ss.

⁶² Egli affermava: "E' dal Capo dello Stato, che sta al di sopra dei partiti, scelto da un collegio che ingloba il Parlamento ma assai più vasto...che deve procedere il potere esecutivo". Dal "Discours prononcé par le général De Gaulle, place de la République le 4 septembre 1958", in D. MAUS, *La pratique institutionnelle de la Cinquième République*, Paris 1995, p. 8 ss.

quanto conteneva tre parole chiave che contribuivano a definire il suo ruolo e preannunciavano, in un certo senso, l'incremento dei suoi poteri a livello giuridico, istituzionale e nazionale. Il testo definitivamente adottato fu il seguente: "Il Presidente della Repubblica vigila sul rispetto della Costituzione. Egli assicura, con il suo arbitrato, il regolare funzionamento dei pubblici poteri e la continuità dello Stato.

Egli è il garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio, del rispetto degli accordi della comunità e dei trattati".

Dal punto di vista costituzionale il Presidente doveva "vigilare rispettando la Costituzione", ossia esercitare i propri compiti secondo le modalità previste dal testo costituzionale e intervenire tutte le volte in cui ravvisava delle difficoltà relative all'applicazione dello stesso. Doveva inoltre garantire il rispetto degli accordi firmati a livello internazionale. Dal punto di vista istituzionale doveva "assicurare, tramite il suo arbitrato, il funzionamento regolare dei poteri pubblici", quindi vigilare sul funzionamento normale del regime parlamentare e sui rapporti tra Governo e Parlamento. Infine, sul piano nazionale, doveva impedire che difficoltà gravi di origine interna od esterna mettessero in causa l'esistenza stessa della nazione francese distruggendo le sue fondamenta (territorio, indipendenza, ecc.)⁶³.

Era opinione comune che il Presidente, pur non rappresentando un organo di governo che interveniva normalmente nella gestione degli affari

⁶³ In riferimento all'interpretazione dell'articolo 5 della Costituzione e al ruolo del Presidente della Repubblica, cfr. i seguenti autori francesi: J. MOREAU, *Théorie générale de l'Etat et Droit Constitutionnel. Droit Administratif*, Paris, 1995, p. 78 ss; P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1994, p. 374 ss; D.G. LAVROFF, *Le système politique français. La Cinquième République*, Paris 1995, p. 365 ss; C. GUETTIER, *Le Président sous la Cinquième République*, Paris, 1995; G. BERLIA, *Le Président de la République dans la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1959, p. 61. S. RIALS, *La Présidence de la République*, Paris, 1981; J.L. QUERMONNE, *La Présidence de la République et le système des partis*, in *Pouvoirs*, 1987; J. MASSOT, *La Présidence de la République en France*, Paris, 1977, e *La Présidence de la République en France. Vingt ans d'élection au suffrage universel, 1965-1985*, Paris, 1986; B. CHATEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, 1994, p. 630 ss.

costituzionali, costituisse la "clef de voûte des institutions" della Quinta Repubblica⁶⁴, in quanto riconosciuto come organo centrale del nuovo regime. Egli si presentava come arbitro attivo, soggetto superiore ad ogni contrasto di parte e destinato ad assicurare il funzionamento regolare dei pubblici poteri e la continuità dello Stato. Questa concezione della funzione presidenziale venne ripresa e adottata dai successori di De Gaulle, i quali anzi manifestarono la tendenza ad allargare l'ambito delle competenze fissate dalla Costituzione.

Tant'è che durante la Quinta Repubblica si è verificata una sorta di evoluzione costituzionale: il Presidente si è trasformato da arbitro a primo governatore che definisce il contenuto della politica e che ne controlla l'applicazione⁶⁵. Ha contribuito certamente a tale cambiamento la riforma costituzionale del 1962 che ha portato a una "presidenzializzazione" del sistema politico francese.

5.2. La riforma costituzionale del 1962.

L'articolo 2 della legge del 25 febbraio 1875 prevedeva l'elezione del Presidente della Repubblica a maggioranza assoluta dei voti da parte del Senato e della Camera dei deputati riuniti in Assemblea Nazionale.

L'articolo 29 della Costituzione del 1946 disponeva, nella medesima linea di continuità, che le due Camere riunite in Congresso dovessero eleggere il Capo dello Stato, ma nulla stabiliva in relazione al sistema di vota-

⁶⁴ Espressione di Michel Debré nel discorso pronunciato il 27 agosto 1958 davanti all'Assemblea Generale del Consiglio di Stato, in qualità di principale redattore della nuova Costituzione.

⁶⁵ Cfr. D. GEORGIACODIS, *Il Presidente della Repubblica e il Governo nella prassi della Quinta Repubblica francese*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2750-2815 e J.P. PAYRE, *Les pouvoirs du Président de la République*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 1613-1644.

zione, per cui di volta in volta i membri del Parlamento erano liberi di prendere una decisione in proposito ⁶⁶.

Tali metodi di elezioni vennero adottati rispettivamente sedici volte nella Terza Repubblica e due volte nella Quarta Repubblica e furono oggetto di numerose critiche. Si riteneva infatti che la procedura prevista nel 1875 non consentisse l'elezione di personalità rappresentative e in grado di orientare l'azione governativa, ma solo personaggi idonei a presiedere le solennità nazionali. In altre parole il Presidente, costituendo una diretta emanazione delle forze politiche parlamentari, era una figura di secondo piano, un agente passivo senza prestigio, un personaggio decorativo e non caratterizzato eccessivamente dal punto di vista politico, quindi un semplice "Maître de Cérémonies" ⁶⁷.

Numerose furono, durante la Quinta Repubblica, le proposte dirette ad una modificazione costituzionale in tema di metodo di elezione e tutte avevano in comune, come presupposto, l'allargamento del collegio elettorale presidenziale. Alcune proposero di aggiungere tra gli elettori i rappresentanti dei grandi interessi, altre i consiglieri di Stato, altre ancora avanzarono l'ipotesi di un suffragio popolare diretto.

La legge del 3 giugno 1958, che fissava il quadro di elaborazione

⁶⁶ L'articolo 2 della legge costituzionale del 25 febbraio del 1875 disponeva: "Il Presidente della Repubblica è scelto, a maggioranza assoluta dei voti, dal Senato e dalla Camera dei deputati riuniti in Assemblea Nazionale. Egli è nominato per sette anni. E' rieleggibile".

L'articolo 29 della Costituzione del 1946 disponeva: "Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento. Egli è eletto per un periodo di sette anni. Può essere rieletto una sola volta".

Cfr. al proposito L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, G. BERLIA, *op. cit.*, p. 290 e 560.

Per una particolareggiata analisi dell'elezione presidenziale secondo il metodo previsto dalla Costituzione del 1958 cfr. J.L. QUERMONNE, *La France sous la Cinquième République*, cit., p. 145-146.

⁶⁷ L'espressione è di CASIMIR-PERIER ed è citata da P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica*, Padova, 1977, p. 27.

della nuova Costituzione, non conteneva alcuna regola precisa in riferimento all'elezione presidenziale. L'"*avant-projet*" preparato dal Ministro Guardasigilli e destinato a De Gaulle in sostanza riprendeva le idee esposte a Bayeux. Dopo qualche modifica di dettaglio proposta dal Comitato Consultivo Costituzionale e dal Consiglio di Stato, il progetto, adottato tramite referendum il 28 settembre 1958, definiva la composizione del corpo elettorale del Presidente della Repubblica. Tale modo di scrutinio permetteva di sottrarre l'elezione all'influenza decisiva di partiti che dominavano le Assemblee parlamentari e dava una base democratica alla qualità del Capo dello Stato. Infatti il collegio elettorale era costituito da parlamentari (deputati e senatori), consiglieri generali e di assemblea dei territori d'Oltremare, consiglieri municipali e rappresentanti eletti dai consigli municipali. Quest'ultima categoria però era sicuramente preponderante su ogni altra (nell'elezione del 21 dicembre 1958 costituiva quasi il 90%) e all'interno di questa un peso notevole era esercitato dai piccoli comuni con meno di millecinquecento abitanti ai quali competeva una quota pari al 51% degli elettori presidenziali, pur rappresentando meno di un terzo della popolazione. L'elezione a suffragio indiretto si trasformava dunque in una forma di suffragio ristretto e ineguale. Inoltre, la Costituzione prevedeva che, se al primo turno il Presidente non fosse stato eletto con la maggioranza assoluta, al secondo scrutinio sarebbe stata sufficiente la maggioranza semplice.

L'elezione del generale De Gaulle del 1958 fu comunque la prima e l'ultima a svolgersi secondo tale procedura. Infatti, in più occasioni durante il 1962, alla luce delle particolari vicende politiche francesi, De Gaulle aveva dichiarato che era necessario stabilire un legame diretto tra il popolo e il Presidente della Repubblica ⁶⁸.

Il 20 settembre annunciò la sua decisione di proporre un referendum

⁶⁸ L'8 giugno 1962 De Gaulle dichiarò fra l'altro: "Il legame diretto tra il popolo e colui che ha il compito di condurlo è diventato nei tempi moderni essenziale alla Repubblica... Noi avremmo al momento voluto assicurare che, per l'avvenire e al di là degli uomini che passano, la Repubblica possa restare forte e stabile".

su un progetto di legge che stabiliva l'elezione del Presidente a suffragio universale, specificando che si sarebbe dimesso se il progetto non fosse stato accettato dal popolo. Il 28 ottobre i francesi manifestarono la loro fiducia nei suoi confronti, adottando il progetto di revisione. La legge costituzionale del 6 novembre modificò gli articoli 6 e 7 della Costituzione del 1958 attraverso l'introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente della Repubblica a doppio turno, con ballottaggio fra i due candidati maggiormente votati, se nella prima votazione nessuno avesse ottenuto la maggioranza assoluta. Si trattava di una innovazione fondamentale che, secondo alcuni, corrispondeva ad una versione corretta e adattata dei testi del 1875⁶⁹.

La riforma del 1962 operava per la Quinta Repubblica un cambiamento netto di orientamento e produceva delle importanti conseguenze politiche in quanto, oltre a consentire una lettura presidenziale della Costituzione, accentuava l'indipendenza e la preminenza del potere del Capo dello Stato che diveniva in tal modo espressione immediata della sovranità popolare⁷⁰.

Tale cambiamento nel sistema di elezione veniva infatti considerato dai più autorevoli costituzionalisti idoneo a mutare i principi posti alla base del meccanismo di governo francese, il quale risultava ora collocabile in una posizione intermedia fra quello parlamentare e quello presidenziale. Il Presidente della Repubblica eletto a suffragio universale disponeva di prerogative giuridiche maggiori rispetto a quelle di un Capo di Stato in regime parlamentare, in quanto diventata rappresentante del popolo e possedeva un'investitura che aveva una forza e un peso politico di gran lunga più importanti di quelli che avrebbe avuto nell'ipotesi di elezione indiretta.

⁶⁹ In realtà il primo Presidente della Seconda Repubblica francese, Luigi Napoleone Bonaparte, fu eletto il 10 dicembre 1848 con tale sistema, ma il 2 dicembre 1851 tradì la Repubblica con un colpo di stato, creando così un precedente increscioso nella storia politica.

⁷⁰ Per un'interpretazione della riforma del 1962, cfr. *La Constitution de la République Française*, cit., p. 20 ss.

Tale importante innovazione non fu tuttavia completamente imprevedibile⁷¹. Probabilmente il Generale De Gaulle già in precedenza aveva pensato ad una riforma e solo per ragioni congiunturali aveva deciso di attendere il momento opportuno per rafforzare ulteriormente i poteri del Capo dello Stato.

Pertanto ciò che colpì i giuristi francesi non fu la riforma in sé, ma la scelta della procedura, considerata insolita e vivamente contestata da più parti. La riforma fu attuata senza ricorso all'articolo 89 della Costituzione in tema di revisione⁷², bensì in conformità all'articolo 11 che prevedeva la sottoposizione a referendum, da parte del Presidente, di un progetto di legge concernente l'organizzazione dei pubblici poteri. Secondo la maggior parte dei giuristi la normale procedura di revisione prevista dall'articolo 89 avrebbe sicuramente ostacolato o almeno allungato i tempi di attuazione delle intenzioni del Generale De Gaulle. Agendo in tal modo, egli evitò invece i pareri del Consiglio Costituzionale e del Consiglio di Stato.

Il 3 ottobre il *Journal Officiel* pubblicava contemporaneamente la lettera del Primo Ministro, che proponeva un referendum secondo la procedura prevista dall'articolo 11, e il decreto presidenziale che chiedeva agli elettori di pronunciarsi sul progetto di legge referendaria. Proponendo un referendum il Presidente lanciava una sfida ai partiti tradizionali e impegnava direttamente la sua persona in tale sfida.

La vittoria che fu proclamata il 6 novembre dal Consiglio Costituzionale si rivelò un mezzo per confermare la sua legittimità popolare e per proclamarlo interprete privilegiato della Costituzione. Nonostante infatti tutte le discussioni relative alla legittimità del ricorso all'articolo 11 anzi-

⁷¹ Sulle concezioni costituzionali del generale De Gaulle, cfr. D.G. LAVROFF, *Le système politique français. La Cinquième République*, Paris, 1995, p. 365 ss., e J.L. DEBRE', *Les idées constitutionnelles du général De Gaulle*, Paris, 1974, p. 319 ss.

⁷² Tale norma richiedeva il voto distinto e concorde delle due Camere a maggioranza semplice, seguito da referendum popolare salvo che il Presidente avesse deciso di sottoporre il progetto di revisione alle Camere riunite in Congresso allo scopo di approvarlo a maggioranza dei tre quinti.

ché all'articolo 89 (in realtà la formulazione di entrambi mancava di chiarezza ed era ambigua), il popolo risolse la controversia nettamente in favore dell'interpretazione di De Gaulle.

Tuttavia, l'elezione a suffragio universale diretto valorizzò la funzione del Capo dello Stato, gli conferì una legittimità incontestabile e lo rese il punto centrale dell'organizzazione dei poteri pubblici. Favorì in pratica il processo di "presidenzializzazione" dell'esecutivo e fece sì che il Presidente beneficiasse di una legittimità comparabile a quella dell'Assemblea Nazionale.

La revisione del 1962 quindi non aveva solo modificato gli articoli 6 e 7, ma indirettamente altri articoli della Costituzione ⁷³.

6. Titolarità' del diritto di scioglimento nella Quinta Repubblica.

L'articolo 12 della Costituzione francese del 1958 disciplina lo scioglimento ⁷⁴.

In Francia è attualmente previsto un sistema di scioglimento la cui competenza è attribuita al Presidente della Repubblica, il quale la esercita

⁷³ La redazione attuale dell'articolo 7 è il risultato di due revisioni costituzionali: quella appena analizzata del 6 novembre 1962 e un'altra del 18 giugno 1976. Quest'ultima prevede l'ipotesi di un eventuale decesso di un candidato durante la campagna elettorale.

⁷⁴ Per l'analisi dell'articolo 12 della Costituzione francese, cfr.: G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, 1984, p. 471 ss; D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 693 ss e 753 ss; M. VOLPI, *op. cit.*, p. 106 ss; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 165 ss; P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 109 ss; P. ARDANT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1994, p. 638 ss; P. AVRIL, *L'article 12*, in *La Constitution de la République*, cit., p. 314 ss; C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.M. POMTIER, J.C. RICCI, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1958, p. 302 ss; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 94 ss; S.L. FORMERY, *La Constitution commentée article par article*, Paris, 1994, p. 37 ss; C. FRANCK, *Droit constitutionnel et institutions politique comparés*, Maîtrise 1979-1980, Paris; J. CADART, *op. cit.*, p. 980 ss.

discrezionalmente senza necessità di controfirma ministeriale (art 19). Egli deve sì preventivamente consultare il primo Ministro e i Presidenti delle Assemblee, ma questi "avis" non hanno alcun valore obbligatorio e vincolante⁷⁵.

Il solo limite cronologico apportato a tale prerogativa di carattere esclusivamente presidenziale è quello enunciato nel quarto comma: non è possibile procedere a due scioglimenti che non siano separati da un intervallo minimo di un anno⁷⁶.

Le elezioni legislative, conseguenza dello scioglimento, devono aver luogo almeno venti e al massimo quaranta giorni dopo l'emanazione del decreto di scioglimento⁷⁷.

Il diritto di scioglimento della Camera è il più importante potere personale (o "proprio", come è definito dalla dottrina costituzionale francese) del Capo dello Stato previsto dalla Costituzione, unitamente a quello enunciato nell'articolo 16. Uno dei commi di tale ultimo articolo specifica che è vietato l'utilizzo dell'istituto durante l'esercizio dei poteri eccezionali del Capo dello Stato, mentre l'articolo 7 lo vieta anche durante la vacanza della

⁷⁵ Si tratta infatti di pareri che sono "facoltizzanti" in riferimento ai loro effetti: il Presidente è libero di agire come meglio ritiene opportuno (ad esempio nel 1981 i tre pareri furono negativi e nel 1988 i due presidenti delle Camere espressero il loro sfavore). Tuttavia hanno carattere sostanziale: in caso di assenza è possibile sollevare il vizio di incostituzionalità. Dal punto di vista della forma possono essere orali o scritti.

⁷⁶ "Dissolution sur dissolution ne vaut": tale previsione limita il potere discrezionale del Capo dello Stato e impedisce che ripetuti scioglimenti possano paralizzare il lavoro del Parlamento.

⁷⁷ La questione dei termini entro i quali devono aver luogo le elezioni legislative ha dato luogo, nel 1981, a delle difficoltà risolte dal Consiglio Costituzionale in una sua importante decisione dell'11 giugno dello stesso anno. Il termine dai venti ai quaranta giorni infatti sembrava non conforme ai termini prescritti dagli articoli 157, 164 e 173 del Codice Elettorale. In tal caso, ci si è chiesti se la procedura della elezioni anticipate possa derogare alle regole previste per le elezioni legislative generali. Il Consiglio Costituzionale ha stabilito che le disposizioni del Codice Elettorale non si applicano allo scioglimento e che pertanto prevalgono i termini dell'articolo 12 della Costituzione. (*Code Constitutionnel, Commenté et annoté* par S. RENOUX, M. DE VILLIERS, Paris, 1994, p. 263 ss).

presidenza e nel periodo di messa in stato di accusa del Presidente (“*empêchement temporaire*”) ⁷⁸.

La decisione di scioglimento produce i suoi effetti a partire dal decreto che la contiene, il quale può entrare in vigore immediatamente (generalmente è pubblicato entro ventiquattro ore sul *Journal Officiel*). Dal momento della formale comunicazione del decreto cessano le competenze dell'organo, e il Presidente dell'Assemblea, unitamente ai questori, assicura i poteri di amministrazione generale fino all'entrata in funzione della nuova Assemblea. La nuova Camera eletta si riunisce di pieno diritto, ossia senza convocazione preliminare del Capo dello Stato, il secondo giovedì che segue il secondo turno di elezioni.

Lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale non impedisce al Senato di riunirsi (ma nella prassi, nel 1962, 1968 e nel 1981 sono state aggiornate le sedute) e, se interviene dopo il voto di una mozione di sfiducia, consente al Governo di rimanere in carica per gli affari correnti.

La funzione attribuita al diritto di scioglimento dai costituenti del 1958 ⁷⁹ era strettamente legata alla visione politica e costituzionale che essi intendevano instaurare con l'elaborazione delle nuove istituzioni. Essi, sulla base delle esperienze vissute durante la Quarta Repubblica, intendevano correggere gli effetti nocivi dell'instabilità dovuti al partitismo e all'assenza di una maggioranza omogenea in grado di guidare il Paese.

Era pertanto necessario istituire una serie di meccanismi giuridici destinati a prevenire la riproduzione dei fenomeni legati al “regime dei partiti”. Prima di tutto occorre rinforzare l'esecutivo e attribuire il carattere di eccezionalità all'utilizzazione dei meccanismi di responsabilità governativa. In tale quadro, risultava fondamentale la funzione arbitrale esercitata

⁷⁸ Il riferimento all'articolo 16 è giustificato dal fatto di evitare che un presidente poco scrupoloso, durante l'esercizio di tali poteri eccezionali, si sbarazzi facilmente del controllo parlamentare sciogliendo la Camera.

⁷⁹ Per la ricostruzione delle intenzioni di costituenti si vedano soprattutto P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 112 ss. e P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 166 ss., i quali richiamano i dibattiti del Comitato Consultivo Costituzionale.

dal Capo dello Stato, il quale, grazie al suo modo di elezione e alle sue competenze, sarebbe stato in grado di svolgere un'attività regolatrice del sistema costituzionale sollecitando il corpo elettorale o un altro organo dello Stato.

L'inserimento del diritto di scioglimento all'interno della Costituzione del 1958 non suscitò alcuna contestazione comparabile a quelle che si verificarono nel 1946. L'attribuzione della prerogativa al Presidente ⁸⁰ era già prevista nella prima stesura dell'articolo 10 dell'"*avant-projet*" che, solo dopo modificazioni marginali, diventò l'articolo 12 della Costituzione ⁸¹.

Contenuti furono infatti i dibattiti, le critiche e le proposte in relazione alla sua adozione. All'interno del Comitato interministeriale, in un primo tempo, si avanzarono soluzioni che prevedevano la necessità della proposta del Primo Ministro; poi intervenne De Gaulle che sostituì i termini della norma "*sur proposition*" con "*après avis*" risolvendo così la questione conformemente ai suoi principi.

Alcuni membri, sottolineando il fatto che non era necessaria la proposta del Governo (ciò contrariamente a quanto ad esempio avveniva in tema di referendum ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione), specificarono che la prerogativa, oltre a costituire un'eccezione rispetto agli altri regimi democratici nei quali l'istituto era già operante, contribuiva alla distruzione del carattere parlamentare del regime ⁸².

Tuttavia, non deve stupire il fatto che il Comitato Consultivo Costituzionale e il Consiglio di Stato confermarono, senza particolari proble-

⁸⁰ Secondo De Gaulle ciò consentiva al Presidente di invitare il popolo, nei momenti di grave confusione, a far conoscere, tramite le elezioni, la sua decisione sovrana.

⁸¹ Uno dei pochi cambiamenti testuali, rispetto alla disposizione originale adottata, si riferì al terzo comma, che nella versione originale prevedeva che la nuova Camera si riunisse di pieno diritto il terzo giovedì che seguiva la sua elezione, anziché il secondo. Vedi P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 116.

⁸² Cfr. F. PINTO, in *Le Monde*, 10 août 1958. In effetti l'esistenza di poteri senza controfirma ha posto un problema di definizione del sistema della Quinta Repubblica.

mi, l'assenza di controfirma. Tale previsione, infatti, era perfettamente coerente con l'intenzione dei costituenti: eliminando l'obbligo della controfirma per gli atti più significativi del Presidente della Repubblica, si rendeva il Capo dello Stato "vero centro motore della vita politica nazionale"⁸³ in grado di esercitare i principali compiti affidatigli dall'articolo 5. Tramite l'innovazione contenuta nell'articolo 19, il Presidente poteva collaborare in modo determinante alla delineazione dell'indirizzo politico, diventando l'unico responsabile delle scelte più importanti del paese⁸⁴. Inoltre, l'intenzione dei costituenti non era quella di creare un'arma governativa contro l'Assemblea, bensì uno strumento che, in conformità alla Costituzione, consentisse al Presidente di appellarsi al popolo per risolvere una questione politica e garantire la continuità dello Stato⁸⁵. Essi ritenevano che l'istituto avrebbe trovato applicazione nelle ipotesi di conflitti tra Assemblea Nazionale e Governo, ossia quelli in cui il Presidente non sarebbe stato parte, ma solo arbitro nel senso positivo della parola. Nello spirito dei costituenti, in altri termini, il Presidente avrebbe dovuto ricoprire il ruolo di giudice, in qualità di garante del buon funzionamento delle istituzioni, sulla necessità o meno dello scioglimento. Si trattava dunque, come già accennato, dell'applicazione dell'articolo 5 della Costituzione: il Presidente esercitava

⁸³ Cfr. M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità del Capo dello Stato e controfirma ministeriale in Italia e in Francia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, p. 135.

⁸⁴ Tra i poteri che il Presidente può esercitare senza obbligo di controfirma si possono ricordare: nomina del Primo Ministro e accettazione delle sue dimissioni, indizione del referendum nei casi previsti dall'articolo 11, esercizio dei poteri ex articolo 16, invio di messaggi al Parlamento ecc.

⁸⁵ Il commissario governativo davanti al Comitato Consultivo Costituzionale aveva dichiarato: "Lo scioglimento è un atto grave. Questo dev'essere non un'arma nelle mani del governo per avere ragione del parlamento, ma uno strumento messo a disposizione del Presidente della Repubblica per chiamare il popolo a decidere una questione". Cfr. *Avis et débats du C.C.C.*, 31 juillet, 1958.

uno dei "pouvoirs de sollicitation" pienamente riconosciutogli ⁸⁶.

Tale costruzione, tuttavia, non corrispondeva alla realtà costituzionale. Nella Francia degli inizi della Quinta Repubblica le posizioni del Capo dello Stato, del Primo Ministro, nonché dell'Assemblea Nazionale e soprattutto le circostanze storiche della guerra in Algeria avevano orientato il regime in un senso presidenziale. Non era perciò possibile parlare di "arbitrato neutro" per il Capo dello Stato, dal momento che la titolarità dei suoi poteri appariva di tipo personale ed esclusivo ⁸⁷. Non a caso, il Primo Ministro, anche se doveva avere l'appoggio dell'Assemblea Nazionale, rappresentava una diretta emanazione del Presidente: e ciò faceva sì che quest'ultimo venisse ad essere implicato direttamente in un eventuale conflitto tra Governo e maggioranza dei deputati ⁸⁸. In una simile situazione, il Presidente si sarebbe trovato di fronte a diverse possibilità: accettare le dimissioni del Primo Ministro e nominare un Governo nuovo, oppure mantenere in carica il Governo minoritario e pronunciare lo scioglimento o ancora nominare un nuovo Governo e sciogliere contemporaneamente l'Assemblea Nazionale. Inoltre egli poteva rifiutare lo scioglimento sia per non provocare le elezioni in un momento inopportuno, sia per far cadere un Primo Ministro che non godeva più della sua fiducia. In ogni caso, con lo scioglimento dell'Assemblea egli sarebbe diventato attore, e non più arbitro, del gioco costituzionale: infatti, tale decisione avrebbe presupposto un implicito accordo con il Capo del Governo. Le conseguenze dello scioglimento, in

⁸⁶ Michel Debrè infatti affermava: "Il Presidente della Repubblica, come gli è proprio, non ha altro potere che quello di sollecitare un altro potere: sollecita il Parlamento, sollecita il Consiglio costituzionale, sollecita il suffragio universale. Ma questa possibilità di sollecitare è fondamentale". Dal discorso davanti all'Assemblée Générale du Conseil d'Etat, in *Revue Française de science politique*, 1958, p. 22.

⁸⁷ Per la critica all'interpretazione dei costituenti, cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 124. ss.

⁸⁸ Cfr. O. DUHAMEL, *La Constitution de la Cinquième République et l'alternance*, in *Pouvoirs*, 1977, p. 47 ss.

altri termini, avrebbero prodotto due potenziali effetti anche nei suoi confronti: una maggioranza omogenea e favorevole al Presidente della Repubblica e al Governo, che avrebbe rafforzato la posizione del primo; un'Assemblea ostile o divisa in più tendenze minoritarie, che lo avrebbe costretto a transigere con essa.

Lo scioglimento, infine, poteva essere ugualmente utilizzato, ai sensi dell'articolo 12 della Costituzione, al di fuori di un conflitto tra Governo e Assemblea Nazionale, ad esempio, per rinforzare o cambiare la maggioranza parlamentare, per permettere al Capo dello Stato di ottenere una maggioranza favorevole al suo programma politico, per consentire al Paese di uscire da una situazione di crisi, ecc.⁸⁹.

7. La prassi della Quinta Repubblica.

7.1. Lo scioglimento del 9 ottobre 1962.

Dopo la riforma istituzionale del 1958, il quadro politico francese era caratterizzato da un forte multipartitismo: successivamente alle elezioni del 23 e del 30 novembre 1958, il Governo presieduto da Michel Debré, composto da uomini di diverso orientamento, risultava sostenuto da una maggioranza parlamentare poco omogenea. Tuttavia, la situazione si presentava ugualmente favorevole al Presidente della Repubblica: sia le Destre che le Sinistre concordavano con De Gaulle a proposito dell'affare algerino e anche i partiti che sollevavano delle critiche nei confronti delle iniziative presidenziali non erano in grado di costituire un'opposizione organizzata. In tale contesto, appariva fortemente improbabile la messa in gioco della responsabilità governativa: il Primo Ministro, che aveva il sostegno delle Camere, aveva di fatto una posizione subordinata a quella pre-

⁸⁹ Le funzioni del diritto di scioglimento sono esaminate nei dettagli da J.P. PAYRE, *Les pouvoirs du Président de la République*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 1613 ss.

sidenziale e i deputati sicuramente non avevano intenzione di provocare crisi inopportune⁹⁰.

I rapporti tra Governo, Parlamento e, indirettamente, Presidente della Repubblica cominciarono a incrinarsi nei primi mesi del 1962, quando la maggioranza parlamentare che appoggiava il Governo iniziò a disgregarsi. Mentre il Primo Ministro si pronunciava per l'opportunità di elezioni anticipate in primavera, il Presidente della Repubblica preferì attendere i risultati del referendum dell'8 aprile relativo alla soluzione dell'affare algerino⁹¹.

L'opportunità dello scioglimento dell'Assemblea Nazionale venne riesaminata in aprile, ma De Gaulle, a causa di disaccordi esistenti con Debré, preferì sostituire il Primo Ministro e il 14 aprile nominò Georges Pompidou a capo dell'Esecutivo⁹². Il nuovo Governo ottenne una fiducia molto limitata⁹³, ma aveva indubbiamente i vantaggi di rappresentare una rottura con il clima politico anteriore e di creare condizioni favorevoli alle successive elezioni.

E' da osservare che nel periodo aprile-luglio il conflitto tra nuovo Governo e parlamentari avrebbe potuto sfociare in una mozione di sfiducia, ma i deputati preferirono differire all'autunno l'attacco decisivo⁹⁴. Erano

⁹⁰ Per una ricostruzione della situazione politica generale della Francia agli inizi della Quinta Repubblica, cfr. A. MATHIOT, *La Cinquième République en 1962*, in *Annuaire de législation française et étrangère*, 1962 e J. CHAPSAL, *La vie politique sous la Cinquième République*, Paris, 1981. Per l'analisi dello scioglimento, cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 307 ss; P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 171 ss; *Année politique*, 1962, p. 107 ss.

⁹¹ Tali risultati però non furono particolarmente indicativi, in quanto rilevarono semplicemente la debolezza degli oppositori della politica algerina del Presidente. Tutti i partiti si pronunciarono per il "sì" e non lasciarono libertà di voto agli elettori (ad eccezione degli Indipendenti).

⁹² Secondo P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 311, è possibile stabilire un parallelo tra la vicenda del 1962 e il cambiamento del Primo Ministro Chaban-Delmas del 5 luglio 1972. Per maggiori approfondimenti, cfr. anche *Année politique*, 1972, p. 405.

⁹³ 259 voti a favore, 128 contro e 119 astensioni.

⁹⁴ Il 16 luglio 205 deputati contrari alla politica europea del governo votarono una mozione di sfiducia senza però ottenere alcun risultato utile. Tutti gli altri partiti erano infatti fortemente divisi al loro interno e non erano ancora pronti per il passaggio all'opposizione.

infatti convinti che il potere di De Gaulle fosse su un pendio discendente e che la sua popolarità fosse destinata a declinare alla fine della guerra d'Algeria. Motivazioni tattiche, quindi, indussero il Parlamento ad attendere le circostanze più propizie per aprire le ostilità.

La situazione precipitò il 12 settembre, quando De Gaulle prese l'iniziativa di procedere, tramite referendum, a una riforma delle istituzioni che prevedesse l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale diretto. In tal modo, il Presidente della Repubblica sceglieva il terreno dello scontro: rivolgendosi al corpo elettorale dava al conflitto una dimensione extra-parlamentare che conteneva premesse a lui favorevoli. Dopo i rischi personali incorsi nell'attentato del 22 agosto di Petit-Clamart, la sua popolarità in effetti fu in forte ripresa, lasciando intravedere condizioni favorevoli per un suo successo⁹⁵.

Il 2 ottobre De Gaulle inviò un messaggio al Parlamento nel quale manifestava le sue convinzioni: l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale diretto era l'occasione per rompere con la confusione e l'incapacità del regime dei partiti⁹⁶. Egli più precisamente sostenne: "Sono convinto che l'investitura popolare sarà necessaria per dare a coloro che mi succederanno, la possibilità e l'obbligo di assumere il supremo incarico, quale che ne sia il peso". E a proposito del metodo di revisione costituzionale proposto aggiungeva: "Non c'è migliore via per apportare al testo adottato nel 1958 dal popolo francese, la modifica che si impone e che riguarda ogni cittadino"⁹⁷.

⁹⁵ Anche i sondaggi indicavano dati a favore del Presidente: il 47% dei francesi intervistati era favorevole alla riforma e solo il 10% si era pronunciato in senso contrario. Inoltre il 70% desiderava che il Generale De Gaulle restasse al potere il più possibile o almeno sino alla fine del suo mandato. Cfr. J. TOUCHARD e J.L. PARODI, *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Cinquième République*, in *Cahier français national de science politique*, 1972, p. 38 ss.

⁹⁶ In un discorso il 18 ottobre egli affermò: "Se la vostra risposta è 'no', come vorrebbero tutti i vecchi partiti al fine di ristabilire il loro regime di sventure, come pure tutti i faziosi che spingono alla sovversione, oppure, se la maggioranza dei 'si' è debole, mediocre, aleatoria, è assai evidente che il mio compito sarà terminato e senza ritorno". Cfr. *Année politique*, 1962, p. 114-115.

⁹⁷ Cfr. *Année politique*, 1962, p. 108.

Di fronte a tali esternazioni, l'opposizione era profondamente divisa sulla tattica da adottare: nell'impossibilità di giungere ad un accordo in relazione a un contro-progetto costituzionale, essa decise di depositare, il 4 ottobre, una mozione di sfiducia firmata da cinquantatré parlamentari⁹⁸.

Il 5 ottobre vennero proclamati i risultati della votazione che registrò, su 480, 280 deputati favorevoli alla sfiducia. Per la prima volta nella Quinta Repubblica, un Governo veniva rovesciato in parlamento.

Successivamente De Gaulle, conformemente alla Costituzione, ricevette i Presidenti delle due Camere e, dopo una consultazione verbale, decise di pronunciare lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale⁹⁹, il cui decreto però fu adottato solo il 9 ottobre e comunicato tramite lettera ai destinatari previsti dalla legge.

Le elezioni legislative si tennero il 18 e il 25 novembre e, contrariamente a quanto desiderava il Capo dello Stato, ci fu un accavallamento tra campagna referendaria e campagna legislativa. I risultati elettorali delle due consultazioni furono diversi, ma sicuramente il referendum influenzò le elezioni legislative¹⁰⁰. Anche se il 28 ottobre il popolo francese si esprime largamente a favore della riforma costituzionale¹⁰¹, tale risultato non fu sufficiente per determinare un cambiamento decisivo a livello politico.

⁹⁸ Del testo della mozione occorre sottolineare i seguenti tratti: "Considerando che, disconoscendo il voto delle due Camere, il Presidente della Repubblica viola la Costituzione di cui è il guardiano; (...) Considerando che il Presidente della Repubblica non ha potuto agire che su 'proposta' del Governo, censura il Governo conformemente all'art. 49, comma 2 della Costituzione". Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 317.

⁹⁹ De Gaulle dopo l'incontro dichiarò: "Beninteso, io mi espongo palesemente a pronunciare lo scioglimento e, come pure mi ci obbligano i testi, consulto i presidenti delle due Camere nel corso dei colloqui, di cui l'uno, con Jacques Chaban-Delmas, dura cordialmente una mezz'ora, e l'altro, con Gaston Monnerville, copre due minuti senza stretta di mano".

¹⁰⁰ Per l'interpretazione dei risultati elettorali, cfr. in particolar modo D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 295 ss.; J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 253 ss e F. GOGUEL, *Le référendum du 28 octobre et le élections des 18-25 novembre 1962*, in *Revue française de science politique*, 1963, p. 299 ss.

¹⁰¹ I "sì" ottennero il 62,25% dei suffragi espressi, i "no" il 37,75%.

Solo con le elezioni di novembre e con il trionfo del partito gollista al secondo turno si ebbe un riassetto delle strutture e delle forze politiche. L'U.N.R., partito fedele al Presidente della Repubblica, ottenne infatti la maggioranza assoluta dei seggi all'Assemblea Nazionale grazie al fatto che i partiti dell'opposizione, oltre che mal preparati e divisi, avevano condotto una tattica quasi esclusivamente difensiva.

Lo scioglimento del 1962 poteva essere definito come uno scioglimento "classico", tipico del regime parlamentare, ossia avente lo scopo di risolvere un conflitto tra il Presidente della Repubblica e l'Assemblea Nazionale¹⁰². De Gaulle si rivolse al popolo non solo per trovare una soluzione alla situazione che si era instaurata, ma anche per farlo giudice della modificazione costituzionale da lui evocata. Proponendo un referendum di riforma istituzionale, il Capo dello Stato creò una situazione di fronte alla quale i partiti non potevano astenersi dal reagire, ma nello stesso tempo scelse il terreno dell'affronto coinvolgendo direttamente il corpo elettorale. La mozione di sfiducia votata il 5 ottobre esprimeva un conflitto esistente tra il Capo dello Stato e il Parlamento; il Governo, infatti, non appariva come un elemento essenziale della questione, semplicemente risultava uno strumento naturale della politica presidenziale. Conformemente all'articolo 5 della Costituzione, che attribuiva al Presidente il ruolo di arbitro del gioco costituzionale, De Gaulle decise per lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale, ostentando la "volontà di vedere la Repubblica proseguire il suo impegno di progresso, di sviluppo e di grandezza"¹⁰³.

In tal modo, egli mise in gioco la sua politica e la sua permanenza al potere. Gli elettori si pronunciarono a suo favore, in quanto la coalizione filo-presidenziale ottenne la maggioranza assoluta dei seggi consacrando la sua supremazia.

Fino al 1962, dunque, la vita politica francese fu caratterizzata dall'esistenza di numerosi partiti, privi di vocazione maggioritaria, la cui uni-

¹⁰² Cfr. C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 96; J. MOREAU, *op. cit.*, p. 199 e LE MONG NGUYEN, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰³ Da un discorso televisivo di De Gaulle del 7 novembre 1962.

ca preoccupazione fu semplicemente quella di coabitare. Con le elezioni di novembre, invece, si affermò una nuova situazione: l'affermazione di un partito dominante, che nello stesso tempo stimolava i partiti sconfitti ad elaborare una strategia difensiva comune, dava origine a un quadro diverso da quello immaginato dai costituenti del 1958. Si passava dal multipartitismo e dall'assenza di una formazione dominante, ad un parlamentarismo maggioritario nel quale si potenziavano la subordinazione del Primo Ministro al Presidente della Repubblica e di conseguenza la stabilità governativa.

7.2. Lo scioglimento del 30 maggio 1968.

Alle elezioni legislative del 12 marzo 1967, il partito gollista ottenne solo per qualche voto la maggioranza assoluta al Parlamento dando così segno che la stabilità ministeriale sarebbe potuta diventare precaria. Inoltre, mentre all'interno della maggioranza si registravano delle divergenze tra il leader dei repubblicani indipendenti, Valéry Giscard d'Estaing, e l'U.D.R., l'opposizione si rinforzava, elaborando un programma di governo.

Alla minaccia di instabilità politica, che portò anche al deposito di una mozione di sfiducia poi rigettata il 22 maggio 1968, si aggiunsero i gravi avvenimenti di maggio-giugno che provocarono la grave crisi sociale¹⁰⁴. In un primo tempo, le contestazioni restarono limitate all'ambiente studentesco, solo successivamente si registrò un'espansione progressiva all'ambiente operaio¹⁰⁵.

A livello politico, si cominciarono a prendere delle iniziative. La mozione di sfiducia depositata dall'opposizione di Sinistra, allo scopo di provocare la caduta del Governo ed elezioni anticipate, ottenne solamente 233 dei 244 richiesti. Il suo rigetto svantaggiò dal punto di vista tattico quei

¹⁰⁴ Per una ricostruzione degli avvenimenti che portarono allo scioglimento del 1968 cfr. J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 339 ss.

¹⁰⁵ Cfr. P. BENETON e J. TOUCHARD, *Les interprétations de la crise de mai-juin 1968*, in *Revue française de science politique*, 1970, p. 503-544.

partiti che avrebbero potuto trarre profitto dalla crisi.

Il 24 maggio, il Presidente De Gaulle propose l'organizzazione di un referendum su un progetto di legge che gli conferiva un generico mandato a rinnovare lo Stato ¹⁰⁶. Egli sperava di provocare un affievolimento delle tensioni e di deviare la crisi sociale verso il terreno elettorale. Tuttavia, tale scelta si rivelò inadeguata e scatenò delle polemiche: l'opposizione di Sinistra parlò di plebiscito, la stessa maggioranza dubitò della capacità del Presidente di superare le difficoltà della situazione e i movimenti popolari di protesta si rinforzarono.

A questo punto, estremamente importante e decisivo fu il ruolo giocato dal Primo Ministro Georges Pompidou, il quale riuscì a far stipulare, tra le parti sociali, gli accordi di Grenelle ¹⁰⁷ relativi ai salari (aumentati del 10% in due fasi), al diritto sindacale nell'impresa, alla diminuzione dell'orario di lavoro.

Il 28 maggio, il leader dell'opposizione François Mitterand tenne una conferenza stampa nella quale proponeva un "governo provvisorio di gestione" composto da tutte le forze politiche e limitato all'elezione del nuovo Presidente della Repubblica ¹⁰⁸.

Infine il 30 maggio, dopo essersi recato a Baden-Baden per incontrare il generale Massu allo scopo di ottenere la collaborazione militare nel caso fosse stato necessario reprimere un'insurrezione popolare, De Gaulle, tramite comunicazione radiofonica e su sollecitazione del Primo Ministro, annunciò

¹⁰⁶ "Ho deciso di sottoporre al suffragio della nazione un progetto di legge col quale si chiede di dare allo Stato e al suo Capo un mandato per il rinnovo... Nel caso in cui la vostra risposta fosse 'no', va da sé che io non mi assumerò più a lungo la mia funzione; se, con un 'si' massiccio, voi mi esprimerete la vostra fiducia, io mi accingerò a far cambiare, dovunque è necessario, le strutture inadeguate e consunte, ed aprire più largamente la strada al sangue nuovo della Francia" (Discorso riportato su *Le Monde* del 26-27 maggio 1968).

¹⁰⁷ Così soprannominati perché si conclusero presso il Ministero del Lavoro, rue de Grenelle.

¹⁰⁸ Egli avanzò il nome di P. Mendés-France come Primo Ministro e il proprio come candidato all'elezione presidenziale. Tali proposte provocarono le reticenze dei comunisti, ma incitarono i diversi partiti a manifestare le loro intenzioni più esplicite.

lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale. Egli comunicò: "Francesi, essendo io il detentore della legittimità nazionale e repubblicana, ho esaminato dopo ventiquattro ore tutte le eventualità senza eccezioni che mi permetterebbero di mantenerla. Ho preso le mie decisioni. Nelle presenti circostanze, non mi trarrò indietro... Non cambierò il primo ministro, le cui capacità sono fuori discussione... Oggi stesso sciolgo l'Assemblea Nazionale"¹⁰⁹.

E' opportuno sottolineare come lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale intervenne in un momento in cui l'opinione pubblica era già preparata a tale eventualità. Tutti i partiti e i loro leaders avevano infatti manifestato in più occasioni la convinzione che solo le elezioni avrebbero potuto risolvere quel conflitto che si era sviluppato al di fuori del Parlamento¹¹⁰. La funzione dello scioglimento del 1968 fu nettamente diversa da quella del 1962. Esso infatti non fu provocato, come già specificato in precedenza, da un conflitto tra gli organi o da un dissidio tra i partiti che componevano la maggioranza governativa, bensì da una crisi che oltrepassò il quadro costituzionale. La sua funzione fu perciò quella di permettere alle formazioni politiche di deviare la soluzione verso il terreno elettorale e misurare la loro forza reale, nonché di procurare una stabilizzazione e normalizzazione della situazione.

Decisivo fu il comportamento del Primo Ministro nelle settimane di maggio: fu Georges Pompidou ad apparire come sostegno essenziale di un regime che era ormai paralizzato e a prefigurare il successo elettorale di giugno¹¹¹. Egli infatti promosse degli accordi elettorali tra i partiti della maggioranza e all'occorrenza con i centristi allo scopo di sconfiggere i candidati comunisti.

La campagna elettorale fu molto breve e si svolse in un clima di

¹⁰⁹ Cfr. *Année politique*, 1968, p. 45 ss e J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 357.

¹¹⁰ Mitterand, Giscard d'Estaing, Duhamel nonché i gruppi della maggioranza si erano infatti rivolti al Generale De Gaulle e al Primo Ministro per richiedere le elezioni legislative, unico mezzo per rimettere in moto la vita politica. Cfr. al proposito P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 387 e P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 462-463.

¹¹¹ G. DEFFERRE, in *Le Monde*, 9-10 juin 1968.

disorganizzazione, a causa dei conflitti sociali non ancora terminati.

Solo lentamente, infatti, il paese tornò alla normalità e solo il Primo Ministro e i partiti della maggioranza ¹¹² furono in grado di organizzare una campagna abile e attiva che prevedeva come punto di approdo la difesa dell'ordine pubblico contro il comunismo totalitario.

Al contrario, la Sinistra affrontò la competizione in condizioni svantaggiose e tenne un comportamento ambiguo che provocò una perdita di voti sin a partire dal primo turno che si svolse il 23 giugno. Non si dovette quindi attendere il 30 giugno per immaginare una netta vittoria gollista, la quale poteva essere considerata amplificata grazie soprattutto al modo di scrutinio adottato ¹¹³ e allo spostamento dei centristi verso la Sinistra ¹¹⁴. Le conseguenze più sorprendenti del successo elettorale dell'U.D.R. furono non tanto il rimaneggiamento del Governo, quanto la sostituzione di Georges Pompidou con un nuovo Primo Ministro, Couve de Murville, personaggio meglio disposto ad accettare la supremazia presidenziale. Tale cambiamento ribadiva l'autorità assoluta di De Gaulle, la quale non poteva essere offuscata nemmeno da colui che aveva contribuito in modo determinante al successo gollista ¹¹⁵.

7.3. Lo scioglimento del 22 maggio 1981.

Mentre né Georges Pompidou né Valéry Giscard d'Estaing avevano

¹¹² La nuova sigla U.D.R. (Unione per la Difesa della Repubblica) con la quale si presentarono era perfettamente adatta alle circostanze ed esprimeva i propositi dei suoi sostenitori, i quali apparivano come garanti del ristabilimento dell'ordine.

¹¹³ Lo scrutinio del 1968 permise già al primo turno l'elezione di un numero considerevole di deputati, mentre al secondo, in cinque circoscrizioni su sei, il duello opponeva un candidato di sinistra e un rappresentante della maggioranza. Si accentuava in tal modo la bipolarizzazione che comportava una distorsione tra la percentuale dei suffragi raccolti al primo turno e il numero dei seggi ottenuti dalla maggioranza.

¹¹⁴ Cfr. J. CHAPSAL, *op. cit.*, p. 362 ss.

¹¹⁵ Per le interpretazioni relative ai risultati elettorali, cfr. anche D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 301 ss.

fatto ricorso allo scioglimento delle Camere, François Mitterand, il cui primo mandato ebbe inizio il 21 maggio 1981¹¹⁶, all'indomani del suo insediamento all'Eliseo, decretò lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale eletta nel 1978.

Contrariamente al suo concorrente, che durante la campagna elettorale aveva insistito sui pericoli che sarebbero derivati per il buon andamento delle istituzioni in caso di elezione di un Presidente della Repubblica di Sinistra opposto a una maggioranza parlamentare sfavorevole, François Mitterand, nel corso della sua propaganda, aveva sempre espresso l'intenzione, determinata da una necessità pratica oltre che giuridica, di sciogliere le Camere¹¹⁷. Mentre per Giscard d'Estaing ciò avrebbe comportato il rischio di una destabilizzazione del regime, per Mitterand la questione non rappresentava affatto un problema: dal momento che lo scioglimento era una prerogativa esclusivamente presidenziale, egli avrebbe immediatamente esercitato il diritto al fine di poter realizzare la sua politica¹¹⁸.

Infatti, l'Assemblea Nazionale eletta nel 1978 poggiava su una maggioranza di Destra (277 deputati) e il neo-Presidente era praticamente convinto che tali parlamentari non avrebbero difeso in alcun modo la sua politica. Permettere all'Assemblea Nazionale di continuare a riunirsi avrebbe comportato la rinuncia ad applicare il programma che egli stesso aveva presentato al popolo e sul quale il popolo si era pronunciato.

Per tali motivi, dopo l'elezione, François Mitterand, invocando lo spirito e la logica delle istituzioni della Quinta Repubblica e l'importanza dell'elezione presidenziale, chiese al popolo i mezzi per realizzare il pro-

¹¹⁶ François Mitterand venne eletto al secondo turno il 10 maggio 1981 con il 51,75% dei voti. L'altro candidato fu Valéry Giscard d'Estaing ed ottenne il 48,25% dei voti.

¹¹⁷ Cfr. M. VOLPI, *op. cit.*, p. 272-273, P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 178-180; C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 97-98; *Année politique*, 1981, p. 62-65, e J. MOREAU, *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁸ Mitterand riteneva che le elezioni avrebbero ratificato l'adesione del popolo al "contratto" che egli aveva proposto.

gramma che lo aveva reso vincitore. La sua decisione comunque non incontrò i favori dei Presidenti delle due Camere. Ad esempio Chaban-Delmas avrebbe preferito che il nuovo Governo avesse esposto il suo programma davanti alle Assemblée e fosse stato eventualmente da queste censurato¹¹⁹, e per tali motivi espresse un parere contrario ad uno scioglimento immediato.

Tuttavia il Capo dello Stato rimase fermo nella decisione, anche perché solo in tal modo egli poteva completare "la grande alternanza" e prevenire una futura crisi istituzionale.

La campagna elettorale delle legislative si presentò, agli occhi dell'opinione pubblica, come un prolungamento di quella per l'elezione presidenziale. Mentre a Sinistra il Partito Socialista e quello Comunista firmavano un accordo che prevedeva reciproca desistenza al secondo turno a favore del candidato dei due fronti che si sarebbe meglio piazzato¹²⁰, la Destra, che pur temeva il rischio di un cambiamento radicale, appariva priva di nuovi argomenti.

Il corpo elettorale comunque comprese la logica delle istituzioni e la necessità, per un corretto funzionamento del sistema, di una concordanza tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare¹²¹.

Per tali motivazioni, le elezioni del 14 e del 21 giugno 1981 registrano un successo dei candidati di Sinistra e, soprattutto al secondo turno, del Partito Socialista che, con 286 seggi, ottenne la maggioranza assoluta all'Assemblea Nazionale¹²².

¹¹⁹ Jacques Chaban-Delmas argomentò la sua opinione specificando che solo un conflitto tra il potere legislativo e il potere esecutivo avrebbe pienamente giustificato l'arbitrato del Presidente della Repubblica e di conseguenza comportato un suo parere favorevole allo scioglimento della Camera di cui era presidente. Dal "Communiqué publié par Jacques Chaban-Delmas, Président de l'Assemblée Nationale, le 22 mai, 1981", D.MAUS, *La pratique institutionnelle de la Cinquième République*, cit., p. 82.

¹²⁰ In realtà, tra i partiti della sinistra esistevano delle divergenze profonde su importanti questioni, mentre l'accordo esisteva sulle misure economiche e sociali da adottare.

¹²¹ Cfr. *Année politique*, 1981, p. 65 e D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 308 ss.

¹²² E' importante anche sottolineare che il 25,54% dei francesi non si presentò alle urne al secondo turno e probabilmente ciò recò pregiudizio ai candidati della vecchia maggioranza.

Il popolo francese, quindi, si espresse a favore del nuovo Presidente provocando uno straordinario rinnovamento della classe politica. I quotidiani di quei giorni scrissero che il crollo della vecchia maggioranza era probabilmente dovuto al fatto che il corpo elettorale si era convinto che il buon andamento delle istituzioni della Repubblica richiedesse degli orientamenti politici conformi sia all'Eliseo che a Palazzo Bourbon¹²³.

Lo scioglimento del 1981 fu quindi, come quello del 1962, uno scioglimento classico che ebbe la funzione di anticipare un eventuale conflitto tra esecutivo e legislativo. La decisione del Capo dello Stato fu perfettamente coerente con lo spirito delle istituzioni e con il sistema politico: solo nuove elezioni avrebbero fornito al neo-eletto i mezzi per condurre agevolmente la sua politica.

7.4. Lo scioglimento del 14 maggio 1988.

Le elezioni legislative del 16 marzo 1986 segnarono l'inizio di un periodo di "coabitazione", in quanto l'Assemblea Nazionale uscente risultò composta da una maggioranza prevalentemente di Destra e Mitterand, che aveva dovuto accettare le dimissioni del Capo del Governo Laurent Fabius, aveva nominato Jacques Chirac Primo Ministro.

Tale periodo, che si protrasse fino al 1988, vide le due autorità dell'Esecutivo in una situazione alquanto particolare. Sul piano della politica interna, il Primo Ministro annunciò un programma molto diverso da quello che il Presidente della Repubblica aveva sottoposto al popolo nel 1981 e che fu applicato nei primi cinque anni del suo mandato. Tali divergenze ebbero delle ripercussioni a livello pratico, in quanto il Capo dello Stato, anche se non prese mai ufficialmente alcuna posizione, di fatto ostacolò la realizzazione delle decisioni governative rifiutando di firmare le ordinanze.

¹²³ F. GOGUEL, *La signification du succès de la gauche*, in *Le Monde*, 10 novembre 1981.

Sul piano della politica estera, invece, Mitterand e Chirac agirono di comune accordo. Si trattava comunque di una situazione instabile e precaria che in realtà celava una "lotta" e faceva intravedere il futuro scontro dei due protagonisti l'uno contro l'altro alle elezioni presidenziali ¹²⁴.

L'8 maggio, con il 54,01% delle preferenze, François Mitterand venne eletto per la seconda volta Presidente della Repubblica Francese, uscendo per l'appunto vittorioso su Jacques Chirac. All'indomani dalla sua rielezione, Mitterand nominò Primo Ministro un socialista, Michel Rocard, e, non volendo ricominciare l'esperienza di una nuova "coabitazione", sciolse, il 14 maggio, l'Assemblea Nazionale ¹²⁵. Egli infatti si trovava in una posizione assimilabile a quella del 1981, cioè, ancora una volta, nella necessità di governare con un legislativo disposto ad avallare la sua politica.

Anche in questa occasione i pareri richiesti ai sensi dell'articolo 12 della Costituzione furono sfavorevoli alla decisione presidenziale. Jacques Chaban-Delmas, al termine del colloquio con Mitterand, dichiarò: "Ho fatto osservare che lo spirito come la lettera della Costituzione sarebbero rispettate se il nuovo Governo si presentasse alle Camere e venisse rovesciato dai deputati. Di fronte al rifiuto di questa procedura, ho dato parere sfavorevole allo scioglimento dell'Assemblea Nazionale" ¹²⁶.

Anche i leaders dei partiti si dimostrarono ostili e preoccupati.

¹²⁴ Ai fini della ricostruzione del periodo della "coabitazione"; cfr: J. MOREAU, *op. cit.*, p. 120 ss; P. PACTET, *op. cit.*, p. 338 ss; I. GREILSAMMER, *Cohabitation à la française et cohabitation à l'israélienne*, in *Revue française de science politique*, 1989, p. 5 ss; A. GIOVANNELLI, *Aspetti della Quinta Repubblica da De Gaulle a Mitterand*, Milano, 1984, p. 271 ss; AA.VV., *La coabitazione in Francia*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 627 ss; già M. VOLPI, *Conseguenze dell'elezione di una maggioranza antipresidenziale nel Parlamento della Quinta Repubblica francese*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1613-1624.

¹²⁵ Durante la campagna elettorale Mitterand aveva rifiutato di dire ciò che avrebbe fatto se fosse stato rieletto, mentre i suoi oppositori auspicavano che avrebbe cercato di governare con la Camera esistente.

¹²⁶ In una conferenza stampa, il 15 maggio, il Presidente dell'Assemblea Nazionale parlò di "scioglimento-ghigliottina" e "apertura solo apparente". Dalla "Déclaration de Jacques Chaban-Delmas, Président de l'Assemblée Nationale", le 14 mai, 1988 in D. MAUS, *op. cit.*, p. 84.

In una lettera inviata al Presidente della Repubblica, il 14 maggio, Valéry Giscard d'Estaing scrisse che lo scioglimento avrebbe condotto "le due metà della Francia ad affrontarsi" anziché "lavorare e collaborare insieme" verso il progresso della nazione. Il segretario del Partito Repubblicano François Léotard commentò la situazione dicendo che probabilmente Mitterand era stato costretto ad agire in tal modo in quanto "vittima delle sue manovre". Solo Raymond Barre, uno dei capi tra le file della Destra moderata, approvò la decisione del Capo dello Stato, affermando che rientrava perfettamente nella logica delle istituzioni della Quinta Repubblica.

Mitterand annunciò lo scioglimento la sera stessa alla televisione, specificando che il Primo Ministro Rocard aveva ricevuto l'incarico di formare il nuovo Governo ricercando un'apertura politica.

Quest'ultimo, tuttavia, gli aveva fatto sapere che, malgrado tutti i suoi sforzi, non sarebbe stato in grado di riunire una maggioranza parlamentare solida e stabile capace di sostenere l'azione presidenziale ¹²⁷.

Lo scioglimento del 1988 si collocò quindi nello stesso quadro costituzionale di quello praticato sette anni prima ¹²⁸. Come nel 1981, esso fu "classico", in quanto anticipava un conflitto tra maggioranza parlamentare di Destra e Governo di Sinistra e inoltre rispondeva all'esigenza presidenziale di disporre dell'appoggio dell'Assemblea Nazionale nell'esercizio del potere politico. Questa volta, però, la Camera sciolta era stata eletta solo due anni prima e in questo breve periodo non si era verificata un'evoluzione importante nell'opinione del corpo elettorale.

Così, contrariamente al 1981, le elezioni legislative del 5 e 12 giugno ¹²⁹ non registrarono una schiacciante vittoria dei deputati socialisti. Per la prima volta nella Quinta Repubblica, il Presidente non disponeva di una maggioranza parlamentare assoluta all'Assemblea Nazionale.

¹²⁷ Cfr. *Chronique constitutionnelle française*, di P. AVRIL e J. GICQUEL, in *Pouvoirs*, 1988, p. 195.

¹²⁸ Cfr. J. MOREAU, *op. cit.*, p. 200-201.

¹²⁹ Il decreto adottato conformemente alla Costituzione prevedeva infatti i termini più brevi possibili consentiti dalla legge per le elezioni. Cfr. *Année politique*, 1988, p. 60-61.

Eccezionale fu la percentuale di astensioni (si aggirò intorno al 35%). Essa poteva essere interpretata come indice di un certo sentimento di saturazione elettorale; inoltre, molti elettori pensarono di essere stati vittime di una manipolazione, in quanto obbligati a rinnovare l'Assemblea Nazionale quando invece, durante la campagna presidenziale, si era promessa una politica di apertura ¹³⁰.

La maggioranza relativa di cui beneficiò il Governo Rocard, lo costrinse talvolta a cercare un appoggio al centro, oppure ad adottare delle tecniche di parlamentarismo razionalizzato come il voto bloccato e l'assunzione della responsabilità del Governo su un testo (articolo 49, 3° comma della Costituzione) ¹³¹.

Tale situazione segnava la fine definitiva della "omogeneità" maggioritaria.

8. Considerazioni sul funzionamento dell'istituto dello scioglimento nell'attuale realtà francese.

L'analisi degli scioglimenti adottati in Francia dai Presidenti De Gaulle e Mitterand durante la Quinta Repubblica offre importanti spunti di riflessione circa il funzionamento e le caratteristiche dell'attuale sistema francese.

In contrapposizione ai rigidi limiti previsti nel 1946, che rendevano l'esercizio del diritto di scioglimento praticamente impossibile, i costituenti del 1958 elaborarono un potere che rappresenta uno dei tratti più originali della Costituzione. La disciplina dell'istituto, così come è prevista dall'articolo 12, lascia una grande libertà di apprezzamento al Capo dello Stato, il

¹³⁰ Per l'analisi dei risultati elettorali, cfr. D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 320 ss.

¹³¹ Tale tecnica gli permetteva di far passare dei testi non sostenuti dalla maggioranza quando i partiti di opposizione rifiutavano di allearsi per condurre una politica contraria a quella auspicata dal governo in carica. In proposito cfr. F. COCOZZA, *Il governo nel procedimento legislativo*, Milano, 1989, p. 33 ss. e L. PEGORARO, *op. cit.*, p. 43 ss.

quale è l'unico ed effettivo titolare della decisione. Conformemente alle idee del Generale De Gaulle, il diritto di scioglimento, come è già stato esposto in precedenza, è una prerogativa personale e discrezionale del Presidente della Repubblica: il suo esercizio è subordinato solo a condizioni temporali e di forma. Trattandosi di un potere proprio del Capo dello Stato, il relativo decreto è dispensato dalla controfirma ministeriale.

Tale caratteristica ha suscitato numerose riflessioni tra i giuristi e gli uomini politici, in quanto, secondo molti, rende inclassificabile la forma di governo adottata nel 1958¹³². L'assenza di controfirma distruggerebbe il carattere parlamentare del regime, poiché ne costituirebbe un elemento incompatibile. Nei regimi parlamentari classici, infatti, lo scioglimento è deciso di fatto dal Governo¹³³ e permette al Capo dello Stato di risolvere, al di sopra delle parti, le crisi politiche.

Se al contrario è il Capo dello Stato stesso che lo decide liberamente, diventa un mezzo grazie al quale egli fa valere la sua autorità e il suo potere, assumendone naturalmente le relative responsabilità costituzionali. In altri termini, il diritto si trasforma in uno "scioglimento reale" che si avvicina sensibilmente allo schema britannico immaginato e descritto da Prévost-Paradol nel 1868¹³⁴.

In realtà, il significato dello scioglimento in Francia non può essere compreso se non attraverso l'analisi della prassi politica e costituzionale sviluppatasi nel corso della Quinta Repubblica. Analizzando gli scioglimenti pronunciati dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ci si rende conto che il meccanismo previsto dall'articolo 12 è in grado di adempiere funzio-

¹³² Cfr. P. ARDANT, *op. cit.*, p. 639 e F. PINTO, in *Le Monde*, *cit.*

¹³³ Nelle Costituzioni parlamentari lo scioglimento è sempre sottoposto alla controfirma e in Gran Bretagna, anche se è previsto come una prerogativa della Corona dispensata dalla controfirma, può essere esercitato solo su proposta del Primo Ministro. Cfr. P. AVRIL, *op. cit.*, p. 317.

¹³⁴ Lo "scioglimento reale" è quello pronunciato dal sovrano nella pienezza dei suoi poteri. E' questa una definizione di PREVOST-PARADOL, citata da P. LAVAUX, *op. cit.*, p. 33-34.

ni che i costituenti del 1958 non avevano previsto. Esso infatti non costituisce solo un mezzo per permettere al popolo di risolvere un conflitto tra Assemblea Nazionale ed Esecutivo. Il Presidente della Repubblica può ricorrere allo scioglimento anche al fine di scegliere il momento più opportuno per procedere al rinnovo della Camera, oppure per uscire da una situazione di crisi nazionale come è avvenuto nel 1968, oppure ancora per ottenere una maggioranza capace di sostenere la sua politica ¹³⁵.

Quest'ultima è l'ipotesi che si è verificata per ben due volte, nel 1981 e nel 1988, quando François Mitterand, all'indomani della sua investitura, non disponendo in Parlamento di un appoggio sufficiente all'attuazione del suo programma, decise di provocare le elezioni anticipate al fine di ottenere una maggioranza di sinistra. Ciò avrebbe consentito di assicurare l'equilibrio dei poteri permettendo al Presidente di confermare la sua autorità senza sottomettersi all'Assemblea, ma al contrario invocando la volontà del corpo elettorale.

La pratica dimostra che i Presidenti hanno inteso l'esercizio del diritto con rigore, come un elemento essenziale della loro autorità, e sono stati molto prudenti nell'utilizzo dello stesso, proprio per la consapevolezza di avere a disposizione un'"arma" non priva di rischi, rappresentando comunque una messa in gioco, anche se indiretta, della loro responsabilità politica diffusa.

Nel 1962, De Gaulle decretò uno scioglimento che fu definito "classico", perché aveva avuto lo scopo di risolvere il conflitto tra Presidente e parlamentari. Con il voto di sfiducia contro il suo Governo, l'Assemblea Nazionale aveva manifestato disapprovazione nei confronti delle sue intenzioni di riforma istituzionale, e tuttavia i sondaggi condotti fin dai primi mesi dell'anno indicavano un forte consenso popolare verso la sua persona. Incoraggiato da tali premesse, De Gaulle si impegnò personalmente nella campagna elettorale, che alla fine lo portò a rafforzare notevolmente la sua

¹³⁵ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 124 ss; D.G. LAVROFF, *op. cit.*, p. 694-696; R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, 1978, p. 189 ss.

posizione. In tal modo la sua autorità acquisì prestigio di fronte al popolo, che fu posto in grado di stabilire chi, fra lui e l'Assemblea Nazionale, avesse ragione.

Come si è detto, la pratica costituzionale realizzata dopo il 1958 ha dimostrato che lo scioglimento, contrariamente a quanto previsto dai costituenti, può operare in diverse situazioni. Se i protagonisti della vita politica (Presidente della Repubblica, Governo e Assemblea Nazionale) sono d'accordo sul programma da realizzare, il Capo dello Stato nella realtà si comporta come sostenitore della maggioranza e del Primo Ministro che gli è subordinato: un eventuale scioglimento diventa una sanzione contro quei parlamentari che si ribellano temporaneamente alla situazione esistente e ha lo scopo di ricercare una maggioranza favorevole alla sua politica.

Nell'ipotesi inversa, ossia nel caso di conflitto tra gli organi, lo scioglimento ha la funzione classica di risolvere l'opposizione tra Assemblea Nazionale e Governo. In tal caso, il Presidente è doppiamente implicato, come già visto in precedenza¹³⁶.

L'ipotesi invece più vicina a quella immaginata dagli estensori della Costituzione del 1958 è quella di un'Assemblea Nazionale politicamente divisa in più gruppi, in grado di dar luogo a diverse combinazioni governative. In tale contesto, il Presidente della Repubblica dovrebbe svolgere la funzione di arbitro nel senso dell'articolo 5 della Costituzione, e gli effetti dello scioglimento dovrebbero dipendere dal sostegno o dall'opposizione alla sua iniziativa¹³⁷.

Esiste dunque una divergenza tra il testo costituzionale e la pratica che si è instaurata nella Quinta Repubblica, non solo in riferimento all'applicazione del diritto di scioglimento, ma a tutte le istituzioni instaurate il 4 ottobre 1958¹³⁸. Questo spiega perché risulti estremamente difficile opera-

¹³⁶ Vedi *retro*, paragrafo 6

¹³⁷ Cfr. P. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 111 ss.

¹³⁸ Cfr. *Régime présidentiel ou régime parlementaire?*, Débat avec J. COLLIARD, J. FAUVET, J. FOYER, B. JEANNEAU, F. LUCHAIRE, G. MASSON, in *Pouvoirs*, 1977, p. 118 ss.

re una qualificazione del regime attualmente in vigore, tant'è che qualcuno¹³⁹ parla di originalità e fluidità del sistema, altri, tra cui Berlia, di deformazione del regime parlamentare¹⁴⁰.

Il sistema non può essere qualificato come presidenziale, anche se sono previsti, tra l'altro, il rapporto tra Ministri e Presidente e l'elezione popolare del Capo dello Stato.

Esistono infatti non solo un equilibrio tra legislativo ed esecutivo, ma soprattutto meccanismi di collaborazione come la mozione di sfiducia, la questione di fiducia e per l'appunto il diritto di scioglimento che sono incompatibili con esso¹⁴¹.

La Costituzione realizza inoltre i caratteri di un regime parlamentare razionalizzato: essa contiene infatti delle tecniche che impediscono ai poteri di abusare delle loro prerogative e di imporsi sugli altri. La collaborazione tra Governo e Parlamento è assicurata dalla presenza di un Presidente arbitro e "clef de voute des institutions". Ma la revisione del 1962 e la maggioranza parlamentare quasi incondizionata sulla quale hanno potuto contare per lungo tempo i diversi Presidenti che si sono succeduti¹⁴² hanno rimesso in discussione tale qualificazione.

Il Presidente, a partire dal 1962, è stato oltre che Capo dello Stato

¹³⁹ Ad esempio M. PRELOT, *Réflexions sur le Régime Politique de la France*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 813 e J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Cinquième République*, Paris, 1968, p. 16 ss.

¹⁴⁰ Per G. Lavaux, invece, il sistema ha assunto una natura ibrida, mentre M. Duverger sostiene che la riforma costituzionale del 1962 ha accresciuto l'ambiguità iniziale della Costituzione. Cfr. G. BERLIA, *Le Président de la République dans la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1959, p. 84.

¹⁴¹ Cfr. al proposito G. SARTORI, *Elogio al semi-presidenzialismo*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1995, p. 3 ss e *Né presidenzialismo né parlamentarismo*, in *Il fallimento del presidenzialismo* (1994) a cura di J.J. LINZ e A. VALENZUELA, tr. it., 1995, Bologna, p. 181 ss.

¹⁴² Si parla a tal proposito di fenomeno maggioritario, ossia di una situazione nella quale c'è unità politica (nel senso che, pur non appartenendo allo stesso partito, gli attori esprimono una tendenza comune) tra i principali detentori del potere.

anche Capo di Governo e non si è limitato al ruolo di arbitro neutro che ha il compito di guidare il paese ¹⁴³. E' difficile perciò parlare di "collaborazione" quando sono solamente un'autorità e il suo partito che detengono il potere. Non solo De Gaulle, ma anche Pompidou, Giscard d'Estaing e Mitterand hanno adottato la medesima concezione, ossia hanno interpretato le loro prerogative in senso estensivo e non letterale e parlamentare ¹⁴⁴.

Ed è proprio tale supremazia effettiva del Presidente sul Governo (il quale è diventato strumento della sua politica) che ha dato all'impianto costituzionale una logica che non aveva inizialmente. Il Capo dello Stato, essendo di fatto Capo dell'Esecutivo e avendo un solido appoggio parlamentare, non dialoga realmente con le Camere al fine di determinare congiuntamente la politica. Solo nel caso in cui la maggioranza parlamentare è costituita da diversi gruppi politici, magari temporaneamente alleati per ragioni congiunturali, egli utilizza quei meccanismi essenziali di collaborazione rappresentati dalla questione di fiducia, dalla minaccia di scioglimento, ecc.

Data la presenza di queste anomalie rispetto al modello costituzionale, secondo i giuristi, il sistema politico francese non corrisponde ad alcuna delle qualificazioni classiche ¹⁴⁵. Tutti sono concordi nel sostenere che ciò che caratterizza la Quinta Repubblica è il primato presidenziale. Eletto a suffragio universale, il Presidente determina e conduce la politica della nazione per sette anni. Durante il suo mandato può, se ne ricorrono le circostanze, fare in modo che il popolo gli rinnovi la fiducia, sia provocando

¹⁴³ L'espressione "guide de France" è stata spesso utilizzata da De Gaulle ed è stata da lui sottolineata in una sua conferenza stampa del 31 gennaio 1964. Cfr. S.L. FORMERY, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁴⁴ Secondo alcuni autori (ad esempio P. PACTET) per rimediare a questa grande divergenza tra testo costituzionale e pratica sarebbe sufficiente modificare il primo comma dell'articolo 20 nel seguente modo: "Il Presidente della Repubblica, con l'aiuto del suo governo, determina e dirige la politica della nazione".

¹⁴⁵ Per un'analisi della classificazione del sistema della Quinta Repubblica, cfr. J. MOREAU, *op. cit.*, p. 223 ss.

elezioni legislative anticipate o impegnandosi personalmente in quelle che si tengono alle normali scadenze, sia organizzando referendum. In tutti questi casi, il Presidente assume l'impegno di portare a conoscenza del corpo elettorale il contenuto della sua politica, affinché il popolo sia in grado di giudicarlo. Non può esser revocato dal Parlamento ma sussistono i mezzi costituzionali che implicano un controllo sul suo operato, anche se, nel caso in cui la maggioranza parlamentare gli sia favorevole, difficilmente i deputati saranno disposti a mettere in gioco la sua responsabilità.

In virtù di questa serie di considerazioni, è possibile classificare il sistema francese utilizzando una determinazione originale, ossia definirlo non tanto semi-presidenziale o semi-parlamentare, bensì "regime presidenzialistico a fondamento parlamentare"¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Espressione utilizzata da Jacques Moureau, *op.ult.cit.* Ma v. ora J.L. QUERMONNE, N. WAHL, *La France Présidentielle*, Paris, 1995, e *Qui gouverne la France?*, in *Pouvoirs*, n. 68, 1994.

PALOMA LORENZO

*LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN LOS CENTROS
DOCENTES PÚBLICOS EN ESPAÑA.*

SOMMARIO *I. Planteamiento. II. El modelo anterior a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo [LOGSE]. A. Fuentes. B. Caracteres del modelo de enseñanza de la Religión católica durante este período. III. Los modelos establecidos a partir de la LOGSE. A. Primeras disposiciones reglamentarias que la desarrollan. B. Las competencias de las Comunidades Autónomas. C. Caracteres del modelo de enseñanza de la religión implantado por los Reales Decretos 1006/1991, 1007/1991 y 1700/1991. C.1. La opcionalidad. C.2. Las condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. D. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo a lo largo de 1994. E. El Proyecto de Real Decreto sobre enseñanza de la religión. F. Nuevo modelo y nuevas discrepancias.*

I. Planteamiento.

Establece el art. 27,3 de la Constitución española [CE] que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

No hay conexión instrumental entre este derecho y el de elección del tipo educativo¹; en ambos casos se trata de manifestaciones de la libertad

¹En sentido contrario Martínez Blanco, A., “La enseñanza de la religión en los centros docentes (a la luz de la Constitución y del Acuerdo con la Santa Sede)”, Murcia 1993, págs. 207-208: “La derecha se esforzó en lograr primero una consagración constitucional, y luego, una declaración del Tribunal Constitucional de este derecho a elegir el tipo de educación. No lo logró en cuanto al texto constitucional, sustituido en la estrategia socialista por el derecho a la formación religiosa y moral, aunque si parece haberlo logrado en el ámbito jurisprudencial a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, Fundamento Jurídico número 8 y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, Fundamento Jurídico número 6”.

de enseñanza, pero el derecho a la elección del tipo educativo tiene un contenido notablemente más amplio, al abarcar la totalidad del proceso educativo que se realiza bajo inspiración de un determinado marco referencial de comprensión del mundo, que exige la existencia de un pluralismo externo de los centros docentes, cuyas ofertas se concretan precisamente en el "ideario". Por el contrario, el derecho que ahora tratamos cobra sentido en la escuela pública, para aquellos que no han querido o no han podido optar por un centro con ideario, puesto que la elección de un centro con ideario engloba (por selección o por rechazo) la formación religiosa y moral.

Nos encontramos, pues, ante un derecho frente a los poderes públicos cuyo ámbito de ejercicio es precisamente la escuela pública².

Para centrar el objeto de nuestro análisis conviene hacer una precisión conceptual: con la expresión "enseñanza religiosa" se está haciendo referencia en la mayoría de las ocasiones a aquella situación en que la totalidad de las enseñanzas están orientadas de conformidad con los postulados de una u otra creencia religiosa, orientación que no tiene cabida en nuestro ordenamiento para los centros públicos. Lo que vamos a analizar a continuación es la posición que la "enseñanza de la religión" -en cuanto asignatura- ocupa en los planes de estudio del sistema educativo español, así como las cuestiones que plantea la inclusión de una asignatura que presenta tantas peculiaridades³.

Y ello nos obliga, para ser precisos, a hablar de "enseñanza de la religión" en lugar de "enseñanza religiosa" -expresión ésta que desborda el

² Vid. Fernández-Miranda, A., "De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española", Madrid 1988, págs. 121-124.

³ Sobre un alcance más amplio de los términos aquí analizados vid., entre otros, González del Valle, J. M., en VV.AA. "Derecho Eclesiástico del Estado Español", Pamplona 1993, págs. 449 y ss.; y Escrivá Ivars, J., "La enseñanza de la Religión y Moral católicas en el sistema educativo español", en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", Vol. IV, 1988, págs. 207-208.

objeto que nos proponemos en esta sede⁴ -.

Se podría decir que la enseñanza de la religión no es otra cosa que la presencia en los planes de estudio de una asignatura que tiene por objeto “la exposición apologética y controlada en su contenido por las correspondientes jerarquías de la confesión que sea depositaria de dicha creencia religiosa, de una determinada religión”⁵.

En cuanto al problema subyacente en toda esta temática, el de si es acorde con un sistema de enseñanza pública neutral la enseñanza de la religión, ha sido solventado por el Tribunal Constitucional al establecer con claridad que dicha neutralidad “no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”⁶.

II. El modelo anterior a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo [LOGSE].

Analizaremos en primer lugar el sistema existente en España sobre la enseñanza de la religión en los centros públicos hasta la entrada en vigor de la LOGSE, para poder después contrastarlo con los que surgen a partir de esta Ley y de las disposiciones que la desarrollan.

La razón de la referencia a las fuentes legales anteriores a la LOGSE, deriva de que todas ellas están vigentes, salvo algunos preceptos de la Ley

⁴ Como señala Ibán, I.C., en Ibán, Prieto y Motilla “Curso de Derecho Eclesiástico”, Madrid 1991, pág. 396: “Algunos confunden la enseñanza de la religión con la orientación religiosa de las enseñanzas en general... Si el Estado garantiza la enseñanza de la religión en los centros públicos, garantiza precisamente eso, y no se puede pretender que ello implique el que la totalidad de las enseñanzas estén orientadas... en un determinado sentido”.

⁵ *Ibidem*, pág. 397.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 13 de febrero.

Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la Educación [LODE], cuyo contenido no afecta a la materia que nos ocupa⁷. Ha sido la LOGSE y su desarrollo reglamentario -al derogar las normas reglamentarias anteriores- las que han supuesto un punto de inflexión en el sistema de enseñanza de la religión en centros públicos⁸.

A. Fuentes

1. El art. 27 CE sobre la base previa del reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 10,1 CE) y de la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), interpretados de acuerdo con los tratados internacionales (art. 10,2 CE) representa, como tantas veces se ha reiterado, el difícil equilibrio consensuado entre el modelo de pluralismo de centros y el modelo de pluralismo en el interior del centro.

La disposición contenida en el art. 27,3 CE, que reconoce el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, debe interpretarse teniendo en cuenta dos presupuestos. En primer lugar, el precepto constitucional supone que los padres tienen derecho a que sus hijos no se vean sometidos a adoctrinamientos contrarios a sus convicciones religiosas y morales⁹; los centros públicos, pues, y la enseñanza en ellos impartida no pueden estar

⁷ La Disposición Final Cuarta, 3, de la LOGSE modifica, en cuanto se oponga a la misma, los arts. 40 y 41, I, J) de la LODE.

⁸ Entre los muchos trabajos dedicados a esta cuestión resulta de gran utilidad la monografía de Martínez Blanco, A., "La enseñanza de la religión en los centros docentes..." cit., donde, junto a un capítulo nuclear inédito, el autor ha recopilado gran parte del material ya publicado sobre este problemático aspecto de la enseñanza. Igualmente interesante sobre este punto es el estudio de Contreras Mazario, J.M., "La enseñanza de la religión en el sistema educativo", Madrid 1992.

⁹ En opinión de López Guerra, "si unimos este precepto al de la obligatoriedad de la enseñanza básica y al relativo al carácter aconfesional del Estado, contenido en el art. 16 C.E., se desprende la condición de que la enseñanza en los centros estatales ha de ser absolutamente neutral, en el sentido de abstenerse tajantemente de imponer o sugerir tendencias religiosas a los destinatarios de las enseñanzas". En VV.AA. "El régimen constitucional español", bajo la dirección de De Esteban, J., y López Guerra, L., Barcelona 1980, pág. 334.

influidos por consideraciones religiosas que puedan violar el precepto constitucional del respeto al derecho de los padres, de manera que el hecho sociológico del predominio de una u otra confesión religiosa no puede prevalecer sobre los mandatos constitucionales. En segundo lugar, el derecho a que se imparta una específica formación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de los padres supone también, por lo que se refiere a los centros públicos, que cuando se crean disciplinas encargadas de tal menester, no exista coacción alguna sobre los estudiantes o sus familias para que asistan a determinadas enseñanzas.

Ahora bien, el texto del art. 27,3 CE no se refiere expresamente a la enseñanza de la religión en los centros docentes, sino a la "formación religiosa y moral", por lo tanto no puede derivarse de un modo automático de tal precepto la necesidad de que se imparta la enseñanza de la religión en los centros públicos. Paradójicamente la única justificación de tal enseñanza estaría en el art. 27,3 CE, pero de éste no cabe deducir que deba establecerse necesariamente¹⁰.

La enseñanza de la religión en los centros públicos fue tempranamente objeto de atención por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo¹¹ en su definición y delimitación aunque, más que de un modo directo, englobada en el más amplio tema de la elección de formación religiosa y moral por parte de los padres en sus implicaciones con los otros derechos y libertades del conjunto del art. 27 CE. Aún así había alguna referencia a su sentido más restringido de enseñanza de la

¹⁰ La doctrina fundamenta en la Constitución la existencia de la enseñanza de la religión, pero no establece con claridad que se trate de una exigencia. Vid., entre otros, González del Valle, J.M., "Derecho Eclesiástico Español", Madrid 1991, págs. 235-236; Llamazares Fernández, D., "Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia", Madrid 1989, pág. 47; Martín Sánchez, I., "La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado". Vol. II, 1986, págs. 213-214; Martínez Blanco, A., "La enseñanza de la religión en los centros docentes..." cit., pág. 88.

¹¹ Por ejemplo, S.T.C. 6/1981, de 13 de febrero, cit.; S.T.S. de 24 de enero de 1985 en R.A.J., 1985, núm. 250 y S.T.S. de 14 de mayo de 1985, en B.J.C., julio de 1987, págs. 1134-1135.

religión en los centros públicos, y en conjunto podemos decir que por esta jurisprudencia se avalaba tal presencia. No se derivó para la misma ningún límite nuevo, sino el negativo del respeto a la aconfesionalidad y neutralidad de la escuela pública.

En los conflictos del derecho de los padres, recogido en el art. 27,3 CE, con otros derechos educativos se ha de tener en cuenta como criterio básico el del contenido esencial de los derechos; concretamente la doctrina ha cifrado el contenido esencial del art. 27,3 CE en dos exigencias: existencia en los centros públicos de enseñanza de la religión y que los profesores de los mismos no puedan realizar adoctrinamiento, y en los centros privados, respeto al ideario por parte de los profesores y que el titular no pueda modificar el ideario arbitrariamente¹².

2. El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales de 3 de enero de 1979 se asienta, como explica su Preámbulo, sobre dos coordenadas: por parte del Estado, el reconocimiento del derecho a la educación religiosa, garantizado en su ejercicio por los pactos internacionales por él suscritos; por parte de la Iglesia, la coordinación de su misión educativa con los principios de libertad civil en materia religiosa y con el derecho de las familias, alumnos y profesores, evitando cualquier discriminación o situación privilegiada.

En su art. II establece de modo específico la enseñanza de la religión, asignatura que se impartirá en todos los centros docentes no universitarios, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales; no tendrá carácter obligatorio, y el recibir o no tales enseñanzas no puede suponer discriminación alguna en la actividad escolar.

Aunque a primera vista el sistema previsto en el Acuerdo con la Santa Sede puede parecer preciso, en la práctica, como es sabido, ha originado una importante problemática.

3. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa [LOLR] constituye el desarrollo constitucional del derecho fundamental de

¹² Vid, Martín Sánchez, I., "La libertad de enseñanza en la jurisprudencia..." cit., págs. 204-205 y 236-237.

libertad religiosa. En su art. 2,1 c) se refiere al derecho de “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados.... dentro... del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Además, según su art. 2,3 “para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar... la formación religiosa en centros docentes públicos”.

4. La LODE garantiza en su sentido negativo a los alumnos el derecho a que se respete su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales (art. 6, c)), y paralelamente obliga a los centros públicos a la sujeción a los principios constitucionales de neutralidad ideológica y respeto a las convicciones religiosas y morales a que se hace referencia en el art. 27,3 CE (art. 10,1). Por último garantiza “el derecho de los padres a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 4), reproducción del precepto constitucional.

5. Este derecho a la formación religiosa y moral fue pronto desarrollado por diversas disposiciones reglamentarias destacando los Órdenes ministeriales de 16 de julio de 1980, sobre la enseñanza de la religión y moral católica y de otras confesiones en los centros docentes¹³.

¹³ Orden de 16 de julio de 1980, sobre enseñanza de la religión y moral católica en centros de Preescolar y Educación General Básica; Orden de 16 de julio de 1980, sobre enseñanza de la religión y moral católica en Bachillerato y Formación Profesional; Orden de 16 de julio de 1980, sobre enseñanza de religión y moral de diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades en centros de Preescolar y Educación General Básica; y Orden de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de religión y moral de diversas Iglesias, Confesiones y Comunidades en Bachillerato y Formación Profesional. En años sucesivos se fueron incorporando a los planes de estudio diversas enseñanzas religiosas. Así, en los niveles de Preescolar y Educación General Básica se incorporó la enseñanza religiosa judía, por Orden ministerial de 9 de abril de 1981; la adventista, por Orden ministerial de 1 de julio de 1983; y la correspondiente a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, por Orden ministerial de 30 de noviembre de 1985.

En los niveles de Bachillerato y Formación Profesional, se incorporó la enseñanza adventista por Orden ministerial de 7 de noviembre de 1983; y la de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días por Orden ministerial de 15 de junio de 1984.

6. A ello hay que añadir las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas¹⁴, así como los convenios celebrados por las Iglesias regionales o locales¹⁵.

B. Caracteres del modelo de enseñanza de la religión católica durante este período.

En base a las fuentes descritas, el modelo de enseñanza de la religión en los centros públicos podría definirse por los siguientes caracteres¹⁶:

1. La asignatura de religión como materia ordinaria.

Incluida en los planes educativos¹⁷ de todos los niveles en todos los centros no universitarios “en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales” (art. II, I del Acuerdo sobre Enseñanza).

En cuanto al material, régimen académico y evaluación, la enseñanza de la religión venía equiparada a las materias ordinarias, teniendo los libros de texto que cumplir el trámite de la autorización ministerial, previo dictamen favorable del órgano competente de la confesión¹⁸.

Respecto al número de horas, se establecía una hora y media semanal para el ciclo inicial de Educación General Básica y de dos horas para el ciclo medio; para el ciclo superior la última disposición la cifraba en hora y media¹⁹.

2. Prestación obligada para el centro.

Consecuencia de su carácter fundamental y porque se garantiza por

¹⁴ El catálogo de las mismas puede verse en Martínez Blanco, A., “La enseñanza de la religión en los centros docentes...” cit., nota 29, págs. 37-38.

¹⁵ Por ejemplo, el Convenio de 11 de noviembre de 1988 entre la Junta de Galicia y los Obispos de las Diócesis de Galicia sobre enseñanza de la religión. En “Ecclesia”, núm. 2405, 7-14 de enero de 1989, págs. 16-17.

¹⁶ Vid. Santos Diez, J.L., “Enseñanza de la religión”, en “Los Acuerdos entre Iglesia y Estado” dirigidos por Corral y De Echeverría, Madrid 1980, págs. 141 y ss.

¹⁷ OO.MM. de 16 de julio de 1980, cits., arts. 1,1.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Orden de 9 de junio de 1989, anexo I,I,1,1. En Bachillerato y Formación Profesional, según la O.M. de 16 de julio de 1980, art. 2, se destinaban dos horas semanales a la enseñanza de la religión y moral católica.

el Acuerdo sobre Enseñanza el derecho a recibirla (art. II,2), siempre que haya alumnos cuyos padres lo soliciten, incluso aunque el número de solicitantes fuese reducido²⁰.

3. Optativa para el alumno y de impartición voluntaria para el profesorado.

Nota característica de la enseñanza de la religión ha sido su optatividad: la enseñanza de la religión no tiene carácter obligatorio para los alumnos (art. II,2 del Acuerdo sobre Enseñanza)²¹.

En cuanto al profesorado, "nadie está obligado a impartir enseñanza religiosa" (art. III,3 del Acuerdo sobre Enseñanza); el profesor "ha de estar dispuesto a asumir la enseñanza de la religión"²².

En Educación General Básica las clases de religión serán impartidas por profesores del centro que sean considerados competentes y deseen asumirlas. Se juzgará competentes a aquellos profesores de Educación General Básica o maestros de enseñanza primaria que hayan cursado la materia de religión católica²³ en su plan de estudio y que la Jerarquía eclesiástica considere idóneos. En defecto de maestros de los centros pueden ser propuestas y designadas otras personas idóneas.

En Bachillerato y Formación Profesional los profesores de religión y moral católica son nombrados por el Ministerio de Educación y Ciencia a propuesta del Ordinario²⁴. Según la O.M. de 11 de octubre de 1982, sobre

²⁰ O.M. de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católica en centros de Educación General Básica, arts. 1,1, 1,4 y 3,2; O.M. de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católica en centros de Bachillerato y Formación Profesional, arts. 3 y 5.

²¹ Sobre el procedimiento de elección de la enseñanza de la religión y rectificación de la decisión adoptada, vid. art. 2,1 de la O.M. de 16 de julio de 1980, cit.

²² O.M. de 16 de julio de 1980, cit., art. 31.

²³ Idéntico procedimiento se regula en la O.M. de 16 de julio de 1980, cit., para el nombramiento del profesorado de religión de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades, art. 3.

²⁴ El mismo procedimiento se sigue para los profesores de otras religiones, según el art. 10 de la O.M. de 16 de julio de 1980, cit.

profesorado de religión y moral católica en los centros de Bachillerato y Formación Profesional, este profesorado debe reunir las condiciones canónicas que se establezcan por la Conferencia Episcopal española a estos efectos, y los requisitos de titulación determinados en el anexo de dicha Orden (art. 2). El nombramiento tiene carácter anual y se renueva automáticamente (art. 3).

Por último, el art. VII del Acuerdo sobre Enseñanza establece que “la situación económica de los profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los centros docentes del Estado, se concertará entre la Administración central y la Conferencia Episcopal española”. Es éste uno de los aspectos del Acuerdo que se ha desarrollado más lentamente y que ha tropezado con más dificultades. Su retribución se fue resolviendo mediante acuerdos del Consejo de Ministro y en las Leyes Orgánicas de Presupuestos del Estado en el apartado de transferencias fijas, con denominación “a la Conferencia Episcopal española para los profesores de religión”²⁵.

4. Ética y Moral como alternativa.

Puesto que la religión se configura como asignatura voluntaria, ¿cuál era la previsión para los alumnos que no la eligieran?²⁶.

Analicemos la situación separadamente, según se tratase de alumnos de Bachillerato y Formación Profesional de segundo grado, o bien fuesen alumnos de Preescolar y Educación General Básica.

²⁵ Las OO.MM. de 11 de octubre de 1982 y de 9 de enero de 1985 se refieren a la retribución de profesores de religión y moral católica en centros de Bachillerato y Formación Profesional.

Absolutamente distinta en este punto a la situación de los profesores de otras confesiones, cuya retribución deberá ser costeada por la confesión respectiva; lo único que garantiza la Administración escolar es la autorización de la presencia del profesor (locales y horario) pero no su retribución.

²⁶ El art. II, 3 del Acuerdo sobre Enseñanza establece: “Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar”.

Para los primeros el art. 6 de la O.M. de 16 de julio, sobre la enseñanza de religión y moral católica en Bachillerato y Formación Profesional y el art. 7 de la O.M. de 16 de julio, sobre la enseñanza de religión y moral de diversas Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas en Bachillerato y Formación Profesional establecían como alternativa los cursos de Ética y Moral no confesional²⁷.

La programación y la evaluación de la Ética y Moral quedaba encomendada al seminario de Filosofía en los centros de Bachillerato, y al departamento de Humanidades, o en su defecto a los profesores de Formación Humanística en los centros de Formación Profesional. En el anexo de las OO.MM. de 16 de julio citadas se determinaban los objetivos de formación²⁸ y los contenidos²⁹.

Menos precisa era la solución propuesta para los niveles de Preescolar y Educación General Básica. La cuestión aparecía regulada en otra de las Órdenes ministeriales de 16 de julio de 1980, que establecía que “la enseñanza de la Religión y Moral católicas se impartirá en todos los centros docentes... como materia ordinaria” (art. 1,1), sin aludir de modo expreso a

²⁷ Esta alternativa era obligatoria para los centros, siempre que fuera elegida por un número de alumnos no inferior a veinte, según el art. 8 de la O.M. de 16 de julio de 1980. Y en el número 2 del anexo IX a dicha Orden se establecía que “si el número de alumnos que optan por Ética y Moral fuera inferior a veinte alumnos... serán declarados exentos de dicha materia”.

²⁸ “Los objetivos de formación son que el alumno llegue a reconocer la especialidad y necesidad del comportamiento moral respecto a otras formas de conducta humanas, la moralidad como el elemento que contribuye al desarrollo de la propia personalidad del alumno, a la creación en el alumno de actitudes morales y a formar al alumno en la comprensión y la tolerancia”.

²⁹ “Los criterios de la fijación de contenidos son: la Ética trata de esclarecer la esencia de la moralidad en su triple aspecto de conceptos, juicios y razonamientos éticos sin justificar norma moral alguna. La Moral, por el contrario, trata de fundamentar un determinado código de conducta en la medida de que trata de justificar lo que se debe hacer. Por ello se ofrece un programa que incluye Ética y Moral articuladas mediante el tema de la dignidad y el valor de la persona humana: se abarca la moral personal, la comunitaria, la social y la política”.

la alternatividad con la Ética. Sin embargo, tanto el Real Decreto 69/1981, de 9 de enero como el Real Decreto 1765/1982, de 24 de julio, al fijar el horario de la enseñanza en Educación General Básica se referían explícitamente a “enseñanza religiosa o de la Ética”.

Por otra parte, en el art. II,3 del Acuerdo sobre Enseñanza se dice que “los Directores arbitrarán las medidas oportunas... para que no suponga discriminación alguna el recibir o no la enseñanza religiosa, principalmente en lo que atañe al respeto a la opción de los padres y a la debida atención y cuidado de los alumnos”.

Este confuso sistema originó que, en la práctica, la impartición o no de la Ética quedase a la discrecionalidad del Director o del Consejo escolar.

Según Llamazares³⁰ “con la reglamentación de 1980 se producía una diferencia importante en cuanto a la configuración de la asignatura, según se tratase de centros de Educación General Básica o de centros de Bachillerato o Formación Profesional. En el primero de los casos la asignatura de religión era para los alumnos *facultativa*, es decir, tenían la facultad de recibir esa formación, pero podían libremente renunciar a ella, sin que estuviesen obligados a cursar otra disciplina en su lugar y sin que de ello pudiera derivarse discriminación alguna³¹. Por su parte, en los centros de Bachillerato y de Formación Profesional, se configuraba la asignatura de religión como *optativa* o *alternativa*; es decir, los alumnos o sus padres o tutores son libres para decidir si quieren o no que se les imparta enseñanza de religión. Pero en caso de decidir que no, deberán cursar en su lugar otra asignatura, la Ética, en las mismas condiciones, en cuanto materia del plan de estudios, que la religión”.

Por último, la Orden de 9 de junio de 1989, aplicable a la totalidad de los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos, trataba

³⁰ Llamazares Fernández, D., “Derecho Eclesiástico del Estado” cit., pág. 848.

³¹ Quizás al llevar a cabo esa valoración Llamazares no tomó en consideración la totalidad de la normativa aplicable, puesto que, como hemos dicho, el Real Decreto 69/1981, de 9 de enero y el Real Decreto 1765/1982, de 24 de julio, destinados a fijar el horario de la enseñanza en Educación General Básica se refieren explícitamente a “enseñanza religiosa o de la Ética”.

de clarificar en el punto 7,1 de su Anexo I, algunas de las cuestiones más problemáticas. Según dicha Orden:

La opción debe ser realizada por los padres (“los padres podrán hacer constar verbalmente o por escrito su decisión de que el alumno asista o no a la enseñanza de la religión y moral católica”)³².

La ausencia de opción implica el rechazo de dichas enseñanzas (“los alumnos cuyos padres... no hayan solicitado que les sean impartidas enseñanzas religión y moral católica... recibirán atención educativa debidamente organizada durante el tiempo programado para las citadas enseñanzas”).

La alternativa a la enseñanza de la religión no es tiempo libre, sino otro tipo de actividades (“ese tiempo deberá dedicarse a actividades relativas a formación ciudadana y convivencia”). Con ello se introduce un nuevo elemento de confusión, puesto que la opción no será la Ética, sino un conjunto de materias no concretadas y que sólo se enumeran con carácter ejemplificativo³³.

Es evidente que el establecimiento o no de una asignatura alternativa a la religión resultó ser desde el principio uno de los puntos más conflictivos y sobre el que se han vertido las más variadas opiniones. A este respecto, los partidarios de esta solución se apoyan en el carácter *fundamental* -según lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza- de la asignatura de religión, equiparable al resto de las materias del plan de estudios, por lo que, si los alumnos que no escogen religión tuvieran ese tiempo libre, se estaría fomentando, al menos, indirectamente, la no elección de la religión. Hay incluso quien argumenta que otra solución que no fuese la de que la religión tuviera una asignatura alternativa entre las que el alumno obligatoriamente

³² Independientemente de lo que diga la citada Orden es claro que tal opción corresponderá al alumno si éste es mayor de edad. Razonablemente así lo preveía la O.M. de 16 de julio. cit., art. 7: “la opción será ejercida por el padre o tutor o por el mismo alumno si fuera mayor de edad”.

³³ “Actividades educativas relativas a formación ciudadana y conciencia, tales como... *Desarrollo en el medio*, de Experiencia Social y Natural; *Comportamiento Cívico Social*, de Ciencias Sociales; o las de *Educación ética y cívica*, incluidas en el Área Social”.

debiera elegir violaría el principio de igualdad, ya que ello supondría más horas de trabajo y más materia de evaluación para quienes eligieron la formación religiosa³⁴.

Frente a estos razonamientos, Contreras precisaba “que en el Acuerdo nada se dice explícitamente sobre el tema, estableciéndose sólo la inclusión de la *enseñanza de la religión y moral católica...*, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales (art. II). Y que es en las normas reglamentarias de desarrollo de 1980 -y sólo para el Bachillerato y la Formación Profesional- donde se establece la Ética como asignatura alternativa a la religión, por lo que es aquí donde cabe encuadrar su naturaleza jurídica y no, consiguientemente en otros ámbitos normativos. En segundo lugar, que del art. 27,3 C.E. no cabe hacer derivar el establecimiento de una asignatura de religión con carácter obligatorio, sino más bien al contrario, su carácter optativo. Pues bien, la solución adoptada por la O.M. de 1980 puede entenderse que convierte la asignatura de religión como obligatoria, al menos indirectamente, puesto que sólo se admite una alternativa o Ética o religión, lo que resultaría no sólo disconforme con el art. 27,3, sino también con el derecho de libertad religiosa de los alumnos y padres”³⁵.

³⁴ En este sentido vid. De Diego Lora, C., “La igualdad constitucional en los escolares, opten o no por la enseñanza religiosa”, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, Vol. V, 1989, págs. 121-133, especialmente pág. 130, donde dice: “la inclusión de la enseñanza de la religión, como enseñanza optativa, origina en efecto una desigualdad en la actividad escolar que se hace preciso compensar o nivelar respecto a los otros alumnos; ello es consecuencia de la exigencia constitucional de la igualdad, que trae como consecuencia un compartir todos los alumnos, igualmente situados en el supuesto de hecho de un determinado curso, unos mismos deberes, un participar igualmente del tiempo dedicado a la actividad escolar”. Ante la objeción de que el establecimiento de otras asignaturas compensadoras para los alumnos cuyos padres no optaron por la enseñanza de la religión podría suponer para éstos un perjuicio, al tener que soportar como contrapartida no justificada una enseñanza que no les es necesaria y hasta puede serles inútil, derivada de la opción que otros hacen, argumenta De Diego-Lora que “con una planificación bien meditada de esos estudios no cabe hablar de contrapartida injustificada y hasta inútil, pues la reflexión sobre las disciplinas compensadoras llevará al acierto en la elección según criterios pedagógicos serios” (Ibidem).

³⁵ Contreras Mazario, J.M., “La enseñanza de la religión...” cit., pág. 120.

No obstante, las palabras de Contreras requieren algunas matizaciones: en primer lugar que, respecto a la Educación General Básica, no ha tomado en consideración ni el Real Decreto 69/1981, de 9 de enero ni el Real Decreto 1765/1982, de 24 de julio, que, al fijar los horarios, aluden explícitamente a la "enseñanza religiosa o de la Ética"; en segundo lugar, que cuando se refiere a "una única alternativa" o "Ética o religión" parece olvidar que la Orden de 9 de junio de 1989 establece un conjunto de materias -no sólo la Ética-, si bien éstas no aparecen concretadas taxativamente, enumerándose sólo con carácter ejemplificativo; y, por último, que en todo caso la alternativa obligatoria entre Ética o religión se rompe en el supuesto -no poco frecuente- de que el número de alumnos que optasen por la Ética fuera inferior a veinte, en cuya hipótesis "serán declarados exentos de dicha materia", aunque atendidos "de forma que no se produzca discriminación", excepción ésta que supone una quiebra del principio de equiparación a las demás disciplinas fundamentales.

Es claro que nos encontramos ante un tema en que las legítimas opciones ideológicas pueden dificultar la resolución del problema por cauces jurídicos más asépticos. No obstante, podríamos considerar como características del modelo analizado las siguientes:

1. En todos los centros públicos se asegura la enseñanza de la religión con carácter voluntario; la asignatura de religión es considerada una materia ordinaria, es decir que, al menos formalmente, su evaluación tiene similar relevancia que la de las restantes.

2. En caso de no optar por esas enseñanzas debían seguirse otras alternativas, también evaluables y que, por tanto, se integrarían en el curriculum del alumno.

3. En líneas generales, la decisión correspondía a los padres de los alumnos.

4. Tanto los libros de texto como el profesorado son propuestos por las autoridades eclesíásticas y aprobados por la Administración.

III. Los modelos establecidos a partir de la LOGSE.

Según lo dispuesto en dicha Ley, el sistema educativo se ordenará de

la siguiente forma: Educación infantil³⁶, que comprende hasta los 6 años de edad y tendrá carácter voluntario; Educación primaria, que comprende desde los 6 a los 12 años de edad. Esta enseñanza tiene carácter obligatorio y gratuito³⁷; Educación secundaria, que comprende la educación secundaria obligatoria y también gratuita (la cual abarca cuatro cursos académicos)³⁸, el Bachillerato (de dos cursos académicos de duración)³⁹ y la Formación Profesional de grado medio⁴⁰; Educación profesional de grado superior⁴¹; y Educación universitaria⁴².

Es, pues, dentro de las Enseñanzas Infantil, Primaria, Secundaria, donde va a tener que replantearse el tema de la enseñanza de la religión, teniendo presentes los valores de neutralidad, pluralismo y libertad como inspiradores del sistema educativo.

En dos textos de la Ley se hace mención expresa a la enseñanza de la religión. El primero se encuentra en la Exposición de Motivos: "La Ley, que orienta el sistema educativo al respecto de todos y cada uno de los derechos y libertades establecidos por nuestra Constitución y al pleno desarrollo de la personalidad del alumno, establece entre sus disposiciones que la enseñanza de la religión se garantizará en el respeto a los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede, así como con las otras confesiones religiosas"⁴³.

El otro es la Disposición Adicional segunda: "La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a

³⁶ Capítulo I del Título I de la LOGSE.

³⁷ Capítulo II del Título I de la LOGSE.

³⁸ Sección Primera del Capítulo III del Título I de la LOGSE.

³⁹ Sección Segunda del Capítulo III del Título I de la LOGSE.

⁴⁰ Capítulo IV del Título I de la LOGSE.

⁴¹ Capítulo IV del Título I de la LOGSE.

⁴² Art. 3 de la LOGSE.

⁴³ Exposición de Motivos de la LOGSE, párrafo 47. También en el párrafo 13 de esta Exposición de Motivos se alude al derecho a recibir formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones, como derecho garantizado por la Constitución.

lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos Acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos”.

Las modificaciones más importantes con respecto al sistema anterior son: en primer lugar, la exclusión de la religión y moral católica como área de conocimiento y como materia de los planes de estudio de la Educación Infantil, Primaria y Secundaria; y en segundo lugar, el establecimiento de la enseñanza de la religión sin distinguir, al menos en principio, entre la católica y las demás confesiones⁴⁴.

El primer comentario que suscitan estas modificaciones es el punto de partida que se atribuye a la enseñanza de la religión: si bien es cierto que el art. 27,3 C.E. no impone la enseñanza de la religión en los centros docentes, si ésta se da habrá que interpretar que se hace dentro de la legalidad, es decir, como medio para cumplir aquel precepto. En el texto de la LOGSE se ha rehuído esta fundamentación y se ha buscado su apoyo en textos concordatarios⁴⁵.

Ahora bien, ello no puede significar que sólo se acepte la enseñanza de la religión cuando existan previamente normas acordadas, convirtiéndolas en el único fundamento jurídico de esta enseñanza en los centros públicos, pues, “ello supondría una transformación de la naturaleza jurídica de la misma o, al menos, una mutación del principio inspirador de las relaciones

⁴⁴ Contreras Mazarío, J.M., “La enseñanza de la religión...” cit., pág. 128: “... habla sin más de la enseñanza de la religión, para pasar en un segundo momento a determinar la norma que regulará y, por ende, fundamentará dicha cuestión. Es en este segundo estadio donde ya sí se produce distinción, remitiendo la enseñanza de la religión y moral católica al Acuerdo... suscrito con la Santa Sede, y la enseñanza de la religión y moral de otras confesiones a lo dispuesto en aquellos otros acuerdos que pudieran suscribirse con éstas”.

⁴⁵ Vid. Bernárdez Cantón, A., “Un año de Derecho eclesiástico (con especial atención a la LOGSE). Información sobre 1990” en “La misión docente de la Iglesia”. XI Jornada de la Asociación Española de Canonistas (Madrid 3-5 abril de 1991), Salamanca 1992, págs. 265-266.

del Estado con el fenómeno religioso en favor de la relación básicamente institucionalizada, por la cual la enseñanza de la religión pasa a configurarse no como un derecho directo de los titulares del derecho a la educación, sino como un derecho mediato que necesita de una norma de origen pacticio previa para su real y efectivo ejercicio por parte de estos⁴⁶.

A. Primeras disposiciones reglamentarias que la desarrollan.

1. Se inicia el desarrollo de la LOGSE mediante dos Reales Decretos, ambos de la misma fecha, referente el primero de ellos al *calendario de aplicación* de la nueva ordenación del sistema educativo, y estableciendo el segundo los *requisitos mínimos* de los centros que impartan enseñanzas de régimen general no universitarias⁴⁷.

2. A continuación dos Reales Decretos modifican la anterior normativa reguladora, entre otras, de la enseñanza de la religión católica en los centros docentes no universitarios. Se trata del Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria y del Real Decreto 1007/1991, de la misma fecha, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación secundaria obligatoria.

La enseñanza de la religión se regula de manera idéntica en ambos. Se establece la opción alternativa entre la enseñanza de la religión católica y actividades de estudio asistido por un profesor en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente ciclo. Por lo que respecta a la enseñanza de la Ética -en un bloque de contenidos denominado "La vida moral y la reflexión ética"- podrá ser organizada por las Administraciones educativas en el último curso de la etapa de la Educación

⁴⁶ Contreras Mazario, J.M., "La enseñanza de la religión..." cit., pág. 126.

⁴⁷ Se trata del Real Decreto 986/1991, de 14 de junio, que determina que la LOGSE comenzaría a aplicarse en el curso 1992-93; y del Real Decreto 1004/1991, de 14 de junio -para cuya elaboración fueron consultadas las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial de Educación- que establece los requisitos mínimos que debían reunir los centros docentes para impartir los nuevos niveles y ciclos de enseñanza de régimen general no universitarias, reguladas en el Título I de la LOGSE.

secundaria obligatoria⁴⁸. Es decir, pierde su carácter alternativo con la religión y se hace común para todos los alumnos en el último curso de la etapa, si la Administración educativa correspondiente decide organizarla como materia específica.

Se mantiene la optatividad de la asignatura en términos similares a los aplicados hasta entonces, ya que "al comenzar la etapa o en la primera adscripción del alumno al centro, los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse en el comienzo de cada curso escolar"⁴⁹.

Respecto a la naturaleza de la asignatura se produce un cambio importante pues, aunque la evaluación de las enseñanzas de religión católica se realizará de forma similar a la que se establece para el conjunto de las áreas, sin embargo "dado el carácter voluntario que tales enseñanzas tienen para los alumnos, las correspondientes calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias... en las cuales deban entrar en concurrencia los expedientes".

Como los Reales Decretos sobre enseñanzas mínimas remiten a la Jerarquía eclesiástica la determinación del currículum del área de religión católica⁵¹, la propuesta hecha por aquella se recoge en la Orden de 20 de febrero de 1992.

⁴⁸ Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, art. 3,4: "Las Administraciones educativas podrán disponer, en virtud asimismo de lo previsto en el art. 20,3 de la LOGSE, que el bloque de contenidos denominado *La vida moral y la reflexión ética*, incluido dentro del área de Ciencias Sociales, Geografía e Historia, en el Anexo I de este Real Decreto, se organice como materia específica en el último curso de la etapa, sin perjuicio de los restantes contenidos del área que habrán de impartirse en este mismo curso".

⁴⁹ Art. 14,1 del Real Decreto 1006/1991 y art. 16,1 del Real Decreto 1007/1991.

⁵⁰ Art. 14,3 del Real Decreto 1006/1991, art. 16,3 del Real Decreto 1007/1991.

⁵¹ Art. 14,2 del Real Decreto 1006/1991 y art. 16,2 del Real Decreto 1007/1991: "La determinación del currículo del área de religión católica corresponderá a la jerarquía eclesiástica".

3. Además el Real Decreto 1330/1991, de 6 de septiembre, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación infantil, determina en su Disposición Adicional que en el segundo ciclo de esta etapa se incluirán enseñanzas de religión católica para los niños y niñas cuyos padres lo soliciten.

El Real Decreto 1344/1991, de 6 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación primaria y el Real Decreto 1345/1991, de la misma fecha, por el que se establece el currículo de la Educación secundaria obligatoria se refieren en sus arts. 14 y 21, respectivamente, a las enseñanzas de religión católica y a la organización de actividades de estudio para los alumnos que no cursen tal área⁵².

El Real Decreto 1700/1991, de 29 de noviembre, determina la estructura del Bachillerato. La religión católica aparece como materia de oferta obligatoria para los centros que asimismo organizarán actividades de estudio orientadas por un profesor, siguiendo en su impartición el régimen académico ya diseñado para la Educación primaria y secundaria obligatoria (art. 16).

Varias Órdenes se ocupan de la implantación de las enseñanzas reformadas. La implantación de la Educación primaria viene regulada por Orden de 27 de abril de 1992; del total de veinticinco horas semanales -incluidas las de recreo- de actividades escolares, se reserva una hora y media semanal al área de religión o al estudio asistido, dependiendo de la opción manifestada por los representantes de los menores.

Según los arts. 23 y 24 de la citada Orden los padres o tutores de los alumnos harán saber a la dirección del centro la elección de la enseñanza de religión, o bien, de las actividades de estudio; caso de no hacer constar ninguna opción, los alumnos serán atendidos por un profesor del centro,

⁵² Se trata de dos artículos cuyo tenor es idéntico: "Las enseñanzas del área de Religión Católica y la organización de actividades de estudio para los alumnos que no cursen tal área se ajustarán a lo dispuesto en el art. 14 del Real Decreto 1006/1991 (o en el art. 16 del Real Decreto 1007/1991), de 14 de junio, por los que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria y secundaria obligatoria".

que dirigirá y orientará las actividades de estudio. Este sistema se empezó a aplicar con la entrada en vigor del curso 1992-93 del primer ciclo de Educación primaria.

Otra Orden de la misma fecha se refiere a la implantación anticipada del segundo ciclo de la Educación secundaria obligatoria. Sus arts. 32-34 establecen una regulación similar a la del nivel educativo anterior; el profesor encargado de las actividades de estudio deberá ser uno de los que impartan clase al alumno. El cambio de más peso se produce en los horarios, pues de las 30 o 32 horas semanales lectivas, se dedicarán dos en el tercer curso y una en el cuarto a la religión o actividades de estudio (art. 19). Por otra parte, "La vida moral y la reflexión ética" podrá organizarse -como materia común y obligatoria, según el Real Decreto 1007/1991- en el último curso de la etapa (art. 22).

Finalmente la Orden de 12 de noviembre de 1992 que establece instrucciones para la implantación del Bachillerato, dedica a este tema su art. 13, donde dice: "1. (...) al formalizar su matrícula, los padres de los alumnos, o los propios alumnos cuando sean mayores de edad, manifestarán la elección de enseñanzas de religión o actividades de estudio. 2. Los equipos directivos de los centros... establecerán actividades de estudio para aquellos alumnos que no hubieran optado por la enseñanza de religión. Dichas actividades serán acordes con la edad de los alumnos y con los objetivos de esta etapa educativa".

B. Las competencias de las Comunidades Autónomas.

El criterio para el traspaso de competencias ha sido el de atribuir al Estado aquellos aspectos básicos de la educación necesarios para salvaguardar la igualdad de todos los españoles ante el contenido esencial de este derecho -como dice el Preámbulo de la LOGSE-, porque es competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, según el art. 140, 1 C.E., dejando para las Comunidades Autónomas un amplio abanico de competencias en esta materia. A ellas les corresponde, desde esta perspectiva, desempeñar un papel decisivo en la tarea de completar el diseño y asegurar la puesta en marcha de la reforma.

El art. 4,2 de la LOGSE señala que corresponde al Gobierno fijar los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas a fin de garantizar la formación común de todos los españoles y la validez de todos los títulos académicos. Se señala un límite de horario a estos contenidos básicos, que no excederá del 55 por 100 de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial distinta del castellano y del 65 por 100 para aquellas que no la tengan. Es decir, queda para las Comunidades Autónomas una disponibilidad de horario del 45 por 100 y del 35 por 100 -en función de la lengua oficial- para los contenidos no básicos, para las enseñanzas no mínimas, o sea para las enseñanzas optativas. Completa la regulación el art. 4,3 de la misma Ley que atribuye a las Administraciones educativas competentes el establecimiento del "currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas".

Por lo que respecta al desarrollo normativo que hasta el momento han llevado a cabo las Comunidades Autónomas, se puede afirmar que no se constatan grandes cambios en relación a lo ya analizado en el ámbito estatal, si bien existe un mayor margen de actuación en las etapas superiores de la enseñanza⁵³.

C. Caracteres del modelo de enseñanza de la religión implantado por los Reales Decretos 1006/1991, 1007/1991 y 1700/1991.

Los puntos claves para calificar el modelo propuesto podrían resumirse en los siguientes⁵⁴:

1. La enseñanza de la religión católica estará presente en todos los

⁵³ Vid. sobre este tema el trabajo de Martí Sánchez, J.M., "El nuevo perfil de la enseñanza religiosa en la reforma del sistema educativo no universitario", en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", Vol. VIII, 1992, págs. 43 y ss.

⁵⁴ Ibán, I. C., "La enseñanza de la religión católica (Primeras impresiones acerca de los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio)"; en "La Ley", 1991, 4, págs. 1219-1222.

- centros docentes no universitarios⁵⁵.
2. No será obligatoria para los alumnos⁵⁶
 3. Para aquellos que no opten por seguir las enseñanzas de religión los centros organizarán actividades de estudio orientadas por un profesor⁵⁷.
 4. La opción entre una u otra actividad será realizada por los padres o tutores⁵⁸.
 5. La opción podrá ser alterada al inicio de cada curso escolar⁵⁹.
 6. El contenido de la asignatura vendrá fijado por la Jerarquía eclesiástica⁶⁰.
 7. También corresponde a la Jerarquía eclesiástica la selección del

⁵⁵ Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, art. 14.1: "El área de Religión católica será de oferta obligatoria para los centros". Idéntico es el art. 16.1 del Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio. Según De Diego-Lora, C., "Consideraciones sobre la enseñanza de la religión católica en España", en "Ius Canonicum", nº 63, 1992, pág. 161: "se produce una clara discriminación por razones religiosas entre los alumnos, con un trato sorprendentemente favorable, en un caso, para los estudiantes o alumnos cuyos padres optaron por la enseñanza religiosa católica, de la que se ven privados los padres que, según sus convicciones, deseen enseñanza de otra religión para sus hijos, o simplemente muestren el deseo de que reciban sólo formación moral: se rompe así abiertamente el principio de igualdad constitucional y se infringe su art. 14".

⁵⁶ Art. II del Acuerdo sobre Enseñanza: "Por respeto a la libertad de conciencia dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos".

⁵⁷ Arts. 14.1 y 16.1 respectivamente de los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio, "al comenzar la etapa o primera adscripción del alumno al centro los padres o tutores... manifestarán... la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente".

⁵⁸ Ibidem. Obviamente, en caso de alumnos mayores de edad corresponderá a ellos realizar la opción, independientemente de lo que establece el art. 16.1 del Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, cit. Así lo determina la Orden de 12 de noviembre de 1992, en su art. 13.

⁵⁹ Ibidem. "sin perjuicio de que la opción pueda alterarse al inicio de cada curso escolar", lo que supone que a lo largo del curso no resulta posible alterar la opción.

⁶⁰ Arts. 14.2 y 16.2 respectivamente del Real Decreto 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio, "la determinación del currículo del área de religión católica corresponderá a la Jerarquía eclesiástica".

profesorado que atenderá dichas enseñanzas⁶¹.

8. La asignatura de religión católica será evaluada y sus resultados decidirán acerca de la promoción de los alumnos al ciclo o curso siguiente⁶².

9. No obstante lo anterior "las calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo y a los efectos del mismo, realicen las Administraciones públicas, y en las cuales deben entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos"⁶³.

El sistema instaurado por estas normas de desarrollo de la LOGSE suscitó graves desacuerdos doctrinales, en cuanto a su posible discordancia con la Constitución y a su inadecuación a los compromisos asumidos por el Estado en el Acuerdo sobre Enseñanza. Contrastando este modelo con el anterior se pone de manifiesto una notable alteración: en el anterior modelo la opción debía realizarse entre dos asignaturas de similar relevancia, la religión o la Ética y Moral, evaluándose ambas; en éste, sin embargo, se plantea entre religión o estudio orientado, lo que implica que la asignatura pierde importancia puesto que el alumno tiene la posibilidad de optar por una actividad que no le será evaluada.

El problema deriva de la necesidad de conjugar los caracteres de voluntaria (opcional) y fundamental ("condiciones equiparables a las demás

⁶¹ Según el art. II del Acuerdo sobre Enseñanza: "La enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellos que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza".

⁶² Arts. 14,3 y 16,3 respectivamente del Real Decreto 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio, "la evaluación de las enseñanzas de la religión católica se realizará de forma similar a la que se establece en este Real Decreto para el conjunto de las áreas". Además el art. 9,4 del Real Decreto 1006/1991, dispone que "al término de cada ciclo, y como consecuencia del proceso de evaluación, se decidirá acerca de la promoción de los alumnos al ciclo siguiente"; por su parte el art. 9,5 del Real Decreto 1007/1991, establece que "al término del primer ciclo y de cada uno de los cursos del segundo ciclo, y como consecuencia del proceso de evaluación, se decidirá la promoción de los alumnos al ciclo o cursos siguientes".

⁶³ Arts. 14,3 y 16,3, respectivamente, de los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991.

disciplinas fundamentales”, según el Acuerdo sobre Enseñanza), que tiene la enseñanza de la religión católica, con el principio de igualdad dentro del sistema escolar.

C.1. La opcionalidad.

La cuestión de la opcionalidad, entendida como voluntariedad en cuanto a la elección de la asignatura, permite configurar una gama de modelos, desde la *facultatividad* -posibilidad de elegir o rechazar la enseñanza de la religión simplemente- a la *alternatividad* -decidir entre la religión u otra materia alternativa-, pasando por soluciones intermedias.

Así como el modelo anterior a la LOGSE consagraba un sistema claro de *alternatividad*, sin embargo el que ahora analizamos da un paso hacia la *facultatividad*, al ofrecerse la opción del estudio orientado en lugar de brindar como alternativa otra asignatura.

Es precisamente ese enfoque el que concitó la discordancia de muchos sectores. Así se dijo que “la falta de una asignatura alternativa a la enseñanza de la Religión, convertirla en meramente voluntaria, sin una opción entre las que elegirla, la desplaza del sistema educativo y constituye un estímulo para su marginación”⁶⁴. Y también que, “si no existe una alternativa el alumno que hace la elección resulta discriminado negativamente, con mayor carga lectiva y horario respecto de los que no hicieron la elección”⁶⁵; la solución para evitar dicha discriminación sería, el establecimiento de otra asignatura alternativa igualmente fundamental pues “la fundamentalidad de una asignatura que es al mismo tiempo voluntaria sólo se mantiene dentro del sistema escolar si su voluntariedad en la elección es compensada por otra asignatura igualmente fundamental, sujetas ambas a pruebas y a valoraciones. Y la solución puede venir... cuando encontramos una enseñanza alternativa a la religión, muy similar a ella, cual es la cultura religiosa aconfesional,

⁶⁴ Bernárdez Cantón, A., “Un año de Derecho eclesiástico...”, cit., pág. 266.

⁶⁵ Martínez Blanco, A., “La enseñanza de la religión en los centros docentes...” cit., pág. 146.

que precisamente por su carácter aconfesional puede ser impuesta a todos los que no hacen una elección a favor de una cultura religiosa confesional”⁶⁶.

Insistiendo en el principio de no discriminación, De Diego-Lora sostenía “que si no se establece una alternativa a la enseñanza de la religión, los alumnos cuyos padres opten por ella soportarán una mayor carga escolar y se verán discriminados respecto a quienes, por no hacerlo, disponen de más horas libres y tienen menos que estudiar”⁶⁷. De Diego-Lora se mostraba partidario del establecimiento como alternativa a la enseñanza de la religión de otras “disciplinas compensadoras” relevantes, para evitar una contrapartida injustificada o inútil, pues “esa especie de sobrecarga de estudios que pudiera darse en alumnos que no la desean, como consecuencia de la opción de otros alumnos a favor de la enseñanza religiosa, no crea ningún fenómeno discriminatorio que pueda vulnerar la igualdad constitucional”⁶⁸. Dando la vuelta al argumento comúnmente utilizado, se refiere el autor al supuesto perjuicio que pudieran sufrir los alumnos que hicieron la opción para la enseñanza de la religión, si la asignatura que se presenta como alternativa es verdaderamente interesante, concluyendo que

⁶⁶ Ibidem, págs. 146-147. Apoya también Martínez Blanco la posible configuración de la religión católica como área o materia opcional en el Derecho autonómico argumentando que “ante el establecimiento de un área de enseñanza mínima dedicada a la religión católica sin otra materia alternativa evaluable... una asignatura... devaluada que raya en la inconstitucionalidad y en la violación material y formal del Acuerdo con la Santa Sede, ha surgido como remedio a estas repercusiones negativas la posibilidad de organización de una materia o área de religión católica ahora no como elegible o no, con alternativa en el segundo caso de un estudio orientado, sino como materia *opcional* dentro del conjunto de materias opcionales a organizar por las Comunidades Autónomas que han recibido transferencias de competencias desde el Estado en materia de enseñanza...”. Ibidem, págs. 183-184.

⁶⁷ De Diego-Lora, C., “La igualdad constitucional...” cit., págs. 126-133. Dubitativo en cuanto al eventual quebranto de la igualdad del art. 1,1 C.E. y de la no discriminación del art. 14 C.E. se manifiesta Ibán, I.C., en “La enseñanza de la religión católica...” cit., pág. 2: “... a los alumnos que opten por la enseñanza de la *Religión católica* se les obliga, por así decir, a *aprobar* una asignatura más que a los restantes: ¿es eso contrario a la igualdad? ¿sufren una discriminación?”.

⁶⁸ De Diego-Lora, C., “La igualdad constitucional...” cit., pág. 130.

“será cuestión que afecta realmente a quien se decide por la opción, que igualmente que la hizo puede renunciarla o dejarla de hacer en adelante, y esto aunque no renunciara a que el hijo reciba enseñanza religiosa, pues siempre conservará su libertad para elegir otra sede en que se imparta y otras horas distintas a las que comparte con sus compañeros en el centro escolar”⁶⁹.

La alternativa entre religión y estudio asistido exigía precisar una nueva cuestión, ¿qué ocurre si no se hace opción alguna? ¿se establece una de ellas como subsidiaria para tales supuestos? Obviamente ésta nunca podría ser la enseñanza de la religión católica, por lo que cabe entender que la ausencia de declaración conlleva la inclusión del alumno en el estudio orientado⁷⁰.

Una solución distinta apuntaba Llamazares, para quien “la única interpretación razonable de este silencio, a propósito de una alternativa, es la de pensar que rechaza los dos miembros de la misma, lo que nos conduce inexorablemente a confirmar ese estudio como voluntario”⁷¹. Ello llevaba a concluir al autor que “es la interpretación más acorde con los principios de igualdad y libertad religiosa, 1) otra cosa implica una coacción indirecta para asistir a la clase de religión y una coacción directa y negadora de la libertad religiosa e ideológica en quienes tienen que asistir obligatoriamente al “estudio asistido”; 2) porque unos alumnos deciden libremente asistir a la clase de religión, se recarga a los otros con un exceso de trabajo y tareas de las que los que no asisten a religión están eximidos, rompiéndose así el

⁶⁹ Ibidem, pág. 131.

⁷⁰ Ésta parece ser la interpretación más congruente con el tenor de los arts. 14,1 del Real Decreto 1006/1991 y 16,1 del Real Decreto 1007/1991, “... los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente”. Es además la solución adoptada por los arts. 23 y 24 de la Orden de 27 de abril de 1992, para la Educación primaria, y por los arts. 32-34 de la Orden de 27 de abril de 1992, referida a la Educación secundaria obligatoria.

⁷¹ Llamazares Fernández, D., “Derecho Eclesiástico del Estado español. El derecho de la libertad de conciencia”, Madrid 1991, pág. 1016.

principio de igualdad”⁷².

C.2. Las condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

Establece el art. II del Acuerdo sobre Enseñanza que “los planes educativos... incluirán la enseñanza de la Religión católica... en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”. Obviamente el núcleo del problema consiste en determinar qué significado debe darse a la expresión *condiciones equiparables*, teniendo en cuenta que se trata de una asignatura llena de peculiaridades, pues ni la selección del profesorado, ni la fijación de su contenido, ni la elección de los libros de texto se realizan por los mismos procedimientos que el resto de las asignaturas.

En líneas generales, podríamos decir que la equiparación implica el cumplimiento de una serie de presupuestos⁷³:

En primer lugar, su oferta obligatoria por parte de los centros, lo que -como ya vimos- ocurre en el caso de la religión católica.

En segundo lugar, la equiparación exige que el Estado debe ofrecer, en su sistema escolar general, los medios adecuados con los que se pueda conseguir la capacitación necesaria para poder ser profesor de aquella asignatura. Este presupuesto tiene su plasmación en el establecimiento en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias del Profesorado de la enseñanza de la “Doctrina Católica y su Pedagogía” como asignatura de carácter optativo y voluntario⁷⁴.

Un tercer presupuesto sería el de su integración dentro del expediente académico del alumno, con las mismas consecuencias que el resto de las disciplinas fundamentales, es decir, sirviendo de elemento de madurez necesario para el paso de un ciclo a otro, de un nivel a otro, por parte del

⁷² Ibidem, págs. 1016-1017.

⁷³ Vid., Contreras Mazario, J.M., “La enseñanza de la religión...” cit., págs. 170-171.

⁷⁴ Orden de 19 de mayo de 1980 sobre Enseñanza de la Doctrina Católica y su Pedagogía.

alumno, así como para la obtención de los títulos académicos correspondientes.

Es en este punto donde las normas de desarrollo de la LOGSE habían introducido de nuevo un elemento singularizador de la religión con respecto a las demás disciplinas fundamentales. Aunque se preveía que “la evaluación de esta enseñanza se realizará de forma similar a la que se establece... para el conjunto de las áreas”⁷⁵, es decir, se llevaría a cabo -para la Enseñanza primaria- de manera continua y global, teniéndose presente tanto los aprendizajes de los alumnos como los procesos de enseñanza y la práctica docente⁷⁶, mientras que -en la Enseñanza secundaria- la misma se realizaría de manera continua e integradora por el conjunto de profesores (incluido el de religión) del respectivo grupo de alumnos, teniendo presente tanto los aprendizajes de los alumnos como su propia práctica docente⁷⁷, sin embargo se establecía que las calificaciones obtenidas por los alumnos que cursen las enseñanzas de religión católica no serán tenidas en cuenta en determinados supuestos en los que sí se tendrán en cuenta las de las demás disciplinas⁷⁸.

Las opiniones que se virtieron a propósito de esta disposición fueron dispares, desde quienes sostenían que no tomar en consideración dichas calificaciones resultaba coherente con la naturaleza de unas enseñanzas de tipo confesional cuando las mismas puedan suponer un elemento de privilegio o de discriminación frente a los demás, en el caso de concurrir a convocatorias públicas, y sólo a estos efectos⁷⁹, hasta quienes opinaban que

⁷⁵ Arts. 14,3 y 16,3 respectivamente del Real Decreto 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio.

⁷⁶ Art. 9,2 y 3 del Real Decreto 1006/1991.

⁷⁷ Art. 9,2-3 y 4 del Real Decreto 1007/1991.

⁷⁸ Arts. 14,3 y 16,3 respectivamente del Real Decreto 1006/1991 y 1007/1991: “... dado el carácter voluntario que tales enseñanzas tiene para los alumnos, las correspondientes calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo y a los efectos del mismo realicen las Administraciones públicas y en los cuales deban entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos”.

⁷⁹ Vid. en este sentido Contreras Mazario, J.M., “La enseñanza de la religión...” cit., pág. 185.

la razón alegada para limitar los efectos evaluatorios de la religión dentro del sistema educativo -el carácter voluntario que tales enseñanzas tiene para los alumnos- “carece de sentido, y constituye, por ello, una *sin razón*”⁸⁰, puesto que “la elección de una materia que admite esta posibilidad -al igual a estos efectos que las llamadas materias optativas- determina que esa materia entre o no en el currículo del alumno que hizo la elección u opción, pero una vez elegida entra en tal currículo con todos sus efectos que son... los evaluatorios en igualdad de condiciones y efectos a las demás disciplinas fundamentales”⁸¹.

La oposición de la Conferencia Episcopal española a esta configuración de la enseñanza de la religión fue desde el principio clara y decidida. Destaca el Informe sobre el Proyecto de Enseñanza, aprobado por la Asamblea Plenaria en abril de 1988⁸² y la Nota de la Comisión Permanente de junio de 1991, publicada con motivo de la aprobación de los Reales Decretos sobre enseñanzas mínimas⁸³.

Para concluir con esta cuestión es necesario hacer referencia a los docentes de esta disciplina. El Acuerdo con la Santa Sede, en su art. III, establece que “la enseñanza religiosa será impartida por las personas que... sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza” y añade que “los profesores de religión formarán parte, a todos los efectos, del claustro de profesores de los respectivos centros”. Es decir, la propuesta corresponde a la Jerarquía

⁸⁰ Martínez Blanco, A., “La enseñanza de la religión en los centros docentes...” cit., pág. 173.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 172.

⁸² En “Ecclesia” núm. 2372, 21 de mayo de 1988, pág. 29.

⁸³ En “Ecclesia” núm. 2535, 6 de julio de 1991, pág. 10. Sobre este punto Ibán, I.C., “La enseñanza de la religión católica...” cit., pág. 1220: “Si no han existido contactos por parte del Gobierno con la Santa Sede para resolver tales dudas, entonces se podría fundadamente acusar al Real Decreto de no respetar el A.E.; pero, nótese bien, el interlocutor debe ser la Santa Sede, no la Conferencia Episcopal o cualquier otro órgano de la Iglesia española, que, en este punto, no debería arrogarse competencias que no le corresponden”.

eclesiástica y el nombramiento efectivo a las autoridades administrativas competentes.

El art. VII del Acuerdo sobre Enseñanza se refiere a la situación económica de los profesores de religión católica no pertenecientes a los cuerpos docentes estatales, determinando que “se concertará entre la Administración central y la Conferencia Episcopal española”.

Constituía un problema irresuelto antes de la LOGSE y no se alude al mismo por esta Ley, el de la naturaleza de la relación de trabajo de los profesores de religión que no pertenezcan a los Cuerpos del Estado con la Administración educativa, y el de su adecuada retribución en los niveles de Educación General Básica o sus equivalentes actuales de Educación primaria y primer ciclo de la Educación secundaria obligatoria.

Sin embargo, con fecha 20 de mayo de 1993 se firmó por los Ministros de Educación y Ciencia y de Justicia, en representación del Gobierno, y el Presidente de la Conferencia Episcopal española, debidamente autorizado por la Santa Sede, un Convenio aplicable a partir de enero de 1994 sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación primaria, que se aplicará transitoriamente en los centros públicos de Educación General Básica, mientras ésta subsista. Además, según establece la Disposición transitoria de dicho Convenio, en tanto el primer ciclo de Educación secundaria obligatoria se imparta en centros públicos de Educación primaria, también serán de aplicación al personal de referencia los términos del mismo.

El Estado asume la financiación de la enseñanza de la religión católica, prestando su colaboración las Diócesis en orden a hacer efectiva dicha financiación. La Administración pública transferirá mensualmente a la Conferencia Episcopal las cantidades globales correspondientes al coste íntegro de la actividad prestada por las personas propuestas por el Ordinario de lugar y designadas por la autoridad académica para la enseñanza de la religión (cláusula segunda del Convenio).

Si bien se establece en la cláusula tercera que “el importe económico por cada hora de religión tendrá el mismo valor que la retribución real por hora de clase de cualquier materia impartida por un profesor interino del mismo nivel”, sin embargo esta equiparación económica no es inmediata,

sino que “deberá alcanzarse en cinco ejercicios presupuestarios”⁸⁴.

El Gobierno se compromete a tomar las medidas oportunas para incluir a estos docentes en el régimen especial de la Seguridad Social de autónomos, “siempre que no estuvieran o debieran estar ya afiliados a la Seguridad Social en cualquiera de su regímenes” (cláusula cuarta).

En cuanto a las retribuciones del profesorado de religión en las enseñanzas medias, diversas disposiciones se ocupan de establecerlo⁸⁵, habiendo suscitado dificultades la articulación práctica del principio de equiparación de los docentes de religión católica con los docentes de otras disciplinas.

La pretensión de equiparación entre los profesores de religión y los de las restantes disciplinas tropieza con dificultades, en cuya raíz se encuentra el hecho de que sus procedimientos de designación y cese no son los mismos que los del resto del profesorado, cuestión esencial para determinar el estatus: la intervención -lógica- de la jerarquía eclesiástica en su nombramiento y cese singulariza a tales profesores con respecto a los restantes.

D. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo a lo largo de 1994.

Las profundas discrepancias surgidas a propósito de la regulación de la enseñanza de la religión católica operada por los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio, que establecían respectivamente las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria y a la Educación secundaria obligatoria, y por el Real Decreto 1700/1991, de 29

⁸⁴ Según la cláusula quinta del Convenio: “La equiparación económica a la retribución por hora de clase impartida por los profesores interinos del nivel correspondiente deberá alcanzarse en cinco ejercicios presupuestarios. Los incrementos precisos para ello se realizarán a partir del 1994, fijándose las cantidades correspondientes en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en las siguientes proporciones: año 1994, 20 por ciento; año 1995, 25 por ciento; año 1996, 25 por ciento; año 1997, 20 por ciento; y año 1998, 10 por ciento.

⁸⁵ Vid. Orden de 26 de septiembre de 1979 sobre las remuneraciones de los profesores de “Religión” de centros oficiales de Enseñanza Media; Orden de 28 de diciembre de 1984, que rectifica a la de 26 de noviembre de 1984, sobre nivel académico y retributivo de los profesores de Religión católica en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de EGB; y Orden de 9 de enero de 1985.

de noviembre, que establecía la estructura del Bachillerato, motivaron la interposición de una serie de recursos contencioso-administrativos, a los cuales tuvo que dar respuesta durante el año 1994 la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante cuatro sentencias a través de las cuales declaró nulos algunos de los preceptos impugnados.

Se trata de la S.T.S. 1133/94 de 3 de febrero⁸⁶, que declara no ser conformes a derecho, y por consiguiente nulos, el art. 7 y el art. 16,1 y 3 del Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio; la S.T.S. 2444/94 de 17 de marzo⁸⁷ que declara la disconformidad a derecho y consiguiente nulidad del art. 16, ap. 1 y 3 del Real Decreto 1700/1991, de 29 de noviembre; la S.T.S. 5151/94 de 9 de junio⁸⁸, que declara no ser conformes a derecho y, por consiguiente, anula el art. 14 del Real Decreto 1006/1991 y el art. 16 del Real Decreto 1007/1991, ambos de 14 de junio; y la S.T.S. 5279/94 de 30 de junio⁸⁹ que declara la disconformidad a derecho del art. 7 y del art. 14,1

⁸⁶ Resuelve el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 1635/91, interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales contra el art. 3,1 y 4, el art. 7 y el art. 16,1 y 3 del Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, alegando que dichos preceptos son contrarios a los arts. 14,16 y 27 de la C.E., así como también contrarios a lo que se establece en el Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos culturales, de 3 de enero de 1979.

⁸⁷ Resuelve el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 4915/92, interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales contra los arts. 6, 12, 13 y 16 ap. 1 y 3 del Real Decreto 1007/1991, de 29 de noviembre, por el que establece la estructura del Bachillerato.

⁸⁸ Resuelve el recurso en única instancia núm. 7300/92 interpuesto por la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos, contra la resolución del Consejo de Ministros de 5 de junio de 1992, por la que se desestimaron sendos recursos administrativos interpuestos por la entidad demandante contra el art. 14 del Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, y el art. 16 del Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio por los que respectivamente se aprueban las enseñanzas mínimas obligatorias en la Educación primaria y en la Educación secundaria.

⁸⁹ Resuelve el recurso en única instancia núm. 1636/91, interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales, contra el art. 3, el art. 7 y el art. 14,1 y 3 del Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria obligatoria.

y 3 del Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio.

Veamos cuál es sustancialmente la posición mantenida por el Tribunal Supremo en las sentencias recaídas en los citados recursos en relación con los aspectos más controvertidos de la incardinación de la enseñanza de la religión en el sistema educativo.

1. Ambigüedad de la norma. Es precisa una certeza suficiente sobre el contenido de las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión, pues no hay posibilidad de elección sino hay antes conocimiento suficiente para ejercitarla, todo ello de acuerdo con el principio de seguridad jurídica.

En la norma nada se dice acerca de en qué consisten las “actividades de estudio” que habrán de organizar necesariamente los centros para ofertarlas a los padres, tutores o alumnos, ambigüedad que vulnera el principio de seguridad jurídica en su acepción de “certeza necesaria de la norma”, pues la norma intrínsecamente habrá de ser lo suficiente clara y precisa para que sus destinatarios -padres, tutores, alumnos y centros docentes- puedan saber y conocer sobre qué materias deben versar esas actividades de estudio con el fin de que los primeros puedan hacer una elección consciente y los centros puedan organizar la oferta correspondiente⁹⁰.

“No queda lo suficientemente claro, tanto para los centros como para los padres o tutores de los alumnos en qué consistían las actividades de estudio que los primeros vienen obligados a ofertar y organizar y entre las que los segundos han de elegir”⁹¹.

“El artículo impugnado no deja lo suficientemente claro cuáles hayan de ser ni en qué han de consistir las actividades de estudio, adecuadas a la edad de los alumnos y orientadas por un profesor, sin especificar de que área, puesto que deja en la nebulosa en relación con qué enseñanzas mínimas hayan de incidir en particular; ello hace que dicha norma reglamentaria padezca de la suficiente certeza para que, siendo conocida por sus destina-

⁹⁰ S.T.S. 2444/94, de 17 de marzo, F.J. 10; S.T.S. 1133/94, de 3 de febrero, F.J. 7, C).

⁹¹ S.T.S. 5151/94, de 9 de junio, F.J. 7.

tarios, éstos puedan respectivamente ofertarlas -los centros educativos-, o elegir las -los padres- puesto que no hay posibilidad de elección si no hay antes conocimiento suficiente para ejercerla; infringiendo con ello, este precepto reglamentario, el principio de seguridad jurídica que el art. 9,3 de la Constitución garantiza”⁹².

2. Quiebra del principio de igualdad. Las actividades de estudio ofertadas como alternativa a la enseñanza de la religión (actividades que en los preceptos impugnados se referían a estudios en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente curso escolar), comportaban una discriminación hacia los alumnos que habían elegido la enseñanza de la religión, puesto que aquéllos obtendrían razonablemente un mayor conocimiento de dichas materias, lo que a su vez redundaría razonablemente también en una mejor calificación de su aprovechamiento escolar y, en definitiva, en un mejor expediente académico.

“Mientras las evaluaciones obtenidas en el área de conocimiento o materia de la Religión Católica no se computan en los expedientes personales escolares... aquellos alumnos que hayan elegido las mentadas actividades de estudio, aunque no tengan su específica evaluación, sin embargo su participación en ellas no ha de dejar de incidir en un mejor aprovechamiento y resultado de las evaluaciones de las otras áreas o materias obligatorias... Los hechos apuntados suponen una desigualdad para quienes, por recibir enseñanza religiosa, no pueden acudir a realizar las actividades de estudio...”⁹³.

“Esta mejor y mayor preparación en dichas materias a través de las mencionadas actividades de estudio orientadas por un profesor del centro, que habrían de obtener los alumnos que las eligieran, abandonando la enseñanza de la Religión, normalmente ha de redundar en un mejor y mayor aprovechamiento educativo del alumno, con un también normal reflejo en las calificaciones de las referidas disciplinas y, por consiguiente en un mejor

⁹² S.T.S. 5279/94, de 30 de junio, F.J. 5 C).

⁹³ S.T.S. 1138/94, de 3 de febrero, F.J. 7, C).

expediente académico a competir, no sólo dentro del mismo sistema educativo, sino también a efectos de su concurrencia en otras áreas profesionales”⁹⁴.

“Aquellos alumnos que asistan a las actividades de estudio... obtendrán razonablemente un mayor conocimiento de las materias... que también razonablemente habrán de redundar en una mejor calificación de su aprovechamiento escolar y, por ende, en un mejor expediente académico a la hora de la concurrencia de los expedientes académicos de los alumnos. De esta oportunidad se priva a los alumnos que hayan elegido la enseñanza de la religión, que no ha de valorarse en igual medida...”⁹⁵.

En el mismo sentido, aunque añadiendo un nuevo matiz, se pronuncia el Tribunal Supremo en otra sentencia: “La elección excluyente una de la otra, entre la enseñanza de la Religión Católica y dichas actividades de estudio, además de vulnerar el derecho de aquéllos a no declarar sobre su religión... que el art. 16 de la Constitución garantiza, trae la consecuencia efectiva y práctica de que aquellos alumnos que eligieron hacer uso de las actividades de estudio... razonablemente... han de obtener un mejor aprovechamiento... que ha de redundar mejor en sus calificaciones académicas, computables en sus expedientes escolares a efectos de la concurrencia de éstos dentro del sistema educativo; mejora ésta de aprovechamiento y calificación de la que no pueden beneficiarse los alumnos cuyos padres hayan elegido la enseñanza de la Religión Católica. Este tratamiento desigual para alumnos con derecho a la educación iguales, implica una vulneración del principio de igualdad ante la ley que el art. 14 de la Constitución garantiza”⁹⁶.

3. Las “condiciones equiparables”. Por último el Tribunal Supremo recuerda que, según el art. II del Acuerdo suscrito con la Santa Sede, la enseñanza de la religión católica se incluirá en todos los centros de educación

⁹⁴ S.T.S. 2444/94, de 17 de marzo, F.J. 10.

⁹⁵ S.T.S. 5151/94, de 9 junio, F.J. 7.

⁹⁶ S.T.S. 5279/94, de 30 de junio, F.J. 5, C).

en condiciones “equiparables” a las demás disciplinas fundamentales, sin que los preceptos impugnados cumplieren tal exigencia.

El Alto Tribunal declara que en la regulación reglamentaria impugnada “se ha infringido... en particular el Acuerdo de la Santa Sede y el Estado español, al no incluir la enseñanza de la Religión Católica... en condiciones *equiparables* a las demás áreas o materias fundamentales; y al no disponer que se adopten las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga desigualdad alguna, vetada por la Constitución, en la actividad escolar”⁹⁷.

Disconformidad a derecho que se reitera en los demás pronunciamientos sobre la materia: “Se vulnera asimismo el Acuerdo celebrado entre el Estado español y la Santa Sede, de 1979... -y por ende la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990- en cuanto que aquél -mientras esté en vigor- obliga al Estado español a incluir la enseñanza de la Religión Católica en todos sus centros de educación, y no de cualquier manera, sino en condiciones *equiparables* a las demás disciplinas fundamentales; lo que no está en contradicción con la acordada no obligatoriedad para los alumnos que, por respeto a la libertad de conciencia, en el art. II del citado Acuerdo Internacional se establece”⁹⁸.

“Dicha equiparación no se cumple en la redacción de las respectivas normas reglamentarias ahora impugnadas, en cuanto que... si bien se dispone una evaluación similar de la enseñanza religiosa a la del conjunto de las demás áreas, sin embargo sus calificaciones no han de tener el mismo valor dentro del sistema educativo a la hora de la concurrencia de los expedientes académicos de los alumnos”⁹⁹.

⁹⁷ S.T.S. 1133/94, de 3 de febrero, F.J. 8.

⁹⁸ S.T.S. 2444/94, de 17 de marzo, F.J. 10. B).

⁹⁹ S.T.S. 5151/94, de 9 de junio, F.J. 7; idéntico razonamiento se puede ver en la S.T.S. 5279/94, de 30 de junio, F.J. 5, C).

E. Proyecto de Real Decreto sobre enseñanza de la religión.¹⁰⁰

Las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo declarando la nulidad de determinados artículos de los Reales Decretos dictados en desarrollo de la LOGSE, así como la aprobación por las Cortes Generales de tres Leyes por las que se establecen Acuerdos de Cooperación entre el Estado español y las Confesiones Evangélica, Israelita e Islámica¹⁰¹, hizo necesario abordar en un reglamento específico la cuestión de la enseñanza de la Religión en el sistema educativo.

El Ministerio de Educación y Ciencia elaboró un Proyecto de Real Decreto que se somete a informe del Consejo Escolar del Estado¹⁰²; el Proyecto se envía a la Conferencia de Educación para su estudio, y sobre él manifiestan su parecer los consejeros de las Comunidades Autónomas en pleno ejercicio de sus competencias educativas¹⁰³; asimismo se cursa comunicación de la regulación proyectada al Presidente de la Conferencia

¹⁰⁰ Vid. en "Religión y Escuela", 91, 1994, págs. 6-7.

¹⁰¹ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

¹⁰² La Comisión Permanente del Consejo Escolar del Estado, en sesión celebrada el 26 de julio de 1994, emite un informe sobre el Proyecto, en el que señala, aparte de otras observaciones incorporadas al texto definitivo, que el art. 3,2 no debería ceñirse exclusivamente a las "enseñanzas mínimas" del respectivo nivel educativo, pues ello podría no adecuarse en sus términos a la S.T.S. 1133/94, de 3 de febrero. Asimismo sugiere la ampliación de las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión, según lo previsto en el art. 3,3 del Proyecto, entre otros contenidos, a la historia de las grandes religiones o de la cultura religiosa, sociología o filosofía de la religión y lectura y análisis de textos sobre el fenómeno religioso. A este informe del Consejo Escolar se acompañan 22 votos particulares.

¹⁰³ Sesión de la Conferencia de Educación de 18 de julio de 1994.

Episcopal Española¹⁰⁴, a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a la Federación de Comunidades Israelitas y a la Comisión Islámica de España¹⁰⁵.

Veamos cómo aborda la regulación proyectada los puntos más problemáticos.

La previsión para los alumnos que no opten por seguir enseñanzas de Religión es el establecimiento de unas actividades de estudio sobre *contenidos formativos no incluidos en los de carácter mínimo* de los respectivos ciclos o cursos (art. 3,2). No obstante, durante un curso de la Educación Secundaria Obligatoria y otro del Bachillerato dichas actividades versarán sobre *aspectos culturales relacionados con las religiones* (art. 3,3).

Se pretende de esta manera atender a las sentencias del Tribunal Supremo que veían en el estudio asistido previsto por la anterior normativa un refuerzo del aprendizaje de las áreas y materias del currículo, que podía producir discriminación para los alumnos que siguieran las enseñanzas de Religión¹⁰⁶.

En cuanto al otro punto conflictivo, el de la evaluación de las enseñanzas de Religión, la solución proyectada es similar a la de la normativa anterior, es decir, evitar que dicha evaluación sea tomada en cuenta cuando las calificaciones hayan de entrar en competencia dentro del sistema educativo y a los efectos de éste (art. 5,3); la única diferencia existente con respecto a aquellos preceptos es que dicha previsión abarca la enseñanza

¹⁰⁴ El Presidente de la Conferencia Episcopal respondió mediante carta de 15 de julio de 1994 a la que adjuntaba un informe sobre la posición de la Conferencia Episcopal que concluía con una propuesta de evaluación de la opción confesional y de las modalidades de enseñanza que debían integrar la opción cultural.

¹⁰⁵ La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España manifiesta su parecer favorable a la aprobación del Proyecto, y formula una observación puntual al art. 3,1. Por su parte la Comisión Islámica de España sugiere que se concreten en el Proyecto, mediante un anexo, las religiones, cuya enseñanza se oferta, así como que se regule el régimen retributivo de los profesores de religión.

¹⁰⁶ Vid. Preámbulo del Proyecto de Real Decreto.

de cualquier Religión que haya de ser evaluada y cuyas calificaciones se reflejen en los libros de escolaridad (art. 5,2). Se justifica su no aplicación en competencia fundamentándola en “el obligado respeto al principio de igualdad entre los alumnos, que no han de verse discriminados por razón de la Religión que profesen, circunstancia que ha de ser evitada, tanto en sentido negativo como positivo, por parte de un Estado no confesional”¹⁰⁷.

El Proyecto, en lo que se refiere a la evaluación, responde al siguiente esquema: en la Educación primaria y secundaria obligatoria, la evaluación de la enseñanza de la Religión Católica se realizará de manera idéntica a las demás áreas o materias del currículo, constando en el expediente académico las calificaciones obtenidas; la evaluación de las enseñanzas de otras confesiones religiosas, en los niveles de Educación primaria y secundaria obligatoria “se ajustará a lo establecido en las normas que disponen la publicación de los currículos correspondientes” (art. 5,2); en el Bachillerato, las calificaciones obtenidas en la evaluación de las enseñanzas de Religión (Católica u otras) no se computan para la obtención de la nota media a efectos de acceso a la Universidad, ni para la obtención de becas o ayudas al estudio en convocatorias que realicen las Administraciones Públicas; por último las enseñanzas alternativas a la religión no son objeto de evaluación en ninguno de los niveles educativos y, por tanto, no tendrán constancia en los expedientes académicos de los alumnos.

El Proyecto de Real Decreto sobre enseñanza de la religión es, finalmente, sometido al dictamen del Consejo de Estado¹⁰⁸, que lleva a cabo un pormenorizado examen en el que pone de relieve una serie de puntos de dudosa interpretación en la redacción del mismo. Sintéticamente se pueden concretar en los siguientes:

1. No queda expresado con la suficiente claridad si las enseñanzas

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Integrado por Ledesma Bartret, Presidente; Gutiérrez Mellado; Lavilla Alsina; Arozamena Sierra; De Mateo Lage; Sánchez del Corral y del Río; Peces-Barba del Brío; Vizcaíno Márquez; Pérez-Tenessa Hernández; y Delgado Iribarren Negro, Secretario General.

alternativas a la Religión son obligatorias para aquellos alumnos que no hubiesen optado por ésta última o si se admite una tercera situación: la de alumnos que, sin optar por la enseñanza de Religión, tampoco sigan las enseñanzas alternativas. Por ello “si lo que se pretende es una formación integral del alumno a través de la impartición de enseñanza de Religión u otras enseñanzas alternativas... admitir la citada tercera situación... podría quizás ser contradictorio con el mencionado objetivo. De ahí que sea preciso aclarar esta cuestión, pues las consecuencias de la configuración que se siga serán sustancialmente distintas”¹⁰⁹.

2. Señala el art. 3,2 del Proyecto que el contenido de las enseñanzas alternativas no puede coincidir con las materias que integran las “enseñanzas mínimas” del respectivo nivel educativo, con lo cual pretende darse cumplimiento al criterio sentado por el Tribunal Supremo en este aspecto. Sin embargo “no parece que dicha exclusión deba circunscribirse exclusivamente a las enseñanzas mínimas, sino a todas aquellas del nivel educativo que puedan comportar una puntuación y, en definitiva, que repercutan en el propio expediente académico, pues sólo así se evitará la discriminación en los términos señalados por el Tribunal Supremo”¹¹⁰.

3. En lo tocante al contenido material de las enseñanzas alternativas a la Religión, a juicio del Consejo de Estado, la regulación es insuficiente. En primer lugar porque, al referirse el art. 3,3 del Proyecto del Real Decreto exclusivamente a las enseñanzas alternativas para un curso de Enseñanza secundaria obligatoria y para otro de Bachillerato, podría suscitarse la polémica de si los Centros docentes únicamente tendrán deber de ofrecer tales enseñanzas en los dos cursos citados.

En segundo lugar porque, aún interpretando que las enseñanzas alternativas deben ofertarse en todos los cursos de la Educación secundaria obligatoria y del Bachillerato, nada se dice sobre cual será el contenido

¹⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado, pág. 18.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 19.

material de tales enseñanzas alternativas (con la exclusión de los citados dos cursos), “enseñanzas que razonablemente deberían tener un contenido análogo o similar al previsto para los dos cursos citados”¹¹¹.

En tercer lugar, el Proyecto no se refiere tampoco al contenido de las enseñanzas alternativas ni en el segundo ciclo de la Educación infantil ni en la Educación primaria, niveles en los que también deben impartirse.

4. Por lo que respecta a uno de los aspectos que ha concitado mayores discrepancias, el de la evaluación, el Consejo de Estado señala en su dictamen que aunque podría haberse optado por configurar un sistema de evaluación y calificación de las enseñanzas religiosas y también de las enseñanzas alternativas, con el correspondiente reflejo -en ambos casos- en el expediente académico¹¹², sin embargo no es a priori rechazable la admisibilidad del sistema propuesto en el que no se evalúan las enseñanzas alternativas, pues es legítimo disponer que la existencia de una asignatura más (estas enseñanzas alternativas) y su eventual calificación no dependa sin más del ejercicio por otros de su derecho a elegir para sus hijos la enseñanza de la Religión.

Estas consideraciones, junto con alguna otra observación puntual del Consejo de Estado, acarrearán la necesidad de modificar el texto del Proyecto al objeto de conseguir un diseño más claro y preciso del régimen aplicable a las enseñanzas de Religión y sus alternativas.

F. Nuevo modelo y nuevas discrepancias.

Tras las oportunas modificaciones el Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre¹¹³ que consta de Preámbulo, seis artículos, una Disposición adicional, una transitoria y tres finales, siendo

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² “Esto dispararía las dudas suscitadas acerca del alcance de la exigencia de que la religión católica sea incluida en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”. Vid. Dictamen del Consejo de Estado, pág. 23.

¹¹³ BOE núm. 22, de 26 de enero de 1995.

de aplicación lo establecido en el mismo a partir del curso 1995-96¹¹⁴.

Sin embargo, concluye el curso 1994-95 sin que la Administración hubiera llevado a cabo el necesario desarrollo reglamentario para su aplicación en el curso 1995-96¹¹⁵. Finalmente se dicta la Orden de 3 de agosto de 1995¹¹⁶ y, en cumplimiento de la misma dos Resoluciones de la Dirección General de Renovación Pedagógica: la Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a las enseñanzas de Religión, en lo relativo a las actividades de Sociedad, Cultura y Religión, para los cursos 3º y 4º de Educación secundaria obligatoria y 1º de Bachillerato¹¹⁷, y la Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a las enseñanzas de Religión en la Educación primaria, en el primer ciclo de la Educación secundaria obligatoria y en el 2º curso de Bachillerato¹¹⁸.

¹¹⁴ La reacción de la Conferencia Episcopal ante el nuevo Real Decreto es inmediata, y queda reflejada en una Nota aprobada en la 174 Reunión de su Comité Ejecutivo, celebrada en Madrid el 15 de diciembre de 1994. Se insiste en que la discriminación académica de los alumnos que eligen la asignatura de Religión católica subsiste, puesto que no será impartida "en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales", ni se garantiza que "el hecho de recibir o no recibir enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar", como exige el art. II del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales. En primer lugar porque, aunque se mantienen las calificaciones de los alumnos de Religión, las del Bachillerato no serán tenidas en cuenta para la obtención de becas ni para el acceso a la Universidad. Y en segundo lugar porque a los alumnos que eligen la clase de Religión se les exige un mayor esfuerzo y dedicación que a sus compañeros que participan en actividades de estudio alternativas, ya que aquéllos estudian una materia con rigor académico y con evaluación, mientras éstos estarán sólo obligados a un estudio sobre materias no curriculares, sin exigencia académica ni evaluación y sin que su trabajo se tenga en cuenta para efecto alguno. Vid. texto completo de la Nota en "Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española", núm. 45, de 18 de enero de 1995.

¹¹⁵ Según lo establecido en su Disposición Final tercera.

¹¹⁶ BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1995.

¹¹⁷ BOE núm. 213, de 6 de septiembre de 1995.

¹¹⁸ BOE núm. 213, de 6 de septiembre de 1995 y corrección de errores en BOE núm. 218, de 12 de septiembre de 1995.

La inminencia del comienzo del curso cuando se dicta esta normativa va a poner de nuevo a prueba esa patológica necesidad de improvisación a que se ven sistemáticamente sometidos los centros docentes cuando se acomete cualquier reforma, con las consiguientes dificultades en cuanto a la programación de las nuevas enseñanzas alternativas y selección del profesorado encargado de impartirlas.

Nos detendremos a continuación en el análisis de dichas disposiciones en aras a clarificar el modelo que establecen.

La Orden de 3 de agosto de 1995 encomienda a la Dirección General de Renovación Pedagógica la propuesta de actividades de estudio referidas a cultura religiosa que se llevarán a cabo en el segundo ciclo de la Educación secundaria obligatoria y en el primer curso de Bachillerato¹¹⁹ y atribuye a los centros la facultad de elaborar las propuestas en los restantes cursos. Al mismo tiempo asigna a los centros la función de organizar las actividades de estudio y concreta algunos extremos respecto al profesorado encargado de dirigirlos.

Por lo que hace a las actividades relativas a cultura religiosa “deben propiciar muy especialmente el espíritu de tolerancia y la reflexión respecto a lo que las distintas religiones han supuesto para el pensamiento, la cultura y la sociedad”¹²⁰.

En cuanto a su ámbito de aplicación, regirá, a partir del curso 1995-96, en el territorio bajo competencia del Ministerio de Educación y Ciencia. “Asimismo será de aplicación, con carácter supletorio, en el ámbito de las demás Administraciones educativas en tanto no dicten, de acuerdo con sus competencias, las disposiciones precisas para la ejecución y desarrollo de lo establecido en el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión”¹²¹.

El art. 2 de la misma establece a grandes rasgos los contenidos de las

¹¹⁹ Aunque, como vimos, en el Proyecto del Real Decreto sólo se contemplaba la actividad alternativa de cultura religiosa en dos cursos -uno de Enseñanza secundaria obligatoria y otro de Bachillerato- el Real Decreto 2438/1994 la amplía a un curso más -3º y 4º de Enseñanza secundaria y 1º de Bachillerato-.

¹²⁰ Vid. Preámbulo de la Orden de 3 de agosto de 1996, cit.

¹²¹ Art. 1 de la Orden de 3 de agosto de 1995, cit.

actividades alternativas a la enseñanza de la religión. Sus apartados 1º y 2º se refieren a las actividades a impartir en la Educación primaria, primer ciclo de la Enseñanza secundaria obligatoria y segundo curso de Bachillerato. El apartado 3º está dedicado a las actividades alternativas que se impartirán en tercer y cuarto curso de Educación secundaria obligatoria y primero de Bachillerato, que versarán sobre “manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes religiones que permitan un mejor conocimiento de los hechos, símbolos y personajes más relevantes de las misma, así como su influencia en la cultura y la vida social de las diferentes épocas, y contribuirán a fomentar entre los alumnos el espíritu de tolerancia”.

Por lo que respecta al régimen académico, dichas actividades de estudio alternativas, se realizarán en horario simultáneo a las enseñanzas de religión, siendo obligatorias para los alumnos que no hayan optado por aquélla.

Aunque -en coherencia con lo dispuesto por el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre-, se establece que estas actividades no serán objeto de evaluación, sin embargo esta Orden introduce una novedad, consistente en que “a petición de los interesados, los centros podrán expedir una acreditación que especifique las actividades de estudio que hubieran desarrollado”¹²².

Se hace, por último, referencia al profesorado encargado de impartir dichas actividades. Aunque se parte de la voluntariedad y disponibilidad horaria, no obstante se establecen ciertas diferencias o prioridades, dependiendo de que se trate de actividades referentes a cultura religiosa -es decir, las que deben impartirse en tercer y cuarto curso de Enseñanza secundaria obligatoria y primer curso de Bachillerato¹²³- o bien, de las actividades alternativas a impartir en el resto de los cursos¹²⁴.

La Dirección General de Renovación Pedagógica desarrolla lo pre-

¹²² *Ibidem*, art. 3,3.

¹²³ *Ibidem*, art. 6,2: “... se encomendarán preferentemente, en ausencia de Profesores de secundaria que dentro de su disponibilidad horaria deseen dirigirlos de forma voluntaria, a los Profesores de secundaria de las especialidades de Filosofía, Geografía e Historia, Lengua Castellana y Literatura, lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Latín y Griego, y de Idiomas modernos”.

visto en la Orden de 3 de agosto de 1995 mediante dos resoluciones, ambas de la misma fecha. La primera de ellas es la Resolución de 16 de agosto 1995¹²⁵ sobre actividades alternativas a la enseñanza de religión en la Educación primaria, en el primer ciclo de la Educación secundaria obligatoria y en el segundo curso de Bachillerato.

Su Anexo I recoge, a título ejemplificativo, repertorios de actividades alternativas para impartir en la etapa de Educación primaria, organizando las mismas en torno a “ciclos” (cine-video; colecciones, tradicionarios y compilaciones; formación de grupos musicales; audición y organización de conciertos; charlas-conferencia; gastronomía; narraciones orales y radio) y “proyectos” (guía de la localidad; música y juegos del mundo; otros pueblos otras culturas; periódico escolar; taller de construcción, de juegos, de prensa, de publicidad o de televisión; apoyo a la biblioteca escolar).

En su Anexo II, y también a título de ejemplo, se recogen repertorios de actividades alternativas para las etapas de Educación secundaria obligatoria y segundo curso de Bachillerato, con indicación en este caso del profesorado más idóneo para impartirlas¹²⁶.

La otra Resolución de 16 de agosto de 1995¹²⁷ se refiere a las

¹²⁴ Ibidem art. 6.1: "... En los Centros de Educación primaria y en los Institutos de Educación secundaria, la dirección de las actividades de estudio alternativo correrá a cargo de los Maestros y Profesores de secundaria que deseen atenderlas de forma voluntaria y que puedan realizarlas en función de la correspondencia de su especialidad y de la naturaleza de las actividades y que no hubieran completado su horario en el área o materia de su especialidad. En su defecto, los Directores de los centros asignarán esta tarea a los Maestros o Profesores de secundaria que estimen oportuno..."

¹²⁵ BOE núm. 213, de 6 de septiembre de 1995 y corrección de errores en BOE núm. 218, de 12 de septiembre.

¹²⁶ Aquí podría decirse que cabe todo, pues junto a la propuesta de actividades alternativas similares a las establecidas para la Educación primaria -colecciones, guía de la localidad, charlas-debate, audiciones musicales...- se presentan, hasta un total de treinta y cuatro ejemplos, entre los cuales aparecen los juegos de mesa y pasatiempos -especialmente atribuidos a los departamentos de Lengua y Literatura, Tecnología, Matemáticas, Ciencias Naturales o Geografía e Historia-, ocio y tiempo libre -encomendado especialmente a los departamentos de Educación Física, Tecnología o Artes Plásticas-, juegos y deportes autóctonos y populares -departamento de Geografía e Historia junto al de Educación Física-

actividades de “Sociedad, Cultura y Religión”, previstas como alternativas a la enseñanza de religión durante los cursos tercero y cuarto de Educación secundaria obligatoria y primer curso de Bachillerato¹²⁸, indicando que en los dos primeros cursos se hará especial hincapié en los aspectos históricos literarios y artísticos; y en el tercer curso se propiciará la reflexión filosófica en torno al hecho religioso y sus implicaciones en la sociedad y cultura¹²⁹.

Los motivos de la disconformidad ante la actual regulación podrían sintetizarse en dos posiciones diametralmente opuestas. Por una parte la Confederación Católica de Asociaciones de Padres de Alumnos fundamenta su oposición en el incumplimiento de las exigencias derivadas del Acuerdo con la Santa Sede ya que no se equipara la enseñanza de la Religión a las demás áreas o materias fundamentales y porque entraña una discriminación negativa para los alumnos que opten por la enseñanza de la Religión. A su vez, la Confederación Española de Asociaciones de Padres de Alumnos - que se define como aconfesional- rechaza que a los alumnos que no deseen enseñanza religiosa se les imponga ninguna otra materia, considerando que

¹²⁷ BOE núm. 213, de 6 de septiembre de 1996.

¹²⁸ La programación de los contenidos de dicha actividad alternativa se encomendó a una comisión integrada, entre otros, por Herrero de Miñón y Pecces-Barba. El currículo de la actividad quedó fijado así: I. Tercer curso (ESO): 1. Historia y religión del pueblo de Israel. La tradición bíblica. 2. El cristianismo primitivo y su desarrollo. 3. Catolicismo en la sociedad y el las instituciones de la Europa Medieval. 4. El Islam: Doctrina, civilización y culturas. 5. Humanismo, Reforma y Contrarreforma. Guerras de Religión. Tolerancia. 6. Las tres culturas religiosas en la Península Ibérica y su proyección externa. II. Cuarto curso (ESO): 1. El Cristianismo en América. 2. Evolución de las confesiones cristianas en Occidente. 3. Cristianismo, Ilustración y Revoluciones liberales. 4. Movimientos sociales, políticos, culturales y religiosos en el siglo XIX. 5. Cristianismo en el siglo XX. 6. Islam Contemporáneo, tradicionalismo, reformismo y revisionismo crítico. 7. Judaísmo: tradición y modernidad. III. Primero de Bachillerato: 1. El hecho religioso. Formas y manifestaciones. 2. Dios y el hombre en las religiones monoteístas. 3. La razón y la fe. Teísmo, agnosticismo, fideísmo ateísmo. Teología y mística. 4. Política y religión. Las relaciones Iglesia-estado. Libertad religiosa, tolerancia, fundamentalismo.. 5. Sociedad y religión. La “religión civil”. Laicismo. 6. Ética pública y éticas privadas. 7. El hecho religioso en la Constitución española.

¹²⁹ Art. 4 de la Resolución de 16 de agosto de 1995, cit.

el ejercicio positivo de un derecho por parte de algunos ciudadanos no puede engendrar obligaciones para aquellos otros que no lo ejercitan.

Pero, al margen de críticas derivadas de las legítimas opciones ideológicas, se constatan también otras, basadas en razones de índole pedagógico, ante el establecimiento de unas enseñanzas obligatorias para algunos alumnos -los que no opten por la Religión-, sin ningún tipo de evaluación y sin ninguna constancia en su expediente académico¹³⁰.

Según el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, art. 3,4 “las actividades a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo serán obligatorias para los alumnos que no opten por recibir enseñanza religiosa y se adaptarán a la edad de los alumnos. Tales actividades no serán objeto de evaluación y no tendrán constancia en los expedientes académicos de los alumnos”.

Según los profesores integrantes de SEPFI, esta regulación establece una doble discriminación entre los escolares. Por una parte, quienes optan por la enseñanza de la religión católica se someten a un riesgo académico punitivo que eluden quienes rehúsen estas enseñanzas. En efecto, las calificaciones de religión no se computarán a efecto de pruebas selectivas, ni de concesión de becas, pero sí a los demás efectos: cómputo de materias pendientes para promocionar al curso siguiente -dos como máximo sin especificar cuales- o para la conclusión de la etapa, en que se requiere haber superado positivamente *todas* las materias cursadas.

Por otra parte también resultan discriminados, desde otro punto de vista, los alumnos que no opten por la Religión, pues a estos se les imponen unas enseñanzas y sin embargo no se les ofrece oportunidad alguna de que su esfuerzo sea reconocido ni recompensado¹³¹.

¹³⁰ En este sentido manifestaban su preocupación los miembros de la Sociedad Española de Profesores de Filosofía (SEPFI), reunidos el 10 de marzo de 1995 en una Jornada de Reflexión sobre el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre.

¹³¹ El Real Decreto 1543/1988, de 25 de octubre, sobre Derechos y Deberes de los Alumnos, establece en su art. 19,1 que “los alumnos tienen derecho a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad”. Por otra parte este derecho ya venía expresado en el art. 5 de la LODE “b. Derecho a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad”.

Si a la clase voluntaria de Religión le acompaña como alternativa otra enseñanza, parecería lógico que ambas estuviesen sujetas al mismo sistema de calificación. No existe ninguna otra enseñanza obligatoria para el alumno exenta de ser evaluada. Incluso aquellas de libre elección, como son las optativas, son objeto de evaluación. Resulta evidente que si a unas enseñanzas se las priva arbitrariamente de ese resorte que es la evaluación se las ha privado de la posibilidad de orientar al alumno, de establecer elementos correctores, de informar al alumno y a sus padres sobre su rendimiento en tales enseñanzas, al tiempo que se priva al profesor y a la Administración de datos esenciales para mejorar y controlar la actividad docente.

Se pretende que el alumno acepte el sentido de unas enseñanzas obligatorias, distintas de todas las demás, unas clases “no evaluables”, pero de las que se espera una seriedad y un rendimiento. ¿O es que no se espera?

Quizás la respuesta varíe según la refiramos al bloque de actividades alternativas propuestas para la Educación primaria, el primer ciclo de la Educación secundaria obligatoria y 2º curso de Bachillerato, o bien a la actividad alternativa prevista para 3º y 4º curso de Educación secundaria obligatoria y 1º curso de Bachillerato.

Como vimos, para los primeros puede decirse que cabe todo, desde los juegos de mesa a las adivinanzas pasando por las audiciones musicales o la reparación de juguetes ¿son estos los contenidos a que alude el art. 3,2 del Real Decreto 2438/1994?¹³²

En cambio, para los segundos la previsión de “Sociedad, Cultura y Religión” se presenta como una alternativa organizada en sus contenidos, y que cumple con la finalidad requerida, contribuyendo al desarrollo de los objetivos y capacidades generales de la etapa correspondiente, sin que se entienda por qué razón se ha reservado en exclusiva a los tres cursos citados?

El Tribunal Supremo ha comenzado¹³³ a dar respuesta a alguna de las

¹³² Más bien parece tratarse de entretenimientos para mantener ocupados durante “la hora de Religión” a los alumnos que no la eligieron.

¹³³ En nuestro conocimiento son varios ya los recursos interpuestos contra la normativa hasta aquí descrita.

discrepancias expresadas en su reciente sentencia de 31 de enero de 1997, por la que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el cauce procesal de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra los arts. 3, 5.3 y 6.3 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, así como contra sus Disposiciones Adicional única y Final primera.

La primera cuestión abordada por los demandantes es la de la naturaleza y contenido de los estudios ofrecidos como alternativa para los alumnos que no hayan optado por seguir enseñanza religiosa. Estiman los recurrentes que vulnera el art. 27.3 de la C.E. ofrecer como alternativa a la clase de religión unas enseñanzas que no tienen un contenido moral aconfesional, que, en su criterio, sería el único constitucionalmente posible.

No se muestra acorde con dicha interpretación el T.S. considerando que “no es vulnerador del art. 27.3 de la Constitución que, al disciplinar reglamentariamente la materia religiosa, la Administración haya optado por que las actividades de estudio alternativas para quienes no quieran cursar aquélla no sean de un contenido total y estrictamente dirigido a la docencia moral, sino a la ampliación de conocimientos culturales de carácter general, con un especial llamamiento en determinados cursos a los ligados a los hechos y fenómenos religiosos¹³⁴”.

A continuación se centra la sentencia en otro de los temas que ha concitado una mayor polémica: la decisión de que las actividades alternativas no sean evaluadas. En el recurso se utiliza el argumento tantas veces esgrimido de que ofrecer una enseñanza de la religión evaluable frente a otras alternativas no evaluables implica la discriminación de aquellos alumnos que opten por la religión respecto de los que no lo hagan, pues deberán soportar más carga lectiva y tendrán que aprobar una asignatura más, constituyendo además un elemento disuasor de la elección el oponer una enseñanza evaluable a otra que no lo es.

Al abordar este punto, la sentencia del T.S. zanja una doble cuestión.

¹³⁴ S.T.S. de 31 de enero de 1997, F.J. 2.

Por una parte insiste en la vía de la alternatividad al decir: “no es razonable aceptar que quien desee valerse de una garantía constitucional de formación religiosa, no obligada para quien no se acoja voluntariamente a ella, tenga un derecho constitucional a imponer que las condiciones pactadas para su prestación en orden a la evaluación se extiendan a actividades alternativas no cubiertas con dicha garantía y *cuya misma existencia es una mera consecuencia del reconocimiento de aquella garantía*”¹³⁵, de modo que es evidente que las actividades alternativas no sería preciso programarlas si los poderes públicos no estuviesen obligados constitucionalmente a atender a la enseñanza religiosa...”¹³⁶. Por otra parte, considera el T.S. que las enseñanzas alternativas no deben ser evaluables, pues “... constituiría una carga desproporcionada para los alumnos no inscritos en la enseñanza religiosa que, además de ver intensificado su horario lectivo con las actividades alternativas, se les impusiera la evaluación de las mismas”¹³⁷.

Son, pues, tres los puntos en que incide la sentencia, en orden a clarificar el modelo español de enseñanza de la religión: 1. El establecimiento de estas enseñanzas sobre la base de la alternatividad y no de la mera opcionalidad; 2. El contenido de las enseñanzas o actividades alternativas; y 3. No evaluación de dichas alternativas.

Obviamente la actual regulación -aunque según el T.S. no vulnera derechos fundamentales- ni es la mejor ni es la única posible; en todo caso hay que tener presente la dificultad con que tropieza el cumplimiento del compromiso adquirido por el Estado español en el Acuerdo sobre Enseñanza, en cuanto a que la Religión católica sea impartida “en condiciones equiparables” al resto de las asignaturas fundamentales. En el recurso que ha motivado la sentencia comentada se pedía una interpretación del concepto “condiciones equiparables”. El T. S. estimó que no competía hacer dicha interpretación en el marco estricto de proceso especial de protección de los

¹³⁵ El subrayado es nuestro.

¹³⁶ S.T.S. de 31 de enero de 1997, F.J. 3.

¹³⁷ Ibidem.

derechos fundamentales, sino en el más amplio y común del proceso ordinario.

Esperamos dicha respuesta en la vía adecuada, pero eso sí, sin olvidar un dato clave: ni el profesorado, ni la asignatura misma de Religión católica se encuentran (ni pueden encontrarse) plenamente integrados en el entramado educativo de los centros públicos. Teniendo en cuenta estos presupuestos ¿es posible el cumplimiento de la obligación?

LUCA R. PERFETTI

*SULL'ATTIVITÀ EXTRATERRITORIALE DELLE AZIENDE
SPECIALI DEGLI ENTI LOCALI
IN MARGINE AD UNA RECENTE SENTENZA DEL TAR LOMBARDIA*

1. Pubblico e privato nei servizi pubblici

L'attività svolta dalle aziende speciali degli enti locali, spesso, si pone al centro del difficile equilibrio tra mercato e gestione diretta dell'amministrazione nel settore dei servizi pubblici, tema da sempre oggetto di un vasto dibattito giuridico e non; si tratta di una questione che si pone all'intersezione tra scelte politiche, teoria economica, dottrina dello Stato e tecnica normativa, sicché l'osservatorio del giurista non può costringersi, sul tema, al solo dato normativo¹.

Tuttavia, nonostante non si possa ignorare la questione accennata, in questa sede ci si limiterà ad esaminarla dal punto di vista della recente decisione del TAR Lombardia sez. III, 18.4.97, n. 493.

La decisione in parola é stata assunta a conclusione di un articolato contenzioso che ha visto la concessionaria del servizio di distribuzione del gas metano di un Comune lombardo, impugnare prima l'intesa stipulata tra il Comune di Paullo e quello capoluogo, "per l'estensione di territorio di Paullo del servizio distribuzione gas metano svolto dall'A.E.M. di Milano", affidandosi a questa la concessione del servizio, poi la successiva modifica di dette intese ed in seguito, il regolamento dell'azienda, quindi il riscatto degli impianti, successivamente, l'immissione nel possesso ed, in-

¹ Sulle questioni complessivamente connesse, per tutti, G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in Onore di V. Ottaviano*, II, Milano 1993, p. 1081 e ss.

fine, l'affidamento all'azienda del servizio².

2. Deroga alla regola del mercato nel caso di affidamento diretto ad un'azienda speciale o Società a capitale misto.

2.1. La soluzione proposta dalla sentenza T.A.R. Lombardia 493/97

La sentenza in esame affronta la questione *ex professo*.

² Cfr. TAR Lombardia, sez. II, 18.4.97, n. 493, Pres. Mariuzzo, Est. Rosati, Sigad S.r.l. (avv. Tanzarella) vs. Comune di Paullo (avv. Mariotti), Aem (avv. Pericu, Buccella), Comune di Milano (Avv. Surano, Ammendola, Moramarco).

Il TAR, in particolare, entrando nel merito di quello che assume essere, *"il punto nodale della controversia"*, consiste nello stabilire se gli accordi intervenuti consentissero *"l'affidamento diretto del servizio di cui è causa ovvero se il Comune di Paullo fosse tenuto ad indire la gara"*. La giurisprudenza di primo grado l'aveva esclusa, argomentando che il servizio *de quo* sarebbe *"fuori mercato"*, in quanto affidato ad azienda municipalizzata secondo modulo normativo [quello dell'art.24 l. 142/90] che appositamente prevede l'assunzione, da parte di tali organismi, di servizi fuori del territorio del comune che li ha istituiti. Il TAR si richiama all'art.5 d.p.r.902/86 che stabilisce che il Comune può deliberare l'estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi sulla base di preventivi di impianto e d'esercizio formulati dall'ente strumentale stesso. Quest'ultima norma, però, *"deve ritenersi però superata dall'entrata in vigore della l. 142/90"*, che all'art.22, 3° comma, stabilisce che *"le forme di gestione dei servizi pubblici locali da parte degli enti interessati sono individuate in quelle in economia, in concessione a terzi, per mezzo di azienda speciale istituzione o società per azioni a prevalente capitale pubblico, per cui la suddetta previsione regolarmente, contenuta nell'art.5 del dpr.902/86, deve ritenersi implicitamente abrogata ex art. 64. Il comma, l. 142/90, in quanto, in contrasto con il citato art. 22, prevede una modalità di gestione del servizio pubblico che non rientra tra quelle tassativamente elencate in detto articolo"*. Esclusa dal TAR *"la possibilità di una convenzione concernente l'estensione dell'attività di un'azienda speciale al territorio di ente locale differente da quello che l'ha istituita, la disposizione può trovare applicazione solo nell'ipotesi di cui all'art.25 l. 142/90"*. L'utilizzo di azienda istituita da altro ente, infatti, *"non è infatti riconducibile alla previsione dell'art.22, lett. C) l. 142/90, che concerne chiaramente la gestione di servizi da parte dei comuni mediante propria azienda speciale, bensì a quella della "concessione a terzi" di cui alla precedente lett. C), il cui rilascio è subordinato all'esperimento di apposita gara pubblica."*

La difesa dell'azienda speciale del Comune di Milano, infatti, aveva assunto che il servizio doveva esser collocato fuori mercato in quanto affidato secondo il modulo normativo dell'art.24 della l.142/90³; in particolare detta previsione stabilisce che al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati i Comuni possano stipulare tra loro convenzioni⁴.

Poiché la controinteressata è ente strumentale del Comune di Milano, la tesi della difesa, inizialmente condivisa dal Tribunale, era che la stessa andasse assimilata ad una "amministrazione aggiudicatrice". La questione è rilevante a partire dal disposto normativo di cui all'art.11 della direttiva 93/38/CEE⁵, che esclude dall'operatività della disciplina dettata dal legislatore comunitario, appunto negli enti che siano essi stessi amministrazioni aggiudicatrici sulla base di un diritto esclusivo di cui beneficia in forza di previsioni di rango primario o secondario che abbiano efficacia nel Paese membro.

La natura d'amministrazione aggiudicatrice, l'operatività della già citata norma di cui all'art.24 della l.142/90, nonché di quella di cui all'art.5 del d.P.R.902/86 (che consente ai comuni di estendere i servizi dell'azienda

³) Sul tema specifico si veda G.CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche e ordinamento delle autonomie locali*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1991, p.324 e ss. e, dello stesso autore, *Organizzazione dei servizi pubblici locali: figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amministrativo*, 1991, p.3168 e ss.

⁴ In tema, sia consentito, per brevità, rinviare al mio *Le convenzioni*, in A.MATTIONI (ed), *Le leggi della solidarietà*, Milano, 1994 ed alla dottrina ivi citata.

⁵ Sull'influenza della disciplina comunitaria si rinvia a M.RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p.563, G.RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, ivi, 1994, p.201 e ss. e M. OTTANI, *Gli appalti pubblici*, in A.MASSERA (ed), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994, p.375 e ss.

⁶ Di recente si veda, in tal senso, TAR Lombardia, Bs. 24.12.96, n.1422. In precedenza lo stesso Tribunale aveva espresso l'avviso contrario con la decisione T.A.R. Lombardia, Bs, 14.3.96, n.282.

In precedenza, in senso differente, TAR Lombardia, I, 9.1.94, n.88, annotata da S.GOTTI, *Riflessioni in tema di attività extraterritoriali delle aziende municipalizzate*, in *Il diritto della Regione*, 1994, p.338. Fondamentale, invece, per l'orientamento del divieto di attività extraterritoriale delle aziende, TAR Lombardia, Bs, 28.12.95, n.1396.

speciale al territorio d'altri enti locali)⁶, avrebbero giustificato un'esclusione dell'operatività della regola del mercato nell'individuazione del concessionario del servizio.

Il Tribunale, con la sentenza in questione, ha invece smentito quest'impostazione, per un verso ritenendo implicitamente abrogata dalla l.142/90 la disposizione di cui all'art.5, per altro, riaffermando il ruolo del principio di legalità in tema di organizzazione amministrativa⁷, ha escluso che l'art.24, l.142/90, possa configurarsi come norma che precostituisce "un meccanismo *extra ordinem*, tal da consentire cioè a Comuni e Province di provvedere alla gestione dei servizi e funzioni in assoluta libertà", violando l'elencazione, tipica, delle forme di gestione dettata dall'art.22 della medesima legge. La sentenza, quindi, limita l'applicazione dell'art.24 all'istituzione dei consorzi di cui all'art.25 della l.142/90. La regola del mercato avrebbe potuto, quindi, essere disapplicata solo in caso di gestione diretta, di concessione a terzi, ovvero, ove si fosse inteso dar luogo alla gestione per mezzo di un'azienda speciale, attraverso la costituzione di un'azienda propria o di un consorzio ex art.25 l.142/90.

Anche la deroga a mente dell'art.11 della direttiva 93/38/CEE (peraltro ormai recepita con il d.lgs.158/95, che prevede, all'art.2, che la nozione di soggetto aggiudicatore vada estesa ai soggetti privati che per l'esercizio delle attività si avvalgono di diritti speciali o esclusivi, che, dalla stessa disposizione, vengono individuati in quei "diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare" al beneficiario l'esercizio dell'attività in questione), non troverebbe applicazione in ragione del fatto che l'azienda speciale controinteressata gode di un diritto esclusivo concesso con atto amministrativo solo nel perimetro del Comune concedente.

⁷ Sulla tassatività dell'elencazione di cui all'art.24 l.142/90, applicazione del principio di legalità in tema di organizzazione dei servizi pubblici, si veda, di recente, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. V, 14.11.96, 1374

La sentenza, affronta, quindi, una serie di questioni che mette conto di esaminare in questa sede, sia pure nei limiti resi evidenti dalla natura del presente contributo.

2.2 Questioni di politica del diritto

Innanzitutto, si pone la questione della deroga dalla regola del mercato a vantaggio degli enti strumentali dettata dalla disciplina comunitaria in termini di politica del diritto.

La questione è delicata perché l'amministrazione fornisce servizi che debbono seguire la formula organizzativa dell'azienda o dell'impresa⁸ in considerazione della loro natura, giacché si tratta di erogare prestazioni e non di adottare atti amministrativi, compito che può esser svolto solo nelle forme organizzative dell'impresa e, ad un tempo, le modalità di erogazione del servizio, la politica tariffaria, gli scopi da perseguire sono profondamente influenzati dall'interesse pubblico ed in particolare dalle scelte politiche dell'amministrazione.

In altri termini, mentre l'unica formula organizzativa in grado di assicurare l'economicità ed efficacia dell'azione dell'ente nell'erogazione dei servizi è data dall'assunzione della modalità operativa dell'impresa (essendo la struttura burocratica improntata all'assunzione di atti e non all'erogazione di beni o servizi), lo scopo di quest'azione non è il fine di lucro, tipico dell'impresa, ma quelli che l'amministrazione determinerà in base ai programmi politico-amministrativi del Comune, sicché, ad esempio, le estensioni di rete o la politica tariffaria non potranno esser rilasciati

⁸ La miglior dottrina ha chiarito come il modello burocratico sia adatto alla produzione di atti, mentre, per quel che concerne l'erogazione di beni e servizi sia l'azienda il modulo organizzativo che occorre porre in essere: sul punto, per tutti, G.PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Quaderni regionali*, 1991, p.941 e ss. ed in V.CERULLI IRELLI, G.MORBIDELLI (ed), *Ente pubblico ed enti pubblici*, TORINO, 1994.

a semplici valutazioni d'impresa.

Nello stesso tempo, compenetrata con questa prima tensione tra principi contrapposti, si deve rilevare l'altro potenziale conflitto tra la libertà d'impresa e la garanzia del mercato, da un lato, ed i vantaggi di cui godono gli enti strumentali dei Comuni, dall'altro.⁹ Un'assoluta affermazione della libertà d'impresa e del mercato, infatti, toglierebbe all'amministrazione la disponibilità di strumenti di gestione diretta (e per certi versi anche di efficace regolazione - stanti le note difficoltà al controllo e regolazione dell'attività dei privati che erogano servizi pubblici o di pubblico interesse in assenza di *ad hoc administration* dotate di sufficienti strumenti di ispezione e competenze tecniche delle quali i Comuni sono evidentemente sforniti) in un'area di grande rilievo quale quella dei servizi pubblici. Nel contempo l'ipertrofia degli strumenti di gestione pubblica dei servizi e dell'area a questi normativamente riservata porterebbe alla sottrazione alla libertà d'impresa di un intero settore. Il conflitto potenziale tra principi costituzionali è evidente ed altrettanto chiara è la rilevanza della questione in relazione all'influenza che esercita sulla disciplina comunitaria.

Sul punto la sentenza pare condivisibile. La conclusione della parabola argomentativa del Tar lombardo, infatti, è nel senso che l'amministrazione possa concedere diritti esclusivi solo nell'ambito della sua titolarità e, cioè, all'interno del perimetro del Comune; spetta all'amministrazione l'erogazione dei servizi, che non è, quindi, libera nel mercato. L'amministrazione può, quindi, utilizzare enti strumentali (consorzi, aziende, S.p.A. a capitale misto) in modo efficace ai quali assegnare direttamente il servizio; in questi casi l'amministrazione intende mantenere la gestione del servizio, ma, correttamente, si avvale di modalità operative che rispondono allo scopo che ci si prefigge, perseguibile solo ove l'attività sia svolta in forma d'impresa, la forma tipica della produzione di beni e servizi, qual è la fornitura di gas per uso domestico o industriale.

⁹ Sulla questione, per un inquadramento generale, sia consentito rinviare per brevità al mio, *Libertà economiche e loro funzione sociale nel disegno della carta costituzionale*, in *Iustitia.*, 1989, p. 170 e ss. e dottrina ivi citata.

In questi casi l'amministrazione, per raggiungere gli scopi che intende raggiungere, può non solo derogare alla regola del mercato ma anche ad alcuni fondamentali principi dell'attività d'impresa; infatti, non pare affatto inspiegabile la regola del ripiano di bilancio, perché correttamente, pur nel rispetto del principio di economicità della gestione, l'amministrazione potrà decidere di investire risorse in tal direzione allo scopo di poter poi imporre all'azienda o al consorzio di erogare i servizi con modalità non completamente remunerative allo scopo di ottenere alcuni obiettivi sociali che l'amministrazione si prefigge. Oppure, non diversamente, potrà decidere di ottenere il massimo di utilità economica possibile per poter disporre di risorse da investire direttamente in altre attività. All'interno di un'azienda speciale multiservizi, ad esempio, potrà decidere una politica tariffaria molto competitiva allo scopo di attrarre attività produttive da altri comuni (invitati a collocarsi nel Comune dalla disponibilità di aree e da politiche tariffarie che rendono i servizi molto poco costosi); al contrario potrebbe decidere una politica tariffaria molto severa nella somministrazione di beni (come il gas metano) interessanti le imprese, in modo da poter disporre di risorse finanziarie da spendere poi nel settore dei servizi sociali (assistenza agli anziani, asili nido, ecc.) dove deciderà di applicare tariffe inferiori ai costi di gestione. Si tratta di scelte che riferiscono direttamente all'interesse pubblico ed alla sua individuazione in sede politico-amministrativa¹⁰

Ove, invece, l'amministrazione decida di rilasciare al mercato il servizio lo dovrà fare convintamente, senza deroghe alla regola della *par conditio* tra i concorrenti.

E', infatti, evidente che se l'azienda speciale di un Comune ambisse a gestire i servizi di un altro (confinante o meno che sia) non soltanto si comporta come un soggetto terzo, privo della natura di persona giuridica che gode di diritti esclusivi o speciali in quel Comune (come argomenta il TAR), ma, ancor più, verrebbe a perturbare la regola del mercato.

¹⁰ Sulla questione del rapporto tra Comune ed ente strumentale si veda M. CAMMELLI, *Rapporti tra l'ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali*, in *Regione e governo locale*, 1990, p.775

In detti casi, infatti, si escluderebbe la regola della concorsualità a beneficio di un soggetto che non è ente strumentale del Comune che intende erogare il servizio. Per altro non pare meno rilevante la considerazione che mentre un Comune potrebbe concedere particolari benefici all'azienda speciale che ha costituito in relazione al perseguimento del pubblico interesse, ciò non potrebbe fare per modificare l'equilibrio concorrenziale in Comuni diversi. E' certo, infatti, che ove l'azienda speciale fosse posta in concorrenza con imprese private, il Comune che l'ha costituita potrebbe mettere a disposizione di questa risorse che la renderebbero assai più competitiva dei privati nella dinamica concorrenziale (ad esempio ripianando le perdite conseguenti ad un offerta assai considerevole quanto al canone concessorio).

E' del tutto corretto che il Comune (o i Comuni consorziati) escludano la regola del mercato nel caso in cui erogino con enti strumentali servizi ai propri cittadini in considerazione del perseguimento dell'interesse pubblico; ciò, però, non può essere nel caso di concessione a terzi, che deve essere sempre assistita dal concorso delle regole del mercato.

Poiché s'è sostenuta la necessità della competizione di mercato assicurata dalla concorsualità quando l'amministrazione concede il diritto a terzi (sicché si nega ogni validità all'opinione, pur autorevolmente sostenuta in dottrina e diffusa in giurisprudenza, che la concessione si attribuisce *intuitu personae*, talché si potrebbe escludere la necessità della gara per individuare il concessionario), ciò non potrà escludersi quando il terzo sia un ente strumentale di un'altra amministrazione.

La regola corretta in termini di politica del diritto, in altri termini, pare essere nel senso che, ove l'amministrazione decida di gestire da sé un pubblico servizio ciò dovrà correttamente fare nelle forme organizzative dell'impresa (azienda o s.p.a. che sia); ove invece intenda avvalersi di soggetti terzi, come tale, come un terzo, dovrà considerare anche l'azienda speciale di un altro Comune ed applicare, comunque, la regola della competizione di mercato.¹¹

¹¹ Quanto alla distribuzione tra gestione diretta ed assegnazione alle imprese nella gestione dei servizi pubblici locali si richiamano i dati forniti da M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (ed.), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 323-4.

Anzi, semmai, in questo caso, non solo si imporrà la necessità della gara, ma occorrerà evitare che l'equilibrio concorrenziale non sia perturbato da particolari condizioni di vantaggio delle quali beneficia il concorrente pubblico o a partecipazione pubblica.

Una simile impostazione, peraltro, pare coerente con le regole costituzionali e comunitarie che presidiano il settore.¹² In particolare rilievo, infatti, in questa sede, vengono non solo gli artt. 41 e 43 Cost., ma anche le norme di cui agli artt. 222 e 90 del Trattato dell'Unione Europea; quest'ultima norma, in particolare, vieta misure contrarie al Trattato con speciale riguardo alle norme sulla concorrenza a vantaggio delle imprese pubbliche o a quelle alle quali le amministrazioni riconoscano diritti speciali o esclusivi. In tal senso, quindi, pare di doversi condividere l'opinione di chi ha autorevolmente ritenuto che non possano desumersi limitazioni d'alcun tipo all'intervento pubblico "e, quindi, in generale all'esistenza di imprese pubbliche, sempre però che queste agiscano alla pari con le imprese private".¹³ In altri termini, e dal nostro punto di vista, nessun limite si pone alla creazione di soggetti pubblici di gestione (aziende o s.p.a.); fuori dell'ambito di competenza del comune che le istituisce, però, queste si comportano, in aderenza alla regola della libertà d'impresa e di concorrenza, come una normale impresa ed operano, quindi, secondo le regole del mercato.

Ulteriore conferma viene dall'art.90 del Trattato dell'Unione Europea, che consente all'impresa pubblica di derogare alle regole di mercato laddove queste le impedirebbero di adempiere alla propria missione, il che è perfettamente spiegabile quanto all'attività di questa all'interno del territorio comunale, nel quale beneficia di diritti speciali o esclusivi proprio perché questo vantaggio è direttamente collegato al perseguimento degli

¹² Sulla questione, per tutti, si rinvia a D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 615 e ss.

¹³ Cfr. D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 622. Negli stessi termini cfr. D. Sorace, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, p.1143 e ss.

obiettivi di interesse pubblico che le sono affidati dal Comune che ne dispone e l'ha istituita: non si spiegherebbe, invece, in relazione al perseguimento della sua missione, l'estensione delle deroghe alla competizione di mercato fuori da questi limiti. E, per contro, la deroga alle regole di mercato all'interno del territorio comunale con l'assegnazione diretta all'azienda costituita dall'ente pubblico, costituisce una limitazione alla libertà d'impresa perfettamente legittima, poiché solo la rimozione delle rigidità derivanti dalla competizione tra imprese e dalla finalità (il lucro) da queste perseguite consente il perseguimento di obiettivi che l'amministrazione locale si sia eventualmente data.¹⁴

3.3. L'azienda speciale

3.3.1. Profili di disciplina

Una conferma di quest'impostazione viene dall'indagine circa la disciplina e la natura dell'azienda speciale.¹⁵

Stante il veloce susseguirsi della disciplina in materia occorre ricostruire il quadro normativo, al fine di valutare il concreto contenuto decisionario della sentenza in questione.

Come noto l'azienda speciale trova la sua disciplina nella l.142/90¹⁶, ormai integrata da successivi provvedimenti legislativi¹⁷. L'adozione della legge di riforma delle autonomie locali ha portato con sé immediatamente il problema della vigenza del r.d.2578/25¹⁸ e del d.P.R. 902/86.

¹⁴ A. BARDUSCO, *L'assunzione dei servizi pubblici e la scelta tra le forme di gestione in I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995.

¹⁵ G. CARPANI, *Le aziende degli enti locali*, Milano, 1992.

¹⁶ In tema R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.

¹⁷ Quali, ad esempio, la l.95/95.

¹⁸ Per un confronto tra il disegno del profilo dell'azienda nel r.d. 2578/25 e nella l.142/90 si veda A. BARDUSCO, *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p.23 e ss.

Il problema, peraltro, deve ripartirsi diversamente in relazione alle due diverse fonti normative.

Quanto al d.P.R. 902/86 si deve segnalare un contrasto di giurisprudenza, giacchè si sono registrate decisioni che, considerando vigente la normativa appena citata, ammetteva il concorso delle sue disposizioni con quelle dell'art.24 della l.142/90¹⁹; in tal caso non solo si escludeva la vigenza della regola della concorrenza di mercato per l'individuazione del concessionario ma, ancor più, riaffermava la vigenza del d.P.R. 902/86.

Sul punto la sentenza in questione modifica il precedente orientamento, ritenendo abrogato implicitamente dalla l.142/90 la disciplina in parola, con il ch  confermando i pi  recenti orientamenti giurisprudenziali²⁰.

Sul punto, peraltro, la migliore dottrina²¹, risolvendo i dubbi precedentemente avanzati²², aveva gi  notato come, rinviando l'art.23 l.142/90²³ alla legge, si dovesse ritenere esclusa la vigenza del d.P.R. 902/86, avendo questo natura regolamentare. La giurisprudenza, anche con la sentenza in rassegna, pare essersi assestata sulla pi  sbrigativa argomentazione dell'incompatibilit  della disciplina e della vastit  della riforma, anzich  porsi il problema specifico del rango delle disposizioni contenute nel d.P.R. 902/86.

Peraltro pare che si debba giungere ad analoghe conclusioni anche quanto al r.d.2578/25, in considerazione della disciplina radicalmente nuova dettata dalla l.142/90; neppure potr  ritenersi che, anche a prescindere

¹⁹ In tal senso si rinvia a Consiglio di Stato, sez.V, 3.8.95, n. 1159, Tar Lombardia, Bs, 14.3.986, n. 282 e Tar Lombardia, Bs, 28.12.95, n.1396

²⁰ Si veda Tar Lombardia, Bs, 24.12.96, 1422, sulla quale si veda F.Todarello, *Abrogazione dell'articolo 5 DPR 902/86 e riflessi sistematici in tema di gestione dei servizi pubblici*, in corso di pubblicazione su *Rivista amministrativa della Regione Lombardia*.

²¹ D.SORACE e C.MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.636

²² Sul punto si veda M.BASSANI, *Sub art.23*, in V.ITALIA e M.BASSANI, *Le autonomie locali*, Milano, 1990, p.362, che espressamente nota come l'entit  dell'innovazione normativa "debba far dubitare della sopravvivenza anche delle sole norme compatibili delle precedenti disposizioni".

²³ Sul punto G.MARCHIAN , *L'azienda speciale: prime osservazioni sull'art.23 della l.142/90*, in *Diritto dell'economia*, 1991, p.674

dall'entrata in vigore della l.95/95, mancando una normativa di rango primario, si dovesse ricercare nel testo recato dal r.d. 2578/25 la disciplina delle aziende speciali in attesa di una completa revisione legislativa²⁴. La completa riscrittura del quadro normativo di riferimento operata dal legislatore con la l.142/90, consente di affermare, senza titubanze eccessive, l'intervenuta tacita abrogazione del r.d. 2578/25, peraltro con il conforto della giurisprudenza²⁵. L'approvazione della l. 95/95, dal canto suo, consente di proporre un ulteriore (decisivo) argomento nel senso prospettato in questa sede. La conclusione raggiunta consente di condividere pienamente l'insegnamento giurisprudenziale in esame, che giunge alle medesime conclusioni per diversa via quanto al d.P.R. 902/86; sia pure nel silenzio del giudice amministrativo in relazione al r.d. 2578/25, ci pare che difficilmente, una volta affermato il valore innovativo della disciplina dettata dal legislatore del 1990 ed adeguatamente rammentata la questione della diversa natura delle norme quanto alla loro efficacia formale, si possa giungere a conclusioni differenti.

La questione, naturalmente, si mostra rilevante perché è proprio la disciplina di cui al d.P.R. 902/86 a prevedere la possibilità di estendere i servizi dell'azienda speciale ai comuni che stipulino la convenzione prevista nell'art.5 del decreto in parola. E', quindi, evidente che l'abrogazione della disciplina che prevede la possibilità in parola porta a mettere nel nulla l'eventualità dell'estensione convenzionale dei servizi posti in essere dall'azienda municipalizzata di un comune diverso da quello che usufruisce del servizio.

La conclusione raggiunta, peraltro, è coerente con le conclusioni tratte dall'indagine costituzionalistica e di politica del diritto che s'è troppo succintamente svolta.

Ad una simile conclusione, tuttavia, non si può conclusivamente giungere senza accennare ai profili di innovazione portati dalla l.142/90, anche

²⁴ In senso contrario M. BASSANI, *op.ult.cit.*, e C. TESSAROLO, *Le aziende speciali*, in *Regione e governo locale*, 1992.

²⁵ Si veda Tar Lazio, sez. II, 3.7.92, n. 1566

in considerazione delle valutazioni che si sono premesse in termini di politica del diritto.

3.3.2. Soggettività e responsabilità

L'affermazione della natura innovativa della disciplina in questione, infatti, sol che non si intenda seguire fino in fondo la linea della teoria delle norme e della loro gerarchia, in relazione al richiamo alla legge operato all'art.23 c.5, richiede di essere, sia pure sommariamente, motivata.

Per altro verso alcune delle osservazioni che si sono proposte sul fronte dell'equilibrio tra iniziativa pubblica e libertà d'impresa richiedono d'esser verificate alla luce della disciplina positiva.

La questione è tutt'altro che irrilevante, in ragione del fatto che profili d'indubbio rilievo sull'argomentazione svolta (quale quello dell'autonomia patrimoniale) possono essere compiutamente valutati solo alla luce della ricognizione del dato positivo²⁶; per altro verso il livello di autonomia degli enti strumentali in questione è rilevante allo scopo di valutare eventuali profili, quale quello delle eventuali differenze di trattamento giuridico rispetto alle S.p.A. a capitale misto.

Su questo fronte ha un rilievo evidente quello della personalità giuridica dell'azienda speciale. La l.142/90²⁷ espressamente dispone che le azien-

²⁶ V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione e innovazione nel quadro della collaborazione pubblico privato*, in *Giustizia civile*, 1993, II, p.941

²⁷ Come a tutti noto la questione della personalità giuridica delle aziende è stata lungamente controversa. La dottrina prevalente era nel senso della mancanza di autonoma personalità giuridica in capo all'azienda (in tal senso M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione, con particolare riferimento alle aziende in Rivista Amministrativa*, 1953, p. 623 e ss., M. CARABBA, *L'intervento degli enti locali nell'economia*, Milano, 1966). L'intervento della l.142/90 ha posto fine alla discussione per via dell'espressa posizione del legislatore; tuttavia, giacché il profilo dell'autonomia confligge potenzialmente con quello della strumentalità, è dato di rilevare accenti diversi, più sensibili al primo profilo (cfr D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit.) ovvero al secondo (cfr. V. ANGIOLINI, *Organizzazione locale per servizi*, in G. BERTI (ed), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993, p.53 e ss).

de speciali abbiano personalità giuridica che si acquista, a mente della l.95/95, con l'iscrizione al registro delle imprese.

Nonostante il dato normativo sia la dottrina che la giurisprudenza non sembrano aver raggiunto conclusioni pacifiche circa l'effettivo grado d'autonomia quale centro di imputazione di situazioni giuridiche, oscillando tra la riproposizione dell'idea dell'azienda quale organo del Comune e la sottolineatura dell'autonomia dell'ente strumentale. E' appunto il profilo della strumentalità che, al di là della giusta sottolineatura dei profili innovativi, merita d'esser attentamente guardato. Strumentalità ed autonomia, infatti, nella tradizione del nostro diritto pubblico, sono sempre stati utilizzati in senso contrapposto e pongono in rilievo una tensione potenziale tale da vanificare l'una delle due locuzioni sol che si focalizzi l'attenzione sull'altra. Peraltro, ad infittire il novero delle incertezze, v'è da notare come la funzionalizzazione dell'attività²⁸ o la strumentalità dell'ente²⁹ sono nozioni tutt'altro che pacifiche nel nostro ordinamento ed, in particolare, nonostante la previsione di cui al comma 6 dell'art.23 della l.142/90 (che assegna al Comune l'onere di conferire il capitale di dotazione, attribuendogli il potere di determinare finalità ed indirizzi, di approvare gli atti fondamentali, esercitare la vigilanza, verificare i risultati della gestione e coprire i costi sociali della gestione), niente affatto pacifica è la valutazione circa la cogenza o meno degli atti di indirizzo alle imprese pubbliche.³⁰ E' ovvio che in que-

²⁸ Sulla questione della funzionalizzazione dell'attività privatistica dell'amministrazione il fondamentale contributo di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, e, con diversità d'accenti, più recentemente M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, E. BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996.

²⁹ Cfr. V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991

³⁰ Sugli atti di indirizzo, oltre ai fondamentali, M. NIGRO, *Studio sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano*, Milano, 1969, e *Direttiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 603, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento della pubblica amministrazione*, Milano, 1957, di recente, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1993

sta sede non si potrà neppure accennare partitamente alle questioni accennate; tuttavia v'è quanto basta per cogliere le incertezze della dottrina e le oscillazioni della giurisprudenza; ve n'è d'abbondanza per comprendere come su alcuni profili non si possa certo giungere a conclusioni univoche.

Del resto, anche sul fronte dei profili di politica del diritto non è facile trovare indicazioni univoche. E' certo che l'accentuazione della natura solo formale della rivendicazione della personalità giuridica dell'azienda, quale semplice luogo d'imputazione di effetti giuridici, rischia di determinare l'occultamento "dei processi decisionali e dei livelli di responsabilità, con la conseguenza ultima di vanificare le possibilità di critica dell'opinione pubblica"³¹; per altro verso, se solo si pone mente al fatto che la gestione dei servizi in economia è categoria residuale, riservata alle attività di modeste dimensioni ovvero a quelle che abbiano caratteristiche tali da sconsigliare la costituzione di un'azienda o di un'istituzione, è evidente che la modalità ordinaria di gestione dei servizi dovrebbe essere, appunto, quella dell'azienda o istituzione; ne consegue che, trattandosi di servizi pubblici, non è lecito sottovalutare la necessità di una loro compiuta funzionalizzazione all'interesse pubblico ed in particolare a quelle valutazioni di carattere politico amministrativo che, riservate al consiglio comunale (art.32, L.142/90, "gli indirizzi alle aziende pubbliche"), dovrebbero individuare la missione dell'ente e le modalità del suo raggiungimento.

Posti così i termini della questione non ci pare contraddittoria una lettura non eccessivamente strabica delle norme, o se si vuole, parzialmente conservativa (che non punti, in altri termini ad "accentuare il profilo dell'autonoma identità dell'azienda"³²).

Ne consegue, quindi, che la struttura imprenditoriale dell'azienda e l'oggettiva necessità di non alterare le regole di azione imprenditoriale costituisce l'elemento organizzativo di autonomia; l'azienda deve essere gestita in termini manageriali e ciò, oggettivamente, la rende adatta per il perseguimento di certi fini e non altri e, per converso, richiede un dato

³¹ D.Sorace e C.Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.641

³² D.Sorace e C.Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.641

livello di autonomia.

Per altro verso, però, l'azienda, differenziandosi dalla S.p.A., non necessariamente persegue il fine di lucro ed, anzi, è funzionalizzata al perseguimento degli indirizzi operativi assegnatigli dal Consiglio comunale.

Una simile impostazione non è irrilevante sotto il profilo dell'autonomia imprenditoriale (giacché l'azienda, come l'istituzione, informa l'attività a criteri di "efficacia, efficienza ed economicità" ed ha "l'obbligo del pareggio dei costi e ricavi, compresi i trasferimenti" art. 23, comma 3).

Lo stesso art. 23, infatti, stabilisce che l'ente locale fornisca il capitale di dotazione e ripiani i costi sociali, alternando, così, lo schema imprenditoriale proprio. E' evidente, in altri termini, che poiché l'azienda si deve organizzare secondo il più rigoroso degli schemi imprenditoriali, ove nelle scelte d'impresa decida di perseguire fini sociali ciò determinerebbe costi aggiuntivi o mancati ricavi che spetterebbero all'ente istituzionale pareggiare. Il Comune si vale dell'oggettiva maggiore efficienza del modulo imprenditoriale ma persegue, in tal caso, fini che hanno natura sociale, pareggiando i costi di gestione. E' evidente che questo schema si regge nell'ipotesi in cui l'azienda (o il consorzio) siano lo strumento operativo dell'ente locale e non già assumano anche i servizi di un altro Comune. In detta ultima ipotesi, infatti, l'azienda si troverebbe o dover sostenere i costi sociali di un altro Comune ovvero a finanziare quelli del Comune gestore con gli utili della gestione del servizio in un altro.

Ciò è confermato anche sotto il profilo della responsabilità patrimoniale. Infatti, la non economicità dell'attività complessivamente da svolgere non impedisce che possa avere la distinzione delle poste imputabili alla gestione sociale da quelle derivanti dall'attività imprenditoriale³³.

³³ Sulla tendenza della legislazione ad addossare all'ente locale i costi sociali si veda A. ROMANO, *Profili della Concessione di servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 477. In tal senso anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale, sulla quale si veda, C. BIGNAMI, *Gestione di pubblico servizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente, la Corte Costituzionale ci ripensa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3141 e, complessivamente, F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità del gestore dei servizi pubblici nella prospettiva delle privatizzazioni* in *Diritto Amministrativo*, 1995, p. 143 e ss.

Dalle norme sulla responsabilità patrimoniale si ottiene una doppia conferma; in primo luogo il sistema disegnato dall'art. 23 della l. 142/90 importa una profonda innovazione rispetto a quanto stabilito dal r.d. 2578/25, giacché la previsione relativa ai costi sociali non è traducibile *sic et simpliciter* ad un ripiano delle perdite, possibile, invece, pervenire ad una distinzione tra costi sociali aggiuntivi ed attività d'impresa in sé³⁴; per altro verso se ne ha una conferma del fatto che il ripiano delle perdite, però, rende l'azienda una forma imprenditoriale spuria, impresa quanto alle modalità operative ma non quanto alla fissazione degli obiettivi e degli indirizzi che la governano. Ulteriore conferma di quest'equilibrio viene dal d.lgs. 77/95, che stabilisce la legittimità dei debiti fuori bilancio derivante dalla copertura dei disavanzi delle aziende speciali, ma ciò nei limiti degli obblighi derivanti dallo statuto, convenzione o atto costitutivo e nel rispetto dell'obbligo del pareggio di bilancio ed il disavanzo derivi da fatti di gestione. Il ripiano viene considerato, infatti, un'eventualità, non è automatico: deriva, attraverso gli strumenti normativi citati, dai costi sociali che, espressamente, vengono fatti gravare sull'azienda ("derivati da fatti di gestione").

Il dato della esclusiva responsabilità patrimoniale dell'azienda viene a comprovare le limitazioni all'attività extraterritoriale.

3.3.3. Conclusioni sull'attività extraterritoriale

Dal quadro succintamente tracciato si ha conferma del fatto che la norma di cui all'art. 5 del DPR 902/86 deve intendersi implicitamente abrogata, in forza della profonda innovazione normativa; non di meno la norma

³⁴ Sui tratti originali dell'azienda, in questo senso, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione, con particolare riferimento alle aziende* in *Rivista Amministrativa*, 1953, p. 623 e ss. e F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1957, A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1987, p. 137 e ss., e G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma. Sull'implicita abrogazione del r.d. 2578/25, C. TESSAROLO, *Le aziende speciali*, in *Regione e Governo locale*, 1992, p. 103.

predetta doveva intendersi comunque abrogata in considerazione del suo rango secondario.

La giurisprudenza, dal canto suo, aveva già dettato limiti all'attività extraterritoriale delle aziende speciali in forza della sottolineatura della loro strumentalità.

La natura strumentale dell'azienda è stata considerata limite all'attività extraterritoriale di questa³⁵ dalla giurisprudenza, in forza del collegamento con l'ente di riferimento. La giurisprudenza, ove ha più ampiamente argomentato quest'orientamento³⁶, ha radicato quest'impostazione nell'equilibrio tra strumentalità ed autonomia della personalità giuridica; l'azienda, infatti, ancorché persona giuridica autonoma, non ha visto il venir meno, quanto al Comune, "del vincolo di strumentalità - e dipendenza rispetto al medesimo" e questo "sussiste così visibilmente che non si può certo dire che, allo stato, questa sorta di emancipazione si sia del tutto avverata"³⁷. Del resto una totale autonomia dell'azienda non si spiegherebbe affatto per l'evidente ragione che l'azienda è una delle forme di gestione diretta dei servizi da parte dell'ente locale, che non rilascia il servizio al mercato ma che lo eroga secondo modalità organizzative d'impresa poiché questa è la modalità più adeguata alla produzione di beni e servizi³⁸. La stessa giurisprudenza appena citata ha trovato conferma in questo suo argomentare dalla mancata conversione dei decreti che prevedono l'attività extraterritoriale delle aziende³⁹, ovvero dalla modificazione delle disposizioni in tema di attività extraterritoriale.

La ragione più profonda, però, si ricollega alla questione dell'autonomia patrimoniale: secondo questa giurisprudenza, infatti, la ragione per

³⁵ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 1995, n. 1159

³⁶ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 1995, n. 1396

³⁷ Cfr. sentenza ult. cit.

³⁸ Sul punto, per tutti, G. PASTORI, *Pubblica Amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritti per Mario, Nigro*, II, Milano, 1991, p. 345

³⁹ Per queste considerazioni, D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.652-3

la quale si dovrebbe inibire l'attività extraterritoriale dalle aziende sarebbe il possibile profilo di incostituzionalità derivante dall'eliminazione della regola del mercato a vantaggio di un soggetto terzo che si vale di vantaggi estranei alla struttura imprenditoriale quale il ripiano del bilancio e di altri di tipo fiscale.

Ne deriverebbero profili distorsivi della concorrenza, che deve essere assicurata tra soggetti terzi rispetto all'amministrazione.

Questo spiegherebbe le ragioni del superamento di questo limite nel caso dell'azienda consortile⁴⁰, giacché, in questo caso l'azienda non sarebbe un soggetto terzo.

Più debole, invece, la considerazione circa la necessità che "l'ente locale assuma soltanto servizi pubblici idonei a soddisfare bisogni della popolazione vivente nel territorio che costituisce *ambito territoriale di competenza* dell'ente".⁴¹ La questione non pare affatto posta nei suoi esatti termini.

E' infatti vero che l'assunzione del servizio in un altro comune potrebbe risolversi (ed anzi spesso ha proprio questo scopo) in un'economia di scala e, quindi, in un profitto, sicché in nulla si porrebbe il problema della giustificazione delle spese.

Invero il problema è un altro: una volta condiviso l'orientamento d'autorevole dottrina⁴², secondo cui è possibile distinguere tra costi sociali aggiuntivi e bilancio d'impresa in senso oggettivo, delle due l'una: o l'azienda speciale di un Comune interviene in un altro sopportando costi sociali che non sono propri dell'ente di riferimento, ovvero si esercita attività d'im-

⁴⁰ Sulla quale, prima della l. 142/90, si veda F. BASSI, *Profili giuridici dell'azienda consorziale di pubblici servizi*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 176 e ss. e, successivamente, V. BALDINI, *I consorzi tra enti locali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in M. CAMELLI (ed.), *Le forme associative tra enti locali*, Milano, 1992, p. 268 e ss.

⁴¹ cfr. T.A.R. Lombardia, Bs, 16.6.95, n.652

⁴² cfr. D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit, p.644-6 e dottrina ivi citata

presa, eliminando così la concorrenza senza alcun giustificato motivo: nella prima ipotesi si potrà ammettere un simile sperare solo con l'azienda consortile, sicché i costi sociali vengano imputati al Comune cui si riferiscono; nella seconda l'azienda entra in concorrenza con altre imprese, comportandosi come queste e, quindi, occorrerà l'esperimento di una gara. Tralasciando, per un istante, la questione relativa al fatto che l'azienda possa o no concorrere con altri in una gara per l'affidamento del servizio, resta il fatto che ove questa si carichi di costi sociali di enti diversi da quello cui è strumentale ciò non potrà darsi proprio per il vincolo di strumentalità e per la competenza al riparo dei costi sociali ed ove assuma il servizio per mere ragioni speculative, comportandosi come un qualsiasi privato con questi andrà messa in concorrenza.

Non deve essere trascurato il diverso orientamento giurisprudenziale⁴³, secondo il quale l'unico limite all'attività extraterritoriale deriverebbe dal perseguimento degli interessi della collettività di riferimento⁴⁴ talché la natura regolamentare del DPR 902/86 non ostacolerebbe un'interpretazione che lo adatti alle novità di legge intervenute, né lo stesso dovrebbe essere considerato implicitamente abrogato; il territorio come limite fisico, quindi, si trasformerebbe nel "vincolo degli interessi da soddisfare"⁴⁵, sicché nessun limite si darebbe all'estensione dell'attività, purché sia nell'interesse dei cittadini. S'è detto delle ragioni che, in termini di teoria delle fonti non fanno propendere per una simile impostazione; tuttavia anche il criterio dell'interesse pare inadeguato: ove si assuma un corretto equilibrio tra autonomia e strumentalità, non si potrà poi non riconoscere che l'azienda o è strumento per il perseguimento, secondo modalità operative imprenditoriali, di fini pubblici o sociali, ed allora la strumentalità è evidente e si deve riferire ad uno o più Comuni a seconda che sia o meno consorziata, oppure si comporta come un soggetto d'impresa privato ed allora dovrà agire in

⁴³ In tal senso, di recente, TAR Piemonte, II, 29.6.95, n. 373, TAR Lazio, II, 21.2.92, n. 442.

⁴⁴ Si veda TAR Lombardia, I, 29.1.1994, n. 88 e TAR Lazio, I, 27.12.93, n. 1818.

⁴⁵ TAR Piemonte, II, 1995, 29.6.95, n. 373

condizioni di mercato e concorrere con altre in una gara.

Ed in questo caso lo strumento previsto dall'ordinamento non è l'azienda ma la società per azioni.

Del resto si è ben consapevoli che vi sono servizi di rete per i quali manca l'economicità della questione ovvero vi sono vincoli strutturali che invitano o per certi versi impongono una gestione sovracomunale: in tal caso, però, si potrà non solo dar vita ad un'azienda consortile ma, più ancora, ad una S.p.a. a capitale misto⁴⁶.

Un'implicita conferma di quanto fin qui sostenuto viene anche dalla l.127/97, laddove, all'art.17, prevede espressamente la possibilità di dar luogo ad una scissione tra l'azienda ed un suo ramo, che può venire costituito autonomamente in S.p.A. con prevalente capitale pubblico o partecipata dal soggetto titolare del servizio, laddove questo sia richiesto dalla natura del servizio ovvero dall'ambito territoriale in cui questo è chiamato a svilupparsi.

Ne deriva un'ulteriore conferma dell'impostazione fin qui seguita: ove l'amministrazione intenda svolgere il servizio attribuendolo a terzi dovrà applicare le regole della concorrenza, che sono derogate nel caso in cui il Comune (o più Comuni associati) costituisca un'azienda (o un consorzio); non così nel caso di attività extraterritoriale delle società dipendenti dall'ente locale, che dovranno esser considerati terzi rispetto al titolare del servizio, sicché dovrà essere posto in competizione con gli altri operatori nel mercato.

⁴⁶ Non dimenticando, poi, che per certi servizi, singole fasi o processi produttivi possono essere appaltati dall'azienda (o dalle aziende, ove si tratti di più comuni) ad S.p.a. alle quali le prime partecipano sul punto cfr. G. CAIA, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995.

JULKA LANFRANCO TRONCHIN

*L'IPOTESI DELL'APPLICABILITA' DEGLI ARTICOLI 85 E 86 DEL
TRATTATO CE ALL'ATTIVITÀ CALCISTICA*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le pronunce della Corte di Giustizia sull'attività sportiva precedenti alla sentenza *Bosman*. - 3. L'incidenza della sentenza *Bosman* sulla libertà di circolazione del calciatore. - 4. Su quali presupposti configurare la concorrenza nel calcio? - 5. La violazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE. - 6. I vantaggi derivanti dall'applicazione della disciplina della concorrenza, come dettata dal Trattato.

1. Premessa

La sentenza *Bosman*¹ ha suscitato un grande interesse, non solo in calciatori ed appassionati di sport, bensì anche tra giuristi ed economisti.

Sotto il profilo giuridico, il caso *Bosman* deve essere inquadrato nell'ambito del principio della libertà di circolazione delle persone, e più in particolare dei lavoratori, secondo gli articoli 48-66 del Trattato CE. La sentenza risponde infatti a due quesiti: 1) se la disciplina della libertà di circolazione delle persone e della concorrenza, dettata dal Trattato, possa essere interpretata nel senso che vieta alle società di calcio di percepire il pagamento di una somma di denaro affinché un giocatore tesserato possa, alla scadenza del suo contratto, essere ingaggiato da un'altra società, 2) se la stessa disciplina debba essere intesa nel senso di consentire alle Federazioni di applicare quelle norme che limitano la partecipazione alle partite dei giocatori stranieri, cittadini di altri Stati membri.

Una delle spiegazioni di tanto clamore è certamente da individuarsi nel silenzio della giurisprudenza europea in materia di sport durato vent'anni, vale a dire dal 1976, quando la Corte di Giustizia delle Comunità Europee si pronunciò per la prima volta in materia di calcio, in occasione del caso *Donà*.

¹ Causa C 415/93, sentenza 15 dicembre 1995, *Foro It.*, IV, 1 e ss.

La stessa Corte ha, con la sentenza *Bosman*, ribadito l'incompatibilità con l'articolo 48 del Trattato CE di quei regolamenti, dettati dalle Federazioni calcistiche, che stabiliscono un numero limite di giocatori stranieri utilizzabili in campo, ma ha aggiunto che pure le norme federali, che subordinano i trasferimenti da una squadra all'altra alla corresponsione di un'indennità, sono contrarie allo stesso principio.

Sotto il profilo giuridico la sentenza rileva perché chiarificatrice della portata del principio comunitario della libertà di circolazione del calciatore e, più in generale, del lavoratore.

Il caso *Bosman* è però oggetto di attenzione da parte dei giuristi per un secondo motivo. Lo si ricava dalla domanda dello stesso ricorrente e dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz, secondo le quali le disposizioni federali sarebbero contrarie, oltre che al principio di libera circolazione, anche alla disciplina della concorrenza dettata dal Trattato agli articoli 85 ed 86. Nonostante il silenzio dei giudici su questo punto, alcuni suggeriscono infatti di configurare un mercato calcistico cui applicare detti articoli, così da poter disporre di un ulteriore strumento di garanzia per la libertà di circolazione dei giocatori oltre a quello offerto dagli articoli 48-86. La disciplina della concorrenza prevede infatti certi poteri di indagine e di sanzione della Commissione, il cui utilizzo garantirebbe alla stessa sentenza una maggiore incisività.

La sentenza ha offerto inoltre l'occasione per riflettere sull'importanza che calcio e sport rivestono nell'ambito della Comunità, per gli interessi economici che comportano e per l'attitudine a fomentare gli animi di innumerevoli appassionati. In tutto ciò la ragione di diverse proposte di interpretazione della normativa comunitaria già esistente o di dettatura di una disciplina nuova e specifica dello sport.

Al fine specifico di dimostrare la possibilità di estendere al settore del calcio, e dello sport in genere, la tutela garantista degli articoli 85 ed 86 del Trattato è dedicato questo scritto.

2. Le pronunce della Corte di Giustizia sull'attività sportiva precedenti alla sentenza *Bosman*

La prima occasione per la Corte di Giustizia delle Comunità Europee

di pronunciarsi in tema di sport è offerta dalla causa 36/74². Di fronte alla clausola del regolamento della Union Cycliste Internationale, che dispone che l'allenatore abbia la stessa cittadinanza del ciclista, gli allenatori Koch e Walrave prospettano al giudice nazionale la tesi per cui la clausola sarebbe in contraddizione con i principi comunitari in tema di libera circolazione. Con la sentenza del 12 dicembre 1974 la Corte precisa che "l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario solo in quanto configurabile come attività economica ai sensi dell'articolo 2 del Trattato", che quando consiste in una prestazione, di lavoro subordinato o di servizi, retribuita è soggetta agli articoli 48 e 59 del Trattato. Aggiunge che il divieto di discriminazione, sancito dagli articoli 7 (oggi 6), 48 e 59, riguarda non solo gli atti della pubblica autorità, ma qualsiasi norma diretta a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi e che tale principio è inderogabile rispetto a qualsiasi rapporto il quale, sia per il luogo in cui sorge sia per quello in cui spiega i suoi effetti, possa riconoscersi connesso al territorio della Comunità. La Corte conclude affermando che dal principio derivano diritti soggettivi che il singolo può far valere davanti al giudice nazionale.

La sentenza si caratterizza per una certa equivocità. Pur sancendo l'applicabilità del principio di non discriminazione sulla base della cittadinanza, la Corte sottolinea che questo non concerne la composizione delle squadre sportive, essendo questa compiuta sulla base di criteri meramente tecnici e sportivi e ne trae la conclusione che la prestazione sportiva non rappresenta un'attività economica. Da ciò la conseguenza che l'attività sportiva sarebbe sottratta al diritto comunitario.

In questo modo la Corte riconosce la preminenza dell'ordinamento sportivo su quello comunitario, ammette che in caso di contrasto con gli articoli del Trattato prevalgano le disposizioni statutarie delle federazioni sportive.

Le incertezze lasciate dalla sentenza *Walrave c. Koch* vengono poco

² Causa 36/74, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie, Federacion Española Ciclisto*, 12 dicembre 1974, *GUCE*, 5 aprile 1975

tempo dopo eliminate dalla stessa Corte.

L'occasione viene offerta dalla controversia nata tra il presidente della società di calcio Rovigo, Mantero e l'incaricato di compiere sondaggi all'estero al fine di reclutare un giocatore, Donà. Quest'ultimo, avendo sostenuto delle spese ed avendo ricevuto delle offerte, reclamava il rimborso delle spese. Mantero si rifiutava di pagare opponendo le disposizioni della Federazione Italiana che non permettevano la partecipazione di giocatori stranieri al campionato italiano, mentre Donà dal canto suo, si richiamava agli articoli 7, 48 e 59 del Trattato CE.

Il giudice di Rovigo poneva a quel punto alla Corte di Giustizia quattro quesiti: 1) se gli articoli 7, 48 e 59 conferiscano ai cittadini degli Stati membri il diritto di prestare la loro attività, subordinata od autonoma, ovunque nella Comunità; 2) se i calciatori professionisti abbiano lo stesso diritto; 3) se, ove tale diritto sussista, sia effettivo anche in presenza di norme, emanate da un ente nazionale competente a disciplinare il gioco del calcio all'interno dello Stato membro, che subordinano la partecipazione dei calciatori alle gare a requisiti di tesseramento o di cittadinanza; 4) e se tale diritto possa essere fatto valere direttamente davanti al giudice nazionale.

La soluzione è indicata dalla Corte³ in due punti: 1) la disciplina o prassi nazionale, anche se disposta da un'organizzazione sportiva, che riserva ai soli cittadini dello Stato membro il diritto di partecipare ad incontri di calcio è incompatibile con gli articoli 7, 48-51 e 59-66. La stessa prassi o disciplina può tuttavia applicarsi quando la preclusione degli stranieri a certi incontri sia dovuta a motivi non economici, bensì attinenti al carattere ed alla fisionomia particolare degli incontri ed aventi natura esclusivamente sportiva; 2) hanno efficacia immediata e conferiscono diritti soggettivi ai singoli l'articolo 48 da un lato e 59 e 60 dall'altro, nei limiti in cui questi due ultimi prescrivono il divieto di discriminazioni nei confronti del prestatore per la sua nazionalità o perché risiede in uno Stato diverso da quello in cui la prestazione è fornita.

Ricordando che la sentenza precedente ha riconosciuto l'applicabilità

³ Causa 13/76, *G. Donà c. M. Mantero*, 14 luglio 1976, *GUCE*, 6 ottobre 1976.

dei principi del Trattato anche nel settore dello sport purchè nell'attività sportiva sia configurabile il carattere economico ai sensi dell'articolo 2 del Trattato, si nota che la novità apportata dalla sentenza *Donà-Mantero* consiste nel dare per certa tale applicabilità, essendo di natura economica l'attività esercitata dai calciatori che svolgono un lavoro subordinato od effettuano una prestazione di servizi retribuita.

Vengono dunque meno le incertezze lasciate dalla sentenza *Walrave-Koch*, non vi è più alcun dubbio sull'applicabilità del diritto comunitario nel settore del calcio, dato che gli scopi economici prevalgono su quelli agonistici. Conseguentemente tutti i calciatori cittadini di uno Stato membro hanno il diritto di svolgere l'attività sportiva in qualunque Stato della Comunità. La Corte tuttavia ammette un'eccezione al principio di non discriminazione riconoscendo la legittimità delle consuetudini o discipline che escludono i giocatori stranieri dalle formazioni nazionali, quando i motivi non siano di carattere economico ma attengano alla specificità dello sport o dell'incontro. Nel caso delle squadre nazionali dunque il requisito della cittadinanza è provvisoriamente legittimo, non è discriminatorio quando rappresenta l'elemento qualificante della squadra stessa.

Nella sentenza *Donà-Mantero* la Corte, pur riconoscendone il carattere di attività economica, non ha però trascurato le particolarità dello sport, ammettendo persino la possibilità di derogare al diritto comunitario.

Nonostante il passo in avanti mosso con la sentenza, numerose sono le critiche. Muovendo delle obiezioni al silenzio della Corte circa gli specifici incontri in cui è ammissibile l'esclusione di giocatori stranieri, ci si domanda ad esempio se la deroga al principio di non discriminazione valga solo per le gare tra squadre nazionali od anche per incontri diversi. Inoltre i motivi di tale eccezione, inerenti alla peculiarità del calcio e del tipo di incontro, sono convincenti, ma difficile è giustificarli. Guardando alla realtà infatti non si può escludere che, anche nel caso di partite tra formazioni rappresentative di nazioni, l'attività dei calciatori è di carattere economico⁴, lo confermano le elevate retribuzioni dei calciatori ed il ritorno pubbli-

⁴ Simili obiezioni sono mosse dall'Avvocato Generale Lenz nelle sue conclusioni circa il caso *Bosman*, riportate da J. L. DUPONT, *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt "Bosman"*, in *Revue du marché unique européen*, 1996, 83.

citario per gli sponsor.

Inoltre viene da alcuni⁵ contestata l'immediatezza con cui la Corte ha riconosciuto nell'attività sportiva il carattere economico ed il riconducimento all'articolo 2 del Trattato. Pur ricevendo i calciatori in tutti gli Stati un compenso, non tutte le società sportive hanno scopo di lucro, ad esempio in Italia vi è un espresso divieto di legge. Sarebbe dunque stato più corretto concludere che lo sport possa avere il carattere economico.

Si aggiunge un'ulteriore critica se si sottolinea il silenzio della Corte circa la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro del calciatore. Come si evince dalla sentenza *Donà-Mantero*, gli articoli 48 e 59 sono indubbiamente applicabili entrambi nel settore dello sport, ma gli effetti che ne derivano sono diversi. I diritti e gli obblighi che nascono da un rapporto di lavoro subordinato non sono gli stessi di quelli derivanti da un rapporto di lavoro autonomo, da simili diversità deriva una disparità di trattamento, seppure limitata al solo settore del calcio. Prima di riferirsi alla libertà di circolazione del calciatore la Corte avrebbe dovuto occuparsi di alcuni aspetti dell'esercizio dell'attività sportiva⁶.

Altre critiche vengono ancora avanzate, quale quella relativa all'eccezione al principio di non discriminazione⁷. Secondo un'ottica diversa da quella della Corte, la richiesta del requisito della cittadinanza tra le condizioni dell'ingaggio e la formazione di squadre su base meramente nazionale non possono ricondursi a quei motivi di carattere tecnico e sportivo che legittimano l'esclusione dello straniero, in quanto sono espressione delle scelte dei centri di potere del settore calcistico.

Secondo altre opinioni le squadre sarebbero i "bastioni del nazionalismo", il cui criterio di composizione viola le norme comunitarie.

Secondo altri infine, a tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dal

⁵ In questo senso A. D'HARMANT FRANÇOIS, *La libera circolazione nel calcio professionistico: alcune riflessioni*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1987, 628.

⁶ A. D'HARMANT FRANÇOIS, op. ult. cit., 619, 3 ss.

⁷ La critica è riportata da G. VIDIRI, *La libera circolazione dei lavoratori nei paesi della CEE ed il blocco "calcistico" delle frontiere*, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, 66 e ss.

Trattato, la Corte deve sempre garantire la prevalenza del diritto comunitario su quello degli Stati membri, così come su qualsiasi disciplina dettata da un ente autonomo diverso dallo Stato⁸.

Ove si voglia accettare la posizione della Corte di Giustizia, secondo la quale il calcio rientra nell'ambito di applicazione del diritto CE quando siano presenti i caratteri dell'attività economica e si tralascino le critiche che le sono mosse contro, si dovrà prendere atto dell'eseguibilità del principio della libertà di circolazione per persone, servizi e beni e dell'obbligo per le federazioni e le società calcistiche di rispettarlo.

3. L'incidenza della sentenza Bosman sulla libertà di circolazione dei calciatori

Nel 1995 la Corte di Giustizia ha la possibilità di pronunciarsi nuovamente in materia di calcio professionistico.

L'occasione le viene offerta dalla vicenda di un calciatore belga, Jean Marc Bosman⁹. Tesserato presso l'*Union royale belge des sociétés de football association* (URBSFA), gioca per la squadra del Liegi fino al 1988, quando, in prossimità della scadenza del suo contratto, la società gli propone un nuovo contratto, ma con una riduzione della sua retribuzione pari al minimo previsto dalla Federazione.

Avendo il giocatore rifiutato l'offerta, viene iscritto nell'elenco dei giocatori cedibili. Bosman accetta allora la proposta della squadra francese Dunquerque. Le trattative tra le due società vengono infatti condotte nel rispetto del regolamento UEFA del 1990 e, secondo la disciplina dei trasferimenti in esso contenuta, il calciatore al termine del contratto che lo lega

⁸ G. VIDIRI, *La libera circolazione dei lavoratori nei paesi della CEE ed il blocco "calcistico" delle frontiere*, cit., 66 e ss.

⁹ Causa C 415/93, *Union royale des sociétés de football association, Royal club liégeois et Union des associations européennes de football c. Bosman*, 15 dicembre 1995, in *Foro It.*, IV, 1-31.

ad una società può stipularne uno nuovo con un'altra società. Quella cedente ne deve dare immediata notizia alla Federazione nazionale affinché rilasci il certificato di svincolo; quella acquirente è invece tenuta a corrispondere alla società di provenienza un'indennità che si dice di preparazione ed ha la funzione di coprire le spese di preparazione sostenute dalla società cedente se il calciatore è ceduto per la prima volta nella sua carriera, o che si chiama di promozione se versata per qualsiasi cessione successiva e con la funzione di retribuire la società di provenienza per aver aiutato il giocatore a raggiungere certi livelli tecnici.

Temendo l'insolvibilità della società acquirente, il Liegi non avanza la richiesta del suddetto certificato, rendendo così inefficaci gli accordi; sospende inoltre Bosman, impedendogli di giocare per l'intera stagione. Nel 1990 ha quindi inizio la lunga vicenda processuale, finché tre anni dopo viene adita la Corte di Giustizia su due questioni: 1) se gli articoli 48,85 ed 86 del Trattato di Roma vadano interpretati nel senso che vietano ad una società calcistica di pretendere e percepire il pagamento di una somma di denaro affinché un giocatore tesserato presso la stessa, dopo la scadenza del contratto, possa essere ingaggiato da un'altra società; 2) se le stesse norme debbano essere interpretate nel senso di consentire alle federazioni, nazionali ed internazionali, di applicare quelle norme dei loro regolamenti che limitano la partecipazione dei giocatori, cittadini di altri Stati membri, agli incontri.

La Corte si pronuncia sul primo quesito tenendo ferma la giurisprudenza degli anni '70 relativa allo sport e confermando le conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz. Nella sentenza *Donà* la Corte aveva stabilito che l'attività del calciatore ha carattere economico e come tale è soggetta al diritto comunitario. Seguendo la giurisprudenza, Lenz e la Corte ne desumono che, nella misura in cui l'attività del giocatore consiste in un lavoro subordinato od in una prestazione di servizi retribuita, saranno applicabili tanto gli articoli 48-51, che dettano il regime del lavoro subordinato, quanto gli articoli 59-66, inerenti alla libera prestazione di servizi¹⁰.

Ritenendo la Corte estensibile al settore del calcio il regime della

¹⁰ Punto 73 della sentenza.

circolazione dei lavoratori dettato dal legislatore comunitario, inevitabile è la conclusione che il sistema dei trasferimenti lo violi. Infatti il subordinare il trasferimento di un giocatore al pagamento di un'indennità da parte della società acquirente significa limitare il diritto di circolazione, visto che il trasferimento è vietato se la somma pattuita non è versata. In particolare è posto nel nulla quello scopo perseguito dalla Comunità di riconoscere la libertà di circolare a chi non occupi già un impiego, ma lo stia cercando¹¹.

Non è di ostacolo a questa conclusione il fatto che il limite alla libertà di circolazione di Bosman sia posto dal Paese di provenienza, precisando la Corte l'irrelevanza del Paese che si oppone al trasferimento, sia esso quello di destinazione o quello di provenienza¹².

Nel pronunciarsi sull'ammissibilità del sistema dei trasferimenti a norma del diritto CE, i giudici della Comunità si sono anche riferiti alla precedente sentenza *Keck e Mithouard*^{13 14}. In quell'occasione avevano affermato che le disposizioni nazionali che limitino o vietino certe modalità di vendita sono applicabili a condizioni che valgano per tutti gli operatori economici interessati e che incidano in egual misura sullo scambio di prodotti sia nazionali che provenienti da altri Stati membri. Tale precisazione potrebbe valere anche nel caso *Bosman*, dato che le disposizioni sui trasferimenti valgono tanto nel caso di accordi tra società della stessa federazione nazionale, quanto in quello di accordi tra società appartenenti a diverse federazioni nazionali. Tuttavia non si può tralasciare che questa disciplina limita la libertà di circolazione dei calciatori, persino quando il contratto che li lega ad una società è scaduto.

Per quanto riguarda il secondo quesito, quello relativo alla legittimità della limitazione alla partecipazione a certi incontri dei giocatori stranieri, la risposta della Corte è inevitabile.

¹¹ Il principio di libera circolazione è così interpretato dalla Corte di Giustizia nella causa 292/89, *The Queen c. Antonissen*, *Foro Italiano*, IV, 1991, 218.

¹² La precisazione è contenuta nel punto 97 della sentenza.

¹³ Punto 103.

¹⁴ Cause riunite C267 268/91, *GUCE*, 13 novembre 1991.

La questione è originata dall'accordo, raggiunto da Commissione e UEFA nel 1991¹⁵, che stabilisce la possibilità per le società di tesserare un numero illimitato di giocatori cittadini di altri Stati membri, ma di schierarne nella squadra solo tre più due cosiddetti assimilati.

La Corte dedica a questo riguardo poche parole per sancire l'incompatibilità della cosiddetta regola del tre più due con il Trattato CE¹⁶. Si tratta specificatamente di una discriminazione basata sulla nazionalità ed irrilevante è la particolarità che all'ingaggio dei giocatori provenienti da altri Stati membri non sia fissato un limite. Essendo la partecipazione alle partite l'aspetto essenziale dell'attività del calciatore, è sufficiente questa limitazione della partecipazione degli stranieri agli incontri per poter ravvisare la violazione del principio della libera circolazione. Esistendo un limite nell'utilizzazione dei giocatori non cittadini, è evidente che ne sono limitate anche le possibilità d'ingaggio.

Alla luce di queste valutazioni la Corte di Giustizia conclude che:

1) "l'articolo 48 osta all'applicazione di norme emanate da federazioni sportive in forza delle quali un calciatore, cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola ad una società può essere ingaggiato da società di altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, formazione e promozione";

2) a norma dello stesso articolo è inammissibile che le società calcistiche possano schierare solo un numero limitato di calciatori cittadini di altri Stati membri.

La sentenza *Bosman* ha attirato l'attenzione di numerosi economisti e giuristi. Varie sono le valutazioni sul significato, l'incidenza, gli effetti che essa produce sul calcio, o più in generale sullo sport, sul piano dell'economia e sul piano giuridico.

Già nel corso della causa l'UEFA ha cercato di opporsi alla domanda

¹⁵ Di questo accordo ci dà notizia G. BERNINI, *Lo sport ed il diritto comunitario dopo Maasricht: profili generali*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1993, 663.

¹⁶ La sentenza tratta della violazione delle norme sulla cittadinanza ai punti 119, 120.

di Bosman circa l'applicabilità all'attività calcistica degli articoli del Trattato CE, sottolineando che le istituzioni comunitarie hanno, fino ad allora, rispettato l'autonomia dell'ordinamento sportivo ed aggiungendo che una pronuncia della Corte di Giustizia, a quel punto, comporterebbe la necessaria riorganizzazione del gioco del calcio. Essa ha suggerito dunque ai giudici europei di attenersi ad una certa elasticità tenendo presente la specificità di quel settore.

Se da un lato la Corte esclude di farsi condizionare dalle conseguenze pratiche, che la sentenza potrebbe produrre sull'organizzazione del calcio, essendo che, secondo la giurisprudenza comunitaria, una sentenza deve essere pronunciata previa preventiva valutazione delle sue possibili incidenze, ma soprattutto rispettando l'"obiettività del diritto" e non permettendo che probabili ripercussioni ne compromettano l'applicazione¹⁷, d'altro canto la stessa autorità giudiziaria rifiuta che lo sport sia sottratto alla disciplina comunitaria¹⁸.

A questo riguardo c'è chi, appigliandosi alla specificità del settore, auspica una riforma del Trattato al fine di dedicare allo sport uno spazio autonomo. Tuttavia ci sono molteplici ragioni che rendono l'auspicio illusorio. Si osserva¹⁹, ad esempio, che la sentenza è fondata su uno dei pilastri dell'Unione Europea, ossia la libera circolazione; se quindi anche fosse delineabile una certa specificità del calcio ed uno status del calciatore europeo, improbabile è invece l'esenzione dagli articoli 48, 85 ed 86. Nel corso di un'intervista Van Miert, membro della Commissione europea e responsabile della concorrenza, alla domanda se lo sport possa essere isolato dal Trattato in considerazione della sua specificità, risponde che se una simile eccezione è ammissibile per il calcio, allora deve esserlo anche per ogni

¹⁷ Le obiezioni dell'UEFA e la risposta della Corte sono riportate nella sentenza ai punti 71 e 77.

¹⁸ M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 1996, 616, spiega che l'autonomia dell'ordinamento sportivo non può significare totale impermeabilità rispetto all'ordinamento generale.

¹⁹ A. SESSA, *Il sole-24 ore*, venerdì 23 gennaio 1996.

altro sport; la persistenza di discriminazioni sulla base della nazionalità sono d'altro canto uno dei maggiori ostacoli all'attuazione di una cittadinanza europea.

A queste osservazioni c'è chi risponde aggiungendo che anche volendo sottrarre il calcio alla portata del Trattato, si dovrebbe risolvere un quesito: fino a che punto si può limitare l'estensione di uno dei principi fondamentali della Comunità, cioè la libera circolazione dei lavoratori?

L'unica via per ammettere una sottrazione del calcio all'articolo 48 sarebbe quella di ravvisare dei motivi di ordine pubblico a norma dello stesso articolo terzo comma, oppure, sulla base di quanto disposto nella sentenza *Donà-Mantero*, quello di ravvisare dei motivi di carattere non economico inerenti esclusivamente il calcio²⁰.

La portata della sentenza è decisamente ampia. E' innanzitutto da molti sostenuto che la condanna della clausola di nazionalità e del sistema di trasferimenti, se anche pronunciata in riferimento al settore specifico del calcio, è estensibile a tutti gli altri sport²¹.

La sentenza *Bosman* è applicabile alle attività sportive anche se sono disciplinate da regolamenti privati. Già in occasione delle cause *Walrave* e *Donà* la Corte aveva precisato che i principi del Trattato prevalgono non solo sulle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, ma anche su quelle dettate da associazioni private, quali le federazioni o le società sportive. Tale estensione alle regolamentazioni private è spiegata nella stessa sentenza: l'abolizione delle frontiere non sarebbe completamente realizzabile se nell'esercizio dell'autonomia giuridica le associazioni potessero porre ostacoli alla libertà di circolazione.

²⁰ D. O'KEEFE e P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen*, *Revue du marché unique européen*, 1996,41.

²¹ Sono di questo avviso M. THILL, *L'arrêt "Bosman" et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire "Bosman"*, *Revue de marché unique européen*, 1996; e N. PARISIS E M. F. SALAS, *Le sport individuel au regard de l'arrêt "Bosman": les ordonnances "Deliège"*, *Revue du marché unique européen*, 1996,135.

L'applicabilità del principio è evidente alla luce dell'articolo 48 e del regolamento 1612/68, che dispone espressamente la nullità delle clausole dei contratti collettivi od individuali di lavoro nella misura in cui prevedono condizioni discriminatorie nei confronti di lavoratori cittadini di altri Stati membri. Lo stesso non si può dire circa l'articolo 59 del Trattato CE, non essendo state emanate disposizioni simili relativamente alla libera prestazione di servizi.

Tuttavia considerando che le attività disciplinate dall'articolo 59 non si distinguono da quelle disciplinate dall'articolo 48, se non per la circostanza che sono svolte al di fuori di un contratto di lavoro subordinato, si può concludere che non vi è alcun dubbio sull'estensibilità del principio anche alla prestazione di servizi²².

L'importanza della sentenza *Bosman* aumenta se si osserva che la sua portata non è limitata al settore del calcio, ma incide perfino sul disegno dell'integrazione europea. Essa offre l'occasione per riaffermare un principio fondamentale: quello in virtù del quale l'individuo prevale sulle esigenze economiche. Le vicende giudiziarie di *Bosman* sono durate cinque anni e la difficoltà per il singolo di far valere i suoi diritti era tale che si sarebbe potuto affermare che l'articolo 48 prevedeva solo una libertà formale e che le probabilità di riuscire dipendevano solo dalle disponibilità finanziarie dell'individuo. Il successo di *Bosman* ha contraddetto una simile apparenza²³.

Secondo alcuni autori si deve parlare di un'unità essenziale delle libertà fondamentali: esisterebbe infatti un legame piuttosto stretto tra le libertà di cui agli articoli 48, 52 e 59 del Trattato.

Un aspetto che rende la sentenza meritevole di attenzione è la preci-

²² Sull'applicabilità della sentenza alla normativa privata si pronuncia M. THILL, *L'arrêt "Bosman" et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire "Bosman"*, *Revue du marché unique européen*, 1996, 114.

²³ Sull'ampio significato della sentenza si esprime J. L. DUPONT, *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt "Bosman"*, *Revue du marché unique européen*, 1996, 91.

sazione del significato dell'articolo 48. Come sostenuto nel primo capitolo, vari autori ritengono che la norma garantisca una parità di trattamento unicamente formale, in quanto sarebbe assicurata solo sul piano della nazionalità e non anche di qualsiasi altra discriminazione. La Corte ha invece accolto la tesi dell'Avvocato Lenz, secondo il quale l'articolo non vieta solo le discriminazioni basate sulla cittadinanza, bensì qualsiasi restrizione della libertà di circolazione. L'importanza della sentenza deriva dunque anche dall'aver ampliato la portata dell'articolo 48 del Trattato CE: essa conferma che il divieto contenuto nelle disposizioni relative alla libertà di circolazione delle persone, oltrepassa la discriminazione, per coprire tutte le restrizioni al diritto del cittadino europeo di accedere liberamente all'impiego in un altro Stato della Comunità²⁴.

In questo modo la Corte sembra essersi adeguata al disegno della Comunità Europea introdotto con l'articolo 8, ossia quello d'istituire uno statuto politico e non più limitato ai soli diritti economici e sociali, comune a tutti i cittadini europei.

Un'ulteriore ragione d'interesse per la sentenza deriva dal fatto che essa tocca i rapporti tra l'ordinamento giuridico sportivo, quello giuridico nazionale e quello giuridico comunitario. In particolare essa ha permesso alle istituzioni europee di far propri compiti che gli organi nazionali dei singoli Stati non sono più in grado di eseguire isolatamente. Un giudice nazionale avrebbe infatti sicuramente potuto incidere poco o niente sulla situazione del calcio, dati i poteri piuttosto ampi dell'ordinamento sportivo. Lasciando invece voce all'autorità giudiziaria comunitaria si sono potute recuperare quelle libertà che gli ordinamenti nazionali avevano lasciato alla disciplina delle organizzazioni sportive²⁵.

²⁴ Il più ampio significato dell'articolo 48 è affermato da D. O'KEEFE e P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen*, cit., 30; J. L. DUPONT, *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt "Bosman"*, cit., 87; F. VANDAMME, *La Communauté européenne et le sportif professionnel*, *Revue du marché commun*, 1996, 353 e ss.

²⁵ In questo senso P. DEMARET, *Introduction. Quelques observations sur la signification de l'arrêt "Bosman"*, cit., 15.

Prima della sentenza *Bosman* la Corte si era già pronunciata in tema di sport nelle sentenze *Walrave* e *Donà*. In quell'epoca tuttavia non era ancora stato compreso il potenziale commerciale dello sport e del calcio in particolar modo. La Corte nel 1996 ne ha evidenziato la funzione anche commerciale derivante dall'enorme importanza finanziaria delle partite di calcio e dalla vendita dei diritti televisivi. Per questa ragione la pronuncia della Corte ha suscitato pure l'interesse degli economisti²⁶.

Infine bisogna notare il vigore con cui la Corte si è pronunciata sulla libertà di circolazione dei lavoratori, prendendo una posizione più decisa di quella che aveva assunto con il caso *Donà*. Se fino ad ora lo sport era stato considerato una questione marginale, su cui largo margine era lasciato ai giudici nazionali e sportivi, ora, data in particolare l'importanza economica dello sport e soprattutto del calcio, la Corte di Giustizia si è fatta più decisa.

Rimane tuttavia da osservare un aspetto negativo: la sentenza *Bosman* non è applicabile nelle situazioni meramente interne. Tra le statuizioni della Corte vi è in particolare il divieto delle indennità, che vale solo per i trasferimenti tra società di diversi Stati membri e non anche per quelli all'interno di un unico Stato. Questa limitata portata della disposizione è dovuta alla scelta dei giudici di pronunciarsi solo in base all'articolo 48, che può esser applicato solo a situazioni transfrontaliere. Ritenendo infatti la disciplina dettata dalle federazioni contraria all'articolo appena menzionato, i giudici non hanno creduto necessario pronunciarsi anche sull'applicabilità degli articoli 85 ed 86, relativi alla libera concorrenza. Il motivo della scelta sembra essere l'opportunità di non avventurarsi sul terreno più ampio della concorrenza, di valutare con calma gli effetti della sentenza sullo sport e di attendere i risultati tra Commissione e UEFA²⁷. Questo significa che la

²⁶ S. KESÉNNÉ, per esempio si dedica ad un'analisi dell'incidenza della sentenza *Bosman* sull'economia dello sport, in *L'affaire Bosman et l'économie du sport professionnel par équipe*, *Revue du marché unique européen*, 1996, 93 e ss.

²⁷ Le ragioni della Corte sono spiegate da P. DEMARET, *Intrduction. Quelques observations sur la signification de l'arrêt "Bosman"*, cit., 14-15.

sentenza non fonda alcun diritto per quegli sportivi che esercitano la loro attività all'interno dello Stato membro di cui sono cittadini; mentre sarà sicuramente efficace nel caso di un lavoratore cittadino di un altro Stato membro, che in un Paese della CE desideri cambiare squadra, poiché il diritto alla libertà di circolazione non si esaurisce con il primo impiego nel Paese di destinazione²⁸.

4. Su quali presupposti configurare la concorrenza nel calcio?

L'ambito di applicazione della disciplina della concorrenza è alquanto ampio, riguarda infatti tutte le attività economicamente rilevanti, tutte le imprese, siano esse industriali, commerciali o di prestazioni di servizi.

L'articolo 85 del Trattato CE vieta tutti gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per scopo o comunque per effetto "di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune". L'articolo 86 vieta invece lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese nell'ambito del mercato comune o di una sua parte sostanziale.

Al fine di accertare se si possa parlare di concorrenza nell'ambito del mercato calcistico occorre innanzitutto precisare il significato che il termine impresa ha nell'ordinamento delle Comunità Europee.

Originariamente dottrina e giurisprudenza comunitarie propendevano per una nozione in senso soggettivo, ritenendo che l'impresa coincidesse con la persona fisica o giuridica che svolge l'attività economica. Successivamente è invece prevalsa l'interpretazione secondo la quale la nozione

²⁸ Autore di questa precisazione è M. THILL, *L'arrêt "Bosman" et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire "Bosman"*, cit., 99-102.

va ricostruita in termini meramente oggettivi, va identificata con lo svolgimento di un'attività economica autonoma a prescindere dalla forma giuridica²⁹. Nella disciplina comunitaria si nota l'identificazione della nozione giuridica con quella economica: impresa è quell'unità economica, quella struttura, con organizzazione permanente e non temporanea, destinata alla produzione di nuova ricchezza. Irrilevante è l'aspetto organizzativo, l'impresa si configura ogniqualvolta un soggetto, persona fisica o giuridica che sia, compia un atto di disposizione della propria sfera giuridica producendo effetti economici. La Commissione, confermando questo orientamento, ha evidenziato che impresa è anche l'artista che faccia un uso commerciale delle proprie prestazioni, anche se solo occasionalmente³⁰.

Considerando che gli articoli 85 e 86 del Trattato sono stati dettati con riguardo ai comportamenti di imprese lesivi dell'equilibrio del gioco della concorrenza, presupposto necessario per la loro applicazione è il compimento di atti economicamente rilevanti (idonei ad incidere su tale equilibrio) da parte di una o più persone fisiche o giuridiche³¹.

Attività economicamente rilevante è sicuramente quella calcistica: già nel 1976, in occasione della causa *Donà-Mantero*³², la Corte di Giustizia dichiarò il carattere economico dell'attività del calciatore allorchè sia svolta in regime di lavoro subordinato o di prestazione di servizi remunerata.

L'attività economicamente rilevante è configurabile nel calcio dati i guadagni che lo caratterizzano. Essa non è solo quella compiuta dai calciatori, bensì anche quella svolta dalle Federazioni calcistiche, le quali, oltre che coordinare le competizioni tra le squadre affiliate, operano anche come

²⁹ La Corte di Giustizia ha ad esempio disposto che non ha alcuna rilevanza il cambiamento di forma giuridica nelle cause riunite 29-30/83, *Cram e Rheinzink c. Commissione*, 28 marzo 1984, *GUCE*, 8 maggio 1984.

³⁰ *Rai/Unitel*, *GUCE*, 1978, L.157/39.

³¹ Il concetto di impresa è con precisione approfondito da G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, *Rivista di diritto commerciale*, parte I, 1993, 281 e ss.

³² Causa 13/76, *GUCE*, 6 ottobre 1976.

prestatrici di servizi di spettacolo e pubblicità in vista di un profitto economico, e dalle società: quale ad esempio la vendita dei biglietti d'ingresso alle partite, l'affitto di spazi pubblicitari, la vendita di gadgets, di diritti di trasmissione televisiva degli incontri, di spazi pubblicitari sulle divise³³.

Quanto ai mercati in cui può ravvisarsi una violazione della disciplina della concorrenza, essi possono essere diversi a seconda della situazione particolare³⁴. La violazione degli articoli 85 e 86 può avvenire nel mercato delle risorse di approvvigionamento, considerando come tali i calciatori o i servizi da loro prestati, oppure nel mercato dei servizi di spettacolo e di pubblicità, in tal caso le imprese sportive sono in concorrenza non solo tra loro stesse, bensì anche con quelle che praticano altri sports e con qualsiasi impresa di spettacolo o di prestazioni pubblicitarie.

D'altro canto l'ipotesi della configurabilità della concorrenza nell'ambito del calcio non si differenzia di molto da quella dell'applicabilità della disciplina della concorrenza alle professioni liberali. Va infatti formulandosi, nell'orientamento dottrinale comunitario³⁵, la convinzione che anche l'attività del libero professionista abbia i caratteri dell'impresa, al pari di ogni attività di prestazione di servizi. Infatti seguendo l'orientamento della Corte di Giustizia³⁶, l'impresa, ai sensi dell'articolo 85 del Trattato, deve essere intesa come un'entità economica consistente in un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali ed immateriali perse-

³³ Sul carattere economico dell'attività sportiva si veda G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt "Bosman"*, *Revue du marché unique européen*, 1996, 49.

³⁴ Particolare attenzione ai mercati in cui può ravvisarsi la concorrenza per le imprese calcistiche è dedicata da G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt "Bosman"*, cit., 50; e da A. PAPPALARDO e N. PARISIS, *Le droit de la concurrence et le sport professionnel par équipe*, *Revue du marché unique européen*, 1996, 62-64.

³⁵ Così C. D. EHLERMANN, *Concurrence et professions libérales: antagonisme de compatibilité?*, *Revue du marché commun*, 1993, 136 e ss.

³⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado, *Shell c. Commissione*, C.T-11/89, 10 marzo '92.

guenti, in maniera durevole, un risultato economico determinato; sicché un tale concetto include senz'altro anche la libera professione che, esercitata in maniera indipendente, consiste in un'attività economica permanente, ossia nella prestazione di servizi dietro retribuzione, cui senz'altro sono riferibili gli articoli 85 ed 86 del Trattato CE.

In particolar modo è da considerare contraria al principio di libera concorrenza la fissazione di prezzi e tariffe da parte di ordini ed organizzazioni professionali, nonché la condizione dell'affiliazione agli ordini professionali per l'esercizio della professione, così come lo sono le clausole di indennità che condizionano i trasferimenti dei calciatori, la clausola di nazionalità e la condizione dell'affiliazione alla federazione calcistica nazionale.

5. La violazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE

Avendo accertato l'esistenza dei presupposti della concorrenza, possiamo concludere che nel settore del calcio può riscontrarsi la violazione della relativa normativa comunitaria.

In particolare riteniamo violato l'art.85, primo comma, lettera c, il quale vieta gli accordi e le decisioni delle associazioni d'impresa che abbiano per oggetto o per effetto "di ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento". Tali si possono considerare i regolamenti dettati dalle Federazioni calcistiche, poiché configurano degli accordi orizzontali (essendo conclusi tra coloro che possiamo intendere come i datori di lavoro, e quindi produttori nel mercato del lavoro o ingaggio), che escludono o limitano l'ingaggio dei calciatori stranieri o ne prevedono al massimo un numero

³⁷ Prima della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Bosman* vigeva infatti la regola, secondo la quale ai fini delle coppe europee potevano essere tesserati un numero illimitato di stranieri, ma potendone utilizzare non più di tre per competizione, statuita dal *Gentlemen's Agreement* conclusosi tra UEFA e Commissione. Obbedendo ad essa le società, potendo utilizzare solo un numero esiguo di stranieri, ne ingaggiano conseguentemente un numero limitato, così garantendo una ripartizione delle "fonti di approvvigionamento".

limitato³⁷, realizzando di fatto una ripartizione dei mercati nazionali ed incidendo sulla libertà degli scambi tra società.

Tale censura trova fondamento sull'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di divieto di ripartizione dei mercati. Intendendo infatti le Federazioni e le società calcistiche come produttori che operano nel mercato del lavoro, sarà loro facilmente estensibile il divieto pronunciato dalla Corte di Giustizia³⁸ nei confronti di produttori operanti allo stesso livello di produzione ed avente per oggetto appunto intese orizzontali con cui gli stessi, anche senza redigere un vero e proprio piano di coordinamento delle loro attività, collaborano al fine di incidere sul normale gioco della concorrenza.

Già l'Avvocato Generale Lenz, nel corso della causa *Bosman*, aveva evidenziato che le Federazioni calcistiche possono intendersi come associazioni di imprese o imprese esse stesse e che quindi i regolamenti federali sarebbero degli accordi tra imprese o decisioni di associazioni di imprese. Concludeva osservando che la clausola di nazionalità, che prevede l'utilizzabilità di un numero limitato di cittadini stranieri sia pure di nazionalità di Stati della Comunità, influisce negativamente sulla concorrenza tra le società nell'ambito del mercato dell'ingaggio dei giocatori; così come il sistema dei trasferimenti, che subordina il trasferimento di un calciatore da una società ad un'altra al pagamento di un'indennità di cessione anche quando il contratto sia scaduto, si sostituisce alla regola della domanda e dell'offerta, tendendo in tal modo a mantenere invariata la situazione competitiva esistente ed impedendo ai calciatori di trasferirsi presso società che offrono loro migliori condizioni.

In particolare l'indennità che condiziona il trasferimento può ricondursi alle intese finalizzate a regolare i prezzi o altre condizioni di

³⁸ Cause riunite da 40 a 48, da 54 a 56, 111, 113, e 114/73, *Suiker Unic c. Commissione*, 16 dicembre 1975, *RACCOLTA*, 1975.

³⁹ Infatti la Corte si Giustizia, nella causa 48/69, *ICI*, 14 luglio 1972, *RACCOLTA*, sottolinea che simili intese permettono "agli interessati di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni acquisite a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune".

vendita e senz'altro condannate dalla giurisprudenza³⁹.

Influisce sulla libera concorrenza anche il vincolo che lega il giocatore alla società, obbligandolo a rispettare le norme dell'ordinamento sportivo e a ricorrere unicamente alla giurisdizione arbitrale. Esso configura un patto di non concorrenza⁴⁰, mentre la cessione del calciatore rappresenta una rinuncia al patto stesso da parte della società cedente dietro un corrispettivo.

Aldilà delle violazioni della normativa dettata dal Trattato Ce, prese in considerazione dai giudici europei nella causa *Bosman*, altri possono essere gli accordi che incidono negativamente sul mercato delle fonti di approvvigionamento, quali regole di durata del contratto dei giocatori, regole d'indennità per la rottura dello stesso.

Quanto all'articolo 86, l'Avvocato Generale Lenz aveva evidenziato la detenzione di una posizione dominante da parte delle società calcistiche, essendo queste legate da stretti legami economici tali da consentire loro di detenere posizioni dominanti. Contrariamente però all'Avvocato Generale, secondo il quale non ne sarebbe ravvisabile un abuso, crediamo che anche l'articolo 86 sia violato, consistendo l'abuso nell'atteggiamento delle società, che, in quanto datrici di lavoro e detenendo la posizione dominante, impongono ai calciatori, lavoratori subordinati o prestatori di servizi che siano⁴¹, condizioni gravi ed onerose⁴².

³⁹ P. BARILE, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e i calciatori professionisti*, *Giurisprudenza italiana*, 1977, 1412.

⁴¹ Incerto è ancora nell'ordinamento europeo se il calciatore debba qualificarsi come lavoratore subordinato o autonomo. La Corte ha avuto sia nella causa *Donà-Mantero* che nel caso *Bosman* l'opportunità di risolvere il dubbio. Nella prima era infatti stata posta la questione dell'applicabilità degli artt. 7, 48 e 59 del Trattato, nel secondo quello dell'applicabilità degli artt. 48, 85 e 86, in entrambe quindi ben veniva evidenziata l'incertezza sulla qualificazione giuridica del giocatore. In entrambe le occasioni i giudici europei hanno preferito tacere rimettendo il problema alle autorità giudiziarie nazionali.

⁴² Sulla posizione dominante si veda *D. O'KEEFE e P. OSBORNE, L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen, Revue du marché unique européen*, 1996, 43.

6. I vantaggi derivanti dall'applicazione della disciplina della concorrenza come dettata dal Trattato

La Commissione ha progressivamente ampliato la sfera di applicazione delle regole della concorrenza, estendendole ai più disparati settori dei servizi.

La politica della libera concorrenza gioca oggi un ruolo fondamentale nello sviluppo armonico delle attività economiche nella CE ed in particolar modo nella realizzazione del mercato interno. L'applicabilità di detta normativa a tutti i settori dell'economia, senza ignorare la specificità di alcuno, stimola la competitività internazionale delle imprese europee e soprattutto la fiducia nell'Europa.

Inoltre la ragione principale che ci ha indotti a ricercare i fondamenti dell'applicazione della disciplina della concorrenza nel settore del calcio sta nell'esigenza di ricercare validi strumenti per garantire la libertà di circolazione dei calciatori, dato lo scarso successo della sentenza *Bosman*.

Quest'ultima avrebbe certamente avuto maggiore incisività ove la Corte avesse riconosciuto il carattere plurioffensivo delle regole federali incriminate. Se fossero stati dichiarati violati gli articoli 85 e 86 del Trattato CE, oltre all'articolo 48, certamente società e Federazioni calcistiche avrebbero ora meno scampo dall'osservanza della sentenza. La Commissione potrebbe infatti intervenire anche di propria iniziativa affinché la stessa sia rispettata, così come auspicato dal Parlamento europeo già con la risoluzione del 1989. Non vi sarebbero più le attuali numerose perplessità circa il divieto delle indennità di cessione, potendo la Commissione intervenire con i poteri di controllo, indagine e sanzione di cui all'articolo 87 e al regolamento n.17 del 1962⁴³.

Applicandosi la disciplina di cui agli articoli 85 e 86 si supererebbero i limiti di una sentenza pronunciata sulla sola base del principio di libera

⁴³ Regolamento del Consiglio n. 17, 6 febbraio 1962, *GUCE*, n.13, 21 febbraio 1962.

circolazione delle persone. Contro la Corte, secondo la quale le competizioni tra squadre rappresentative dei loro Stati non sono soggette alla garanzia di cui all'articolo 48, si sosterrà l'inammissibilità di simile eccezione: configurando la clausola di nazionalità un accordo o una decisione che altera il gioco della concorrenza, essa è nulla di pieno diritto ex articolo 85, a prescindere dal carattere nazionale o internazionale delle Federazioni che organizzano gli incontri.

Riconoscendo il carattere plurioffensivo delle norme calcistiche considerate si supererebbe un ulteriore limite della sentenza *Bosman*, quello della sua efficacia nei soli casi di trasferimenti di giocatori tra Stati diversi dell'Unione, quando la clausola di nazionalità ed il sistema dei trasferimenti trovano invece applicazione anche all'interno dei singoli Stati membri⁴⁴. Situazione questa che se esclusa dall'ambito di applicazione dell'articolo 48, rientra invece in quello dell'articolo 85⁴⁵.

A questo riguardo è infatti da rilevare che se negli anni '60 l'articolo 85 si riteneva applicabile solo se il pregiudizio del commercio derivante dalle intese si produceva sui mercati di almeno due diversi Stati membri, secondo l'attuale orientamento prevalente la norma in questione è violata anche quando l'accordo isola il mercato del solo Stato membro su cui l'accordo opera⁴⁶.

⁴⁴ Dello stesso parere è S. WEATHERILL, *After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification*, in *Common market law review*, 1996, 905.

⁴⁵ Le ragioni dell'applicazione della disciplina della concorrenza sono difese da G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles*, cit., 50.

⁴⁶ In questo senso causa 8/72. *Cementieri c. Commissione*, 17 ottobre 1972. *Raccolta*; causa T-66/89, *Publisher Association c. Commissione*, 9 luglio 1992, *Raccolta*, 1992: "Un accordo, una decisione di impresa o una pratica concordata affinché possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 85 par. 1 del Trattato, devono, sulla base di un insieme di elementi di diritto o di fatto, potere esercitare, con un grado di probabilità sufficiente, un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi commerciali tra gli Stati membri in un modo tale d'arrecare pregiudizio alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico tra gli Stati. Anche un comportamento anticoncorrenziale limitato al territorio di un solo Stato è suscettibile di avere ripercussioni sugli scambi commerciali e sulla concorrenza nel mercato comune".

Lo scarso successo della sentenza *Bosman* ci dimostra la necessità di un'inversione di tendenza da parte della Corte di Giustizia, la necessità di un'applicazione integrata delle norme relative alla circolazione delle persone e di quelle relative alla libera concorrenza, per lo meno in quei casi in cui sono coinvolti beni, servizi e persone.

Il nostro fervore nell'espore questa tesi si giustifica per la convinzione che il calcio, sport europeo per eccellenza, al pari di ogni altro sport in generale, è un importante strumento di realizzazione di quell'integrazione europea che sembra essere solo agli albori. La Comunità dovrebbe approfittare proprio di un simile mezzo per realizzare il progetto di cui agli artt. 8-8E, relativi alla cittadinanza europea. Intervenendo nel calcio con provvedimenti normativi e giurisprudenziali potrebbe avvicinare maggiormente a sé i cittadini degli Stati membri, potrebbe tentare anche questa via per rafforzare i sentimenti di coesione, di identificazione con i cittadini dell'Unione europea.

ALESSANDRO BERLUTI

*LO STATUTO PONTIFICIO DEL 1848:
IL CONTRIBUTO ALLA REDAZIONE DELL'URBINATE
MONS. GIOVANNI CORBOLI BUSSI*

1. Corboli Bussi e lo Statuto pontificio

Il 14 marzo 1848, Pio IX promulgava lo *Statuto fondamentale per il governo temporale degli Stati della Chiesa*. Salito al trono appena due anni prima, il 16 giugno 1846, aveva subito intrapreso tutta una serie di riforme "liberali" all'interno del regno ma, mai, avrebbe pensato di giungere alla concessione di un governo rappresentativo nel suo Stato. Spinto però dall'incalzare degli eventi, di quel turbine che fu il 1848, anche il papa Pio nominò una commissione col compito di preparare la carta statutaria¹.

Questa venne ad affrontare tutta una serie di problematiche per poter concedere anche nello Stato pontificio la costituzione, data la sua particolare natura, e posto di rilievo nell'elaborazione della carta e nella risoluzione di quelle difficili questioni che essa comportava, legate alla presenza di un sovrano re e sacerdote al contempo, ebbe mons. Giovanni Corboli Bussi.

Nato ad Urbino il 24 settembre 1813², da Curzio Corboli Acquilini, patrizio di Urbino e Senigallia³, e da Costanza Sommi Picenardi, in una nobile famiglia di tendenze moderate, Giovanni "era cresciuto in un ambiente profondamente cattolico ma aperto, anche per i legami con gli Sclopis che permettevano di conoscere i nuovi fermenti diffusi in Piemonte"⁴. Divenuto sacerdote nel 1840, le sue abilissime doti di "giovane dolce e misti-

¹ Questa costituzione è definita dal Wollemborg come "la più interessante ed originale fra le carte costituzionali del nostro quarantotto" [L. WOLLEMBORG, "Lo Statuto pontificio nel quadro costituzionale del 1848", in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1935, p. 529]. Per analoghe considerazioni, vedi pure: N. CORTESE, *Le costituzioni italiane del 1848-'49*, Napoli, 1945.

² Ulteriori cenni biografici - ancorché succinti - alla voce: "Corboli Bussi Giovanni" in G.M. CLAUDI, L. CATRI, (a cura di), *Dizionario Storico-Biografico dei marchigiani*, Ancona-Bologna, 1992, tomo I, p. 197.

³ Ricordiamo che questa era pure la città natale di Pio IX, al secolo Giovanni Maria Mastai dei conti Ferretti.

⁴ G. MARTINA, "Corboli Bussi" in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, 1983, vol. 28, p. 775.

co, sacerdote pio, candidissimo; acceso di cristiana carità; mente elettissima, sottile, erudita”⁵, gli avevano aperto le strade ad una folgorante carriera⁶. Già nel 1843 era Consultore della Congregazione degli affari ecclesiastici straordinari e, nel 1845, sotto Gregorio XVI, era nominato segretario del Sacro Collegio, ufficio che gli comportò di presenziare al Conclave che, il 16 giugno 1846, portava sul trono di Pietro il Cardinal Giovanni Maria Mastai Ferretti, col nome di Pio IX.

L'avvento di questi alla Sede apostolica, fu per Corboli Bussi una svolta decisiva. Il monsignore, “di idee riformatrici ed [...] amico di alcuni tra i più influenti dirigenti del movimento liberale moderato”⁷, seppe conquistare immediatamente l'amicizia e la stima del nuovo pontefice, divenendo “non tanto l'esecutore più fedele delle direttive del papa, quanto il consigliere più ascoltato”⁸, “grazie alla lucidità con cui [...] coglieva rapidamente i punti essenziali dei più complessi problemi, riassumendoli senza difficoltà in chiari rapporti stesi di getto con una limpida calligrafia”⁹; [e] la straordinaria capacità di portare a termine una mole notevole di lavoro, nonostante la malferma salute; la sincerità e il disinteresse¹⁰, uniti ad una

⁵ A. MANNO, *L'opinione religiosa e conservatrice in Italia dal 1830 al 1850 ricercata nelle corrispondenze e confidenze di monsignor Giovanni Corboli Bussi*, Torino, 1910, p. XXIII.

⁶ Un dettagliato elenco degli incarichi ricoperti da Corboli Bussi nel corso della sua attività, è in A. MANNO, op. cit., p. VIII.

⁷ G. CANDELORO, *Storia dell'Italia Moderna*, Milano, 1994, vol. II, p. 429.

⁸ G. MARTINA, *Corboli...*, op. cit., p. 775.

⁹ A testimonianza di questa abilità di Corboli Bussi, si può vedere: P. PIRRI, “Rapporti di Mons. Corboli Bussi dal quartiere generale di Carlo Alberto (Aprile 1848)”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1950, pp. 399-412.

¹⁰ A proposito di queste doti del Corboli, sembra significativo un passo di una sua lettera spedita da Roma al conte Girolamo Palma di Urbino il 23 luglio del 1846: “Non però mi lamento [della mole di lavoro che sono chiamato a svolgere]; anzi ringrazio Iddio che per sua misericordia non isdegni la meschinissima opera mia; e parendomi di non servire nè per ambizione nè per bisogno, forma la mia felicità la coscienza di servire con amore” [Corboli Bussi al conte Girolamo Palma di Urbino, lettera presente presso la Biblioteca Centrale Universitaria di Urbino, Fondo del Comune, busta 106, (vedi anche: L. MORANTI, a cura di, *Inventari dei manoscritti delle Biblioteche d'Italia*, Firenze, 1954, vol. LXXX, p. 160)].

autentica pietà e ad uno zelo illuminato”¹¹.

A ragione di ciò¹², troviamo questo prelado, nella Commissione consultiva di governo¹³, “a cui nei primi giorni di regno Pio IX affidò provvisoriamente lo studio dei problemi politici più urgenti”¹⁴, lo vediamo stendere l’«Editto del perdono» con cui Pio IX concedeva l’amnistia il 16 luglio del 1846, la bozza del decreto sulla stampa del 14 marzo 1847, lo incontriamo negoziatore con Toscana e Piemonte, per la realizzazione della Lega doganale¹⁵, dopo i fatti di Ferrara dell’estate 1847, e in tanti altri atti della curia romana. Certo, però, che uno dei più difficili compiti che ebbe, nella primavera del 1848, fu quello di partecipare alla redazione dello Statuto pontificio.

La sua particolare abilità di fine diplomatico ed accorto politico, gli aveva ben mostrato che in quella primavera quarantottesca, “gli eventi veramente precipita[vano], e guai a coloro che, per imprevidenza o per sinistre intenzioni, anziché seguire spontanei il corso degli eventi, si lasciano da quelli trascinare”¹⁶, come scriveva appunto in quei giorni il fanese Filippo Luigi Polidori, assertore della concessione della Carta statutaria nello Stato papale.

¹¹ G. MARTINA, *Corboli...*, op. cit., p. 774.

¹² Scrive il Candeloro, in ordine al legame tra il Corboli e Pio IX: “Egli [cioè Corboli Bussi] esercitò grande influenza su Pio IX nei primi due anni di pontificato” [G. CANDELORO, op. cit., vol. II, p. 429].

¹³ La Commissione, formata in attesa di nominare il segretario di Stato, era composta dai cardinali Lambruschini, Bernetti, Gizzi e Amat, “cioè due reazionari e due moderati, da monsignor Marini governatore di Roma, anch’esso in fama di reazionario, e da monsignor Giovanni Corboli Bussi, che ne fu segretario” [G. CANDELORO, op. cit., vol. II, p. 428].

¹⁴ G. CANDELORO, op. cit., vol. II, p. 428.

¹⁵ Importante contributo per l’approfondimento di questa vicenda, è quello di P. PIRRI, “La politica unitaria di Pio IX dalla Lega doganale alla lega politica”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1948, pp. 183-196. Qui, fra l’altro, l’Autore ricorda come Pio IX e Mons. Corboli Bussi, si adoperarono “per trovare una soluzione alla questione italiana nell’ambito della legittimità” [P. PIRRI, *La politica...*, op. cit., p. 183].

¹⁶ F.L. POLIDORI, *Sulla necessità di uno Statuto rappresentativo negli Stati pontifici*, Firenze, 1848, p. 3.

Il Corboli Bussi, a letto ammalato, venne ad inviare il suo voto per iscritto alla commissione¹⁷ incaricata dal Papa di redigere la carta. Ciò, è per noi di grande rilievo, perchè permette di conoscere l'opinione che a riguardo aveva il brillante prelado della curia.

2. L'an dello Statuto

A proposito, possiamo innanzitutto parlare di una *idea pubblica* e di una *idea privata* che il Corboli aveva a riguardo della opportunità e della liceità che, nello Stato ecclesiastico, venisse concessa una costituzione.

Quando parliamo di "idea pubblica", ci riferiamo a quella che egli espresse "pubblicamente" ai cardinali della commissione, per iscritto. Il pensiero del monsignore era estremamente chiaro; egli affermava che, a suo giudizio, "non fosse impossibile di conciliare, con opportune condizioni e garanzie, il regime costituzionale coll'indipendenza del capo della Chiesa, [...] [e continuava ritenendo] "superfluo l'esaminare, oggi, se il regime costituzionale sia, politicamente, opportuno a procurare la felicità vera dei popoli nostri"¹⁸. Poi, nel suo discorso, il Corboli esponeva il parere circa quella che, a suo giudizio, sarebbe stata la miglior forma di governo per lo Stato, e scriveva che "perocché, fino a questi ultimi giorni, io avrei sempre creduto che la forma di governo più conveniente alla felicità degli Stati d'Italia fosse la Monarchia pura, temperata da una rappresentanza nazionale puramente consultiva, e deliberativa solamente in quanto alle imposte, che era la forma cui la S. di N.S. aveva rinnovato, in Italia, il primo esempio"¹⁹. [...] Ma poichè il Re di Napoli, per non voler dare, a tempo, le mode-

¹⁷ Il Corboli Bussi, venne a mandare sempre per iscritto i suoi voti, suggerimenti ed obiezioni alla commissione in cui Pio IX lo aveva fortemente voluto; sono riportati in A. MANNO, *op. cit.*, p. 189 e ss. .

¹⁸ A. MANNO, *op. cit.*, p. 192.

¹⁹ Corboli qui allude alla Consulta di Stato pontificia, insediatasi a Roma sul finire del 1847.

rate concessioni, è stato trascinato alle immoderate, e poichè l'esempio di quel regno ha acceso tutta Italia d'una febbre alla quale, nè la Toscana, nè il Piemonte han potuto resistere; mi sembra ormai certo che lo Stato della Chiesa non potrebbe, in altro modo, resistere, fuorché chiamando gli aiuti stranieri. E questo rimedio mi pare, a sopportarsi, più duro del male. [...] Posto adunque a questa scelta mi pare che N.S. scegliendo la costituzione e dividendo, per così dire, la sovranità coi sudditi, non solamente non farà contro i giuramenti che ha prestati, ma anzi li adempirà nel miglior modo che ora si possa; giacchè i suoi giuramenti lo obbligano a non alienare il territorio della Chiesa, e a mantenere la spirituale indipendenza e S.S. farà in modo che i popoli della Chiesa non volgano gli occhi ed il cuore ad altro padrone, nè una protezione straniera, pel Principato, divenga una servitù pel sacerdozio²⁰.

Dunque, da parte del Corboli, si riteneva necessario concedere la costituzione. Egli affermava, innanzitutto, che ciò non contrastava con l'indipendenza di cui doveva godere il Pontefice, nè veniva a porsi in contrasto con il giuramento che Pio IX aveva fatto ai cardinali - come ogni papa - di mantenere intatto per i posteri ciò che egli aveva ricevuto; si rendeva però ben conto, il prelato, che, ad un tale voto favorevole, aveva influito in maniera determinante la posizione assunta dagli altri principi Italiani. A suo dire, infatti, la miglior soluzione, sarebbe stata per il momento quella di una monarchia consultiva, (opinione che, del resto, lo stesso Minghetti aveva), ma che, poichè Ferdinando II per troppo volere, aveva perso tutto, e gli altri monarchi lo avevano seguito costretti dal moto popolare, anche Pio IX, non poteva fare diversamente²¹, con ciò senza violare i suoi impegni e le sue prerogative canoniche. Se si avesse voluto resistere, l'unico mezzo sarebbe

²⁰ A. MANNO, op. cit., p. 193. Il voto fu dato dal Corboli il 15 febbraio 1848.

²¹ Scrive a proposito il Martina: "Se il Corboli Bussi riteneva preferibile un regime monarchico temperato da una consulta con poteri deliberativi sulle questioni finanziarie, giudicava i romani ancora immaturi per l'autogoverno, e prevedeva che nell'effervescenza del momento gli estremisti avrebbero avuto facilmente il sopravvento nel Parlamento, in pratica concludeva in senso opposto" [G. MARTINA, *Pio...*, op. cit., p. 211].

stato il ricorrere all' Austria, ma la medicina, ci dice il Corboli Bussi, sarebbe stata peggiore della malattia, e si che, questa volta, Pio IX avrebbe avuto una limitazione nella sua attività spirituale, che, il monsignore, chiama "sacerdotale", dovendosi tenere alle direttive di Vienna.

Ma, a fianco di tale sua "idea pubblica", a favore del fatto che Pio IX conceda lo statuto, ne troviamo pure una "privata". *Privata*, nel senso che venne inviata confidenzialmente, in una lettera personale²², a Federico Sclopis²³. In tale corrispondenza, non che il Corboli Bussi venga a esternare una posizione sostanzialmente differente da quella espressa alla commissione, solo che, qui, egli viene meglio ad inquadrare e ad esaminare le conseguenze che, inevitabilmente, la decisione dei vari sovrani di concedere lo statuto verrà a comportare. Il disegno che egli traccia è di una lungimiranza e limpidezza estrema. Ancora una volta, egli ritiene che non sia il momento di disputare sulla intrinseca bontà dei sistemi costituzionali, dato che il popolo ora questi vuole, e non starebbe a sentire ragioni, ma di una cosa si dice sicuro: "Io credo - scrive il Corboli - certa ad ogni modo una cosa: cioè che, per godere utilmente di questa forma di governo [costituzionale], bisogna ai popoli un amor vero e una cognizione vera della cosa pubblica, insomma una educazione politica, la quale non si fa in un giorno, nè mi par che si trovi per ora in nessuno dei popoli nostri"²⁴. Evidente, dunque, che già il Corboli comprendeva come solo un alto livello di "educazione politica" potesse permettere a questo regime costituzionale - in via di istituzione - di sopravvivere, e si rendeva altrettanto conto di come, l'Italia di allora, ne fosse pressochè priva. Ma oltre, vanno le sue considerazioni. Rimarca come questa corsa agli statuti, sarà deleteria per la penisola tutta; se Carlo Alberto e Leopoldo II, possono infatti concedere tali carte, e anche Pio IX è legittimato a tale concessione, non può però, certo, fare

²² La lettera è datata 2 marzo 1848; trascorsero, quindi, circa quindici giorni di riflessione, rispetto il voto alla commissione, prima che tali idee venissero espresse all'amico.

²³ Questi era il marito di Isabella Avogadro, la quale era nipote della madre di Corboli Bussi.

²⁴ A. MANNO, op. cit., p. 204.

altrettanto l'Austria²⁵, ed il Lombardo veneto sarà in rivolta sintantoché non l'otterrà. "Dunque - afferma il Corboli - a me pare impossibile che si mantenga [l'Austria] un anno in Lombardia senza guerra. E mi pare impossibile che non involva tutti gli Stati italiani". Comunque, con chiara logica da politico, Corboli, anche in vista di una probabile guerra, quale conseguenza degli statuti, non cambia opinione circa il fatto che pure il papa conceda tale sistema rappresentativo: "La rivoluzione - egli sentenzia all'amico - [...] è meglio averla domani che averla oggi: dunque non v'è altro rimedio che dare nobilmente una parte della sovranità per salvare l'altra parte e la sovranità con essa"²⁶. La logica che il prelato segue nella sua lettera, è di una ferrea impostazione. Comprende che non è il tempo di disquisizioni accademiche circa la bontà intrinseca dei regimi costituzionali, incombando ora la rivoluzione e mancando il tempo e la quiete per la dissertazione; vede la guerra come conseguenza di tali concessioni da parte dei re italiani, ma non vede soluzione diversa per Pio IX che, al momento, concedere lo Statuto, e attendere poi l'evolversi della situazione.

3. Il *quomodo* dello Statuto

Discusso sull'*an* della carta, una delle prime questioni sul *quomodo* che il prelato ebbe a riferire alla commissione, fu quella sul numero e sulla composizione delle camere, che il nuovo Statuto avrebbe dovuto contemplare.

Su questo importante argomento, il Corboli Bussi, per ben due vol-

²⁵ "Ma dare una costituzione, - scriveva appunto il Corboli - mi par l'Austria appunto l'unica potenza che non possa. Darla a tutto l'Impero con un solo parlamento non può: perchè nè Lombardia, nè Boemia, nè Ungheria nè Gallizia la soffrirebbero così. Darla a ciascuna di queste parti con parlamenti separati non può senza distruggere l'Impero. [...] Avremo dunque la costituzione più o meno in tutta Italia. Poi avremo la guerra" [A. MANNO, op. cit., pp. 204-205].

²⁶ A. MANNO, op. cit., p. 205.

te venne a trattare nei suoi voti che, ammalato, inviava sempre per iscritto alla commissione cardinalizia che stava preparando lo Statuto. E' altamente significativa, la tesi che il Corboli sostiene, perchè mostra come, all'interno della commissione stessa, vi fu una evoluzione di pensiero, da una linea tendenzialmente favorevole alle argomentazioni affermate nei suoi scritti dal Ventura²⁷, (cioè favorevole ad un sistema bicamerale in cui la Camera Alta fosse composta da soli cardinali), ad un'altra decisamente avversa che, alla fine, prevarrà.

Nel primo voto, egli viene ad affermare che, fra la rappresentanza nazionale ed il Sovrano, è d'uopo che vi sia un potere intermedio, "corrispondente alla Camera Alta degli Stati costituzionali, il quale sarebbe, naturalmente, il Concistoro"²⁸. Anzi, aggiunge il Corboli, il Concistoro può veramente essere considerato una Camera Alta, quando quella dei Pari in Francia è solo una "imitazione languida e imperfetta"²⁹ di quella inglese. Il Corboli, come un po' tutti i giuristi del tempo, vedeva infatti nel modello inglese l'ideale del sistema rappresentativo. In Inghilterra, infatti, a differenza di quanto accadeva oltralpe, "le due camere sono una in realtà, perchè, essendo l'interesse della grande proprietà agricola e l'interesse industriale, i due gran perni su cui si aggira tutta la macchina di quel Governo; la Camera Alta rappresenta il primo, la Camera Bassa il secondo e così ambedue concorrono all'equilibrio politico dello Stato"³⁰. Allora, la stessa cosa, aggiunge il monsignore, è presente nello Stato pontificio, in cui due sono i grandi interessi in gioco, quello ecclesiastico e quello materiale del paese, per cui "il Concistoro rappresenterebbe il primo, la riunione dei Deputati laici rappresenterebbe il secondo e l'unione dei due corpi ne costituirebbe l'equilibrio"³¹.

²⁷ Ci si riferisce all'opuscolo pubblicato a Roma il 25 febbraio 1848 dal titolo "Sopra una camera dei pari nello Stato pontificio", redatto appunto dal Ventura, celebre frate teatino, nativo di Palermo, e considerato uno degli oratori più abili dei suoi tempi.

²⁸ A. MANNO, op. cit., p. 190.

²⁹ A. MANNO, op. cit., p. 190.

³⁰ A. MANNO, op. cit., p. 190.

³¹ A. MANNO, op. cit., p. 191.

Se questa era la prima idea che il Corboli Bussi indirizzò alla commissione, egli poi venne a cambiarla. Il dibattito³² che era sorto intorno all'opuscolo del Ventura, aveva probabilmente messo in evidenza i limiti che una tale soluzione comportava, per cui, l'idea, "la cambiarono tutti i membri della Commissione"³³. Spiega il Corboli che egli, sostenendo il Concistoro come camera dei Pari, si basava su due capisaldi, e cioè che le sedute fossero segrete, e che non vi fosse alcuna partecipazione di laici in quella camera. Solo che, tali due pilastri, non potevano essere mantenuti, il "primo perchè alieno affatto dalle pratiche di ogni governo costituzionale"³⁴, in cui le sedute dei parlamenti sono usualmente pubbliche, il secondo perchè nello Stato esiste una Nobiltà ed aristocrazia ereditaria, insieme a molti uomini illustri senza censo, ed è necessario che, eletti dal sovrano, vengano a far parte del parlamento. Quindi al Corboli preme precisare che, non per questo, egli concorda col Ventura, per cui se una camera non è di cardinali, non ha senso crearne un'altra oltre quella dei deputati; ugualmente, la camera elettiva e quella nominata dal Sovrano, incarnano due interessi distinti ed opposti, rappresentando "l'interesse monarchico [l'una] in equilibrio con l'interesse democratico [l'altra]"³⁵. Soluzione, dunque, era che il S. Collegio dovesse trovarsi sopra alla Camera Alta, quale consiglio del principe, e "facente una sola persona con Lui"³⁶. Ci si avviava, dunque, verso la soluzione tricamerale che avrebbe trovato, poi, corpo nello statuto, statuendosi due camere tradizionali ed una che, formata di soli cardinali ed unita al papa, avrebbe goduto del diritto di veto.

³² Per questo, vedi la stampa romana di quel periodo, e, in particolare: L. Wollemborg, op. cit., A. ARA, *Lo Statuto fondamentale della Chiesa. Contributo ad uno studio delle idee costituzionali nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, 1966. Anche di queste opere, ci siamo giovati nella stesura de: A. BERLUTI, *Lo Statuto fondamentale per il governo temporale degli Stati della Chiesa. 14 marzo 1848*, Tesi di Laurca discussa alla Facoltà di Giurisprudenza, Urbino, A.A. 1994-1995, Relatore Prof. Lamberto Pansolli.

³³ A. MANNO, op. cit., p. 191.

³⁴ A. MANNO, op. cit., p. 131.

³⁵ A. MANNO, op. cit., p. 191.

³⁶ A. MANNO, op. cit., p. 191.

4. Un contributo in quattro punti

Numerose altre difficoltà relative alla stesura della carta costituzionale ed ai problemi che in essa dovevano essere risolti circa l'organizzazione dello Stato, erano affrontate dal Corboli Bussi, nei suoi voti che inviava regolarmente alla Commissione di ecclesiastici che Pio IX aveva nominato con l'intento palese, ma mai dichiarato, di redigere il testo dello Statuto. "Or mi sembra - scriveva con la solita precisione ed immediatezza il Corboli Bussi - che le difficoltà possano ridursi a quattro capi: 1° Se lo Stato pontificio dovesse ricevere le sue sanzioni legislative dalla rappresentanza nazionale, piuttosto che dall'autorità sovrana, potrebbe il Capo della Chiesa essere costretto a subire, nei suoi propri Stati, alcune di quelle leggi anticanoniche, contro le quali è sovente obbligato a protestare negli Stati altrui. 2° La rappresentanza nazionale volendosi ingerire nelle relazioni politiche della Santa Sede con gli altri potentati potrebbe anche implicarvi le relazioni ecclesiastiche e religiose. 3° Le spese che il S. Pontefice deve sostenere pel Governo della Chiesa Universale, potrebbero non essere dalla rappresentanza nazionale agevolmente consentite, tanto più che potrebbe dirsi, non senza qualche apparenza di ragione che, siccome d'ogni Governo devono essere fatte le spese dai governati: così del Governo della Chiesa Universale, dovrebbero gravarsi tutte le Chiese dell'orbe cattolico e non già i soli sudditi pontifici. 4° Finalmente, trattandosi di una sovranità elettiva, per una parte sarebbe difficile che la rappresentanza nazionale fosse per contentarsi di assistere all'elezione del Sovrano senza punto ingerirvisi; per l'altra il sostituire all'elemento laicale una ingerenza nella elezione del Capo della Chiesa, [...] sarebbe contrario alla legge di un Concilio generale³⁷".

³⁷ Il Corboli si riferisce al decimoquarto concilio lionese che, in data 1° novembre 1274, "promulgò trentun canoni fra i quali l'*Ubi periculum*, per rendere più sollecita l'elezione pontificia: a tale costituzione risale l'istituzione del conclave" [M. Niccoli, *Enciclopedia Italiana*, vol. XXI, voce "Lione", p. 229].

quale fu quello di Lione”³⁸. Esposte le quattro principali difficoltà che al Corboli sembravano minare la realizzazione dello Statuto, il prelato si dilungava subito nei suoi voti a prospettare quelle che, a suo giudizio, erano le vie da percorrere per evitare di cadere in tali posizioni inconciliabili con la natura dello Stato pontificio.

4.1 La tutela della superiorità delle leggi canoniche sulle civili: le materie miste

Seguendo l'esposizione del Corboli, egli riteneva, innanzitutto, che il primo problema relativo all'eventuale accettazione da parte del Papa di leggi anticanoniche, sarebbe stato risolto con la semplice statuizione che al solo sovrano spettasse la sanzione delle leggi. La soluzione che il Corboli adottava, era tutt'altro che pacifica; la Costituzione di Cadice del 1812, aveva infatti stabilito che, dopo tre rifiuti di sanzione da parte del re, una legge approvata dal parlamento sarebbe ugualmente entrata in vigore. E, in Italia, gli echi di questa costituzione erano tutt'altro che dimenticati, se è vero che, a Bologna, alcuni chiedevano³⁹, proprio sull'esempio di tale carta, l'elezione indiretta dei deputati, attraverso i consigli municipali. La soluzione del Corboli, rientrava invece nella linea più moderata che la costituzione francese del '30, ed anche quella più democratica del Belgio del 1831, avevano consacrato; anche gli altri sovrani italiani, del resto, avevano lasciato a sé la sanzione delle leggi. Il Corboli, però, si rendeva conto di un pericolo insito in questa situazione; se il sovrano avesse ripetutamente rifiutato di sanzionare una legge approvata dal parlamento, esso avrebbe inevitabilmente perso il favore popolare, e si sarebbe creato un pesante scon-

³⁸ A. MANNO, op. cit., p. 190.

³⁹ Il sistema di elezione a suffragio universale per via indiretta, richiamava in parte la legislazione allora vigente nello Stato per le cariche provinciali. Il forte richiamo al municipio, poi, si spiega con il fatto che Bologna, da sempre, non si era mai sentita integrata totalmente nello Stato pontificio, quale punta estrema verso nord, a ridosso di Toscana e del Regno Lombardo Veneto.

tro fra potere legislativo e potere esecutivo. Vi era, poi, il rischio che, la pressione popolare e la stampa, che il Corboli ben vedeva influenzare facilmente Pio IX, avrebbero potuto anche portare il pontefice a sanzionare delle leggi da lui non volute e contrarie ai Sacri canoni. Allora, dovendosi evitare che “il papa sia costretto a subire nel proprio dominio alcuna di quelle leggi contro le quali ha l’obbligo di protestare negli Stati altrui”⁴⁰, il Corboli suggeriva di precludere alle Camere la possibilità di trattare le materie su cui sarebbe potuto sorgere conflitto con la religione. Pertanto, veniva riproposta la tradizionale distinzione delle materie legislative in temporali, miste ed ecclesiastiche. Quindi, raccomandava il monsignore, di affermare come i Consigli avessero potuto deliberare su tutte le questioni, in linea di principio e, anziché scrivere le sole materie in cui essi avrebbero avuto competenza, elencare le materie su cui il parlamento non avrebbe potuto deliberare, ricomprendendovi fra queste le materie miste ed ecclesiastiche, poichè, scriveva il Corboli alla commissione, “stimerei di migliore effetto e più sicuro ad un tempo l’annoverare le categorie degli affari misti, che debbono rimanere eccettuati dalla facoltà legislativa dei consigli, che enumerare gli oggetti di questa autorità medesima”⁴¹. Inoltre, aggiungeva il prelato, anche gli affari ecclesiastici sarebbero stati ovviamente esclusi dalle competenze del parlamento e, in tema di affari misti tolti alla conoscenza del parlamento, “l’iniziativa (secondo il linguaggio costituzionale) [...] sia riservata esclusivamente al Sovrano”⁴². L’abile diplomatico, dunque, che veniva ad escludere al parlamento la trattazione di due categorie di materie, intuiva però le polemiche che sarebbero sorte nel momento in cui, concretamente, si sarebbe posta la questione di quali fossero le materie miste, e perciò, al fine di evitarla una volta per tutte, suggeriva di elencare le materie miste nella carta, sembrandogli che “potessero annoverarsi e l’immunità personale del clero e quella della Chiesa, la proprietà ecclesiastica, l’istruzione pubblica, la stampa la moralità pubblica e la legislazione matri-

⁴⁰ A. MANNO, op. cit., p. 171.

⁴¹ A. MANNO, op. cit., p. 199.

⁴² A. MANNO, op. cit., p. 199.

moniale. Ovvero, più chiaramente e con minor pericolo di qualche omissione, potrebbe spiegarsi che sono affari ecclesiastici: l'immunità personale del clero e l'immunità locale, la proprietà ecclesiastica, l'istruzione pubblica, in quanto ha relazione con la religione e la morale, o con l'insegnamento clericale nei Seminari, le leggi riguardanti la moralità pubblica e la censura religiosa della stampa, le leggi matrimoniali. Intorno alla quale ultima cosa non sarebbe forse inopportuno di spiegare, fin d'ora, che qualunque giudizio di tribunali civili sopra gli effetti civili del matrimonio o degli sponsali non potrà mai fondarsi sopra altra base che sul giudicato ecclesiastico"⁴³.

Piuttosto lungo l'elenco che il Corboli Bussi metteva di quelle che, a suo giudizio, erano le materie miste, ma ciò si spiegava con il fatto che l'ecclesiastico si rendeva conto della difficoltà che, la divisione fra potere temporale e spirituale avrebbe creato, e che si sarebbe al massimo evidenziata proprio in queste materie miste. E, a Roma, dove sino ad allora il sacerdote era stato anche sovrano, le materie miste erano più abbondanti che altrove. "Qui, - evidenzia il Wollemborg - il terreno più delicato, qui il punto di più sottile difficoltà, in quanto si trattava di realizzare nello spirito e nel testo dello statuto questo *tour de force* giuridico-politico: distinguere nella persona del sovrano il Pontefice ed il Principe, delimitare le due sfere d'attribuzioni"⁴⁴. Dunque lodevole il tentativo operato dal Corboli, di venire a stendere una elencazione, ma certamente criticabili, da parte dei liberali, le sue prese di posizione. Parlare d'immunità del clero, quando la rivoluzione francese aveva affermato l'uguaglianza, che le carte costituzionali volevano proprio consacrare, era certo segno ostile ai desideri dei tempi. Ciò, dunque, "autorizzerà le vivaci critiche di un Farini, di un Gabussi, di un La Farina: ma, dal punto di vista della Corte Romana, come restringere ancora quello che già doveva apparire un programma minimo, senza togliere ogni carattere ecclesiastico allo Stato della Chiesa?"⁴⁵.

⁴³ A. MANNO, op. cit., p. 199.

⁴⁴ L. WOLLEMBORG, op. cit., p. 568.

⁴⁵ L. WOLLEMBORG, op. cit., p. 569.

4.2 Libertà della Santa Sede nelle relazioni internazionali

Il principale problema che mons. Corboli Bussi poneva, perchè fosse possibile anche nello Stato pontificio "accostarsi al regime costituzionale, salva la coscienza dell' Augusto capo della chiesa"⁴⁶, relativo alle materie miste, non era però il solo. Altro ostacolo che a ciò intravedeva, era la possibile ingerenza che le Camere avrebbero potuto attuare nelle relazioni internazionali della Santa Sede. Insomma, la questione era, ancora una volta, di dover limitare l'ingerenza che il parlamento avrebbe potuto avere in materie religiose, considerate questa volta, però, da un'angolatura sovranazionale, cioè dei rapporti del capo della cattolicità con gli altri monarchi, in questioni religiose.

La soluzione che il Corboli prospetta, è alquanto lineare. "Sarebbe assolutamente indispensabile - egli scrive - un articolo [dello statuto] pel quale si dichiarasse incostituzionale ogni allusione che la rappresentanza nazionale, o alcuno dei suoi membri, facesse alle relazioni del capo della Chiesa cogli Stati della Cristianità, pigliandone occasione da quelle relazioni commerciali o politiche in cui può consistere l'interesse materiale dello Stato"⁴⁷. Sostanzialmente d'accordo, su una tale soluzione del problema, si poneva pure la stampa. *La Bilancia*, nell'articolo del 3 marzo '48, scriveva infatti a riguardo: "Si distingueranno rigorosamente le relazioni che sono fra il Sommo Pontefice e i Governi e nazioni estere riguardanti gli interessi della religione, e le relazioni puramente e semplicemente internazionali. Solo queste ultime entrerebbero nella gestione ministeriale. In caso d'interferenza il Ministero potrebbe soltanto prender impegno *ad referendum*; e in caso estremo il parlamento potrebbe richieder la nomina di un commissario, il quale, salva sempre la questione religiosa, trattasse della questione internazionale"⁴⁸. Soluzione non facile da attuare, quella qui pro-

⁴⁶ A. MANNO, op. cit., p. 190.

⁴⁷ A. MANNO, op. cit., p. 191.

⁴⁸ *La Bilancia*. 3 marzo 1848, cit. in L. WOLLEMBORG., op. cit., p. 570.

posta, in concreto, essendo praticamente tutt'altro che semplice distinguere le relazioni internazionali *tout court*, da quelle implicanti questioni religiose. Il *Contemporaneo* del 17 febbraio '48, si soffermava, invece, nell'illustrare i vantaggi che la stessa popolazione dello Stato avrebbe avuto da una tale separazione e non ingerenza negli affari internazionali della Santa Sede. Il pericolo, scriveva l'Agostini, era quello che gli abitanti degli Stati ecclesiastici avrebbero potuto subire delle rappresaglie da parte degli altri sovrani, per certe prese di posizione della Santa Sede, per cui era ampiamente preferibile rimanere estranei, come Stato territoriale, da tali questioni.

4.3 Le spese del papa per la cura delle anime nell'Orbe cattolico

Il terzo problema che il Corboli adduceva, era di natura economica. Egli sapeva che, da sempre, erano stati i sudditi del papa a farsi carico, con le imposte, delle spese che la Chiesa sosteneva per la sua missione universale, per il mantenimento della corte, dei nunzi e delle rappresentanze diplomatiche all'estero, per i conclavi, e sapeva pur bene come, da ciò, le casse dello Stato fossero state abbondantemente dissanguate⁴⁹. Chiaro, dunque, che un parlamento nazionale, avrebbe poi incontrato molte difficoltà nell'approvare un bilancio in cui, i propri elettori, avrebbero dovuto versare somme che non tornavano ad immediato e diretto loro vantaggio attraverso opere e servizi all'interno dello stesso Stato. Per questo, il preloso riteneva di risolvere la questione prevedendo che fosse già in sede statutaria contemplata questa spesa come approvata già per ogni anno, così che le

⁴⁹ A tal proposito, il Candeloro scrive: "E' necessario a questo punto ricordare che lo Stato pontificio era essenzialmente uno strumento, o un punto d'appoggio politico-territoriale per la Chiesa cattolica e che pertanto gli interessi generali, dei quali i gruppi dominanti della Corte di Roma avevano il compito di preoccuparsi, erano in primo luogo quelli della Chiesa e solo subordinatamente quelli dello Stato. Alle esigenze della politica generale del Papato in Europa, fu quindi subordinata la politica finanziaria della Corte romana" [G. CANDELORO, op. cit., vol. I, p. 132].

Camere non avrebbero potuto fare obiezione. E, per minimizzare tale uscita, scriveva: "Sembra che il solo titolo della Lista Civile (sebbene questo titolo dovrebbe cambiarsi come poco conveniente alla dignità del capo della Chiesa) potrebbe bastare ad assicurare quel mezzo milione di scudi a cui in fatto si riduce tutto ciò che costano allo Stato, la dotazione dei SS. Palazzi Apostolici, il mantenimento del S. Collegio e le Congregazioni ecclesiastiche e le spese della Diplomazia all'estero"⁵⁰. Ma, l'acutezza del Corboli, andava ben oltre la prospettata soluzione. Rendendosi ben conto di come tale sua proposta avrebbe inevitabilmente incontrato il malumore delle classi liberale e borghese, il prelato, in una sorta di *do ut des*, ritenne necessario che "il Clero dello Stato pontificio [fosse] chiamato a contribuire alle pubbliche gravanze"⁵¹, rinunciando alle immunità reali di cui, sino a quel momento, aveva ampiamente goduto. A motivo di tale rinuncia, il Corboli chiedeva proprio che nello Statuto fosse messo "quale ragione canonica dell'implicita rinuncia" che "siccome il Pontefice deve, colle rendite dello Stato, sostenere le spese del Governo della Chiesa Universale; così, in via di compenso, sottopone le proprietà ecclesiastiche alle medesime gravanze cui saranno soggette le proprietà civili"⁵². Il prelato, ben due volte, era ritornato sulla necessità di dare una spiegazione canonico-ecclesiastica alla proposta di sottoporre le innumerevoli proprietà ecclesiastiche al comune regime fiscale. Probabilmente, questo pensiero assillante⁵³ del "motivare" poteva spiegarsi col fatto che, il popolo, *magna voce*, chiedeva una tale tassazione, e non volendo far sembrare che ragioni di opportunità⁵⁴ contingente avessero spinto il papa a tale deliberazione, il Corboli intendeva spiegarla e farla apparire come contropartita per il sostentamento della Chiesa Univer-

⁵⁰ A. MANNO, op. cit., p. 191.

⁵¹ A. MANNO, op. cit., p. 195.

⁵² A. MANNO, op. cit., p. 198.

⁵³ Lo si ritrova tanto nel voto rassegnato alla commissione il 17 febbraio, quanto in quello del 1 marzo 1848.

⁵⁴ L'ARA ritiene che le ragioni di opportunità, furono quelle che determinarono a tale concessione, e non tanto motivi di eguaglianza; cfr. A. ARA, op. cit. .

sate, che il bilancio statale avrebbe annualmente sopportato. Anche in questo caso, però, la soluzione adottata in concreto dalla curia, fu un abilissimo compromesso fra necessità reale e principio. Infatti, si stabilì che, allorché il pontefice dava la sua sanzione, come per tutte le leggi, anche a quelle relative ai tributi, egli si obbligava, ogni volta, ad accompagnarle con una speciale deroga, giusta la quale anche i beni ecclesiastici, altrimenti immuni, sarebbero stati tassati. Dunque, di diritto, i beni ecclesiastici continuavano a rimanere coperti da immunità reale, di fatto, anche essi erano assoggettati ai pagamenti. Una tal soluzione, si spiegava anche con le necessità di politica internazionale della Santa Sede; negli altri Stati, il clero stava duramente lottando per mantenere l'immunità dal pagamento di tributi, e dunque Roma non poteva attuare nel suo Stato ciò che, altrove, contestava, per cui questo *escamotage* accontentava tutte le parti⁵⁵. La delicatezza e la prudenza con cui ci si mosse in ordine alla questione dei tributi, è indice dell'importanza che, ad essa, veniva attribuita. I liberali, infatti, sapevano che "la chiarezza [dei bilanci] è a base di ogni sistema democratico"⁵⁶, il popolo chiedeva il controllo delle spese, tanto che questo era stato uno dei primi argomenti affrontato dalla Consulta creata da Pio IX con la relazione⁵⁷ di mons. Morichini: non ci si poteva dunque assolutamente permettere di compiere errori, concedendo troppo o troppo poco. In un caso, sarebbe stato impossibile tornare indietro, nell'altro, con la forza si sarebbe ottenuto quanto non spontaneamente concesso.

⁵⁵ Ad es., anche i religiosi, prima che lo Statuto apparisse, scrissero al card. Antonelli di voler, spontaneamente, pagare i tributi, offrendo "a Sua Santità una spontanea e generosa offerta di voler contribuire con le loro facoltà alle suindicate urgenze, che tanto interessar debbono ogni cittadino per il bene dello Stato" [A. ARA, op. cit., p. 180, in nota].

⁵⁶ A. LODOLINI, "Il parlamentino liberale della consulta di Stato pontificio (1847)" in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1951, p. 328. Il Lodolini scrive anche: "È da riconoscere, [...] che la chiarezza e l'onestà del bilancio è la prima rivelazione di un ordine liberale" [A. LODOLINI, op. cit., p. 329].

⁵⁷ La relazione è riportata da L.C. FARINI, *Lo Stato Romano dal 1815 al 1850 secondo Luigi Carlo Farini*, Firenze, 1853, vol. I. Alcuni commenti in A. LODOLINI, op. cit. .

4.4 Il Collegio cardinalizio unico elettore del romano pontefice

Quarta ed ultima difficoltà riportata dal Corboli Bussi, era quella del pericolo che le assemblee avessero, poi, rivendicato di partecipare - alla morte del papa -, alla elezione del nuovo pontefice il quale, al contempo, era pure sovrano dello Stato. L'argomento che si pone, era in quei giorni sulla bocca di tutti. Nel mostrare lo Statuto come un "ritorno alle origini"⁵⁸, infatti, era stato evidenziato come proprio, un tempo, il popolo partecipasse all'elezione del papa⁵⁹, e che quindi, concedergli ora una Camera rappresentativa, era un dargli qualcosa di più limitato rispetto a quanto già esercitato nel passato. Ma, se un tale argomento, messo in circolazione proprio dalla curia, per far sì di limitare in senso conservatore la portata della carta che si stava per concedere, aveva un aspetto positivo, mostrava anche il rovescio della medaglia: affermare che il popolo aveva partecipato all'elezione dei papi. Si temeva, dunque, che una tale richiesta sarebbe potuta tornare in auge. Ed allora il Corboli propose una soluzione drastica. "Io non troverei - scrive il monsignore - se non che un solo rimedio e sicuro; cioè che si dichiarasse la rappresentanza nazionale, ossia la riunione dei deputati, sciolta di diritto al momento stesso della morte del sovrano; di modo che il successore avesse a convocare una nuova riunione [...] Del resto non mancano esempi di Costituzione nelle quali la Camera dei Deputati si scioglie alla morte del sovrano; e in tutte poi esiste una disposizione analoga, quale quella che al sovrano attribuisce la facoltà di sciogliere la camera ogni volta che lo reputi necessario"⁶⁰. Due, dunque, gli argomenti a sostegno della sua

⁵⁸ Tanto parte dei liberali, come alcuni fra i reazionari, mostravano lo Statuto come il ritorno ad una forma già esistita all'interno degli Stati. Per i primi, infatti, ciò era un modo per non allarmare eccessivamente gli ambienti più retrivi della curia romana, per i secondi, una maniera con cui tentare di «<arginare>> in senso conservatore la concessione statutaria ormai alle porte. Cf.: A. ARA, op. cit., p. 119 e ss.

⁵⁹ Per la partecipazione del popolo all'elezione del papa, vedi, fra gli altri: J. GAUDEMET, *Il diritto canonico*, Torino, 1991.

⁶⁰ A. MAANO, op. cit., p. 192.

affermazione, e nel secondo, in particolare, si accennava all'idea che se in qualunque istante il sovrano può sciogliere la camera, non sarà cosa strana che, quell'istante, venga previsto anche dallo statuto in relazione alla morte del papa-re. Ma, il Corboli, non si riteneva soddisfatto da questa sua sola proposizione, e da un abbozzo di statuto che gli era giunto, in cui si prevedeva che, comunque, il ministero in carica avrebbe continuato, durante la sede vacante, ad operare, egli, commentava che, nell'interregno, la sovranità spettava ai cardinali⁶¹, per cui il Governo avrebbe dovuto ottenere la fiducia di questi. Pertanto, proprio per lasciare ai porporati libertà di Governo, "mi sembra contrario ai diritti del Sacro Collegio - scrive il monsignore - il dichiararsi che, nel tempo di Sede vacante i ministri continuano, senz'altro, le loro funzioni [...]. Le Costituzioni Apostoliche sopra la Sede vacante danno al S. Collegio il diritto di confermare Ministri, di dar loro per Capo e Presidente il Segretario del S. Collegio [...] e di ricever il giuramento di fedeltà come lo ricevono i nuovi Sovrani"⁶².

5. Il contributo di Corboli Bussi nella redazione del testo dello Statuto

5.1 Il proemio

Esaminata l'impostazione globale della questione, con cui il Corboli Bussi veniva ad esprimere i principi fondamentali che, a suo dire, dovevano assolutamente essere inseriti nel testo statutario, stante la natura propria ed intrinseca dello Stato pontificio, soffermiamoci ora sulla Carta che il 14 marzo 1848, nel suo secondo anno di pontificato, Pio IX concesse allo Sta-

⁶¹ Giova ricordare come il Corboli fosse stato Segretario del Conclave che elesse Pio IX, e che, pertanto, era perfettamente a conoscenza di quali fossero le prerogative spettanti al Sacro Collegio durante l'interregno.

⁶² A. MANNO, *op. cit.*, 196.

to, al fine di evidenziare quali degli apporti esternati dal prelato alla Commissione cardinalizia, vennero effettivamente inseriti nel testo della legge fondamentale.

Intanto è d'uopo considerare immediatamente il proemio,⁶³ “molto più ampio di quelli delle altre carte *octroyees*”⁶⁴. Esso era opera del solo Corboli Bussi, ed era stato giudicato positivamente da Pio IX il quale “disse ad un certo punto valere un Perù”⁶⁵. In questa introduzione, il prelato veniva chiaramente a ricollegare le antiche istituzioni della Chiesa con questa nuova concessione, al fine di evitare che apparisse una innovazione rivoluzionaria, e per garantirne nel futuro una interpretazione ortodossa, legata allo spirito conservatore della Curia romana, “come già avevano fatto Luigi XVIII nel 1814 ed un mese prima, [...] Leopoldo II di Toscana”⁶⁶. Si iniziava, allora, con il dire che, nei due anni trascorsi, “nelle istituzioni di cui finora dotammo i Nostri sudditi fu nostra intenzione di riprodurre alcune istituzioni antiche le quali furono lungamente lo specchio della sapienza degli augusti nostri Predecessori, e poi col volgere dei tempi volevansi adattare alle mutate condizioni per rappresentare quel maestoso edificio che erano state da principio”. Dunque, chiaramente il papa, così scrivendo “riannoda[va] l'opera sua a quella dei suoi antecessori, le cui istituzioni volevano essere adattate ai tempi e alle mutate situazioni”⁶⁷. Quindi, spiegava il Corboli, sempre parlando a nome del papa, che “per questa via pro-

⁶³ Per il testo del proemio e dello Statuto, vedi: A. ACQUARONE, *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958.

⁶⁴ N. CORTESE, op. cit., p. LXXVI.

⁶⁵ A. MANNO, op. cit., p. 207.

⁶⁶ N. CORTESE, op. cit., p. LXXVI.

⁶⁷ D. ZANICHELLI, “Lo Statuto fondamentale pel Governo temporale degli Stati della Chiesa” in *Rivista storica del Risorgimento italiano*, 1895, p. 83.

cedendo, eravamo venuti a stabilire una Rappresentanza consultiva⁶⁸ di tutte le Provincie [...], e aspettavamo che la bontà dei risultamenti avesse lodato l'esperienza che primi Noi facevamo in Italia". Con tali parole, si rimarcava l'idea che, la monarchia consultiva, sarebbe stata la miglior forma di governo per lo Stato, e "sembrava volersi dire che questo primato doveva compensare il ritardo nella concessione dello statuto e l'attesa <<de' risultamenti>> giustificarlo"⁶⁹. A questo punto, il papa spiegava le motivazioni che lo avevano portato alla sua scelta di concedere la forma rappresentativa pure nel suo Stato, "quasi gettando la responsabilità delle eventuali conseguenze sugli altri sovrani italiani e sulla scarsa maturità politica del Paese"⁷⁰, e scriveva: "Poichè i nostri vicini hanno giudicato maturi i loro popoli a ricevere il beneficio di una rappresentanza non meramente consultiva, ma deliberativa, Noi non vogliamo fare minore stima dei popoli Nostri, nè fidar meno della loro gratitudine". "Come si vede, il papa confessava che l'unico motivo pel quale dava istituzioni libere ai suoi sudditi consisteva nel fatto che i sovrani italiani le avevano prima elargite; e con questa confessione ci pare togliesse all'atto suo quel carattere di spontaneità"⁷¹, che tanto egli come la curia, avevano cercato di ostentare in questa

⁶⁸ Si allude alla Consulta di Stato, concessa da Pio IX nell'autunno dell'anno precedente. La Consulta, se si pensa alla situazione di soli due anni addietro col papato conservatore di Gregorio XVI, era una concessione estremamente generosa, ma ben appunta il Ghisalberti quando conclude che la Consulta di Stato "quando nasce è già vecchia, già superata dagli eventi: la si annuncia senza avere idea di quello che si farà, oscillando tra un Consiglio di Stato alla francese e una specie di supremo organo dello Stato, al di sopra di tutti gli istituti amministrativi. Accolta da speranze eccessive, all'armerà sin dal suo inizio il Governo, tanto che il Papa, pur amando e apprezzando molti tra i consultori, diffiderà dell'istituto e finirà con l'abbandonarlo, come apparirà chiaro il giorno in cui, proclamato lo Statuto, non si trasformerà la consulta in Consiglio di Stato, ma si creerà un organo del tutto nuovo" [A.M. GHISALBERTI, *Nuove ricerche sugli inizi del pontificato di Pio IX e sulla Consulta di Stato*, Roma, 1939, p. 59].

⁶⁹ N. CORTESE, op. cit., p. LXXVI.

⁷⁰ N. CORTESE, op. cit., p. LXXVI.

⁷¹ D. ZANICHELLI, op. cit., p. 84.

concessione, mantenendo segreti tutti i lavori, e facendoli svolgere da una commissione formata da soli ecclesiastici. Perdi più, aggiungeva che i nuovi ordinamenti istituzionali, dovevano essere ricollegati a quelli dell'epoca comunale, poichè "ebbero in antico i nostri Comuni il privilegio di governarsi ciascuno con leggi scelte da loro medesimi sotto la sanzione sovrana. Ora non consentono certamente le condizioni della nuova civiltà, che si rinnovi sotto le medesime forme pel quale la differenza delle leggi e delle consuetudini separava soventi l'un comune dal consorzio dell'altro. Ma noi intendiam di affidare questa prerogativa a due consigli di probi e prudenti cittadini nell'uno da Noi nominati, nell'altro deputati da ogni parte dello Stato [...]: i quali rappresentino gli interessi particolari di ciascun luogo dei nostri domini e saviamente gli contemperino con quell'altro interesse grandissimo d'ogni Comune e d'ogni Provincia che è l'interesse generale dello Stato". Con tali affermazioni⁷², si veniva chiaramente a sancire come i deputati non sarebbero stati i rappresentanti della nazione⁷³, bensì i rappresentanti del collegio elettorale che li aveva eletti. "Ed è curioso a questo proposito notare come [in] [...] questa disposizione lo Statuto toscano assomigliasse al romano, forse perchè in ambedue la tendenza a considerare lo Stato come una specie di aggregato di Municipi o di gruppi sociali [...] era spiccatissima in Toscana per le tradizioni storiche, nello Stato pontificio

⁷² "Qui si potrebbe contestare l'esattezza storica dell'asserzione intorno alla piena autonomia legislativa dei comuni componenti lo Stato pontificio, la quale non è mai esistita, almeno dopo che esso assunse la forma di vero e proprio principato" [D. ZANICHELLI, op. cit., p. 85]. Si è ritenuto di dire che lo Stato pontificio moderno, si possa far nascere con l'opera del card. Albornoz, e le sue Costituzioni egidiane promulgate a Fano nel 1357, e rimaste in vigore sino al 1816. In tal senso, vedi pure la voce "Albornoz" ne *l'Enciclopedia italiana*, vol. II, che riporta una tesi analoga.

⁷³ Il Corboli non fu questa volta ascoltato dalla commissione, a cui aveva scritto: "Noterei [...] in primo luogo, che i deputati del consiglio elettivo rappresentino la Nazione in complesso e non le provincie ove furono eletti, come è detto nell'art. 50 della costituzione di Napoli" [A. MANNO, op. cit., p. 196], per cui nel proemio dovette esporre la tesi da lui non condivisa.

per paura di dare una troppo grande importanza al popolo”⁷⁴. A dar tono all’atto, non mancava poi una solenne conclusione: “Siccome poi nel nostro principato non può essere disgiunto dall’interesse temporale dell’inter-na prosperità l’altro più grave della politica indipendenza dello Stato della Chiesa, pel quale stette altresì l’indipendenza di questa parte d’Italia, così non solamente riserviamo a Noi e ai successori Nostri la suprema sanzione e la promulgazione di tutte le leggi che saranno dai predetti consigli determinate, e il pieno esercizio dell’Autorità Sovrana nelle parti di cui al presente atto non è disposto; ma intendiamo altresì di mantener intera l’autorità Nostra nelle cose che sono naturalmente congiunte colla religione e la morale cattolica. E ciò dobbiamo per sicurezza a tutta la cristianità che nello Stato della Chiesa, in questa nuova forma costituito, nessuna diminuzione patiscano le libertà e i diritti della Chiesa medesima e della Santa Sede, nè veruno esempio sia mai per violare la santità di questa religione che noi abbiamo l’obbligo e la missione di predicare a tutto l’universo come unico simbolo d’alleanza di Dio cogli uomini, come unico pegno di quella benedizione celeste per cui vivono gli Stati e finiscono le Nazioni”. Dunque, estremamente chiara era la riserva al suo potere, che, in questo termine di proemio, Pio IX si faceva, facendo dipendere da lui solo la sanzione, dunque l’accettazione, di ogni legge, che le Camere avessero votato, ciò a tutela dell’indipendenza dello Stato e della Santa Religione. A proposito lo Zanichelli commenta: “Qui, come ognun vede, appare il preconconcetto di mantenere incolumi non solo i diritti veri della Chiesa e della religione, ma anche molte di quelle usurpazioni sui diritti incontrovertibili dello Stato che qualunque riforma, per quanto timida e remissiva, doveva intaccare. Perché <<l’indipendenza dello Stato della Chiesa, la conservazione della libertà e dei diritti della Chiesa e della Santa Sede>> di cui qui si parla, esigevano la supremazia dei chierici sui laici nella società, l’asservimento del potere temporale allo spirituale”⁷⁵. Insomma, in tutta questa seconda parte del proe-

⁷⁴ D. ZANICHELLI, op. cit., p. 85.

⁷⁵ D. ZANICHELLI, op. cit., p. 86.

mio, “si vogliono chiaramente mettere in luce gli elementi che impediscono una completa assimilazione dello Stato papale agli altri Stati costituzionali”⁷⁶.

5.2 I singoli articoli

Passando ora al testo statutario il primo articolo non aveva visto accolte le istanze del Corboli, il quale avrebbe voluto iniziare con l'affermazione che “la religione Cattolica, Apostolica e Romana [è] l'unica religione dello Stato, nessun altro culto vi può essere ammesso, salvo le eccezioni sino ad ora tollerate”⁷⁷. Un articolo per certi versi simile, del resto, era stato inserito pure nello statuto carloalbertino, proprio al principio della Carta, ma qui, nello Stato della Chiesa, non solo sembrava ovvio quanto si sarebbe voluto esplicitamente esternare, ma soprattutto, anche per non sottolineare troppo la ecclesialità dello Stato⁷⁸, da certi gruppi contestata, si preferì iniziare con una disposizione simile a quella che lo Statuto toscano⁷⁹ poneva all'art. 1, rifacendosi, cioè, alla maniera seguita da uno Stato verso cui l'*intelligenza* liberale romana mostrava simpatie.

Anche l'art. 4, non vedeva accolta l'opinione espressa dal Corboli. Con il vietare in maniera assoluta la costituzione di tribunali speciali, ci si discostava dal voto del prelado, il quale aveva proposto, invece, la possibilità che i tribunali speciali potessero essere costituiti; egli riteneva che “vi possono essere dei casi nei quali i Tribunali ordinari non bastino alla repres-

⁷⁶ A. ARA, op. cit., p. 202.

⁷⁷ A. MANNO, op. cit., p. 194.

⁷⁸ Il richiamo alla confessionalità dello Stato, sarà fatto indirettamente all'art. 25, che recitava: “[...] la professione della Religione Cattolica, [...] [è] condizione necessaria per il godimento dei diritti politici nello Stato”.

⁷⁹ Lo Statuto toscano, iniziava nel Titolo preliminare col dire: “Sono costituiti e dichiarati istituzioni della Toscana un Senato ed un Consiglio generale”, e similmente, lo Statuto pontificio: “Il S. Collegio dei cardinali, elettori del Sommo Pontefice, è senato inseparabile del medesimo”.

sione di una qualità di delitti che in qualche parte dello Stato si rendano straordinariamente frequenti e mettano in pericolo la tranquillità pubblica”⁸⁰. Comunque, afferma amaramente il Demarco, si “lasciava sussistere [nella Carta] tutti i tribunali ordinari, e perciò anche il sant’Uffizio”⁸¹, per cui, almeno nello “spirito” il Corboli era stato ascoltato. In ogni caso, al fine di comprendere pienamente l’idea del sistema giudiziario presente nell’urbinate, non si possono tralasciare altre due considerazioni; la prima che, si chiedeva sì, dal prelato alla commissione, la possibilità di istituzione di tribunali speciali, ma era pur vero che ciò non era lasciato all’arbitrio del potere esecutivo, bensì “mi parrebbe potersi aggiungere - evidenziava subito il Corboli nel suo parere espresso il 13 marzo - che i Tribunali straordinari non saranno istituiti se non in forza di una legge”⁸², col consenso, dunque, anche della Camera elettiva. E’ evidente poi l’intenzione di porre sotto controllo il potere esecutivo - e passiamo così alla seconda considerazione - attuando così una tripartizione classica dei poteri dello Stato; ciò si evince pure dal fatto, che fu lo stesso monsignore a far aggiungere nello Statuto come “sebbene ogni giustizia emani dal sovrano ed è in suo nome amministrata, l’ordine giudiziario, nondimeno, è indipendente nell’applicazione delle leggi ai casi speciali”⁸³, disposizione questa pedissequamente introdotta dalla Commissione all’art. terzo della Carta nelle Disposizioni Generali.

Pienamente accolto, invece, l’invito del Corboli diretto a garantire la libertà personale, fortemente sentita dal prelato che, non per nulla, era stato l’Autore⁸⁴ di quell’*Editto del perdono*, con cui papa Mastai aveva aperto il suo pontificato nel 1846. L’art. 6, infatti, statuiva che l’arrestato in flagranza

⁸⁰ A. MANNO, op. cit., p. 198.

⁸¹ D. DEMARCO, *Pio IX e la rivoluzione romana del 1848*, Modena, 1947, p. 50.

⁸² A. MANNO, op. cit., p. 198.

⁸³ A. MANNO, op. cit., p. 200.

⁸⁴ Sul fatto che il testo dell’Amnistia concessa da Pio IX fu elaborato dal Corboli Bussi, per tutti vedi: P. PIRRI, “L’amnistia di Pio IX nei documenti ufficiali”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1954, p. 221, che afferma come “il celebre Editto [fosse] dovuto all’abile penna di Corboli Bussi”.

dovesse essere consegnato all'autorità competente entro 24 ore, andando, dunque, addirittura oltre a quanto vergato dal monsignore, che così si esprimeva: "Considerando esser cosa di stretta giustizia che nessun inquisito, mentre può essere innocente, subisca una pena gravissima qual è, in ogni modo, la privazione della libertà [...], umilmente proporrei che ogni inquisito dovesse nel termine di tre giorni o esser dimesso, o veder iniziato il suo processo"⁸⁵.

Il capoverso dell'art. 8, vedeva ugualmente inserita nella Carta, la tesi del Corboli, già più sopra esaminata, secondo la quale, pur lasciando intatto il principio dell'immunità reale ecclesiastica, per le ragioni suesposte, il papa sanzionando le leggi sui tributi sanciva una speciale deroga, così che, in teoria, si aveva immunità ma - grazie al sottile *escamotage* ideato dal Corboli Bussi -, in concreto, soggezione al regime tributario ordinario.

Un successo della linea esternata da Corboli, era pure il contenuto dell'art. 11, che aboliva la censura politica preventiva. La *ratio* addotta dal monsignore a tale soppressione, era inoppugnabile; scriveva infatti egli che, qualora la stampa, su cose politiche, "rimarrà soggetta a leggi preventive, la revisione sarà un continuo soggetto di molestia pel Governo; perchè, o le Potenze⁸⁶ straniere o i Cattolici dei vari Paesi, imputeranno al Governo le ignoranze e le negligenze che nei revisori, meglio scelti, l'esperienza ha già dimostrato essere inevitabili, [senza contare, poi che] [...] non sarebbe difficile il citare esempi di libri pubblicati in Roma, con approvazione ecclesiastica, che hanno poi meritato una condanna [...] e se questi esempi si sono disgraziatamente veduti in tempi in cui poco si stampava e in cui, per conseguenza, era più facile che la diligenza dei revisori non fosse ingannata e sorpresa; molto più frequenti possono temersi, in un tempo in cui tanto si stampa e con tanta fretta, [...] [badando bene che, a tali consigli, si era giunti] non per adulare alle tendenze liberali del secolo, ma per la dignità della Chiesa"⁸⁷. Come commenta il Levefre, infatti, "di fronte ad un così deciso

⁸⁵ A. MANNO, op. cit., p. 197.

⁸⁶ Si pensi alle lamentele più volte presentate dall'ambasciatore austriaco a Roma, Conte di Lutzow, in ordine a quanto appariva sui giornali, denigratorio per lui e per il Paese che rappresentava. Per questo, vedi A. ARA, op. cit. .

⁸⁷ A. MANNO, op. cit., p. 197.

e crescente sviluppo dell'attività giornalistica, il regime legale vigente⁸⁸ nei primi mesi del '48 doveva [...] apparire del tutto anacronistico e inadeguato. Tanto valeva accedere al principio della stampa sciolta da ogni vincolo di censura, e solo sottoposta ad una legge repressiva, che si limitasse, cioè, a stabilire i limiti e i divieti che la stampa avrebbe dovuto rispettare spontaneamente, e la cui non osservanza sarebbe stata successivamente punita a norma di legge⁸⁹.

“Richia[merei] l'attenzione sopra i pubblici spettacoli, la moralità dei quali è contemplata anche dalla Costituzione di Napoli nello stesso articolo che tratta della stampa”⁹⁰. Così si spiegava il Corboli per chiedere la censura per gli spettacoli teatrali, che sarà sanzionata dallo Statuto pontificio all'art. 12, ed una tale richiesta, anche in uno spirito moderato ed aperto, “innovatore” come il Corboli Bussi non deve meravigliare. Del resto, anche il Regno delle due Sicilie, aveva introdotto una tale disposizione sugli spettacoli, al fine di evitare “sconvenienze” pure nei confronti del sovrano, oltre che della religione⁹¹. Dunque, con una tale norma, si garantiva la tutela della morale pubblica che la religione cattolica professa.

Chiusa la parte sulle Disposizioni Generali, nel titolo “Dell'Alto

⁸⁸ All'ascesa al trono di Pio IX, la legislazione sulla stampa presente nello Stato pontificio, era quella emanata nel 1825 dal cardinale Zurla, Vicario generale di Roma, con un suo editto. Data l'anacronisticità nonché complessità e severità di queste disposizioni, precedenti ben sei successivi controlli per ogni scritto che dovesse essere pubblicato, Pio IX, - già da anni favorevole alla concessione di una moderata libertà di stampa - promulgò il 15 marzo 1847 l'editto sulla stampa, anch'esso - pare - opera di mons. Corboli Bussi, e con il quale si “poneva lo Stato pontificio all'avanguardia rispetto agli altri Stati italiani” [G. MARTINA, *Pio...*, op. cit., p. 125].

⁸⁹ R. LEVEFRE, “Le riforme di Pio IX e la libertà di stampa”, in *Studi romani*, 1955, p. 683.

⁹⁰ A. MANNO, op. cit., p. 195.

⁹¹ L'art. 30 della Costituzione napoletana recitava infatti: “[...] A garantire preventivamente la moralità de' pubblici spettacoli, verrà emanata una legge apposita”. Si deve evidenziare, poi, che nel sentimento dell'epoca una tale disposizione non faceva particolare scalpore, ricentrando pienamente nel concetto di uno Stato che doveva garantire la moralità propria della vita collettiva.

Consiglio e del Consiglio dei Deputati” era il diciassettesimo articolo ad essere nuovamente forgiato sulla scorta del parere scritto dal Corboli Bussi, assertore che le sedute di un parlamento avvenissero pubblicamente⁹² e che, comunque, una legge avesse regolato (o per la pubblicità o per la segretezza) la materia. Si prevedeva, infatti, all’art. 17 la pubblicità delle sedute. “Mi sembrerebbe opportuno - vergava il prelato - di non lasciare indeterminato e ad arbitrio dei futuri consigli un punto gravissimo quale è quello che le votazioni siano segrete o palesi. [...] E la storia di quanto è, recentemente, accaduto nella compilazione del Regolamento per la Consulta di Stato, può mostrare in qual senso la questione sarebbe risolta se il Governo, invece di preoccuparla nello Statuto fondamentale, la riservasse ai Consigli”⁹³. Il riferimento del Corboli era evidentemente rivolto a quelle vivaci discussioni⁹⁴ che, appena nell’autunno precedente, avevano infiammato l’aula dell’organo consultivo, dividendo nettamente gli schieramenti, cosa che, giustamente, sembrava più che mai opportuno evitare al Corboli, in un’ora tanto difficile per lo Stato papale, risolvendo, alla radice, la tanto dibattuta questione: pubblicità, consona ad un sistema elettivo.

Particolarmente significativo, ancorché non totalmente accolto, l’intervento che Corboli Bussi fece circa la composizione delle due camere, l’Alto Consiglio e la Camera dei deputati. Circa il primo consesso, il Corboli chiedeva che, fra gli eleggibili, non si “dove[ss]e] omettere [la categoria] [...] dei Cardinali Statisti”⁹⁵. Dico statisti perchè, per quanto mi sembra di

⁹² Cfr.: A. MANNO, op. cit., p. 131.

⁹³ A. MANNO, op. cit., p. 195.

⁹⁴ Solo a prima vista la questione poteva essere considerata meramente tecnica; “la pubblicità rendeva il nuovo organo [la Consulta, cioè], un piccolo parlamento; la segretezza lo faceva rimanere, come era nei propositi del Pontefice, il consiglio del Principe” [A. ARA, op. cit., p. 67].

⁹⁵ Il termine “statista” deve intendersi come “nativo dello Stato pontificio” [cfr.: G. MARTINA, *Pio...*, op. cit.]. Si riteneva, infatti, che i cardinali nativi dello Stato romano, la maggioranza allora nel Sacro collegio, fossero i soli a poter trattare di diritto la materia del governo temporale, riguardando la loro stessa terra d’origine, quando invece, i membri provenienti da altri Stati, avrebbero potuto disinteressarsi della sorte dello Stato temporale. Questa discussione sulla presenza di cardinali stranieri nel Sacro collegio, era stata molto dibattuta durante i lavori preparatori della Statuto pontificio, da parte degli ambienti moderati.

ricordare, anche nell'antico Concistoro, solamente gli Statisti trattavano gli affari dello Stato"⁹⁶. Probabilmente, qui il Corboli traeva spunto da quella sua primiera risoluzione, che solo i cardinali avessero composto la camera Alta, poi abbandonata coll'evolversi del tempo e le critiche sorte⁹⁷, ed ora motivata con una ragione particolarmente pratica: "Credo poi necessario che qualche Cardinale sieda nell'Alto Consiglio - spiegava il prelado - se altro non fosse per poter opportunamente rappresentare, in concistoro, le discussioni occorse nel corpo legislativo"⁹⁸. Ovvio riferimento, quest'ultimo, al fatto che il Sacro Collegio avrebbe costituito il senato inseparabile del sovrano, e che avrebbe deliberato in segreto. Ma, la proposta, fu respinta, forse per timore di creare quell'assemblea "mista" dai più osteggiata e malvista. Accolta, invece, la proposta per cui la camera dei deputati dovesse essere composta nel numero, "sulla base approssimativa di un deputato per ogni trentamila anime"⁹⁹, anziché quarantamila, come originariamente

⁹⁶ A. MANNO, op. cit., pp. 195-196.

⁹⁷ Decisamente contrari alla soluzione che avrebbe voluto il Sacro collegio quale Camera Alta, sono fra gli altri Pellegrino Rossi e Marco Minghetti. L'ambasciatore francese, nei suoi dispacci al Guizot, ritiene che, così facendo, il Collegio cardinalizio si trasformerebbe in un corpo politico, con tutte le conseguenze nefaste che, data la sua peculiare natura, ne conseguirebbe. Così, ad es., il papa, per superare le obiezioni della Camera Alta, potrebbe nominare nuovi cardinali a lui favorevoli - un po' sul sistema delle <<informate>> che sarà utilizzato nel Regno d'Italia - onde ottenere la maggioranza nelle votazioni, ma questi eminentissimi, poi, sarebbero anche partecipi della elezione del nuovo Pontefice, e, essi stessi, potrebbero essere eletti al soglio di Pietro: come si potrebbe, allora, in tale occasione, prescindere da correnti politiche nell'eleggere il successore di Pietro, il rappresentante di Cristo in terra? Anche il Minghetti, parla decisamente contro una tale soluzione. "Io mi sforzai di mostrare - scriveva appunto il Minghetti - che il Collegio dei Cardinali, avendo un'autorità ecclesiastica dirimpetto a tutto il mondo cattolico, sarebbe rimpicciolito nell'angusta cerchia degli affari politici di un piccolo Stato; che la sua composizione, essendo cosmopolita non ne avrebbe la competenza; che il dibattito politico avrebbe menomato la dignità e l'ossequio verso i Cardinali [...]; che, insomma, tanto più la Religione si sarebbe elevata negli animi, quanto meno i suoi ministri entrassero nelle vicende politiche" [M. MINGHETTI, *I miei ricordi*, pp. 330-331].

⁹⁸ A. MANNO, op. cit., p. 196.

⁹⁹ Statuto Pontificio, art. 22.

previsto. Il Corboli, aveva proposto tale abbassamento, “giacchè, quanto meno è numeroso un Corpo legislativo, tanto più facilmente può essere dominato dalle passioni. Inoltre, quanto più grandi sono le distanze da cui gli elettori debbono concorrere, tanto meno pronti saranno ad andare alle elezioni i tranquilli cittadini, che non si muovono per passioni politiche, e perciò tanto maggiore sarà il pericolo che le elezioni siano dominate da uno spirito di fazione”¹⁰⁰. E’ evidente che, in tali considerazioni, Corboli prende le mosse da quello che è un suo basilare convincimento già evidenziato, e cioè che la gran parte della popolazione dello Stato, non abbia ancora la maturità politica per comprendere il valore del voto, e per cui è mal disposta ad abbandonare i propri affari, per esprimere nell’urna l’interesse collettivo. Da aggiungere, poi, che qui, la paura mostrata dall’urbinate, più che motivata dal uno spirito conservatore, come alcuni potrebbero addurre, sembra invece alimentata dall’animo estremamente moderato del Corboli, il quale vuole evitare che, le fazioni estreme, possano conquistare il predominio: i moderati¹⁰¹, devono continuare a condurre il gioco politico-riformatore italiano.

Richiamandosi forse alla costituzione napoletana, era stato sempre Corboli Bussi a far aggiungere al trentesimo articolo dello Statuto fondamentale pontificio, che i deputati, sebbene fosse garantita la loro inviolabilità per le opinioni e i voti proferiti durante il mandato nell’esercizio delle loro attribuzioni, ed il relativo divieto di incarcerazione, potevano comunque essere arrestati in caso di delitto flagrante¹⁰².

¹⁰⁰ A. MANNO, op. cit., p. 196.

¹⁰¹ “I moderati prendevano a modello delle loro rivendicazioni politiche il sistema costituzionale inglese o la carta elargita da Luigi XVIII al suo ritorno in Francia. Per essi la partecipazione al Governo doveva limitarsi ai soli ceti abbienti (gli unici, a loro giudizio, capaci per cultura e tradizioni famigliari di ricoprire pubblici uffici e salvaguardare l’ordine sociale) anche se a tutti i cittadini doveva essere riconosciuta l’uguaglianza civile” [A. DESIDERI, *Storia e storiografia*, Messina-Firenze, 1987, vol. II., p. 336]. Fondamentale, poi, è evidenziare che, per i moderati, il metodo con cui attuare queste innovazioni, era quello riformatore e legalitario, con trattative o, comunque, guerra regolare, e non segreta congiura e rivolta.

¹⁰² “Dove si proibisce l’arresto dei membri dei due Consigli, mi parrebbe necessario, secondo l’esempio di varie costituzioni, di eccettuare il caso di flagrante delitto” [A. MANNO, op. cit., p. 198].

Anche nell'art. 33, la linea del Corboli era accolta; il monsignore aveva sostenuto che, dopo aver reso genericamente competenti i consigli su tutte le materie, si sarebbe statuito su quali avevano delle limitazioni, anziché dare la competenza solo su materie tassativamente elencate, onde non vincolare eccessivamente gli organi legislativi. Ed infatti, l'art. 33 prevede che "tutte le leggi in materie civili, amministrative, e governative, sono proposte, discusse e votate nei due Consigli, comprese le imposizioni di tributi e declaratorie che abbiano forza di legge". E, in ordine alla discussione, era stato sempre il Bussi, a volere che all'art. 35, fosse indicato "come nell'art. 56 dello Statuto toscano"¹⁰³, che le proposte dei Ministri¹⁰⁴ sono discusse prima di quelle che provengono dai Consigli legislativi"¹⁰⁵.

Nel dispositivo dell'art. 36, che era la chiave di volta dell'intero Statuto, in cui si tentava di tracciare la sottile linea di divisione fra "potere spirituale" e "potere temporale", elencando le materie in cui i Consigli non potevano legiferare, non era stata accolta la geniale formulazione esposta

¹⁰³ Lo Statuto toscano, recitava: "Le proposte del governo saranno prima di ogni altra discusse e votate dall'assemblea", senza espressamente prevedere l'iniziativa legislativa da parte delle camere.

¹⁰⁴ E' evidente, con tale disposizione, il volere creare una linea preferenziale per l'approvazione dei provvedimenti imposti dal ministero, e ciò anche al fine di garantire quella maggiore rapidità che, specie in determinati affari, l'attività governativa abbisogna, già appesantita, nello Statuto pontificio, dalla presenza di tre organi collegiali (Alto Consiglio, Consiglio dei Deputati, Senato/Collegio Cardinalizio) che dovevano approvare ogni proposizione. Non per nulla, numerose critiche al sistema <<tricamerale>> che si era andato creando, erano state portate da più parti; Sterbini, dalle pagine romane del *Contemporaneo* del 2 marzo 1848, iniziava con il dire che, uno dei principali difetti di tutti i sistemi parlamentari, è la lentezza con cui vengono prese le decisioni. Si consideri, poi, sottolinea lo Sterbini, che nello Stato della Chiesa la lentezza nel procedere ad ogni decisione è cronica e a tutti ben nota. Dunque, questi due atti uniti porterebbero a far sì che il parlamento romano vedrebbe il difetto della lentezza del suo operare ingigantirsi. Il creare, continua poi l'Autore, tre camere, provocherebbe anche la necessità che tre consessi diano un parere favorevole, prima che il sovrano sanzioni una legge. Orbene, cosa accadrebbe se il papa non volesse dare questa sanzione dopo che tre assemblee abbiano approvato il testo legislativo? La popolarità - così cara a Pio IX - andrebbe a scemare, ed il papa si metterebbe solo contro tutti.

¹⁰⁵ A. MANNO, op. cit., p. 196.

dal Corboli. Con essa si chiedeva di elencare espressamente le materie miste, senza rifarsi ad una generica affermazione. Questa, invece, fu la linea della Commissione, forse per non volersi ora "impegolare" in questa chirurgica divisione¹⁰⁶, ovvero perchè, segretamente, essa sapeva in cuor suo che - se del caso - "un'interpretazione rigorosa della disposizione [come da essa formulata] avrebbe veramente ridotto al nulla la competenza assembleare"¹⁰⁷, e lasciato dunque mano libera al governo ecclesiastico.

Il Corboli, si era già espresso, affinchè l'assemblea legislativa non avesse trattato le questioni internazionali riguardanti la religione, e l'art. 38 dello Statuto riprese tale volontà, non essendo "superfluo l'aggiungere [...] un articolo nel quale si dichiarasse anticostituzionale qualunque allusione che i medesimi Consigli, o un membro di essi, facessero alle relazioni religiose del Capo della Chiesa con le Potenze o Nazioni Cristiane"¹⁰⁸. Da evidenziare, però che, almeno espressamente, non era prevista nè la nullità di un eventuale atto in tal senso, nè una punizione, così che, l'articolo, fungeva da <<motivazione>> agli occhi del mondo, per il rifiuto della sanzione da parte del sovrano, (condizione per l'efficacia di ogni disposizione), oltre che da chiaro monito politico per le due camere.

Al fine di non rallentare troppo l'attività parlamentare in un sistema che mostrava *in nuce* tutti i caratteri per un procedere lento nelle deliberazioni, il Corboli riuscì a far inserire nella Carta, all'art. 44, che solo in caso di rigetto da parte di un Consiglio o di rifiuto della sanzione sovrana, la proposta non potesse più essere discussa in quella sessione, ritenendo "eccessiva la clausola che - scrive appunto il prelato - se uno dei due Consigli modifica [meramente] la proposta votata dall'altro, questa non si possa riprodurre nel corso della sessione"¹⁰⁹. Pertanto, in caso di semplice modifica, in quella stessa sessione l'altro Consiglio poteva ridiscutere la questione.

¹⁰⁶ Oltretutto, dai più ritenuta pressochè impossibile, dato che, nello Stato della Chiesa, quasi ogni materia era stata regolata in maniera strettamente unita alla religione.

¹⁰⁷ A. ARA, op. cit., p. 226.

¹⁰⁸ A. MANNO, op. cit., p. 195.

¹⁰⁹ A. MANNO, op. cit., p. 199.

Anche l'art. 49 era dovuto al Corboli. Infatti, era stato egli ad individuare il meccanismo per quella che, negli Stati laici, si sarebbe chiamata "lista civile". Infatti, la somma di seicentomila scudi all'uopo prevista, quando "la manutenzione della corte di qualsiasi principotto germanico¹¹⁰ costa molto di più"¹¹¹, veniva inserita automaticamente in ogni bilancio preventivo dello Stato, e si considerava "di pieno diritto [...] sempre per approvata e sanzionata"¹¹². Così facendo, s'era superata una di quelle "difficoltà" che a detta del Corboli potevano impedire la concessione di un sistema rappresentativo nello Stato papale.

"Mi parrebbe necessario dire, assolutamente, che il Gran consiglio elettivo è sciolto, di diritto, al momento stesso della morte del sovrano, e il successore ne convoca uno dentro un determinato tempo, e che l'Alto Consiglio non può in alcun modo adunarsi mentre è sciolto il Consiglio elettivo, come si trova espresso all'art. 41 dello Statuto toscano. Nè siffatta disposizione sarebbe nuova nei Governi costituzionali, trovandosi anche nella Costituzione inglese"¹¹³. Con queste parole, il Corboli <<umiliava>> alla commissione la soluzione da adottarsi, durante il tempo della Sede vacante. La preoccupazione che spingeva a tali disposizioni, era evidente: il timore che durante il vuoto al vertice dello Stato pontificio, - in questa che è una monarchia a carattere elettivo -, la camera, specie quella elettiva, avesse potuto sovvertire l'ordine statuale. In realtà, però, il consiglio del Corboli, venne accolto parzialmente, in quanto si preferì sospendere le sedute di ambedue i consessi, tanto l'Alto consiglio [come proposto dal Corboli] quanto la Camera elettiva - che il Corboli avrebbe voluto sciolta - , creando,

¹¹⁰ Qui il Pelczar, sembra dimenticare le condizioni di grande povertà ed arretratezza in cui versavano le popolazioni dello Stato papale, prive di una florida economia, quando invece, negli stati che formeranno la futura Germania, la situazione finanziaria era assai più florida.

¹¹¹ G.S. PELCZAR, *Pio IX*, Torino, 1908, p. 353.

¹¹² Statuto pontificio, art. 49.

¹¹³ A. MANNO, *op. cit.*, p. 196.

comunque, certo non poche difficoltà al procedere dei corpi legislativi. La lunga durata dei conclavi, nonché, molte volte, il rapido succedersi di diversi papi, avrebbe paralizzato per lunghi tempi l'attività dei Consigli.

Era sempre il Corboli, poi, l'ispiratore della successiva norma, l'art. 58, dello Statuto, che recepiva totalmente il voto indirizzato alla commissione cardinalizia. "Mi sembra contrario - scrive l'urbinate - ai diritti del S. Collegio il dichiararsi che, nel tempo della Sede vacante, i Ministri continuano, senz'altro le loro funzioni [...]. Le Costituzioni Apostoliche sopra la Sede vacante danno al S. Collegio il diritto di confermare Ministri, di dar loro per Capo e Presidente il Segretario del Sacro Collegio, ossia del Conclave, e di ricever il giuramento di fedeltà come lo ricevono i nuovi sovrani"¹¹⁴. Del resto, Corboli era particolarmente esperto in tale materia, essendo stato egli il Segretario del conclave nell'elezione di Pio IX, appena due anni prima.

Mons. Corboli Bussi, avrebbe voluto che l'esistente Consulta, entrata in funzione giust' appena l'autunno prima, fosse trasformata in quel Consiglio di Stato, previsto nella Carta pontificia agli art. 62 e 63. In vero, anche se vennero accolti i suoi voti, che indicavano le funzioni che il nuovo organismo avrebbe dovuto svolgere, cioè "lo studiare e preparare i progetti di legge che poi il Ministero adotta e propone ai Consigli legislativi, e, inoltre, riunirsi in lei le funzioni di Gran corte dei Conti per la revisione dei Consultivi"¹¹⁵, si preferì non attuare questa <<trasformazione>> e procedere alla creazione di un organo totalmente nuovo. Infatti "vi è una differenza netta fra la Consulta di Stato ed il consiglio. Se è vero che sono entrambi organi consultivi, destinati ad aiutare il Governo pontificio nello svolgimento delle sue funzioni e delle sue attività, non si deve dimenticare che, proprio per il fatto che, con l'emanazione dello Statuto, si era proceduto alla creazione di un organo completamente nuovo e pienamente svincolato dalla precedente Consulta, si è qui in presenza di qualche cosa di istituzionalmente diverso. E anche quelli che come monsignor Corboli Bussi

¹¹⁴ A. MANNO, op. cit., p. 196.

¹¹⁵ A. MANNO, op. cit., p. 195.

volevano trasformare la Consulta in un vero e proprio Consiglio di Stato, per utilizzarne le strutture e l'organizzazione nel quadro del nuovo Statuto fondamentale, si rendevano conto, però, che bisognava farne qualcosa di nuovo¹¹⁶, segno questo che ne sentivano in pieno la differente funzione¹¹⁷.

6. Conclusioni

Come risulta, dunque, in conclusione di questa analisi, peraltro legata agli interventi più significativi del Corboli nella redazione dello *Statuto fondamentale per il Governo temporale degli Stati della Chiesa*, il contributo che il nostro urbinato venne a dare fu significativo e aldilà del *Proemio*, tutto sua opera, ben 20 proposte di modifica su 37 che egli propose, furono accolte, così che sui 69 articoli di cui si compose il testo, oltre 25 furono o influenzati, o dovuti o comunque emendati da mons. Giovanni Corboli Bussi che, dunque, sino all'ultimo fu convinto assertore della possibilità che, negli Stati papali, si potesse realizzare un compiuto sistema rappresentativo. Negli appunti da lui vergati per la realizzazione delle "Mie memorie" evidenziava appunto l'opinione del Rosmini che voleva il papa, in "dicembre [1848] e gennaio 1849 [...] dispostissimo a conservare lo Statuto"¹¹⁸, e ciò addirittura alcuni mesi dopo la fuga da Roma a Gaeta nottetempo.

Il milleottocentoquarantotto italiano ed europeo travolse però tutto, e la restaurazione che ne seguì, fece dimenticare anche il breve periodo in

¹¹⁶ Scrive ancora il Ghisalberti che, "infatti, a ben guardare la Consulta di Stato, ci si rende subito conto che essa non aveva un troppo definito carattere consultivo: oscillava tra un Consiglio di Stato di tipo e di modello napoleonico ed una specie di istituzione politica, di supremo organo dello Stato al di sopra delle istituzioni amministrative" [C. GHISALBERTI, op. cit., p. 62].

¹¹⁷ C. GHISALBERTI, "Il Consiglio di Stato di Pio IX", in *Studi Romani*, 1954, p. 62.

¹¹⁸ A. MANNO, op. cit., p. 309.

cui la forma rappresentativa¹¹⁹ di governo era stata realizzata negli Stati della Chiesa. Del resto, lo stesso Corboli Bussi, messo oramai in disparte dal nuovo Segretario di Stato, card. Antonelli, fiaccato nel fisico da una lunga malattia, amareggiato quanto isolato, non poté nemmeno salutare Pio IX al suo ritorno a Roma dall'esilio. Si spense, infatti, all'età di 37 anni il 30 luglio 1850.

¹¹⁹ Sulla impossibilità che una tale forma potesse sopravvivere nello Stato pontificio, vedi il netto giudizio negativo di D. ZANICHELLI, *op. cit.* .

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AQUARONE A., *Le Costituzioni italiane*, Milano, 1958.
- ARA A., *Lo Statuto fondamentale della Chiesa. Contributo ad uno studio delle idee costituzionali nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, 1966.
- BERLUTI A., *Lo Statuto Fondamentale per il governo temporale degli Stati della Chiesa. 14 marzo 1848*, Tesi di Laurea discussa alla Facoltà di Giurisprudenza, Urbino, A.A. 1994-1995, relatore Prof. Lamberto Pansolli.
- CANDELORO G., *Storia dell'Italia moderna*, Milano, 1994.
- CLAUDI G.M.-CATRI L., *Dizionario storico biografico dei marchigiani*, Ancona, 1992.
- CORTESE N., *Le costituzioni italiane del 1848-'49*, Napoli, 1954.
- DEMARCO D., *Pio IX e la rivoluzione romana del 1848*, Modena, 1947.
- DESIDERI A., *Storia e Storiografia*, Messina-Firenze, 1987.
- *Dizionario Biografico degli italiani*, Roma, 1983.
- *Enciclopedia Italiana*.
- FARINI L.C., *Lo Stato Romano dal 1815 al 1850 secondo Luigi Carlo Farini*, Firenze, 1853.
- GAUDEMET J., *Il diritto canonico*, Torino, 1991.
- GHISALBERTI A.M., *Nuove ricerche sugli inizi del pontificato di Pio IX e sulla Consulta di Stato*, Roma, 1939.
- GHISALBERTI C., "Il Consiglio di stato di Pio IX", in *Studi Romani*, 1954.
- LEFEVRE R., "Le riforme di Pio IX e la libertà di stampa", in *Studi Romani*, 1955.
- LODOLINI A., "Il parlamentino liberale della Consulta di Stato pontificio (1847)", in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1955.
- MANNO A., *L'opinione religiosa e conservatrice in Italia dal 1830 al 1850 ricercata nelle corrispondenze e confidenze di Monsignor Giovanni Corboli Bussi*, Torino, 1910.
- MARTINA G., *Pio IX (1846-1850)*, Roma, 1974.

- MINGHETTI M., *Miei ricordi*, Torino, 1888-1890.
- PELCZAR G.S., *Pio IX*, Torino, 1908.
- PIRRI P., “L’ammnistia di Pio IX nei documenti ufficiali”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1954.
- PIRRI P., “La politica unitaria di Pio IX dalla lega doganale alla lega italica”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1948.
- PIRRI P., “Rapporti di Mons. Corboli Bussi dal quartiere generale di Carlo Alberto (Aprile 1848)”, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, 1950.
- POLIDORI L.F., *Sulla necessità di uno Statuto rappresentativo negli Stati pontifici*, Firenze, 1848.
- WOLLEMBORG L., “Lo Statuto pontificio nel quadro costituzionale del 1848”, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1935.
- ZANICHELLI D., “Lo Statuto fondamentale pel Governo temporale degli Stati della Chiesa”, in *Rivista storica del Risorgimento italiano*, 1895.

ARCHIVI

Biblioteca Centrale Universitaria di Urbino, Fondo del Comune.

