

ANNO LXIX - 2001/02

NUOVA SERIE A - N. 53,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

BARBARA AGOSTINIS, *Attuazione della direttiva 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo": brevi riflessioni*, 123

ALESSANDRO BONDI, *Le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.). Un'incursione nel nuovo diritto societario*, 155

ANNA MARIA GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris*, 195

ANTONIO RUGGIERO, *Amministrazione, procedimento cautelare e Costituzione*, 237

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUNARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, CHIARA TENELLA SILLANI

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXIX - 2001/02

NUOVA SERIE A - N. 53,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

BARBARA AGOSTINIS

Attuazione della direttiva 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo": brevi riflessioni.

ABSTRACT

L'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo" offre al civilista alcuni spunti di riflessione. Nello scritto si esaminano le novità più significative contenute nel decreto legislativo n. 24/2002 con il quale è stato recepito nel nostro ordinamento il provvedimento comunitario: la previsione di un'unica patologia per gli acquisti di beni di consumo, "il difetto di conformità", e la tutela offerta al compratore di un bene difforme.

L'aspetto maggiormente innovativo è costituito dall'accoglimento di una nozione unitaria di vizio secondo l'impostazione già seguita dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980 (art. 35). Per agevolare la posizione del compratore sono stati indicati vari criteri in presenza dei quali il bene consegnato si presume conforme a quello pattuito nel contratto. L'introduzione di una sola anomalia, da tempo auspicata dalla dottrina italiana poiché ritenuta idonea a superare la problematica distinzione fra vizi, mancanza di qualità ed aliud pro alio, invero non sembra aver risolto tutti i dubbi e le contraddizioni presenti in materia ed in particolare non pare aver chiarito se la "non conformità del bene" equivalga alla diversità.

L'altro aspetto di particolare importanza concerne la tutela offerta al consumatore. All'acquirente di un bene difettoso è riconosciuto il diritto al ripristino gratuito della conformità dello stesso; la riparazione e la sostituzione, però, possono essere chieste solo al ricorrere di determinate condizioni. Se la previsione di simili rimedi supera l'atteggiamento di chiusura manifestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento, i limiti posti al loro esercizio ne riducono notevolmente l'applicazione.

La scelta di un'armonizzazione minima, circoscritta ad alcuni aspetti della garanzia, non sembra idonea al raggiungimento dello scopo di semplificazione perseguito in ambito comunitario, in considerazione della particolare rilevanza delle tematiche escluse.

La circostanza che il legislatore dell'attuazione si sia limitato ad una pedissequa riproduzione della direttiva senza i necessari coordinamenti con le disposizioni codicistiche in materia di garanzia per vizi della cosa venduta sicuramente aggraverà il compito dell'interprete, già peraltro non semplice.

BARBARA AGOSTINIS

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 1999/44/CE "SU TALUNI ASPETTI DELLA VENDITA E DELLE GARANZIE DEI BENI DI CONSUMO": BREVI RIFLESSIONI

SOMMARIO

1) *Origine e scopi del provvedimento comunitario*; 2) *Modalità di attuazione*; 3) *Contenuto*: a) *Il difetto di conformità*; b) *La garanzia convenzionale*; c) *I "nuovi mezzi di tutela" offerti all'acquirente*; 4) *Conclusioni*.

1. Origine e scopi del provvedimento comunitario

Il 23 marzo 2002 è entrato in vigore il decreto legislativo 2 febbraio 2002 n. 24¹ con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la Direttiva n.1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo", direttiva emanata dopo un lungo e travagliato iter² allo scopo di uniformare le disposizioni legislative degli stati membri in materia di garanzia per vizi della cosa venduta.

¹ Il decreto legislativo 2 febbraio 2002 n. 24 è stato emanato in virtù della delega conferita al Governo dall'art. 1, allegato B, della legge comunitaria 2000.

² L'idea di uniformare la disciplina degli Stati membri in materia di garanzia per vizi nella vendita di beni di consumo era già presente nella Proposta modificata di direttiva n. 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (pubblicata in G.U.C.E. n. C 73 del 24 marzo 1992, p. 7). La Commissione aveva pensato di inserire tra le disposizioni "sospette" la clausola con la quale si limitano i diritti del consumatore (relativi alla garanzia per vizi, alla conformità del bene, alla sostituzione e riparazione dello stesso) e di prevedere in un articolo apposito l'obbligo per gli Stati membri di garantire ai compratori il diritto di avere beni conformi. Il Consiglio invero ha ritenuto più opportuno dettare una regolamentazione autonoma della materia e pertanto ha invitato la Commissione ad "esaminare le modalità di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di garanzia per quanto riguarda i contratti conclusi dai consumatori e, su tale base, a sottoporli, eventualmente, una proposta di direttiva relativa all'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tale campo" (Dichiarazione del Consiglio a verbale dell'adozione della direttiva concernente le clausole inique, in data 5 aprile 1992). In seguito all'incarico conferito, la Commissione ha analizzato la situazione normativa dei singoli Stati membri facendo confluire i risultati della ricerca nella pubblicazione di un "Libro verde sulle garanzie dei beni di consumo e dei servizi post-vendita", (in COM (1993) 509 del 15 novembre 1993), nel quale sono indicate anche alcune possibili soluzioni per l'armonizzazione della disciplina in ambito co-

La diversa regolamentazione dell'istituto negli ordinamenti dell'Unione Europea incrementa notevolmente i contrasti tra venditore e consumatore, già peraltro numerosi, in merito alla difettosità del bene acquistato, con grave pregiudizio della libera circolazione delle merci e della realizzazione della concorrenza poiché "è evidente che i consumatori che avranno avuto una brutta esperienza in occasione di un acquisto transfrontaliero esiteranno a ripetere acquisti di tale tipo e assumeranno una posizione di scetticismo in merito al processo di integrazione europea e al vero significato di mercato unico"³.

L'idea che la non conformità del bene a quanto pattuito nel contratto costituisca "la principale fonte di conflitti con i venditori"⁴ e che tali conflitti siano accresciuti, in ambito internazionale, dalle profonde differenze di disciplina ha spinto il legislatore comunitario ad armonizzare le norme dei singoli Stati in materia di vendita di beni di consumo introducendo una sola patologia: "il difetto di conformità".

La creazione di una tutela universale (che prescinde dal luogo di acquisto del bene) rientra nella più generale politica del legislatore co-

munitario. La Commissione, tenuto conto delle opinioni espresse dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale in merito ai suggerimenti contenuti nel Libro Verde, ha presentato una prima proposta di direttiva "sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo" il 18 giugno 1996 (v. G.U.C.E. n. C 307 del 16 ottobre 1996, p. 8) successivamente modificata in considerazione del Parere emanato dal Comitato economico e sociale (in G.U.C.E. n. 66 del 3 marzo 1997, p. 5) e dal Parlamento europeo (Risoluzione legislativa del 10 marzo 1998, in G.U.C.E. n. C 104 del 6 aprile 1998, p. 30) e successivamente ripresentata il 1 aprile 98 (in G.U.C.E. n. C 148 del 14 ottobre 1998, p. 12). La circostanza che numerosi emendamenti apportati dal Parlamento Europeo alla posizione comune del Consiglio non siano stati accolti dalla Commissione ha reso necessario il ricorso al Comitato di conciliazione che l'8 marzo 1999 ha approvato il "progetto comune", il cui contenuto è conforme al testo definitivo della direttiva adottato dal Parlamento e dal Consiglio il 25 maggio 1999. Per un'analisi dettagliata dei "Lavori Preparatori", v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, p. 2 nota 2; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, p. 234 ss.; P. R. LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1275 ss.; G. DE NOVA, *La proposta di direttiva sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 22 ss.; F. TORIELLO, *La proposta di direttiva sulle garanzie nelle vendite di beni di consumo: brevi note*, in *Contr. Impr./Eur.*, 1997, p. 815 ss..

³ V. Libro verde, cit., p. 8.

⁴ V. considerando n. 5 della Proposta di direttiva del 1996, cit.; considerando n. 5 della Proposta di direttiva del 1998, cit., e considerando n. 6 della direttiva 1999/44/CE.

munitario finalizzata alla realizzazione di un mercato interno⁵ funzionale ed efficiente, caratteristiche riscontrabili “se <in particolare> il consumatore, acquistando un prodotto in un altro stato membro, può contare nel caso di prodotto difettoso su una protezione simile a quella di cui gode nel suo paese di residenza”⁶. Il conseguimento di un simile obiettivo richiede “una base minima comune di diritti per i consumatori, vigenti indipendentemente dal luogo di acquisto dei beni nella comunità, che rafforz<a> la fiducia” degli stessi⁷ negli acquisti transfrontalieri⁸.

Con l’emanazione della direttiva si è inteso anche semplificare la disciplina del contratto di vendita, regolandola secondo l’impostazione seguita dalla Convenzione di Vienna⁹, e modernizzare le previsioni normative degli stati membri in tale materia ritenute “inadatte alle realtà economiche di produzione e di commercializzazione di massa” poiché introdotte “in un’epoca in cui le condizioni di produzione e

⁵ Come si evince dai continui riferimenti al ruolo fondamentale, per il completamento del mercato interno, riconosciuto al consumatore che acquista beni in uno stato estero (v. considerando n. 3 della Proposta di direttiva del 1996, cit.; considerando n. 4 della Proposta di direttiva del 1998, cit., e n. 4 della direttiva n. 1999/44/CE). Sul punto, cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 4. L’autore attribuisce al provvedimento un duplice scopo: la realizzazione del mercato interno, da un lato, e l’introduzione di “un livello elevato di protezione dei consumatori”, dall’altro.

⁶ V. Il Parere del Comitato Economico e Sociale in merito alla “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di Consumo”, cit., p. 2. In senso analogo, v. considerando n. 1 della proposta di direttiva del 1996 “la libera circolazione delle merci ... implica che i consumatori che risiedono in uno stato membro possano rifornirsi con cognizione di causa sul territorio di un altro stato membro in base ad un patrimonio minimo di norme eque che disciplinano l’acquisto dei beni di consumo” e il considerando n. 2 della versione finale della direttiva: “i consumatori che risiedono in uno Stato membro dovrebbero essere liberi di acquistare merci sul territorio di un altro Stato membro in base ad un livello minimo uniforme di norme eque che disciplinano la vendita dei beni di consumo”. Cfr. altresì il Libro verde, cit., p. 7: “Affinché il mercato interno funzioni efficientemente è necessario che le garanzie relative ai prodotti acquistati dal consumatore in un altro paese possano essere onorate senza alcuna discriminazione nel paese di residenza del consumatore”.

⁷ V. considerando n. 4 della Proposta di direttiva del 1996, cit., p. 2.

⁸ Tali acquisti rischierebbero di essere ostacolati in mancanza di un’armonizzazione minima della disciplina, v. considerando n. 3 della Proposta di direttiva del 1996, cit., p. 2.

⁹ V. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 7.

commercializzazione dei beni erano molto diverse da quelle di oggi...”¹⁰.

L'intervento legislativo è settoriale¹¹ e limitato a regolare solo taluni aspetti della garanzia per vizi nella vendita e nei contratti ad essa equiparati ai sensi dell'art. 1519-bis c.c. (i contratti di permuta e di somministrazione, nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o da produrre)¹², e precisamente quei profili che costituiscono la “principale fonte di conflitti con i venditori” (il concetto di difetto, la durata della garanzia ed i mezzi di ricorso).

La dottrina italiana già da molto tempo¹³ si era pronunciata a favore di una riforma della garanzia legale; era anzi diffusa l'idea della necessità di una modifica generale dell'istituto (non limitata alla vendita di beni di consumo)¹⁴ e della opportunità di introdurre una sola

¹⁰ Cfr. La relazione alla proposta di direttiva del 1996, in COM (1995) 520, def., p. 5.

¹¹ V. Libro verde, cit., p. 74. Le soluzioni suggerite al legislatore comunitario per l'armonizzazione delle leggi nazionali in materia di garanzia legale erano due: da un lato una regolamentazione generale dell'istituto che prescindesse dalle qualità dei contraenti e dalla natura del prodotto, la quale però è stata scartata perché poco flessibile, dall'altro un'armonizzazione minima volta a disciplinare solo alcuni aspetti della garanzia legale. La Commissione, accolta quest'ultima, ha ritenuto opportuno adottare un duplice criterio per limitare il campo di applicazione della riforma: oggettivo con il quale si attribuisce rilevanza all'oggetto della garanzia e soggettivo con il quale si considera lo status dei contraenti (quest'ultimo parametro da solo, infatti, si sarebbe rivelato inadeguato perché sottopone l'acquisto di uno stesso bene ad un diverso regime giuridico ed inoltre contrasta con il concetto moderno di garanzia intesa come attributo del prodotto).

¹² La versione iniziale della direttiva era limitata alla vendita (v. la Proposta di direttiva del 1996, cit.) ed è poi stata estesa ai “contratti concernenti la consegna di beni di consumo da fabbricare o da produrre [che] sono assimilati ai contratti di vendita” (v. la Proposta di direttiva del 1998, cit.).

¹³ V. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria della garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3, p. 15.

¹⁴ A favore di una riforma generale dell'obbligo di garanzia imposto al venditore si sono espressi R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio dello scambio contrattuale*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 46; P. GALLO, *Le garanzie nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva n. 1999/44/CE*, *ivi*, 2001, p. 80; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, *ivi*, 2001, p. 83 ss.; particolarmente interessanti sono i progetti elaborati per il recepimento della direttiva da A. LUMINOSO, *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, *ivi*, 2001, p.

patologia: il “difetto di conformità”¹⁵ per superare la problematica distinzione fra vizi, mancanza di qualità ed aliud pro alio.

Il recepimento della direttiva 1999/44/CE sembrava l'occasione giusta per attuare un simile progetto.

L'accoglimento di un'unica fattispecie di vizio per tutte le vendite (a prescindere dalla natura del bene oggetto dell'alienazione e dallo status dei contraenti) era sostenuta da gran parte degli studiosi perché si presentava idonea ad innovare la disciplina codicistica senza peraltro creare un'eccessiva frammentazione dell'istituto.

133 ss. e da M. BIN, R. CALVO, A. CIATTI E L. DELOGU, *Un progetto per l'attuazione in Italia della direttiva 1999/44/CE (dalla redazione torinese della rivista)*, ivi, 2001, p. 156 ss. Cfr. altresì G. AMADIO, *La “conformità al contratto” tra garanzia e responsabilità*, ivi, 2001, p. 15: l'autore, pur condividendo l'opportunità di semplificare la disciplina della garanzia per vizi imposta al venditore (accogliendo il concetto unitario di difformità), sottolinea la necessità di non trascurare le differenze economico-funzionali tra la “vendita dell'economia individuale” disciplinata dal legislatore del 1942 e la “vendita del mercato di massa” regolata in ambito comunitario. Nello stesso senso, v. G. BONFANTE, O. CAGNASSO, *Risoluzione del contratto ed “azione di adempimento” quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, ivi, 2001, p. 31 ss. Gli autori auspicano una “riscrittura delle regole sulla garanzia della vendita” che mantenga la distinzione tra la “vendita commerciale e quella in cui il venditore non sia un imprenditore”. A favore di una riforma generale, v. anche M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, ivi, 2000, p. 405; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, ivi, 2000, p. 463 ss.; R. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, ivi, 2000, p. 422; M. G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, ivi, 2000, p. 452; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 270; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE “su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo”*, in *Studium juris*, 2000, p. 262. Contra, G. DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 760: l'autore ritiene che l'attuazione della direttiva non comporti la modifica o integrazione della vendita di diritto comune di cui agli artt. 1470 ss. c.c., ma della “vendita di consumo” (vendita fuori dei locali commerciali e vendita a distanza).

¹⁵ V. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1998, p. 267; ID., voce “Vendita”, Dig. (Disc. Priv.), Torino, 1999, XIX, p. 608 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Vassalli*, Torino, 1993, p. 902 ss.; C. G. TERRANOVA, voce “Redibitoria (azione)”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVI, p. 11; ID., *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 98 ss.; P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. del Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981, p. 228 ss.; G. BONFANTE, O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 32; R. FADDA, *op. cit.*, p. 22; M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 455.

Una simile impostazione avrebbe richiesto la revisione delle principali disposizioni relative all'obbligo di garanzia imposto al venditore ed in particolare la riformulazione degli artt. 1476 n. 3 c.c. e 1490 c.c. con un contenuto più ampio nonché l'abrogazione dell'art. 1497 c.c.¹⁶.

Diverse erano le soluzioni suggerite de iure condendo per un'attuazione della direttiva limitata alla vendita di beni di consumo: in alternativa alla "solita" legge speciale era proposta l'elaborazione di un testo unico (ai sensi dell'art. 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999 n.185) con cui coordinare le disposizioni a tutela del consumatore, coordinamento giustificabile in considerazione delle numerose analogie riscontrabili in tale ambito¹⁷, oppure la novellazione del codice civile. Quest'ultima avrebbe potuto essere realizzata (analogamente a quanto previsto con riguardo alle clausole abusive) introducendo un gruppo di norme volte a disciplinare le vendite al consumo, nella "sezione seconda. Della vendita di cose mobili"¹⁸ o in una nuova sezione, sezione 1-bis (collocata dopo la sezione 1 del capo I del titolo III libro IV del codice civile e contenente gli artt. 1497-bis ss. c.c.) intitolata ad esempio "Delle obbligazioni del venditore nei contratti di vendita a consumatori"¹⁹; oppure inserite in un nuovo paragrafo § 1 - bis della sezione I capo I (art. 1497 - bis, ter, ecc.) qualora il legislatore avesse preferito limitare le innovazioni principali alle vendite al consumatore lasciando inalterato l'impianto generale poiché la "giustapposizione di due diversi regimi < avrebbe dato > il necessario impatto, anche visi-

¹⁶ In tal senso, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 270: l'autore suggerisce di rivedere le disposizioni in materia di vendita elaborando un testo che abroghi gli artt. 1490-1497 c.c. e introduca una nuova disciplina generale, modellata sugli artt. 35 ss. della Convenzione di Vienna e sulla direttiva 1999/44/CE, applicabile senza limitazioni di carattere "soggettivo" né "oggettivo". A favore di una riforma della vendita attraverso la novellazione del codice civile piuttosto che con una legge speciale si sono espressi anche A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 96; M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 454.

¹⁷ Cfr. A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 260 ss.

¹⁸ V. F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 145; contra, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 270: "Una simile scelta non varrebbe a rendere le nuove disposizioni meno incompatibili con l'impianto generale adottato dal codice civile e porrebbe gravi problemi di coordinamento con la disciplina generale".

¹⁹ V. A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 262.

vo, delle ampie deroghe apportate dalla disciplina speciale a quella generale” o ancora in un nuovo paragrafo § 2-bis della sezione II dello stesso capo (posto dopo la disciplina della vendita su campione e contenente l’art. 1522-bis, ter) nel caso di intervento sulla parte generale²⁰.

2. Modalità di attuazione

Il legislatore italiano diversamente da quello di altri paesi²¹ nel recepire la direttiva 1999/44/CE ha disatteso le aspettative di riforma limitandosi ad una pedissequa riproduzione della stessa in un nuovo paragrafo, § 1-bis (inserito dopo il paragrafo 1 sez. II capo I tit. III libro IV del codice civile e contenente gli artt. 1519-bis ss.), senza i necessari coordinamenti con le disposizioni codicistiche.

Le ragioni di una simile scelta sono probabilmente riconducibili alla necessità di accogliere in fretta il provvedimento²² e comunque

²⁰ Queste due soluzioni sono indicate da L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 36.

²¹ In Austria la direttiva 1999/44/CE, recepita con largo anticipo (la legge di attuazione è stata emanata fin dal 5 agosto 2001), ha rappresentato l’occasione per una modifica generale della garanzia per vizi nella vendita. Anche il legislatore francese non si è limitato ad una riproduzione letterale del provvedimento comunitario, ma ha deciso di estendere le sue previsioni a tutte le alienazioni, v. O. TOURNAFOND, *La distinction du vice caché et du défaut de conformité*, in *Le Dalloz*, 2002, n. 3, p. 1001. Il legislatore tedesco invece ha realizzato una riforma radicale del diritto delle obbligazioni non limitata al settore della vendita. Sul punto, v. M. SCHLEY, *La grande réforme du droit des obligations en Allemagne*, in *Le Dalloz*, 2002, n. 21, p. 1738 ss.; M. GENTILE, *Nell’attesa di un testo unico organico nasce la tutela a “doppio binario”*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 11, p. 45; E. FERRANTE, *L’attuazione della direttiva comunitaria sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo: la legge austriaca e il progetto tedesco*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 423 ss.

²² Il timore che la fretta inducesse il legislatore a compiere una mera riproduzione letterale del provvedimento è stato espresso da L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, cit., p. 34: “i tempi [per l’attuazione della direttiva] si [stanno] restringendo tanto da far temere che la fretta induca, more solito, ad una pedissequa riproduzione della direttiva...” e da G. BONFANTE, O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 24 “l’operazione di mera trasposizione della direttiva nel nostro ordinamento... avrebbe effetti devastanti introducendo nel nostro attuale sistema di norme un corpo estraneo, ma anche una moltiplicazione di discipline in cui difficilmente l’interprete potrebbe orientarsi”. Nello stesso senso, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 264: “mai come in questo caso il legislatore non avrebbe potuto limitarsi ad una pedissequa ri-

non sono indicate nella relazione al decreto, dalla quale emergono solo le motivazioni addotte alla tecnica di attuazione della direttiva.

La novellazione del codice civile è stata preferita (dalla Commissione Giustizia del Senato) all'emanazione di una ennesima legge speciale per "la rilevante portata applicativa della disciplina, volta, nonostante l'apparente caratterizzazione settoriale, a regolare una gamma notevolmente estesa e sostanzialmente preponderante di contratti di vendita (e stipulazioni equiparate) ossia l'intero universo delle fattispecie dei beni di consumo" e perché "la rilevanza delle modifiche apportate alla tradizionale disciplina codicistica in merito all'aspetto qualificante delle garanzie poste a carico del venditore circa le qualità e l'assenza dei vizi del bene alienato ...e... lo spessore delle modifiche apportate, sul piano delle caratteristiche generali dei rimedi accordati all'acquirente, rende infatti opportuno l'innesto nel tessuto codicistico al fine di consentire la più immediata percezione della disciplina bifasica che si viene a delineare, ossia la netta separazione tra normativa sulla vendita in generale, retta dagli articoli 1490 e seguenti del codice civile, e la disciplina sulla vendita dei beni di consumo, retta da disposizioni di segno significativamente diverso..." e ancora per il fatto che "le disposizioni sulla vendita, in generale operano in via suppletiva anche per i beni di consumo, ove si tratti di disposizioni più favorevoli..."²³.

In particolare la collocazione delle nuove norme nella sezione dedicata alla vendita di beni mobili si giustifica perché "la disciplina in esame si riferisce ai contratti aventi ad oggetto beni di consumo, la cui definizione comprende 'qualsiasi bene mobile', e [per] lo spessore delle novità introdotte [che] hanno convinto della preferibilità dell'inserimento in un nuovo paragrafo nella sezione II del titolo III, dedicata appunto a specifiche tipologie di vendite di beni mobili"²⁴.

produzione della direttiva, dovendo elaborare un testo adatto a risolvere i problemi posti dall'attuazione della direttiva nel nostro ordinamento".

²³ V. La relazione al decreto legislativo n. 24/2002, in *Guida al diritto* n. 11, 2002, p. 42.

²⁴ *Relazione cit.*, p. 42.

3. Contenuto

A – Il difetto di conformità

La circostanza che il legislatore abbia recepito le norme di origine comunitaria senza abrogare le disposizioni edilizie, creando ulteriori particolarismi, sicuramente contribuirà ad aggravare il compito dell'interprete già peraltro non semplice.

La novità più significativa introdotta dal decreto 24/2002 riguarda, come è noto, la previsione di un'unica patologia per gli acquisti di beni di consumo: il difetto di conformità²⁵.

In mancanza di parametri omogenei su cui fondare il giudizio di conformità del bene consegnato rispetto a quello astrattamente previsto²⁶ il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno stabilire "la presunzione relativa di conformità al contratto riguardo alle situazioni più comuni", la quale è utilizzata per determinare le caratteristiche del bene solo in mancanza di un diverso accordo fra le parti (considerando n. 8 della direttiva)²⁷ secondo l'impostazione già seguita dalla Convenzione di Vienna (art. 35 2 c.).

I criteri indicati dall'art. 1519-ter c.c. per formulare un simile giudizio in linea di principio sono cumulativi: il bene si presume conforme se, "ove pertinenti", coesistono tutte le circostanze. Con l'aggiunta di tale inciso si è voluto chiarire, secondo quanto previsto dal considerando n. 8 della direttiva ("se le circostanze del caso rendono un

²⁵ La Commissione, interrogata sull'opportunità di accogliere la nozione di vizio o quella di "non conformità", ha preferito quest'ultima sia per la maggiore ampiezza del significato sia perché in linea con l'impostazione seguita dalla Convenzione di Vienna. Figurativo è l'esempio indicato dalla Commissione: se nel 1997 viene alienata un'autovettura del 1996 (pur esistendo un modello del 1997), questa non "è affetta da vizi", ma è "non conforme" alle aspettative del consumatore. V. G. DE NOVA, *La proposta di direttiva sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo*, cit., p. 26.

La patologia prescelta inoltre rappresenta la sintesi della recente giurisprudenza degli Stati membri in materia di vizi, cfr. Libro verde, cit., p. 77.

²⁶ La nozione di vizio adottata dai vari ordinamenti, nonostante le numerose differenze, presenta anche aspetti comuni, è una nozione funzionale che attribuisce rilevanza all'uso e considera difettoso il bene qualora risulti inidoneo all'uso normale o speciale. Una panoramica delle definizioni di vizio accolte nei diversi paesi dell'Unione Europea è contenuta nel Libro Verde, cit., p. 20 ss..

²⁷ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 50; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, p. 43.

particolare elemento palesemente inappropriato restano tuttavia applicabili i restanti elementi della presunzione”), che nonostante la presunzione di conformità operi solo in presenza di tutti gli elementi indicati, uno o più di essi possono essere esclusi dal giudizio qualora risultino incompatibili con la situazione concreta²⁸.

L'accoglimento di una sola patologia sembra invero costituire una innovazione formale e non sostanziale perché i criteri menzionati dall'art. 1519-ter c.c. presentano numerose analogie con le figure codificate dal legislatore del 1942.

Le caratteristiche previste dalla lett. a di tale disposizione riguardano l'idoneità del bene ad essere destinato all'uso cui sono impiegati abitualmente beni dello stesso tipo²⁹.

L'art. 1519-ter c.c. lett. a,³⁰ considerando che è “non conforme” il bene inidoneo all'uso, a prescindere dalla causa della disfunzione, sembra unificare le fattispecie del vizio e della mancanza di qualità (essenziali o promesse)³¹ poiché, come noto, il legislatore del 1942 ha previsto l'inidoneità all'uso come conseguenza della presenza di vizi redibitori oppure della mancanza di qualità (essenziali o promesse) nel bene alienato.

Anche il contenuto dell'art. 1519-ter c.c. lett. d, riferendosi all'uso particolare voluto dall'acquirente e portato a conoscenza dell'alienante, non pare discostarsi dal criterio appena indicato posto che la dottrina italiana ritiene che “l'idoneità all'uso” comprenda anche l'idoneità all'uso speciale se dedotta in contratto³², mentre la previsione di origine comunitaria richiede anche l'accettazione del venditore che può manifestarsi con un comportamento concludente con cui questi si limita a

²⁸ V. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 44. Gli autori ritengono che alcune circostanze possano essere escluse anche per accordo delle parti.

²⁹ Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 46 ss.

³⁰ Una simile previsione non solo è conforme all'art. 35 lett. B Convenzione di Vienna, ma costituisce una regola di integrazione del contratto comune ai diversi Stati. In tal senso, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 93.

³¹ Nonostante entrambe le fattispecie richiedano che il bene alienato sia idoneo all'uso, la loro distinzione non ha un valore meramente astratto e teorico, poiché la tutela offerta all'acquirente ai sensi dell'art. 1490 c.c. e 1497 c.c. si differenzia in rapporto alla causa dell'inidoneità all'uso.

³² V. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 886; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm. dir.* da Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 763; P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 251.

“prenderne atto”³³. Infine il parametro previsto dall’art 1519-ter c.c. lett. b presenta numerose analogie con quelli di cui agli artt. 1497 c.c. e 1522 c.c..

Diversamente dall’art. 1522 c.c., ai sensi del quale per la esatta esecuzione della prestazione traslativa è necessaria la conformità del bene al campione, la disposizione in esame richiede anche la presenza delle qualità indicate dal venditore. Parte della dottrina³⁴ invero ha suggerito un’interpretazione correttiva della norma ritenendo che il legislatore abbia indicato due criteri distinti in concorso alternativo: ai sensi dell’art. 1519-ter c.c. lett. b il bene di consumo si presume conforme se corrisponde alla descrizione fatta dal venditore anche se questa non è seguita dalla presentazione di un campione o modello o viceversa se ha le qualità del bene presentato come campione o modello a prescindere da una sua descrizione.

Ad una prima analisi sembra potersi concordare con una simile opinione poiché nella pratica normalmente il venditore illustra il prodotto descrivendone le caratteristiche oppure esibendo un campione o modello.

Nonostante l’art. 1519-ter c.c. richiami la vendita su campione, è opportuno non trascurare la differente tutela offerta al consumatore dalla disposizione di origine comunitaria (art. 1519-quater c.c. ultimo comma); questa permette di ottenere la risoluzione del negozio solo in presenza di determinati presupposti e non per qualunque difformità. Invero una simile possibilità è stata riconosciuta all’acquirente ai sensi dell’art. 1519-nonies c.c. ritenendo che i “diritti” attribuiti da altre norme dell’ordinamento giuridico il cui esercizio rimane impregiudicato siano anche quelli contemplati dal § 1-bis³⁵.

L’unico parametro che non trova corrispondenza letterale con le norme codicistiche del 1942 è quello contenuto alla lettera c, il quale si riferisce alle “qualità e prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi tenuto conto

³³ Se da un lato una simile previsione è ritenuta superflua in considerazione del fatto che riguarda alienazioni di beni mobili e pertanto non formali, dall’altro sembra costituire l’esito del dibattito svoltosi prima dell’emanazione della direttiva fra coloro che ritenevano di poter vincolare il venditore semplicemente facendogli conoscere l’uso particolare del bene e coloro che richiedevano la sua accettazione. Sul punto, cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 52.

³⁴ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80 ss.

³⁵ In tal senso, cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 141.

della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore “nella pubblicità o sull’etichettatura”. Anche tale previsione considera la promessa di qualità purché fatta secondo determinate modalità, in particolare si è sostenuto che il “dolus bonus” potrebbe costituire la fonte di un difetto di conformità se ha ad oggetto le caratteristiche specifiche del bene³⁶. Il venditore, per espressa previsione di legge, può non essere vincolato dalle dichiarazioni pubbliche qualora riesca a fornire la prova di una delle circostanze indicate dall’art. 1519-ter c.c. quarto comma; secondo parte della dottrina, invece, l’elencazione delle cause di esonero avrebbe un carattere meramente esemplificativo e la valutazione delle dichiarazioni rese dal professionista sarebbe rimessa alla discrezionalità dell’Autorità Giudiziaria³⁷.

Duplici è la ratio sottesa alla previsione contenuta nella lett. c.: soddisfare le legittime aspettative del consumatore e attribuire rilevanza alle dichiarazioni con cui i venditori e produttori illustrano le caratteristiche dei prodotti, in particolare ai messaggi pubblicitari, in considerazione della particolare influenza esercitata sui comportamenti e sulle scelte degli acquirenti³⁸.

L’introduzione di una sola patologia, da tempo auspicata, non sembra invero avere risolto la problematica differenziazione fra vizi, mancanza di qualità ed aliud pro alio. Il legislatore³⁹, infatti, nonostante le sollecitazioni della dottrina non ha regolato quest’ultima figura⁴⁰.

³⁶ V. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 50.

³⁷ Sul punto, v. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 50.

³⁸ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 105.

³⁹ La figura dell’aliud pro alio è stata regolata dal legislatore tedesco che l’ha considerata un vizio materiale (cfr. § 434 3 comma BGB-DE). V. E. FERRANTE, *Il progetto di riforma del libro secondo del codice civile tedesco su obbligazioni e contratti: verso un nuovo Schuldrecht*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 249 ss. in particolare p. 267.

⁴⁰ Sul punto, cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, n. 1, p. 20. L’autore sostiene che la mancata regolamentazione della figura sia una scelta politica confortata dal fatto che l’aliud pro alio non è destinato ad avere grande spazio nelle vendite dei beni di consumo. Una simile affermazione invero può essere contestata analizzando le opinioni dottrinali sul punto, v. E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 37 ss.: “La tendenza ad ampliare l’area di applicazione dell’aliud pro alio è rinvenibile anche nella vendita di cose mobili... spunti particolari offrono la vendita di opere d’arte o di oggetti di rilevante valore e pregio artistico, che, successivamente, risultino non autentici” e ancora: “L’ampliamento della sfera di applicazione della disciplina sull’inadem-

In assenza di un'espressa previsione normativa, l'interprete dovrà chiarire se la "non conformità del bene" equivalga alla diversità, indicando in caso contrario criteri idonei a distinguere le due fattispecie.

Un simile problema si era già posto all'attenzione degli studiosi con l'adozione della Convenzione di Vienna (art. 35 2 c.) senza peraltro trovare una soluzione unanime⁴¹.

Se le opinioni dottrinali concordano nel considerare superata la distinzione fra il vizio e la mancanza di qualità, ritenendo tali figure ormai comprese nel difetto di conformità, altrettanto non può dirsi con riguardo all'*aliud pro alio*.

Da un lato, l'esigenza di semplificazione della materia suggerisce un'interpretazione ampia ed omnicomprensiva del "difetto di confor-

pimento per consegna di *aliud pro alio* si riscontra anche nella vendita di autoveicoli... L'orientamento attuale qualifica, tra gli altri, i casi di vendita di autoveicoli privi di numeri del motore o del telaio, o che hanno numeri non corrispondenti al libretto di circolazione, come ipotesi di consegna di cosa diversa. In tal senso, si cfr. anche L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 205: "La vendita di autoveicoli è un altro campo in cui emerge la tendenza ad evadere i vizi, mancanza di qualità usando la responsabilità per inadempimento". La stessa idea è espressa da C. G. TERRANOVA, voce *Redibitoria (azione)*, cit., p. 10: "La progressiva tendenza ad estendere i margini di operatività della responsabilità contrattuale per consegna di *aliud pro alio* trova la sua massima espressione in alcuni settori della pratica commerciale... di autoveicoli privi di numero di telaio, motore, oppure recanti numeri contraffatti". Anche l'esame della casistica giurisprudenziale permette di giungere ai medesimi risultati, v. Tribunale Verona 22/04/1991, in *Nuovo dir.*, 1991, p. 1057; Tribunale Napoli 25/11/1986, in *Giur. Merito*, 1987, p. 872; App. Roma 17/07/1979, in *Foro It.*, 1980, I, 447; Cass. 11/03/1974 n. 6399, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 866 in materia di opere false; Cass. 07/08/1963 n. 2217 in *Foro It.*, 1964, I, 439 in materia di prodotti alimentari; V. Cass. 21/01/1978 n. 268 in *Arch. Civ.*, 1978, p. 266. Da ultimo, cfr. Cass. 15/01/2001 n. 489, in *Contratti*, 2001, p. 645; Cass. 3/08/2000 n. 10188, ivi, 2000, p. 262; Cass. 21/01/2000 n. 639, ivi, 2000, p. 639; Pretura di Salerno 24/03/94, in *Giur. Merito*, 1995, I, p. 753; Trib. Roma 30/10/1985, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1986, p. 344; Cass. 24/03/1981 n. 1698 in *Foro It. Mass.*, 1981, 376.

⁴¹ Per un'interpretazione ampia ed omnicomprensiva del difetto di conformità, v. M. J. BONELL, voce "Vendita (disciplina internazionale)", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXXII, 1994, p. 9; M. BIN, *La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 755. Contra, a favore della distinzione dell'*aliud pro alio* dal difetto di conformità, v. C. M. BIANCA, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, Commentario coordinato da Bianca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 147; P. UBALDI, ivi, p. 155.

mità”⁴², interpretazione avvalorata anche dalle osservazioni presentate dalla Commissione durante i “Lavori Preparatori”⁴³ e dal concetto di difetto accolto nei diversi ordinamenti inteso come vizio funzionale e non come difetto intrinseco; dall’altro, si sostiene l’autonomia dell’*aliud pro alio* in considerazione dei più lunghi termini di prescrizione e decadenza⁴⁴; quest’ultima impostazione trova il proprio fondamento nell’art. 1519-nonies c.c., il quale costituisce attuazione dell’art. 8 della direttiva che “lascia impregiudicato l’esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale” nonché permette agli “stati membri di adottare o mantenere in vigore... disposizioni più rigorose... per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore”.

Il rischio suscitato dalla mancata regolamentazione di tale anomalia è quello di una soluzione empirica del problema condizionata dalle concrete necessità pratiche; l’esigenza di eludere il termine di prescrizione di cui all’art.1519-sexies c.c. probabilmente porterà gli operatori a considerare l’*aliud pro alio* una figura autonoma.

È indubbio che la presenza di un’ulteriore fattispecie complicatebbe la situazione già peraltro non chiara.

⁴² V. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 62; M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, cit., p. 406; R. FADDA, *op. cit.*, p. 423. L’autrice (pur condividendo l’interpretazione ampia del difetto di conformità) ritiene necessario un intervento legislativo in sede di attuazione per evitare che la giurisprudenza continui a distinguere l’*aliud pro alio* dal difetto di conformità; M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 455; L. DELOGU, *La proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. Impr./Eur.*, 1998, p. 1047.

⁴³ Alla stessa conclusione si può pervenire analizzando le osservazioni espresse dalla Commissione a favore dell’accoglimento del difetto di conformità e l’esempio indicato. Se la consegna nel 1997 di un’automobile dell’anno precedente è considerata consegna di bene “non conforme”, quest’ultima patologia sembra comprendere anche l’*aliud pro alio*.

⁴⁴ V. C. M. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2001, p. 19; G. B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, ivi, 2001, p. 77. In senso conforme, cfr. M. HAZAN, *Attuata la direttiva 1999/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2002, p. 402. L’autore ritiene che la figura dell’*aliud pro alio* possa essere compresa nel difetto di conformità solo in seguito ad un intervento legislativo.

L'obiettivo di armonizzazione perseguito dal legislatore comunitario suggerisce comunque di non trascurare le soluzioni adottate negli altri paesi.

La valutazione della conformità del bene alienato rispetto a quanto pattuito nel contratto deve essere fatta al momento della consegna; ai sensi dell'art. 1519-quater c.c. infatti il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente in tale momento.

È oltremodo evidente la discordanza di una simile previsione con la regola "res perit domino" accolta nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1465 c.c..

La circostanza che il riferimento alla consegna come momento in cui verificare la conformità del bene sia accompagnato dalla precisazione che "i riferimenti al momento della consegna non implicano che gli stati membri debbano modificare le proprie regole sul trasferimento del rischio"⁴⁵ ha suscitato diverse interpretazioni.

Secondo un primo orientamento, fedele al dato letterale, il legislatore comunitario non ha inteso modificare le disposizioni vigenti nei singoli stati in materia di trasferimento del rischio, le quali continueranno a sussistere anche se incompatibili con l'art. 1519-quater c.c.; quest'ultima previsione può trovare applicazione solo negli ordinamenti che collegano il trasferimento del rischio al momento della consegna. Una simile opinione invero non sembra condivisibile perché se il legislatore avesse seguito questa impostazione avrebbe affermato la responsabilità del venditore per i difetti esistenti al momento del passaggio del rischio, analogamente alla Convenzione di Vienna (art. 36).

Altri ritengono che è necessario avere riguardo sempre al momento in cui il bene entra nella disponibilità materiale del consumatore anche se si tratta di un bene da trasportare. La tesi in esame è opinabile perché molti ordinamenti, tra cui l'Italia, prevedono che il rischio per il perimento del bene si trasferisca quando il bene è affidato al vettore.

Altri ancora considerano che il momento della consegna si identifichi con il momento, stabilito nel contratto o dalla legge, in cui l'obbligazione di consegna in senso proprio deve essere adempiuta⁴⁶. Que-

⁴⁵ V. considerando n. 14 della direttiva.

⁴⁶ Per un'analisi dettagliata delle diverse tesi, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 147 ss.

st'ultima soluzione è preferibile poiché permette di rispettare il tenore letterale della direttiva senza peraltro modificare i principi accolti nei singoli stati sul trasferimento del rischio.

Dal chiarimento contenuto nel 14 considerando del provvedimento comunitario sembra emergere la volontà del legislatore di armonizzare e uniformare le previsioni legislative nazionali solo con riguardo alla vendita di beni di consumo lasciando peraltro immodificata la disciplina generale.

Una simile interpretazione dell'art. 1519-quater c.c., nonostante crei per il venditore un regime di responsabilità differenziato in rapporto alla natura del bene alienato e offra una maggior tutela all'acquirente di beni di consumo, il quale può far valere la garanzia per i vizi insorti oltre la conclusione del contratto fino al momento della consegna⁴⁷, permette di rispettare le intenzioni del legislatore. "L'art. 3 paragrafo 1 della direttiva si ispira direttamente all'art. 36 1 c della Convenzione di Vienna, ma contrariamente a tale Convenzione ...stabilisce che la conformità delle merci sia valutata nel momento in cui il consumatore riceve il bene e non al momento della stipulazione del contratto. Solo questa soluzione è adeguata alle relazioni di consumo"⁴⁸.

B – La garanzia convenzionale

L'inserimento del provvedimento comunitario nella sezione dedicata ai beni mobili senza i dovuti coordinamenti con la disciplina esistente rende problematico anche il rapporto fra l'art. 1512 c.c. e gli artt. 1519-bis c.c. lett. e e 1519-septies c.c. relativi alla "garanzia convenzionale ulteriore".

⁴⁷ Diversamente dagli artt. 1490 ss. c.c., ai sensi dei quali il venditore può essere ritenuto responsabile dei vizi verificatisi solo fino alla conclusione del contratto poiché da tale momento a quello della consegna del bene l'alienante ne risponde (per inadempimento dell'obbligo di custodia) qualora siano imputabili ad un suo comportamento colposo.

⁴⁸ V. La relazione alla Proposta di direttiva del 1996, cit., p. 11, conforme all'impostazione adottata nel Libro verde, cit., p. 81 "la data di consegna dovrebbe essere preferita alla data di vendita... il consumatore deve ricevere un bene in buono stato e non è giusto che, qualora la data della vendita sia anteriore a quella della consegna il rischio incombe sul consumatore".

Come è noto, il legislatore con la previsione della garanzia di buon funzionamento ha recepito una prassi diffusa sotto il vigore del codice abrogato soprattutto per il commercio di macchine e simili ed ha stabilito che il venditore possa assicurare oltre all'assenza dei vizi e alla presenza di determinate qualità anche il corretto funzionamento del bene per un certo periodo di tempo. L'alienante pertanto è responsabile di un simile risultato per la durata della garanzia, a prescindere dalla causa di un eventuale difetto⁴⁹.

La circostanza che la posizione del compratore sia agevolata sotto molteplici profili (probatorio perché all'acquirente è sufficiente dimostrare che il bene non funziona o funziona male, senza doverne individuare la causa per potere beneficiare della tutela; temporale poiché i termini decorrono dalla scoperta e non dalla consegna ed infine rimediabile perché può ottenere, qualora il giudice lo ritenga opportuno, anche la sostituzione o la riparazione del bene) ha determinato una notevole diffusione dell'istituto a volte anche eccessiva.

Non è mancato chi ha applicato la garanzia di buon funzionamento a tutti i beni suscettibili di durata: agli immobili e addirittura ai tessuti⁵⁰, ma tale impostazione non sembra possa essere accolta in considerazione dell'origine della disposizione con la quale si è recepita la prassi diffusa soprattutto con riguardo ai beni mobili (in particolare macchinari) dotati di funzionamento⁵¹, della collocazione della norma nella sezione dedicata ai beni mobili ed infine del significato letterale

⁴⁹ In merito alla garanzia di buon funzionamento, v. amplius G. ALPA, *op. cit.*, p. 232; C. M. BIANCA, *La compravendita*, cit., p. 306; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., p. 283; P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 364; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 294 ss.; R. LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 472; S. ROMANO, *Vendita-contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1960, p. 262; D. RUBINO, *La compravendita*, *op. cit.*, p. 874; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 38 nota 47.

⁵⁰ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 874. L'autore ritiene che l'utilizzo della garanzia di buon funzionamento sia precluso solo con riguardo ai beni consumabili perché non suscettibili di durata. Un'interpretazione estensiva dell'art. 1512 c.c. è proposta anche da C. M. BIANCA, *La compravendita*, cit., p. 306, il quale estende tale garanzia anche ai beni immobili. Nello stesso senso, v. S. ROMANO, *op. cit.*, p. 277. Contra, R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 475 e F. MARTORANO, *op. cit.*, p. 38 nota 47. Gli autori limitano l'applicazione dell'art. 1512 c.c. ai beni dotati di funzionalità.

⁵¹ V. La relazione della Commissione Reale al progetto delle obbligazioni e contratti, Roma, 1936, p. 48; C. DI SALVO, *Osservazioni sulla garanzia di buon funzionamento*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1954, III, p. 85 ss.

del termine funzionamento. L'art. 1512 c.c. pare invero riferirsi solo ai beni mobili dotati di funzionalità.

La figura presenta numerosi aspetti in comune con la garanzia convenzionale (regolata dagli artt. 1519-bis e 1519-septies c.c.) definita, in origine, "garanzia commerciale"⁵² ed intesa come "garanzia che è offerta in maniera facoltativa dal produttore, dal venditore del bene o da chiunque facente parte della catena di distribuzione del prodotto... produce gli effetti stabiliti da colui che la offre e la sua applicazione è determinata da colui che offre la garanzia ...corrisponde alla garanzia del buon funzionamento del bene per un certo periodo di tempo"⁵³.

La coesistenza di due norme con contenuto analogo, ma con effetti diversi contribuirà ad aumentare le incertezze applicative.

Ai sensi dell'art. 1519-bis c.c. lett. e il venditore non si limita a garantire il buon funzionamento del bene alienato per un certo periodo di tempo, ma assicura la corrispondenza dello stesso "alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità"; simili dichiarazioni possono prevedere un impegno più ampio ed esteso a caratteristiche diverse dalla funzionalità, concernenti, ad esempio, la durata.

L'interpretazione estensiva della norma è conforme al significato di garanzia commerciale intesa come "garanzia per alcune categorie di beni su qualsiasi difetto che dovesse manifestarsi entro un certo termine"⁵⁴ ed alla prassi in tal senso diffusa nei paesi dell'Unione Europea⁵⁵.

Anche i rimedi offerti all'acquirente in base alla garanzia convenzionale sono differenti rispetto ai mezzi di tutela previsti dall'art. 1512 c.c.

⁵² Per un'analisi della garanzia commerciale, v. L. DELOGU, *op. cit.*, p. 1055; R. FADDA, *op. cit.*, p. 431; P. R. LODOLINI, *op. cit.*, p. 1279. Sul punto, cfr. altresì, con particolare riguardo al fondamento giuridico della stessa, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 29.

⁵³ La figura in questione è prevista in questi termini nel Libro verde, p. 5 ss. (in particolare pp. 12-13) e nelle Proposte di direttiva (del 1996 e del 1998). L'abbandono della definizione iniziale sostituita da quella di "garanzia" nella direttiva e di "garanzia convenzionale ulteriore" nell'art. 1519-bis c.c. non ha fatto venire meno il concetto che ne è alla base. L'aggiunta di entrambi gli aggettivi, peraltro criticata, sembra sottolineare l'autonomia dell'istituto in esame rispetto alla garanzia legale. In tal senso, cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁴ V. Considerando n. 21 della direttiva.

⁵⁵ V. Libro verde, cit., p. 13.

Da un lato, la riparazione e la sostituzione del bene difettoso (art. 1519-bis c.c.) costituiscono l'oggetto di un preciso impegno assunto dal venditore (il quale può altresì obbligarsi ad "intervenire altrimenti sul bene") e attribuiscono al compratore la possibilità di far valere i rimedi sanzionatori per inadempimento qualora l'alienante non lo rispetti.

Dall'altro, ai sensi dell'art. 1512 c.c., la riparazione o la sostituzione sono concesse discrezionalmente dall'Autorità Giudiziaria e non attribuiscono alcun diritto all'acquirente.

Alla luce delle considerazioni appena esposte è possibile prevedere che in mancanza di un intervento legislativo al momento dell'attuazione, l'art. 1512 c.c. sarà abrogato tacitamente e sostituito dall'art. 1519-bis c.c.⁵⁶. Se la formulazione letterale e la collocazione sistematica dell'art. 1519-bis c.c. sembrano limitare l'applicazione della garanzia convenzionale a tutti i beni mobili, il mancato richiamo al "corretto funzionamento" probabilmente porterà gli operatori ad estendere la norma anche agli immobili⁵⁷.

La circostanza che tale garanzia non debba sacrificare i diritti riconosciuti al consumatore dall'art. 1519-bis c.c. permette di attribuire alla stessa una funzione rafforzativa ed integrativa della garanzia legale⁵⁸. Oltre alla espressa previsione di un contenuto minimo (art. 1519-septies c.c. lett. a e b), il legislatore ha stabilito che la garanzia convenzionale debba essere redatta secondo determinate modalità pre-

⁵⁶ In tal senso, v. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 32. Gli autori considerano la disposizione di cui all'art. 1512 c.c. superflua ed inapplicabile, superflua nella parte in cui prevede la possibilità di ottenere la riparazione e la sostituzione del bene ed inapplicabile per quanto concerne i termini di prescrizione e decadenza. La garanzia di buon funzionamento potrebbe essere utilizzata per i difetti che si manifestano oltre i due anni dalla consegna del bene, ma una simile opinione non sembra invero condivisibile per i motivi di cui si dirà oltre.

⁵⁷ La possibilità di estendere la garanzia commerciale a tutte le vendite è stata ipotizzata da L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?* cit., p. 44. L'autrice, in previsione del recepimento, sottolineava la necessità di un intervento legislativo sull'art. 1512 c.c., in merito al quale indicava tre possibili soluzioni: abrogazione dell'art. 1512 c.c. ed estensione della garanzia a tutte le alienazioni anche immobiliari, sostituzione della norma in esame con una nuova disposizione limitata ai beni mobili o, ancora, mantenimento della garanzia di buon funzionamento facendo salva la maggiore tutela per l'acquirente di beni di consumo (inserendo nel § 2-bis la norma di recepimento).

⁵⁸ V. F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium Juris*, 2001, p. 847.

cisando che la medesima è valida anche in assenza dei requisiti richiesti; una simile scelta, motivata dalla necessità di non pregiudicare il consumatore, può rivelarsi, però, insufficiente.

Si è ritenuto, infatti, che l'art. 1519-septies c.c. 2 comma lett. a imponga al venditore un obbligo di informazione nei confronti dell'acquirente, la cui violazione permette a quest'ultimo di ottenere il risarcimento del danno. L'inosservanza delle prescrizioni di cui alla lett. b sembra, invece, riconducibile all'art. 1469-quater c.c. 2 comma⁵⁹.

C – I “nuovi mezzi di tutela” offerti all’acquirente

Un altro elemento di novità particolarmente significativo introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 24/2002 concerne la tutela offerta all'acquirente di un bene difforme; come è noto, i rimedi esperibili dal compratore ai sensi degli artt. 1490 ss. c.c. si differenziano in base alla patologia riscontrata.

Se il bene è viziato questi ha a disposizione le azioni edilizie (art. 1492 c.c.), qualora, invece, la cosa venduta risulti sprovvista delle qualità essenziali o promesse può soltanto chiedere la risoluzione del negozio “secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento”.

Quanto ai beni di consumo, la mancata distinzione fra vizio e mancanza di qualità rende irrilevante anche la differenziazione fra i mezzi di tutela concessi all'acquirente di un bene difforme. Il problema, come detto, è ancora aperto per la fattispecie dell'*aliud pro alio*.

L'accertamento del difetto di conformità, se dovuto alla presenza di una situazione di cui all'art. 1519-ter c.c. oppure alla mancanza delle caratteristiche pattuite dalle parti, purché non sia di “lieve entità”, permette all'acquirente di far valere i medesimi rimedi.

L'attribuzione (art. 1519-quater c.c.) del diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione dello stesso ha posto fine alle discussioni sull'ammissibilità dell'azione

⁵⁹ Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 133. Gli autori ritengono che la violazione da parte del venditore delle regole indicate nell'art. 1519-septies c.c. ai commi 2-4 permette alle associazioni dei consumatori di cui all'art. 5 l. 30/07/1998 n. 281 di convenire in giudizio il professionista e chiedere la pronuncia di una sentenza inibitoria del suo comportamento.

di esatto adempimento⁶⁰, seppure limitatamente alla vendita di beni di consumo⁶¹.

L'orientamento giurisprudenziale⁶² e dottrinale maggioritario soprattutto in passato negava⁶³ al compratore l'esatto adempimento e motivava tale atteggiamento di chiusura riferendosi all'incompatibilità degli obblighi di riparazione e sostituzione del bene difettoso, in quanto obblighi di facere, con la prestazione traslativa imposta all'alienante; altri autori non condividono una simile impostazione nel caso di comportamento colposo del venditore poiché ritengono che rifiu-

⁶⁰ Sul punto, cfr. C. M. BIANCA, *La compravendita*, cit., p. 1010 ss.; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., p. 168 e p. 233 ss.; P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 278; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 289; ID., voce Vendita, cit., p. 650; R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 280 ss.; F. MARTORANO, *op. cit.*, p. 110; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 825. Con particolare riguardo alla vendita di beni di consumo, v. A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 3 ss.; C.G. TERRANOVA, voce Redibitoria (azione), cit., p. 6.

⁶¹ Parte della dottrina sosteneva l'opportunità di un intervento limitato alla vendita di beni di consumo per l'impossibilità di obbligare il venditore non professionista alla riparazione o sostituzione del bene difettoso. In tal senso, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 31 ss. Gli autori, come detto, sono favorevoli ad una modifica complessiva della disciplina della vendita che non trascuri però la specialità della vendita commerciale. Con specifico riguardo al rimedio dell'esatto adempimento ritengono "irrealistico pensare che anche il venditore non professionista abbia l'obbligo di sostituzione o riparazione". Cfr. altresì, A. LUMINOSO, *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, cit., p. 135 ed in particolare l'art. 1493 (nuova formulazione).

⁶² L'orientamento giurisprudenziale di legittimità esclude l'azione di esatto adempimento, v. Cass. 5/08/1985 n. 4382, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985, p. 1349; Cass. 19/07/1983 n. 4980, in *Foro It.*, 1984, I, 780; Cass. 7/08/1979 n. 4565, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, p. 2006. Le uniche decisioni favorevoli all'eliminazione dei vizi sono pronunciate dai giudici di merito con riguardo alle vendite di immobili dal costruttore. Sul punto, v. Tribunale di Cagliari 10/01/1979, in *Giur. It.*, 1981, I, sez. II, p. 304: "Il compratore di cosa affetta da vizi può domandare al venditore, purché versi in colpa, l'eliminazione dei difetti invocando non la speciale garanzia prevista dall'art. 1492 c.c. in materia di compravendita bensì i principi generali in materia di contratti, i quali consentono al creditore, se il debitore è in colpa, di chiedere l'esatto adempimento ovvero il risarcimento del danno in forma specifica in base alla norma dell'art. 2058 c.c. essendo questa estensibile all'inadempimento contrattuale".

⁶³ V. R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, 1906, p. 516; F. MARTORANO, *op. cit.*, p. 110 ss. Contra, v. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 75 ss.; Id., voce Inadempimento (dir. priv.), in *Enc. dir.*, Varese, 1970, XX, p. 866. Isolata è la posizione dell'autore che ammette l'azione di esatto adempimento in generale anche se il venditore non è in colpa.

tando simili rimedi si indebolisca ingiustificatamente la tutela dell'acquirente "e per di più [si indebolisca] esercitando un'influenza fuori dai limiti dell'ipotesi in cui la garanzia è circoscritta, cioè nell'ipotesi di colpa del venditore; invece la garanzia vuole solo rafforzare la posizione del compratore quando non vi è colpa del venditore, ma non di indebolirla né comunque derogare ai principi generali quando ricorre tale colpa"⁶⁴.

Se da un lato si negava all'acquirente di un bene difettoso il diritto ad ottenere il ripristino della situazione dovuta, dall'altro una simile facoltà è limitata all'ipotesi di comportamento colpevole.

La possibilità di far valere i rimedi in esame anche in assenza di colpa del venditore nel caso delle cd. vendite di "impresa"⁶⁵, analogamente all'impostazione già seguita dalla Convenzione di Vienna, permette di avvalorare l'idea secondo la quale l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza con riguardo alla riparazione e sostituzione del bene è riconducibile a "ragioni storiche" ed alla mancata previsione di questi mezzi di tutela nelle azioni edilizie⁶⁶ e non alla loro incompatibilità con la natura della prestazione imposta al venditore.

⁶⁴ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 826. L'autore sostiene che un'ulteriore conferma della sua tesi si evince dall'art. 1512 c.c. poiché se il legislatore ha ritenuto opportuno attribuire espressamente al consumatore il diritto al ripristino della situazione, considerandola una situazione eccezionale in assenza di colpa del venditore, nel caso in cui si riscontri un simile atteggiamento psicologico tale diritto costituisce la regola. Nello stesso senso, v. P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 278, i quali riconoscono al compratore il diritto ad ottenere dal venditore in colpa la sostituzione del bene difettoso (ai sensi dell'art. 1494 c.c.), ma non la riparazione dello stesso per l'impossibilità di imporre al venditore una prestazione di facere. All'acquirente è attribuita la possibilità di ottenere la sostituzione o la riparazione della cosa venduta nel caso di comportamento colposo dell'alienante anche da C. M. BIANCA, *La compravendita*, cit., p. 1010. L'autore ritiene che il venditore possa essere costretto ad una prestazione di facere, anche se estranea al contenuto della vendita, poiché la considera un'obbligazione successiva imposta a titolo di sanzione per l'inadempimento di una obbligazione primaria. La qualificazione della riparazione e della sostituzione in termini di risarcimento in forma specifica è proposta anche da L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., p. 235 ss.

⁶⁵ Una simile soluzione era già proposta da A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 289. L'autore ritiene che l'imprenditore, avendo una struttura organizzata per riparare il bene o sostituirlo, può essere condannato alla riduzione in pristino. In senso conforme, cfr. F. MARTORANO, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁶ In tal senso, v. L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, cit., p. 34; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 826; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 75 ss.; ID., voce *Inadempimento (dir. priv.)*, cit., p. 866, il quale riconduce l'atteggia-

L'acquirente ha diritto alla riparazione e alla sostituzione solo se riesce a dimostrare che al momento della consegna il bene risultava difforme a quello pattuito⁶⁷.

Il rispetto di un simile onere probatorio è agevolato dalla possibilità offerta al compratore di limitarsi ad indicare la presenza di un elemento di cui all'art. 1519-bis c.c.; il venditore può liberarsi dimostrando l'esistenza di un diverso accordo con l'acquirente posto che si tratta di una presunzione relativa oppure che al momento della conclusione del negozio il compratore era a conoscenza del difetto di conformità o che non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o ancora che il vizio deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore (art. 1519-ter c.c.).

Il legislatore comunitario ha voluto garantire all'acquirente il conseguimento del risultato perseguito con la conclusione del contratto e pertanto ha stabilito che in primo luogo possano essere richieste la riparazione, la sostituzione del bene e tutti gli altri rimedi idonei alla riduzione in pristino, ad esempio può essere sufficiente procedere ad una nuova installazione se la prima non è stata effettuata correttamente⁶⁸. Provata la difformità del bene ottenuto, il compratore, qualora la riparazione e la sostituzione del bene siano impossibili o eccessivamente onerose, non siano state effettuate in un congruo termine, ovvero, se effettuate, abbiano arrecato notevoli pregiudizi, ha diritto a sciogliersi dal contratto o ad una congrua riduzione del prezzo.

Il rapporto gerarchico fra i mezzi di tutela offerti all'acquirente, assente nella proposta di direttiva del 1996⁶⁹, è stato introdotto dal Comitato economico e sociale⁷⁰ per il timore che l'immediata risoluzione del contratto potesse rappresentare un onere ingiustificato per il commerciante nel caso di vizi secondari.

mento di chiusura alla circostanza che il campo di applicazione della azione redibitoria per lungo tempo fu costituito dalla vendita di schiavi e animali.

⁶⁷ Una simile dimostrazione è agevolata per i difetti che si manifestano entro sei mesi, per i quali è stabilita una presunzione di esistenza al momento della consegna del bene.

⁶⁸ Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p.72.

⁶⁹ Nella Proposta di direttiva del 1996 (art. 3 n. 4 lett. C) tutti i mezzi di tutela erano sullo stesso piano.

⁷⁰ Cfr. Il Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, *cit.*, p. 6.

La necessità di salvaguardare la protezione del consumatore senza aggravare eccessivamente la posizione del venditore ha suggerito anche ad alcuni legislatori nazionali di affiancare ai tradizionali rimedi di origine romanistica la riparazione e la sostituzione del bene difettoso⁷¹ e di attribuire a questi ultimi una certa supremazia poiché considerati più adatti a soddisfare gli interessi di entrambe le parti e rispettosi delle caratteristiche della moderna contrattazione di massa⁷².

L'ordine gerarchico non è stato invero condiviso da gran parte della dottrina⁷³, la quale ritiene che la possibilità di sciogliersi dal negozio solo se "il difetto non è di lieve entità" contrasta con la volontà del legislatore comunitario di rafforzare la tutela del consumatore; in alcuni casi, infatti, la natura del difetto o le modalità con cui questo si verifica possono incrinare il rapporto fra il venditore e il compratore e questi può non avere interesse alla conservazione del contratto preferendo orientarsi verso altri operatori presenti sul mercato.

De iure condendo era stato suggerito al legislatore di compiere un intervento correttivo (ai sensi dell'art. 8 della direttiva) volto a porre tutti i mezzi di tutela sullo stesso piano⁷⁴.

⁷¹ V. Libro verde, cit., p. 80 "poiché gli effetti tradizionali della garanzia sono insufficienti e troppo rigidi alcuni sistemi hanno previsto la riparazione e la sostituzione che se possibile sono da preferire per non imporre al venditore un onere eccessivo".

⁷² Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 190 ss.

⁷³ Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 72 ss.: gli autori, precisato che l'irragionevole disparità di trattamento fra acquirente consumatore e non consumatore ha già determinato il sorgere dei primi dubbi di costituzionalità della nuova disciplina per violazione dell'art. 3 Cost., riconoscono al compratore il diritto di chiedere subito la risoluzione del negozio se appare impossibile procedere alla sostituzione del bene o alla sua riparazione senza "notevoli inconvenienti". V. altresì, M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, cit., p. 407; R. CALVO, *op. cit.*, p. 469 e 486; R. FADDA, *op. cit.*, p. 426; M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 460; M. HAZAN, *op. cit.*, p. 403; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 120.

⁷⁴ Cfr. L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, cit., p. 43; R. CALVO, *op. cit.*, p. 470; M. HAZAN, *op. cit.*, p. 402; A. LUMINOSO, *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, cit., p. 135. Sul punto, altresì M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 461: "La vera tutela del contraente debole consiste... nella possibilità di scegliere il rimedio ritenuto più idoneo. Ed è principalmente questo principio di libertà che il legislatore dell'attuazione dovrà salvaguardare: qualora, infatti, venisse riprodotta in una norma di diritto interno la di-

Altri studiosi avevano proposto di attribuire una “collocazione lievemente prioritaria” alla riparazione e alla sostituzione, ad esempio, imponendo al venditore delle regole precise per la realizzazione di tali rimedi e limitando ad ipotesi tassative la possibilità per il compratore di rifiutare la riduzione in pristino⁷⁵.

L'art. 1519-quater c.c. invero riproduce fedelmente l'articolo 3 della direttiva e permette all'acquirente di un bene difforme di chiedere, a sua scelta e senza spese⁷⁶, il ripristino della conformità purché ciò non sia eccessivamente oneroso o impossibile.

Il primo limite va valutato confrontando il mezzo di tutela richiesto dal consumatore con l'altro (se possibile) a sua disposizione secondo i parametri di cui all'art. 1519-quater c.c.. In particolare si è sostenuto che il giudizio di eccessiva onerosità richieda una comparazione fra tutti e quattro i rimedi; in primo luogo andrebbero esaminati i costi necessari per la riparazione o la sostituzione del bene difettoso e le perdite che il venditore subirebbe nel caso di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo; qualora i primi non siano “irragionevoli” e cioè non siano eccessivamente superiori alle seconde, la riduzione in pristino deve essere preferita dal consumatore. È necessario allora ripetere la comparazione, utilizzando gli stessi criteri, fra la riparazione e la sostituzione al fine di verificare se il rimedio chiesto sia eccessivamente oneroso⁷⁷.

L'impossibilità di ripristino ricorre quando i rimedi non sono materialmente attuabili: la sostituzione, ad esempio, può presentarsi incompatibile con la natura dei beni, si pensi ai beni usati (considerando n. 16 della direttiva) o infungibili (oggetti antichi o artigianali); la riparazione invece non è realizzabile se il difetto ha causato danni irrimediabili.

In presenza di tali condizioni, il ripristino gratuito della conformità del bene è un diritto del consumatore cui il venditore deve adem-

sposizione di cui all'art. 3 della direttiva, verrebbe reintrodotta nel sistema delle garanzie la medesima rigidità che di fatto ne ha fino ad oggi limitato l'efficienza”.

⁷⁵ V. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 120.

⁷⁶ L'art. 1519-quater c.c., conformemente all'art. 3 n. 4 della direttiva, chiarisce che l'espressione “senza spese” si riferisce ai costi necessari per rendere conformi i beni, in particolare modo le spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali.

⁷⁷ Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 78.

piere secondo precise modalità: in un congruo termine dalla richiesta⁷⁸ e senza arrecare notevoli inconvenienti all'acquirente. Il verificarsi di questi ultimi permette (lett. c) di chiedere la risoluzione del negozio o la riduzione del prezzo; si è ritenuto, però, che un'interpretazione letterale della norma limiterebbe la tutela del compratore, la quale risulta adeguata solo in presenza di un cumulo alternativo dei rimedi che gli consente di ottenere, ad esempio, nuovamente la sostituzione del bene difettoso⁷⁹.

L'interprete dovrà specificare il significato dell'espressione "inconveniente notevole" posto che si tratta di un criterio abbastanza generico; probabilmente "l'inconveniente" si verifica in tutti i casi in cui l'intervento correttivo del venditore non abbia avuto un esito fortunato e può definirsi "notevole" qualora raggiunga una certa rilevanza, ad esempio, determinando un deprezzamento del bene oppure quando la riparazione e la sostituzione risultano insoddisfacenti⁸⁰.

Oltre ai mezzi di tutela appena indicati, il venditore può offrire al consumatore, il quale è libero di accettarlo o meno, qualsiasi altro rimedio per addivenire ad una soluzione bonaria della lite⁸¹. In particolare il legislatore ha differenziato l'ipotesi in cui il compratore ha già richiesto un particolare rimedio (lett. a) dall'ipotesi in cui non è ancora stata effettuata una simile scelta (lett. b), in un caso richiede l'accettazione dell'acquirente, nell'altro prevede la possibilità di un suo rifiuto purché accompagnata dall'indicazione di un diverso mezzo di tutela, senza peraltro precisare entro quale termine debba pronunciarsi, né le conseguenze di un eventuale silenzio o rifiuto non seguito da alcuna indicazione⁸².

Il legislatore inoltre non ha chiarito se la preferenza espressa dall'acquirente sia irrevocabile⁸³ o se questi possa mutare domanda chie-

⁷⁸ Diversamente dalla direttiva (art. 3) in cui era solo imposto l'obbligo di ripristino senza alcuna indicazione del dies a quo, il legislatore dell'attuazione ha specificato che la congruità del termine debba valutarsi dalla richiesta.

⁷⁹ In tal senso, cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁰ Sul punto, cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80. Gli autori considerano che l'inconveniente possa definirsi notevole quando, tenuto conto della natura del bene e dello scopo per cui è stato acquistato, debba ritenersi rilevante.

⁸¹ V. considerando n. 12 della direttiva.

⁸² Cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 133.

⁸³ V. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 76. Questi ritengono che la scelta, anche se compiuta in via stragiudiziale, sia irrevocabile per tutta la durata del termine concesso al venditore per la riparazione o la sostituzione.

dendo, ad esempio, la sostituzione del bene difettoso invece della sua riparazione⁸⁴.

Il silenzio sul punto può essere dovuto ad una dimenticanza causata dalla fretta con cui è stata attuata la direttiva oppure può esprimere una decisione consapevole volta a garantire al consumatore la più ampia libertà di scelta quantomeno all'interno della prima coppia di rimedi.

Quanto agli altri mezzi di tutela, qualora il difetto non sia di lieve entità e permetta di farli valere entrambi, considerata la volontà del legislatore comunitario di preferire la manutenzione del contratto alla risoluzione dello stesso⁸⁵, può ritenersi irrevocabile la richiesta di risoluzione del negozio solo se è proposta con domanda giudiziale. Un'altra possibile soluzione consiste nell'interpretare tale disposizione in analogia con l'art. 1492 c.c., stabilendo quindi che la scelta sia sempre irrevocabile se compiuta con domanda giudiziale.

Il difetto di conformità di lieve entità, come detto, non consente di addivenire alla risoluzione del negozio. Il concetto di "lieve entità" è elastico e suscettibile di interpretazioni differenti nei vari stati, probabilmente in assenza di ulteriori specificazioni la giurisprudenza italiana utilizzerà gli stessi parametri già adottati per definire la "non scarsa importanza" (art. 1455 c.c.).

Un'altra questione non toccata nel provvedimento comunitario e nel decreto di attuazione⁸⁶ concerne il risarcimento dei danni derivanti dall'acquisto di un bene difforme.

La scelta di devolvere ai singoli stati la regolamentazione del problema risarcitorio nel rispetto del principio di sussidiarietà non è dovuta ad una trascuratezza del legislatore comunitario, ma costituisce una decisione consapevole riconducibile ad una duplice ratio: l'auto-

⁸⁴ Sul punto, v. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 124; ID., *Proposta di modificazione del codice civile per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE* cit., p. 143 (art. 1493); A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 9. L'autore ritiene che il legislatore abbia scelto un criterio empirico per valutare la proporzionalità del rimedio.

⁸⁵ V. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 121.

⁸⁶ Il legislatore austriaco ha attribuito al compratore la possibilità (§ 933 a) di richiedere il risarcimento del danno al ricorrere di determinate condizioni. Sul punto, v. E. FERRANTE, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: la legge austriaca ed il progetto tedesco*, cit., p. 427.

nomia dell'istituto rispetto alla garanzia, da un lato, e la convinzione che si tratti di una questione marginale per il funzionamento del mercato unico⁸⁷, dall'altro.

La mancata disciplina di tale aspetto, considerata un ostacolo per l'armonizzazione della materia, non è stata condivisa dalla dottrina⁸⁸.

La necessità di riconoscere all'acquirente di un bene difforme il diritto al risarcimento si porrà soprattutto qualora i rimedi indicati dall'art.1519-quater c.c. non costituiscano una tutela sufficiente poiché non idonei a coprire i danni ulteriori e consequenziali: si pensi, ad esempio, all'impossibilità di utilizzare un macchinario nel periodo necessario alla riparazione o sostituzione dello stesso e alla esigenza di locarne uno diverso con spese ingenti oppure al lucro cessante. Probabilmente gli interpreti richiameranno, ancora una volta, l'art. 1519-nonies c.c. per riconoscere il risarcimento dei danni ulteriori⁸⁹ ai sensi dell'art. 1494 c.c. in aggiunta agli altri mezzi di tutela⁹⁰.

Diversa è la situazione qualora il risarcimento dei danni sia preteso per la diminuzione di valore del bene. Con riguardo alla disciplina generale della vendita si ritiene che una simile richiesta possa costituire un'alternativa ai rimedi edilizi; la medesima soluzione non sembra possa applicarsi alla vendita dei beni di consumo, sebbene sia stata autorevolmente sostenuta, perché pregiudizievole all'obiettivo di armonizzazione perseguito dal legislatore comunitario.

Se la differente regolamentazione nei singoli ordinamenti del termine concesso al compratore per far valere il difetto del bene e, quindi, il timore di una profonda incertezza sul punto hanno indotto il legislatore comunitario ad uniformare anche questo aspetto stabilendo la responsabilità del venditore per i vizi che si manifestano entro due anni dalla consegna⁹¹, nulla invece è disposto nella direttiva in merito

⁸⁷ V. Libro verde, cit., p. 80 ss.

⁸⁸ V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 473; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 193.

⁸⁹ Cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 14, il quale ritiene che il risarcimento possa essere concesso al compratore ai sensi dell'art. 8 della direttiva. Il riconoscimento di un simile diritto è previsto da M. HAZAN, *op. cit.*, p. 404 poiché l'autore considera che la direttiva costituisca un *ius speciale* rispetto alle disposizioni codicistiche, le quali pertanto possono integrare eventuali lacune.

⁹⁰ Cfr., F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 843; A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 267; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 143.

⁹¹ "Il termine di due anni fissato per la garanzia legale corrisponde alla durata prevista dalle disposizioni della Convenzione di Vienna dell'ONU in materia di compravendita e rappresenta il tentativo di trovare un compromesso fra i termini molto

alla prescrizione dell'azione, una simile lacuna è stata, però, colmata al momento dell'attuazione: l'art. 1519-sexies c.c. prevede infatti un termine di ventisei mesi. La diversa disciplina dell'istituto non sembra, invero, agevolare la posizione del consumatore.

Alla discrezionalità degli stati membri è stata devoluta anche la decisione sull'opportunità di imporre all'acquirente l'onere di denuncia dei difetti; in ambito comunitario infatti è stato fissato solo un termine minimo di due mesi che deve essere rispettato dai legislatori nazionali qualora stabiliscano un simile onere, allo scopo di garantire una protezione minima in tutti i paesi dell'Unione Europea⁹².

La garanzia convenzionale sembra essere svincolata dal rispetto dei termini indicati poiché la stessa è fissata discrezionalmente dal venditore, il quale stabilisce anche la durata; una simile opinione è confermata dal fatto che l'art. 1519-sexies c.c. nell'imporre all'acquirente l'osservanza di precisi termini a pena di decadenza e prescrizione si riferisce solo ai diritti attribuiti dalla garanzia legale (art. 1519-quater c.c.).

4. Conclusioni

La circostanza che alcuni aspetti siano devoluti espressamente alla discrezionalità dei legislatori nazionali e che altre lacune debbano essere colmate dagli interpreti, non sembra aver contribuito ad uniformare la disciplina.

Si pensi alla profonda incertezza in cui si trova il consumatore che decide di acquistare un bene usato in un paese diverso da quello di residenza, a causa della possibilità per gli Stati membri di "stabilire che nei beni di consumo non sono inclusi beni usati" (art. 1 n. 3 della direttiva).

diversi esistenti negli Stati membri". Cfr. Il parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, cit., p. 5.

⁹² L'opportunità di fissare un termine minimo di due mesi per la denuncia dei vizi, da un lato, e la possibilità per gli Stati membri di non introdurre tale termine qualora vogliano garantire al consumatore un più elevato livello di tutela, dall'altro, sono previsti dal considerando n. 19 della direttiva. Una disposizione analoga era già contenuta nella proposta di direttiva del 1996 (considerando n. 8) allo scopo di facilitare la risoluzione amichevole delle controversie.

La scelta di un'armonizzazione minima, limitata ad alcuni aspetti della garanzia, non risulta adeguata al raggiungimento degli scopi perseguiti in ambito comunitario, in considerazione della particolare rilevanza delle tematiche escluse. L'ignoranza, ad esempio, sulla necessità di denunciare il difetto e sugli eventuali termini da rispettare può costituire un ostacolo agli acquisti transfrontalieri con grave pregiudizio per la libera circolazione delle merci.

Anche con riguardo all'altro obiettivo, la semplificazione della normativa in materia di garanzia per vizi, non è possibile addivenire ad una diversa valutazione. L'introduzione di un'ulteriore disciplina per la vendita di beni di consumo sembra creare un'eccessiva frammentazione dell'istituto che di certo non agevola il compito dell'interprete.

La garanzia per vizi è soggetta a regimi diversi in rapporto alla natura del bene e dello scopo dell'acquisto: le azioni edilizie previste dagli artt. 1490 ss. c.c. riguardano l'alienazione di un bene immobile o mobile non di consumo, la tutela di cui agli artt. 1519-bis ss. c.c. invece può essere invocata dal consumatore nei confronti del venditore professionale.

Un ulteriore fattore di incertezza è rappresentato dalla circostanza che l'acquisto di beni di consumo è regolato dagli artt. 1519-bis ss. c.c. solo per taluni aspetti, i restanti pertanto continueranno ad essere soggetti alle disposizioni di cui agli artt. 1490 ss. c.c. con numerosi problemi di coordinamento.

Se in passato la complessità della materia era dovuta alla difficoltà di differenziare le tre patologie conosciute nel nostro ordinamento e di individuare la concreta disciplina applicabile, ora l'autonomia del bene diverso è solo uno degli aspetti che si pongono all'attenzione dell'interprete.

La conseguenza paradossale del recepimento della direttiva 1999/44/CE è stata quella di avere aumentato i dubbi; sembra essersi verificato "il rischio che nella prassi, degli aspetti importanti restino poco chiari sia per il consumatore che per l'imprenditore ovvero che in tali questioni la mancanza di un'armonizzazione minima vada nuovamente percepita dal consumatore come un ostacolo agli acquisti transfrontalieri"⁹³.

⁹³ V. Il Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, cit., p. 4.

ALESSANDRO BONDI

*Le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali
o della società controllante (art. 2628 c.c.).
Un'incursione nel nuovo diritto societario.*

ABSTRACT

Sottoscrivere o acquistare azioni o quote proprie o della società controllante ha trovato più interesse nella dottrina che nell'applicazione giurisprudenziale. Nondimeno, il legislatore del 2002, per quanto timoroso di troppo infastidire con reati la gestione societaria, ha rinnovato il precetto.

E lo ha fatto portando in una norma (art. 2628 c.c.) le disposizioni prima distinte in due (artt. 2630, comma 1, n. 2; 2630 *bis* c.c. v.f.). E lo ha fatto cullandosi all'idea di poter rinunciare alla tecnica del rinvio in nome dell'autonomia del diritto penale. E lo ha fatto fingendo di credere che il nuovo diritto societario non avrà di suo più nulla da dire allo statuto penale.

Malintesi che cavalcano ideologie privatizzanti in un mondo d'interessi pubblicistici; costretti ad armarsi di pena per affrontare fenomeni economici difficili da intendere per lingua e per concetti, anche se di quotidiana applicazione (*buy back e leveraged buy out*). Malintesi ricchi di conseguenze che l'analisi del reato con puntualità sottolinea, lasciando l'immagine di delitti societari araldi nella terra di nessuno: vittime delle pruderie politiche che li hanno resi avamposti nel deserto delle norme, dove un vessillo piantato nella sabbia aspetta il suono di un corno che ne segnali la ritirata.

ALESSANDRO BONDI

LE ILLECITE OPERAZIONI SULLE AZIONI O QUOTE SOCIALI
O DELLA SOCIETÀ CONTROLLANTE (ART. 2628 C.C.)

Un'incursione nel nuovo diritto penale societario

SOMMARIO

1) *Generalità*; 2) *Autonomia e tecnica del rinvio*: la novità; 3) (segue): *ideologia normativa*; 4) (segue): *conseguenze*; 5) *Interesse tutelato e tipologie di reato*; 6) (segue): *patrimonio e privatizzazione della tutela penale*; 7) (segue): *reato di evento*; 8) *I soggetti attivi*; 9) (segue): *concorso di persone nel reato*; 10) *La condotta*; 11) (segue): *il rinvio alle disposizioni di diritto civile*; 12) (segue): *sottoscrizione di azioni o quote proprie o della controllante*; 13) (segue): *controllo di società*; 14) (segue): *acquisto di azioni o quote proprie o della controllante*; 15) (segue): *i limiti all'acquisto di azioni o quote proprie o della controllante*; 16) *Altre operazioni sulle proprie azioni*; 17) (segue): *l'interpretazione del leveraged buy out*; 18) *Elemento soggettivo*; 19) *Consumazione*; 20) *Tentativo*; 21) *Successione di leggi penali*; 22) (segue): *continuità*; 23) *Concorso di norme*; 24) (segue): *concorso di norme "interno" ed "esterno"*; 25) *Causa di estinzione del reato*.

1. Generalità

I primi due commi dell'articolo 2628 c.c. si sviluppano in maniera speculare, differenziando la condotta degli amministratori solo in base all'appartenenza delle azioni o delle quote sottoscritte od acquistate. Diversità che il legislatore lascia però senza effetti, giacché prevede, per gli amministratori di società *indipendenti* e di quelle *controllate*, uguale risposta sanzionatoria ed identico meccanismo *post factum* di reintegrazione dell'offesa¹.

* *A Matteo e al suo nonno che è nel Cielo.*

¹ Per comodità del lettore si riportano le fonti:

art. 2628 c.c. «*Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante.- Gli amministratori che, fuori dai casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino ad un anno. (2) La stessa pena si applica agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge. (3) Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bi-*

2. Autonomia e tecnica del rinvio: la novità

La fattispecie di *illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante* non contiene più l'espreso rinvio a quelle disposizioni civilistiche che offrivano un preciso, se pur complicato, contenuto prescrittivo alla norma penale². Una disposizione d'intenti, facilitata dall'inusuale "prima uscita" dello *statuto penale della società* rispetto alla sua correlata disciplina civile. Una disposizione che tuttavia qui trova limite, e perciò contenuto, con l'inserimento di una clausola di esclusione della tipicità per «*i casi consentiti dalla legge*» (art. 2628, comma 1 e 2, prima parte).

Dunque, il rinvio alla legge (civile) è ancora necessario per definire non l'antigiuridicità ma già la **tipicità** del fatto³. Di per sé, l'art. 2628 c.c. offre solo qualche contenuto, poca determinatezza e una pena ridotta rispetto alla disciplina precedente (artt. 2630, comma 1, n. 2 e 2630 *bis* c.c. v.f.).

Eppure, era dichiarato il proposito dei Relatori per uno statuto penale societario in grado di ottenere una maggiore selettività nelle scelte di criminalizzazione anche «*attraverso una descrizione delle fattispecie penali finalmente autonoma dalla matrice civilistica di riferimento, mediante l'abbandono della c.d. tecnica del rinvio [...] privilegiando*

lancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto».

L'art. 2628 c.c. è fedele alla l. 3 ottobre 2001, n. 366. **Delega** al governo per la riforma del diritto societario, art. 11. lett. a, 10): «*illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, consistente nel fatto degli amministratori che acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali o della società controllante, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge; prevedere la pena della reclusione fino ad un anno. Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto;*»

Il progetto della commissione MIRONE, all'art. 10.9 invece prevedeva solo la pena della reclusione da tre mesi a tre anni per «*le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante consistenti nel fatto degli amministratori che acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali o della controllante, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge*».

² Questo studio non si addentra nel valore interpretativo delle cd «*norme di ordinata contabilità*» e dei «*corretti principi contabili*», sul punto MARCHIONNI, *Aspetti penali della contabilità d'impresa*, Urbino, 2001, *passim*.

³ Cfr. PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina del)*, Dig. disc. pen., XIII, Torino, 1998, p. 349 s.

modelli di tipizzazione del precetto secondo i canoni penalistici di formulazione della fattispecie»⁴. Di cotanto senno, si dovrà quindi argomentare, se si desidera conoscere la misura delle possibilità interpretative offerte dalla nuova norma e dal suo diritto.

3. (segue): *ideologia normativa*

Una lettura autonoma della fattispecie non significa necessariamente abbandono della *tecnica* che rinvia a fonti diverse da quella che commina la sanzione penale.

Ancor prima, occorre tuttavia osservare che non solo la *tecnica* ma anche le caratteristiche del corpo normativo oggetto del rimando svolgono una funzione interpretativa importante. Nel campo del diritto societario, obbligano il penalista a considerare un sistema normativo che, pur di non ammettere lacune, ricorre all'analogia superando il significato letterale della prescrizione⁵.

D'altro verso, la *storia* del diritto penale societario suggerisce che la stessa posizione del precetto in sistemi normativi non penali fosse di per sé una valutazione e un metodo. Si poteva, ad esempio, censurare con pena il pregiudizio arrecato all'*integrità* del capitale sociale, ma quando e in che misura gli amministratori potessero poi incidere su questo capitale rimaneva nell'impero della norma di diritto civile, grazie ad una *tecnica legis* avvinghiata all'*unicità* del diritto, all'*economia* e alla *razionalità* dello sviluppo ordinamentale. *Tecnica* invero compiacente verso un'ideologia decisa a sostenere, con deboli varianti,

⁴ Relazione d. legisl. 61/2002, 1.3.

⁵ Non è un ossimoro ammettere al contempo *analogia* e rispetto del *vincolo letterale* per chi ritiene che pure l'interpretazione penale segua un percorso d'avvicinamento dal fatto concreto alla fattispecie astratta procedendo per "somiglianze". La differenza starebbe nel vincolo, solo penale, di far rientrare il risultato interpretativo entro il significato letterale della norma. Alla *sussunzione*, invece, spetterebbe la mera funzione di controllo *a posteriori* della correttezza del ragionamento ART. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse: Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht*, München, 1999, p. 51 ss. Che l'applicazione del diritto non sia sempre offerta da un sillogismo, ma che sia sempre possibile il controllo di tassatività ricorrendo alla logica degli insiemi, una proprietà della logica che limita lo sviluppo teleologico verificando la tipicità di un fatto con la sua appartenenza all'insieme letterale che lo descrive, è quanto aggiunge PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, p. 441.

il ruolo meramente sanzionatorio delle disposizioni penali sull'impresa e, pertanto, l'inopportunità di duplicare per esse i precetti in un contesto volutamente estraneo. Ed allora, trattando dell'impresa e dell'impresa svolta sotto forma societaria, che fosse la norma penale a trasferirsi: in un codice di commercio, prima (1882); in quello civile, poi (1942); in un corpo normativo a sé stante, prima e poi, disciplinando il *fallimento* (1942) e l'*intermediazione finanziaria* (1998).

Per quanto osservato, appare plausibile sostenere che lo statuto penale delle società segua un percorso tenacemente battuto e, in buona sostanza, obbligato dall'assenza di alternative affidabili. Nel 1930, era veramente troppo giovane il titolo del codice penale posto alla difesa dell'*economia pubblica l'industria il commercio*⁶: un titolo che, con la voracità dell'inesperienza, rappresentava poco più di un simbolo del carattere pubblico degli interessi perseguiti. Mentre oggi non solo quel titolo, ma è tutto il codice penale ad esser troppo vecchio: struttura di ottima fattura scientifica, ormai persa in un mondo che non conosce e più non lo riconosce.

4. (segue): *conseguenze*

In realtà, parte delle difficoltà che s'incontrano nel definire lo statuto penale societario sono l'affanno dell'attività normativa italiana nel suo complesso. Affanno che è rifluito nel fenomeno decodificatorio, nel ruolo della disciplina comunitaria, nel contrasto non più latente tra i poteri dello Stato. La norma penale ha fatto da collettore e, quindi, vi ha aggiunto di suo.

Nondimeno è noto come nelle scelte di campo legate alla penalità non ci sia un *vero* o un *falso*, bensì un *opportuno* o un *inopportuno*. La proposta di consegnare al codice penale almeno parte del corpo normativo dell'impresa è tema certo congruente alla *tecnica del rinvio*, ma d'altro studio. Qui bisogna accontentarsi di un reso: i propositi di una codificazione del *diritto penale dell'economia* (ad es. schema di

⁶ SEMINARA *L'impresa e il mercato*, in PEDRAZZI/ALESSANDRI/FOFFANI/SEMINARA/SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 666 s., 678 ss.; BONDI, *Problematiche dell'agiotaggio. Questioni interpretative e necessità di riforma*, StUrb, 1999/2000, p. 15 cui si rinvia anche per la bibliografia di riferimento.

legge delega 1992; commissione Nordio 2002)⁷, spesso avanzati anche sulla scorta di esperienze straniere (Svizzera, Paesi Bassi, Ungheria, Spagna)⁸, sono lontani nei fatti da una normazione finora decisa a rivoluzionare *extra* codice la responsabilità penale dell'impresa.

Ciò premesso, si osservi che la *tecnica del rinvio* può essere ridotta a due prospettive esattamente antitetiche.

La **prima prospettiva**. La norma sanziona con pena una condotta in realtà descritta solo dalla disposizione civile. Un legiferare che rappresenta la rinuncia legislativa a considerare il fatto con reale sensibilità per le esigenze del diritto penale, sì da obbligare l'interprete a ripassarne i canoni con attenzione ancora maggiore. Senza mezzi termini: un legiferare pigro, pericoloso e poco trasparente⁹. Compresse dalla sussidiarietà che misura l'intervento del diritto penale, le ragioni della *legalità*, dell'*offensività*, della *colpevolezza* si scontrano con la natura onnicomprensiva del diritto civile. Diritto che ricorda il classico "primo della classe" destinato dai compagni, e da se stesso, a suggerire sempre una risposta, quand'anche dettata dall'analogia. Un ruolo ben diverso da quello chiesto al diritto penale che, sempre col sorriso della metafora, fa invece pensare ad un ragazzo intelligente ma svogliato: per paradosso, il capoclasse ideale la cui autorità acquista forza con la parsimonia dei suoi interventi.

La **seconda prospettiva**. Cambiano completamente i termini del discorso quando, con il rinvio a nozioni ed istituti extrapenalì¹⁰, si ritagliano fatti secondo le regole di *sussidiarietà* e di *meritevolezza* che dovrebbero ispirare un legislatore costituzionalmente orientato al sofferto uso della pena. Con quest'attenzione, è molto più difficile rinunciare all'espresso richiamo dell'articolato civilistico quando, in un am-

⁷ Sui *nomina* della materia e circa i progetti di riforma, si consenta il rinvio a BONDI, *Problematiche dell'aggiotaggio* cit., nt. 6 p. 95 s. Circa le recenti proposte di modifica del titolo VIII, libro II c.p. V., con l'inserimento dei delitti societari tributari fallimentari, esposto dal gruppo di lavoro coordinato da FIORELLA al *plenum* della commissione NORDIO, *Il Sole 24 Ore*, 26 luglio 2002 p. 19 con articoli di NEGRI e IORIO, interventi di TINTI e SCHLESINGER.

⁸ FOFFANI, *Reati societari*, in AA.VV. *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed., Bologna, 2000 p. 220. Si aggiunge un Paese molto vicino: la Repubblica di San Marino.

⁹ Inoltre casistico ed incapace di differenziare la pena a seconda che si tratti di fattispecie di pericolo o di danno, così NAPOLEONI, *I reati societari. I – La tutela penale del capitale sociale*, Milano, 1991, p. 76.

¹⁰ Cfr. FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, 219 s.

bito normativo stabilizzato, la condotta penale trova in tal modo una puntuale e *sufficientemente determinata* specificazione¹¹.

Adesso, forse, si possono meglio intendere i propositi dei relatori al d. legisl. 61/2002. Propositi forse ispirati dalla commissione Mirone, laddove suggeriva di rendere concreta «*la costruzione penale nel segno dell'autonomia rispetto alle disposizioni civili*» considerando, per l'art. 2628 c.c., insufficiente la mera inosservanza delle disposizioni civili finché «*la stessa abbia effettivamente determinato una menomazione della sfera patrimoniale tutelata*»¹². Soluzione a ben vedere modesta perché, senza realisticamente escludere la partecipazione del diritto civile nella definizione del precetto penale, in fondo pretende quell'*offensività* del fatto che può essere chiesta ad ogni norma penale, se pure di mero rinvio al precetto civilistico.

Pertanto, è inutile proseguire su questa china. Le difficoltà legate alla valutazione penalistica e alla *tecnica del rinvio* hanno mostrato problemi reali e soluzioni apparenti¹³. Cercando elementi d'interpretazione *storica*, si ricordi che il rinvio espresso alla norma di diritto civile è venuto a mancare mentre si perseguiva un'assurda parcellizzazione delle regole volte alla disciplina di un fenomeno che rimane unitario. Al momento, interessava la solitaria definizione della responsabilità penale societaria. E poco si è riflettuto se con questa posologia la medicina non fosse peggiore del male, se e quale rinvio la norma penale dovesse rifiutare, se e come procedere in assenza di un articolato civilistico da cui partire.

In conclusione: i problemi a volte si camuffano ma non scompaiono; l'art. 2628 c.c. da solo non vive; è su innominate norme che si

¹¹ Lascia invero interdetti abbandonare il modello sanzionatorio pennellando la norma penale con uno sbiadito concetto quale l'idoneità ad «*assicurare la parità di trattamento tra gli azionisti*» invece chiesta, per le società quotate, dal reato "gemello" di «*acquisto di azioni proprie e della società controllante*» (art. 132 d. legisl. 58/1998, sul punto PEDRAZZI, *op. cit.*, nt. 3, p. 596. FOFFANI, *Reati societari cit.*, nt. 8, p. 301 invece rileva come il «*riferimento alla parità degli azionisti*» opportunamente espliciti il bene giuridico protetto in sede civile e penale, dal 1974 in poi, per le società quotate.

¹² Relazione Mirone § 6.9.

¹³ A titolo di esempio: la confusione sui destinatari della norma già degli artt. 2630, 1° comma, n. 2 v.f. e 2359 *bis* c.c. L'art. 2359 *bis* c.c. pone infatti un divieto alle società ma, coerentemente con il principio che le "società non possono delinquere" (v. oltre § 8), l'art. 2630 c.c. v.f., e oggi l'art. 2628 c.c., hanno come destinatari gli amministratori.

dovrà ancora dibattere l'offerta di contenuti utili alla definizione d'illeceità penale delle *operazioni sulle azioni o quote sociali proprie o della controllante*.

5. Interesse tutelato e tipologie di reato

È passato che giova allo studio del presente, appuntare come sia la *sottoscrizione* che l'*acquisto* di azioni proprie godevano di una difesa rafforzata, dacché gli artt. 2630, comma 1, n. 2 e 2630 *bis* v.f. anticipavano l'intervento penale ad uno stadio di pericolo presunto per l'interesse salvaguardato.

Uno schema delittuoso che il d. legisl. 61/2002 ha abbandonato per un tipo di reato che considera necessaria alla tipicità del fatto la *lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge*. Dunque, un reato di *danno*.

Il legislatore chiede, infatti, che la condotta leda realmente il bene giuridico "istituzionale" del «*capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge*», vale a dire: il **patrimonio indisponibile netto**¹⁴. Un bene strumentale agli «*interessi di fondo*», espresso mediante l'istituzione normativa di riferimento¹⁵, che non è quanto sta dietro il bene, o la ragione dell'esistenza di una norma vista dal punto di vista dello scopo, o il modo e l'intensità dell'aggressione che connota il disvalore dell'azione¹⁶. In altri termini, il *patrimonio indisponibile* è un'entità offesibile nella sua "effettività" costitutiva ed "integrità" gestionale che, per quanto sfumi il dato materiale, comprende interessi e, strumentalmente a questi, anche funzioni sorrette da gruppi normativi omogenei di per sé preesistenti, per il singolo e la collettività, al loro accoglimento da parte del legislatore penale¹⁷.

Nella disciplina delle società, la garanzia del *patrimonio indisponibile* nasce con la funzione vincolistica offerta, appunto, dalla sua indi-

¹⁴ NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 44 s.

¹⁵ Cfr. PEDRAZZI, *op. cit.*, nt. 3, p. 349; ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI/ALESSANDRI/FOFFANI/SEMINARA/SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 24 ss.

¹⁶ Diff. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 110 s.

¹⁷ Si osservi: una doppia "preesistenza" fenomenica e normativa, BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, p. 30 ss. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 437 ss.

sponibilità e cresce mediante l'organizzazione della contabilità e dell'amministrazione secondo il tipo societario. Una funzione che in qualche misura sfida la sottocapitalizzazione delle società italiane¹⁸, perseguendo la difesa del *patrimonio societario* considerato come l'insieme dei rapporti giuridici economicamente valutabili facenti capo alla società in un dato momento.

La tutela del *patrimonio indisponibile* rafforza così la generica garanzia patrimoniale dei creditori sociali (art. 2740 c.c.); ma pure difende direttamente soci e società, ed indirettamente i creditori, conservando la vitalità dell'impresa; e non di meno protegge i futuri acquirenti, mantenendo la corrispondenza tra il reale spessore del *patrimonio* sociale e il valore cartolare dei titoli di partecipazione¹⁹. In breve: tre espressioni del *patrimonio indisponibile* che fissano contenuti e destinatari secondo una logica *statica-diretta, dinamica-mediata, partecipativa-in divenire*.

6. (segue): *patrimonio e privatizzazione della tutela penale*

Rispetto ad altri interessi societari, la salvaguardia dell'*integrità ed effettività* del capitale sociale e delle riserve indisponibili gioca in difesa, e anticipa la protezione diretta del *patrimonio* sociale, potendo vantare una miglior definizione dei parametri di riferimento e qualche problema classificatorio in meno. *Patrimonio* certo depauperato di fronte ad un capitale nominale inalterato nella forma, ma ridotto nella sostanza di un valore corrispondente alle azioni o quote proprie sottoscritte o acquistate. In questo senso, aiuta la bella immagine che paragona la condotta incriminata a quella di chi vende la metà di un locale per acquistare un grande specchio che, appeso ad una parete dello stesso locale, lo fa apparire di dimensioni immutate²⁰.

Per la verità, il *patrimonio* in sé rintraccia ragioni normative nell'e-

¹⁸ Sottocapitalizzazione che NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 82 imputa alla facilità del ricorso al credito ed al "disincentivo fiscale" dei conferimenti. Ma il *trend* si sta invertendo: dal 1994 al 1999, la capitalizzazione in borsa è passata dal 17,8% al 65,2% del PIL.

¹⁹ In questi termini NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 32 ss. cui si rinvia anche per la bibliografia di riferimento.

²⁰ CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988, p. 35, cit., e comm. da NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 427 s.

spessa richiesta di un danno, appunto, patrimoniale (ad es. artt. 2622, 2623, 2624, 2629, 2633 c.c.), nella punibilità “condizionata” al superamento di una soglia quantitativa (ad es. artt. 2621, 2622 c.c.), nella previsione di cause di estinzione del reato vincolate alla reintegrazione di un’offesa facili da ricondurre, in misura diretta o indiretta, alla “**patrimonializzazione**” del danno (ad es. artt. 2627, 2628, 2629 c.c.)²¹.

Patrimonializzazione che, a sua volta, rappresenta una porta aperta verso la “**privatizzazione**” dell’azione penale; *privatizzazione* ancor più accentuata da quelle fattispecie che ammettono la possibilità di un uso tattico della punibilità a querela in assenza di preclusioni circa la sua revocabilità (ad es. artt. 2622, 2629, 2633, 2635 c.c.)²².

Ma la *privatizzazione* della tutela non è un passo obbligato della *patrimonializzazione* ottenuta mediante la protezione del *patrimonio indisponibile netto*. La *patrimonializzazione* permette infatti una diversa identificazione delle persone offese, senza dimenticare la stessa considerazione pubblicistica del *patrimonio*.

Beninteso, non si vuole rispolverare la passata e sostanzialmente inutile divisione tra oggetto giuridico sostanziale *generico* e *specifico*²³. Più semplicemente, s’invita a ricordare il carattere in ogni modo **pubblico** dell’intervento penale, indipendentemente dalla marcatura privatistica del *patrimonio*. Ciò non implica una sorta di *plurioffensività* necessaria del tipo delittuoso, bensì l’attenta stima delle conseguenze legate all’esaltazione immediata del versante privato del *patrimonio*, ulteriormente accentuata dai ricordati meccanismi riparatori del danno e di co-gestione dell’azione penale mediante querela²⁴.

In sintesi: la sola presenza di una pena dà sostanza al carattere

²¹ Sulla nozione di danno patrimoniale «che evoca un’idea rigida di accertamento e di determinazione che confligge con la dinamicità delle scelte d’investimento in funzione delle aspettative di profitto», SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, Dir. pen. e proc., 6/2002, p. 687 s.

²² PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell’ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, CP 5/2002, p. 1605.

²³ ROCCO Art., *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, *Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, *passim*; *contra* CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 52, cit., e comm. da FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, PG, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2001, p. 9.

²⁴ Dubbi sulla *plurioffensività* in genere, BONDI, *Aggiotaggio* cit., nt. 6, p. 34 ss.; IDEM, “Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole” (*Contributo allo studio delle false comunicazioni sociali*), *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995, p. 1193 s.

pubblico dell'interesse difeso. In un sistema presidiato da sanzione penale, dovrebbe pertanto rimanere un'eccezione ben motivata quell'impegno legislativo che curi il solo aspetto privato del *patrimonio* senza alcuna proiezione pubblicistica strumentale alla crescita individuale e sociale della persona. Detto ciò, si prende atto che la politica della riforma ha invece seguito la strada criticata: il patrimonio difeso è perduto e privatizzato.

Seguendo la cartina di tornasole dei *nomina iuris*, si potrebbe forse dire che, come l'espressione «*diritto penale commerciale*» ricorda il ruolo sanzionatorio del diritto penale, e quella di «*diritto penale dell'economia*» è vicina alla protezione d'interessi superindividuali della realtà economica, il **diritto penale societario** trova ormai "privato" spazio nel cd «*diritto penale dell'impresa*»: il nome dogmaticamente più povero perché guarda solo al soggetto cui imputare un reato, qualunque reato.

7. (segue): *reato di evento*

L'art. 2628 c.c. è reato di *danno* ma anche reato di *evento*, perché *tipicizza*, per causalità all'*acquisto o sottoscrizione di azioni o quote proprie*, l'evento esteriore della "ferita" al capitale sociale ed alle riserve indisponibili intese in un'accezione "reale"²⁵. **Realità** che si svolge su un piano economico-sostanziale, individuando la quota dell'attivo che fa da *pendant* alla posta "ideale" dello stato patrimoniale, dove è registrato al passivo sia il capitale nominale, cioè l'espressione numerica dei conferimenti promessi o eseguiti da parte dei soci, sia le riserve indisponibili previste dalla legge o dallo statuto²⁶. In breve: la fattispecie descrive la *realità* dell'evento che lede l'*idealità* del bene.

L'adozione di un reato di *danno* che è anche reato di *evento* (reato di *danno concreto*²⁷), obbliga perciò il giudice ad accertare prima l'evento (la *ferita* al *patrimonio indisponibile reale*), quindi il danno (offesa) all'*effettività* ed *integrità* del *patrimonio indisponibile ideale*²⁸.

²⁵ Diff. NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 41 s.

²⁶ NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, pp. 15 s., 44 ss; MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 209.

²⁷ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG, 4^a ed., Milano, 1996, p. 243 s.

²⁸ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 294, distingue il "danno" dall'offesa: la prima «è categoria "aperta" alle conseguenze extrapenali» ed è variabile, la seconda è costante seppur graduabile.

Talché non si abbia reato quando l'interesse tutelato è solo marginalmente leso; a maggior ragione se si tratta, com'è il caso, di una fattispecie che non affida esigenze di necessaria offensività del fatto a soglie di punibilità.

In conclusione, tanta "vicinanza" tra evento giuridico e naturalistico, fa dell'offensività di una condotta un gioco a carte scoperte della verifica giudiziale, senza più la distrazione circa i dubbi sulla liceità costituzionale di un reato che si accontenta di schemi presuntivi di pericolosità.

8. I soggetti attivi

Il messaggio: il capo II è «*degli illeciti commessi dagli amministratori*», solo da loro e da nessun altro.

Amministratori però intesi *in senso lato*. In virtù della clausola di estensione delle qualifiche soggettive prevista dall'art. 2639 c.c., soggetti attivi di ogni reato contenuto dal Titolo XI del libro V del codice civile sono anche gli «*incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto terzi*» (art. 2639, comma 2 c.c.).

Soggetti attivi dei reati societari sono pure i cd **amministratori di fatto**. Quando l'assenza di un'attività gestoria del rappresentante legale non rende possibile applicare le regole sul concorso di persone²⁹, lo statuto societario oggi individua amministratori anche in coloro che, sebbene privi di formale qualifica o titolarità della funzione disciplinata dalla legge civile, tuttavia svolgono la stessa funzione sotto diversa qualifica, oppure esercitano «*in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o funzione*» (art. 2639, comma 1 c.c.)³⁰.

Ma soggetti attivi del "reato" possono in ugual modo essere le **persone giuridiche**. Proseguendo la rincorsa verso il coinvolgimento degli enti nella responsabilità per quei fatti che sono scelte di politica aziendale, anche l'Italia si è infatti avvicinata ad una definizione dell'illecito societario che ha come suo presupposto "fattuale" la possibilità che le stesse società possano delinquere.

²⁹ MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., nt. 16, p. 16.

³⁰ Cercando «ragioni e non concetti», per tutti MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, *passim*.

Il costruito normativo di riferimento, iniziato con la l. 689/1981, e proseguito con il menzionato d. legisl. 74/2000 in materia di reati tributari, ha infine trovato casa nel d. legisl. 231/2001, delineando una disciplina organica “aperta” della responsabilità degli enti «*per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*». Una disciplina che, in poco tempo, è passata dal *micro* interesse per alcune fattispecie ancorate alla difesa dell’attività amministrativa dello Stato e della Comunità europea, al *macro* coinvolgimento delle società verso una loro responsabilità, definita «*amministrativa*», per i reati «*in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell’interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*» (art. 3 d. legisl. 61/2002 che ha inserito l’art. 25 *ter* nel d. legisl. 231/2001)³¹.

Preso atto della scelta, e forse della sua ineluttabilità, si spera che il pragmatismo del legislatore italiano, unitamente alle importanti esigenze di controllo dell’attività societaria, non sia ragione per dimenticare quelle “etichette” che, non solo nel nome, lo stesso legislatore ha rispettato con la definizione normativa.

Riassumendo: la responsabilità degli enti non è mai responsabilità penale; il giudice, ora in sede penale chiamato ad accertare illeciti penali ed amministrativi, non ceda perciò alla tentazione di trasferire i criteri d’imputazione fondati sul rischio societario alle persone fisiche che amministrano o agiscono «*nell’interesse della società*». Questo è il pericolo maggiore. Reviviscenze della mai doma responsabilità oggettiva sono facili in un sistema che ha visto tanta giurisprudenza fondare i reati societari sull’assioma dell’amministratore che “non poteva non sapere”.

9. (segue): concorso di persone nel reato

L’aver identificato come soli soggetti attivi del reato gli amministratori sociali o della controllata, non respinge la possibilità di *concorso eventuale* nel reato proprio da parte di soggetti non qualifica-

³¹ Si prescrive solo per reati commessi «*nel suo interesse*» e non «*nel suo vantaggio*» come previsto dall’art. 5 d. legisl. 231/2001, con il rischio di fornire argomenti ad un «*sottosistema nel sottosistema*», MUSCO, *I nuovi reati societari* cit., nt. 16, p. 23; SALAFIA, *Amministrazione e controllo nella legge delega n. 366/2001 e responsabilità amministrativa delle società*, Società, 1/2002, p. 7.

ti³². Possibilità nei fatti vicina a chi appartiene all'organigramma societario (ad es. i direttori generali), o ha partecipato alla sua nascita ed è ora escluso da una responsabilità penale diretta (i *promotori* e i *soci fondatori*).

Il carattere necessariamente *plurisoggettivo* della fattispecie (se vi è acquirente dev'esserci venditore) rende invece i soci e gli amministratori della controllante responsabili a titolo di concorso solo se hanno agevolato causalmente il fatto³³. In tal senso, facile pensare all'*istigazione o determinazione* dolosa dei soci nei confronti degli amministratori; difficile viceversa ammettere che questo possa avvenire colposamente. Agli ostacoli normativi (art. 113 c.p.), si aggiunge l'ottima attitudine a circoscrivere gli obblighi di diligenza esaltando il principio di autodeterminazione dei consociati³⁴. Un rilievo che riceve ulteriori consensi quando si tratta degli obblighi di amministratori che, nel loro sviluppo, richiedono sempre più spesso conoscenze anche normative.

10. La condotta

Ancor prima dell'analisi delle diverse condotte, ci si chiede se «*il significato proprio delle parole*» (art. 12 c.c.), privilegiando il vocabolario comune a quello tecnico³⁵, possa soccorrere una **sistematica** assai

³² Nel concreto, il reato sarà proprio *esclusivo* (art. 117 c.p.) o *non esclusivo* (art. 110 c.p.) secondo che il fatto manterrà o no la sua rilevanza penale quando commesso da un soggetto non qualificato.

³³ NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 461, p. 566 s.

³⁴ ROXIN, *Strafrecht*. A.T., I, 3^a ed., München, 1997, p. 896 ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale* cit., nt. 23, p. 472 s.

³⁵ PAGLIARO, *Testo e interpretazione* cit., nt. 5, p. 493 ss., che contrappone questo bisogno, dettato dalle peculiari esigenze di conoscibilità della norma penale, al raccomandato uso di termini prevalentemente tecnici per il diritto amministrativo, *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso dell'amministrazione pubblica. Proposte e materiali di studio* in *Quaderni del Dipartimento per la Funzione pubblica, n. 8, Libreria di Stato*, Roma, 1992, p. 19. Diritto amministrativo che pure distingue come *illecita la condotta che viola un dovere (o un obbligo o una obbligazione)* e dà luogo a una sanzione giuridica contro l'autore; ed, invece, come *illegittima* la condotta (e *invalido* l'atto) che, con riferimento all'esercizio di un potere, è difforme nei presupposti forme e limiti stabiliti dalla norma, e dove la sanzione non colpisce l'autore ma l'atto stesso, rendendolo nullo o annullabile, CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 194; cfr CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2001, p. 469.

fragile, dando per ordito l'uso delle qualificazioni che accreditano la rilevanza penale delle condotte che affiancano quella in commento.

Balbettando in rubrica tra disgiuntive e il fatuo uso di «*sociali*» anziché di «*proprie*», le «*illecite*» operazioni sulle azioni o sulle quote richiamate dall'art. 2628 c.c. partecipano, difatti, ad una sorta di *escalation* terminologica delle espressioni che qualificano le condotte delle fattispecie condomini contenute nel capo II. Una progressione per astrazione che trova una differente sanzione nel solo reato di *operazioni in pregiudizio dei creditori* (art. 2629 c.c.) e, per quanto ora più interessa, un significativo incaglio "grammaticale" proprio nella fattispecie di cui si argomenta.

Più addentro, si noti come il legislatore, mediante il prefisso «in» e la sua variante per assimilazione «il», conferisca alle qualificazioni contenute in questo capo il senso negativo delle condotte vietate.

Si parte alla grande con l'«*indebita*», perché non dovuta, restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.); per poi allargare l'orizzonte verso un'«*illegale*», in quanto contraria all'ordinamento, ripartizione degli utili (art. 2627 c.c.).

Quindi la progressione s'incepta. Le *operazioni sulle azioni o sulle quote sociali o della controllante* definite «*illecite*» (art. 2628 c.c.), invero utilizzano un aggettivo che riguarderebbe la contrarietà ad ogni norma, anche morale; ed invece, costretta la grammatica ad un miglior senso, è il sostantivo «*illecito*» che, inglobando l'«*operazione*», correttamente esprime la contrarietà ad un obbligo giuridico che rinvia nei contenuti alle disposizioni civilistiche.

In qualche modo perciò solleva la grammatica, ma preoccupa l'istanza di determinatezza della norma, concludere il capo II con la regola del «*pregiudizio*» di un'operazione (art. 2629 c.c.): termine che solo il completo uso degli strumenti interpretativi potrà meglio definire.

11. (segue): il rinvio alle disposizioni di diritto civile

Nell'introduzione si sono evidenziate le pretese, i risultati e le conseguenze di una lettura autonoma della fattispecie penale rispetto alla matrice civilistica di riferimento. Ora se ne tirano le conseguenze.

Il precetto dell'art. 2628 c.c. ha bisogno ancora delle disposizioni di diritto civile per individuare l'*illiceità di un'operazione su azioni o*

quote proprie o della controllante. La differenza è che queste norme non sono più espressamente richiamate dalla norma penale.

Se il discorso si fa precario non è dunque per la tecnica ma per i contenuti, che chiedono il completamento della riforma societaria.

Lo schema di disegno di legge delega della commissione **Mirone** aveva infatti immaginato una struttura la cui stabilità era data anche dalla misura e dalla contemporanea disciplina degli istituti³⁶. E se è stata la preoccupazione politica per la responsabilità penale a far saltare molti contrappesi nel d. legisl. 61/2002, nulla garantisce che ciò non si ripeta considerando, con curiosa inversione metodologica, la disciplina commerciale sotto la prospettiva di quello che potrebbe rientrare nella gabbia penalistica appena definita. Di per sé, e con la complicità del sistema di produzione per legge delega³⁷, la lettura dell'articolato civilistico non sfugge ad un giudizio d'indeterminatezza che solo la produzione contemporanea del fianco civile come di quello penale potevano lenire.

Eppure, la relazione al d. legisl. 61/2002 fa voto d'ottimismo. Niente affatto impressionata dalle "maglie larghe" della delega in materia civile, vaticina che la disciplina delle azioni e quote non avrà connotati innovativi (Rel. n. 8).

Cercando di condividere lo stesso ottimismo, dalla legge **delega** 3 ottobre 2001 n. 366 si apprende, con tripudio per incisi, che obiettivo della legge delegata dovrà essere quello di «*favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese*» (sarebbe meraviglia il contrario); di «*semplificare la disciplina delle società, tenendo conto delle esigenze delle imprese e del mercato concorrenziale*» (il penale societario dunque scopre la concorrenza); di «*ampliare gli ambiti di autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti*» (insomma, non ci sarà nessuna guerra di secessione per eliminare eventuali discriminazioni tra interessi) (art. 2, lett. a, c, d).

Con maggior trasporto, si legge nello stesso articolo che la disciplina dei **modelli societari** si adeguerà alle esigenze delle imprese «*anche in considerazione della composizione sociale e delle modalità di finanziamento,*

³⁶ BONDI, *Aggiotaggio* cit., nt. 6, p. 97 ss. Sulla falsariga del progetto MIRONE, per il solo aspetto civilistico, il 10 febbraio 2000 (iniziativa Veltroni e altri), è stata presentata una *proposta di legge delega al Governo per la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative*.

³⁷ MARINUCCI, "Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?, *Dir. pen e proc.*, 2/2002, p. 139.

escludendo comunque l'introduzione di vincoli automatici in ordine all'adozione di uno specifico modello societario»; che si dovranno prevedere «...due modelli societari riferiti l'uno alla società a responsabilità limitata e l'altro alla società per azioni, ivi compresa la variante della società in accomandita per azioni»; che anche i gruppi di società acquisteranno una disciplina organica senza essere costretti a ledere i «*principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti*» (art. 2 lett. e, f, h).

Rassicurati ma non appagati, si cerca qualche informazione aggiuntiva nelle parti dedicate ai tipi societari, dove si viene in verità alluvionati da informazioni di "dettaglio", di quelle che prescrivono alle S.r.l. una disciplina dei conferimenti tale da «*consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per un proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale*»; mentre, per il contenuto e il trasferimento della partecipazioni sociali e del recesso, la pur ampliata autonomia statutaria dovrà salvaguardare «*il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali*»; prevedendo in ogni caso «*norme inderogabili in materia di formazione e conservazione, nonché in materia di liquidazione, che siano idonee a tutelare i creditori sociali consentendo, nel contempo, una semplificazione delle procedure*» (art. 3 lett. c, d, i).

Sulla stessa lunghezza d'onda saranno le S.p.A. che «*modellate sui principi della rilevanza centrale dell'azione, della circolazione della partecipazione sociale e della possibilità di ricorso al mercato di rischio*», per i conferimenti dovranno «*consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale*» e, a tal fine, si arriverà a «*semplificare la disciplina dell'aumento di capitale, del diritto di opzione e del sovrapprezzo (...) della riduzione del capitale, eventualmente amplia[ndo] le ipotesi di riduzione reale del capitale determinandone le condizioni al fine esclusivo della tutela dei creditori*» (artt. 4.1, 4.5 lett. a, 4.9 lett. b, c).

Seguiranno inoltre la medesima disciplina delle S.p.A., le società **cooperative** «*a cui partecipano soci finanziatori o che emettono obbligazioni*», poiché diverse da quelle che perseguono uno scopo mutualistico e, come tali, rientranti nella definizione di «*cooperazione costituzionalmente riconosciuta*» (art. 5.1 lett. a, b, c, 4.2 lett. a).

Insomma, *molto rumore per nulla* di concreto da analizzare. Per quanto ci si sia dilungati oltre misura nella lettura della delega, mancano indicazioni sufficienti sulla normazione civile in divenire. Certo non si poteva pretendere la determinatezza sempre richiesta per le norme penali, e correttamente seguita anche dalla legge delega. Tuttavia, senza ripetere considerazioni circa l'opportunità di una legiferazione strappata dal suo alveo naturale, quella che sarà la disciplina non

solo civilistica della sottoscrizione e dell'acquisto di azioni proprie trova, al momento, maggiore conforto nella lettura dell'oroscopo.

12. (segue): sottoscrizione di azioni o quote proprie o della controllante

Fino alla riforma degli istituti societari di diritto civile, le norme di riferimento rimangono pertanto quelle "comodamente" richiamate in parte *qua* dagli artt. 2630, comma 1, n. 2 e 2630 *bis* c.c. v.f.

Orbene, dove il reato di *illecite operazioni su azioni o quote sociali o della controllante* oggi accorpa in un articolo le condotte di *sottoscrizione* con quelle di *acquisto*, la disciplina civilistica invece le distingue. Disciplina che qui si riporta in caratteri ridotti per sottolineare quanto c'è di più provvisorio in quest'analisi, sebbene astrologia ed indiscrezioni facciano pensare ad una sostanziale continuità del nuovo statuto societario rispetto all'attuale.

Per ciò che riguarda la *sottoscrizione*, il rinvio alle norme di diritto civile chiama difatti in causa il divieto assoluto di *sottoscrizione di azioni proprie o di azioni o quote della controllante* (art. 2357 *quater*, comma 1 e 2359 *quinquies* c.c.), senza tuttavia più comprendere la «fantasiosa» *sottoscrizione reciproca di azioni* (art. 2360 c.c.) che, con la riforma, ha trovato posizione nella «prima [?] delle fattispecie di reato poste a tutela [...] del capitale sociale»(art. 2632 c.c.)³⁸.

Dov'è subito da notare il maggior rigore della disciplina della *sottoscrizione* rispetto all'*acquisto* di azioni o quote sociali o della controllante (*infra*, §15): ad uguale pena, il divieto di sottoscrizione non trova infatti deroghe. Sia in fase di costituzione che in quella di aumento di capitale, il legislatore penale ha maggior attenzione per la c.d. *effettività* del capitale sociale, ossia, ha cura che il valore effettivo della somma dei conferimenti non sia minore del capitale nominale. In altre parole, il legislatore considera la sottoscrizione di azioni o quote proprie una sorta di peccato originale del necessario rapporto di *alterità* tra soci e società; tanto grave da

³⁸ Così la Relazione al d. legisl. 61/2002 § 12, a conferma di una sistematica disastrosa che ha confinato una fattispecie, cronologicamente volta alla nascita della società, nell'ultimo ed indefinito capo IV «*Degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniali*». Per una prima impressione sulla «*fantasiosa*» fattispecie, ROSSI VANNINI, *La nuova tutela penale del capitale sociale*, *Dir. pen. e proc.* 6/2002, p. 694.

non ammettere eccezioni e chiedere, per la costituzione o l'aumento del capitale, sempre un reale apporto "esterno" di ricchezza³⁹.

Nella nuova disposizione dell'art. 2628 c.c., insieme al riferimento ai *promotori* e ai *soci fondatori* dell'art. 2630 *bis* c.c., scompare l'esigenza di una distinta disciplina per l'acquisto di azioni o quote della controllante. Benvenuto effetto di queste "scomparsa" è il venir meno di alcune ingiustificate disparità di trattamento. La più importante: l'applicazione uniforme dell'art. 223 l. fall. Secondo la norma fallimentare, anch'essa novellata insieme alle norme penalsocietarie, pure gli amministratori di società dichiarate fallite che abbiano sottoscritto azioni o quote proprie o della controllante, se hanno «*cagionato o concorso a cagionare, il dissesto della società*»⁴⁰, verranno ora sanzionati con la pena prevista per la bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.).

13. (segue): controllo di società

La sottoscrizione e l'acquisto delle azioni o quote della società controllante hanno come presupposto una situazione di *controllo* nei termini finora descritti dall'art. 2359 c.c.⁴¹.

Termini secondo i quali una società è controllata da un'altra società che su di essa esercita:

- un controllo di *diritto*, perché «*dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea*»;
- un controllo di *fatto interno*, perché «*dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria*»;

³⁹ CARBONETTI, *op. cit.*, nt. 20, p. 38. Cfr. NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 168, 174 s. che quindi rileva la stessa *ratio* nel divieto di acquisto di azioni proprie non interamente liberate (art. 2357, comma 1 c.c.) «*anche se effettuato entro i limiti della parte disponibile e del patrimonio*» e nel rispetto delle eccezioni di cui all'art. 2357 *bis* nn. 1 e 3 c.c.

⁴⁰ Rimpiange almeno autonomia di stile, il Coordinatore della Commissione ministeriale per la riforma dei reati societari, che nulla ha potuto per lasciare l'art. 216 l. fall. ai principi generali della causalità perché, su suggerimento del Senato, il Governo ha trascritto alla lettera l'eterodossa espressione della legge delega circa il «*concorso a cagionare*», MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in G.E. COLOMBO/G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, t. I, Torino, 1994, p. 82.

⁴¹ FOFFANI, *I reati societari cit.*, nt. 8, pp. 213, 333, ricorda come il divieto dell'art. 2359 c.c. non comprenda anche l'acquisizione di azioni di società controllate da parte della stessa controllante, giacché qui non sussisterebbe lo stesso pericolo di incrocio dei capitali.

– un controllo di *fatto esterno*, perché «sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa»⁴².

La cd «*influenza notevole*», che invece foggia il «*collegamento tra due società*» (art. 2359, ult. comma c.c.), non rileva ai fini dell'art. 2628 c.c., giacché la disposizione penale espressamente richiede una situazione di *controllo*.

Situazione di *controllo* che, come si cennava, non va nemmeno confusa con il cd *gruppo* di società che invero ha, nel *controllo*, un presupposto della sua esistenza. Fenomeno che la giurisprudenza a lungo ha considerato precipuamente economico e con limitati effetti giuridici (artt. 2359, 242, comma 1, n. 10, 2624 c.c.) «*senza che possa parlarsi, rispetto ad esso, di personalità giuridica e neppure di una qualsiasi, pur limitata, forma di soggettività o di centro d'imputazione*»⁴³. Un fenomeno che non ha ancora trovato una disciplina organica, ma decisi riconoscimenti normativi (ad es. in tema di bilancio consolidato) e che, secondo la migliore dottrina, richiede un effettivo «*potere di direzione unitaria*» capace di qualificare l'influenza dominante di una società rispetto ad un'altra⁴⁴.

L'art. 10 l. della legge delega invero prevede la figura del *gruppo di società* e ne detta i principi ispiratori⁴⁵.

14. (segue): acquisto di azioni o quote proprie o della controllante

Pregiudica invece l'*integrità* del capitale sociale ciò che in fase di esercizio è riconducibile ad una larvata restituzione dei conferimenti, e non è quanto si rende eventualmente disponibile con la riduzione del capitale nominale⁴⁶.

⁴² Si osservato come nel controllo *esterno* non vi è «*moltiplicazione di ricchezza*» perché non c'è incrocio azionario, di guisa il capitale sociale non è l'oggetto di tutela di questa disposizione. Se non nel «*generico sospetto del legislatore nei confronti delle partecipazioni azionarie*» MUSCO, *Diritto penale societario* cit., nt. 26, p. 213, invero sempre più anacronistico con la crescente diffusione dei *gruppi* societari, si sono cercate «ragioni» nella repressione di possibili abusi degli amministratori della società dominante FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, p. 334.

⁴³ Cass. 86/3945 (dalla massima).

⁴⁴ Così FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, p. 334 con rif. bibliografici.

⁴⁵ Sul punto, v. anche la relazione illustrativa all'art. 9 (*Gruppi*) del Progetto MIRONI.

⁴⁶ NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 17.

La fattispecie di *acquisto di azioni o quote proprie o della controllante*, ritaglia fatti altrimenti coperti dal divieto di *indebita restituzione dei conferimenti* (art. 2626 c.c.).

È d'interesse osservare come il fenomeno dell'*acquisto di azioni proprie (buy back)* sia una realtà economica particolarmente importante ma controversa.

Negli Stati Uniti, il *buy back* delle grandi aziende quotate in borsa ha toccato, nel 1997, i 42 miliardi di dollari e, dal 1987 al 1997, superato i 150 miliardi di dollari. La spiegazione di tali somme va cercata nei forti flussi di cassa delle imprese d'oltreoceano, nella crescente concentrazione verso le attività tradizionali, nella difficoltà di trovare investimenti remunerativi. Le conseguenti eccedenze finanziarie sono così «*girate ai possessori di azioni*» che, a loro volta, investono nelle imprese quotate ad alto contenuto di ricerca.

Tutt'altro argomento in Italia, dove lo scarso numero di società quotate e il numero ancora più ridotto di quelle che investono in ricerca, rendono il *buy back* un'operazione finanziaria di basso profilo, utile a poche imprese e senza vantaggi per il complesso del sistema societario⁴⁷.

Non è perciò senza ragioni la diffidenza del legislatore italiano che, tuttavia, non nega in assoluto uno *scopo socialmente* apprezzabile all'*acquisto di azioni proprie o della controllante*. Ormai nella «*fisiologia della gestione delle società di capitali*»⁴⁸, si ammette infatti la meritevolezza economico-finanziaria di operazioni di mercato e societarie che hanno come mezzo l'acquisto di azioni proprie.

In tal senso sono ragioni apprezzabili, congruenti con l'interesse sociale, i tentativi di stabilizzare il valore dei titoli⁴⁹, quando la necessità di curare la fiducia dell'azionariato trova il limite nel sostegno a corsi che non siano troppo lontani dai valori reali. Sono altrettanto apprezzabili, le logiche *societarie* legate alla stabilità del *management*, quando cercano di contrastare, seppur col denaro sociale, minoranze perniciose senza annullarne i diritti⁵⁰. Mentre le ragioni dell'apprezzamento stanno nell'indipendenza della società, quando l'acquisto di

⁴⁷ In questi termini, citando uno studio della R&S sugli aggregati finanziari internazionali, *Il sole 24 Ore*, 28 luglio 1999, p. 5.

⁴⁸ FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, p. 290 ss.

⁴⁹ CARBONETTI, *op. cit.*, nt. 20, p. 11 s.

⁵⁰ PARTESOTTI, in *Trattato delle società per azioni*, II, t.1 Torino, 1991, p. 386 ss.

azioni proprie è una forma di difesa da scalate ostili. Ancor meglio, poi, se l'acquisto di azioni proprie è dettato dall'esigenza d'investire la liquidità eccedente in mancanza di alternative dirette: operazione comunque utile ad un reindirizzamento degli investitori verso il mercato, com'è stato il caso sopra descritto per le imprese USA⁵¹.

15. (segue): i limiti all'acquisto di azioni o quote proprie o della controllante

In realtà, ogni acquisto di azioni proprie tende ad annacquare (*watering*) il capitale, che diventa rappresentativo di se stesso⁵². Tuttavia, è unicamente la patologia di queste operazioni che nega un vantaggio compatibile con l'interesse sociale. Coerentemente con queste esigenze, la legge pone solo dei limiti all'acquisto di *azioni o quote proprie o della controllante*⁵³.

Nel dettaglio, la regola oggi differenzia secondo la **tipologia** societaria, disponendo per:

- S.p.A. e SAPA (art. 2464 c.c.), una disciplina dell'acquisto delle proprie azioni (art. 2357, comma 1 c.c.), dell'acquisto di azioni o quote da parte di società controllate (art. 2359 bis, comma 1 c.c.);
- per le S.r.l., un divieto di *operazioni sulle proprie quote* (art. 2483 c.c.);
- per le società cooperative, una diversa regola dell'*acquisto di proprie quote o azioni* (art. 2522 c.c.).

Tre ambiti di tutela che, sempre con riguardo all'acquisto, si differenziano dunque per l'estensione del divieto: assoluto quello delle S.r.l., relativo quello delle S.p.A. e le società cooperative. Relatività del divieto che, alle **S.p.A.**, permette l'*acquisto di azioni proprie* (art. 2357 c.c.) e l'*acquisto d'azioni di società controllate* (art. 2359 bis)⁵⁴ solo quando:

⁵¹ Ma si trovano utilità pure negli acquisti di azioni proprie che celano forme larvate di cogestione dei lavoratori, nel recesso indiretto dei soci, nella liquidazione delle partecipazioni di soci senza sostituti, MUSCO, *Diritto penale societario* cit., nt. 26, p. 205.

⁵² PEDRAZZI, *op. cit.*, nt. 3, p. 375.

⁵³ Circa gli intenti del legislatore del codice di commercio del 1882: contro manovre fraudolente sui titoli, maggioranze fittizie, distrazioni di capitali capaci di minare «la *garantigia delle obbligazioni sociali*», FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, p. 290 con rinvio a MARGHERI, *Il codice di commercio italiano commentato*, II, Verona-Padova-Torino, 1883, p. 280 s.

⁵⁴ Gli *acquisti di azioni proprie o della società controllante*, quando riguardano

- si impiegano gli utili distribuibili e le riserve disponibili⁵⁵;
- che risultano tali dall'ultimo bilancio regolarmente approvato⁵⁶;
- e che riguardano azioni interamente liberate⁵⁷.

Distinzione che non è facile da intendere. In proposito, un suggerimento di carattere "tecnico" rileva come le quote «rappresentative della frazione

una società quotata nei mercati regolamentati, dovranno inoltre «essere effettuati per il tramite di offerta pubblica di acquisto o di scambio ovvero sul mercato, secondo modalità concordate con la società di gestione del mercato in modo da assicurare la parità di trattamento tra gli azionisti» (art. 172, comma 1 con rif. ad art. 132, comma 1, ult. parte d. legisl. 58/1998)

⁵⁵ Per la definizione di *riserve disponibili*, ossia degli accantonamenti contabili di frazioni dell'attivo ulteriori al capitale, e di *utili distribuibili*, cioè degli incrementi di valore conseguiti dalla società in un tempo non limitato all'esercizio d'impresa, non considerando l'acquisizione del cd utile economico, ma la sua destinazione individuata per legge o statuto a riserva (in particolare disputando circa le riserve da soprapprezzo, da conversione obbligatoria, da rivalutazione monetaria, per azioni proprie, facoltative, e per i versamenti in conto capitale) NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 43 ss., MUSCO, *op. cit.*, nt. 26, p. 166 s.; FOFFANI, *Reati societari cit.*, nt. 8, p. 259 s.; ANTOLISEI (agg. CONTI), *Diritto penale. Leggi complementari*, I, 11^a ed., 1999, p. 216 ss.

⁵⁶ Non solo un bilancio formalmente regolare (*contra* App. Milano 18 settembre 1986 in *Giur. comm.*, II, 1987, p. 461 con note in dissenso di PORTALE e FOFFANI), ma anche vero o, perlomeno, dall'effettiva esistenza degli utili distribuibili e delle riserve disponibili da accertare secondo gli stessi schemi, oggi, dell'art. 2626 c.c., giacché la regolarità si riferirebbe alla sola esigenza di un vero e proprio bilancio approvato dall'assemblea (Cass. 4 marzo 1988 in *Banca e borsa* 1988, II, p. 430 riformando App. Milano sopra citato. Sul punto FORNARI, *Acquisto illegittimo di azioni proprie: protezione della garanzia dei creditori sociali e nozione di «bilancio regolarmente approvato»*, *Dir. pen. econ.* 1989, p. 813; FOFFANI, *Reati societari cit.*, nt. 8, p. 296 ss.; ANTOLISEI (agg. CONTI), *op. cit.*, nt. 55, p. 268 nt. 94.

Diversa questione è quella delle perdite sopravvenute in corso di esercizio. Con riferimento all'art. 2364, comma 2 c.c., si è osservato che diciassette mesi possono intercorrere tra la delibera di approvazione del bilancio e l'acquisto, NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 452. Diversamente dalla soluzione commercialistica, il diritto penale tuttavia non copre anche questa ipotesi, perché il divieto di analogia *in malam partem* impedisce di estendere la portata dell'art. 2357, comma 1 c.c. D'altra parte, non è nemmeno possibile configurare la responsabilità degli amministratori considerandoli garanti dell'esecuzione delle deliberazioni assembleari: manca la fonte formale di una tale garanzia, e la delibera è legittima. La questione potrebbe semmai investire la fattispecie di *indebita restituzione dei conferimenti* (oggi art. 2626 c.c.), MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in G.E. COLOMBO/G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, t. I, Torino, 1994, p. 416 s. Diff. ANTOLISEI (CONTI), *cit.*, nt. 55, p. 269.

⁵⁷ Prescrizione che, come sopra ricordato, esprime una tutela che risponde alle stesse esigenze del divieto di sottoscrizione di azioni proprie: l'effettiva copertura del capitale sociale MUSCO, *cit.*, nt. 56, p. 412.

di capitale sottoscritto dal socio»⁵⁸ non sono incorporate in titoli di credito. Sarebbe perciò possibile la loro estinzione per confusione quando, com'è il caso di acquisto di quote proprie, lo stesso soggetto diventa creditore e debitore della partecipazione sociale. In pratica, un'operazione che equivarrebbe alla liquidazione della quota del socio alienante senza il rispetto delle norme sul recesso (art. 2437 c.c.)⁵⁹.

Si tratta invero di una preoccupazione non unanimemente condivisa dalla dottrina civilistica, ma che funge da supporto ad una migliore ragione di "sostanza". *Sostanza* che considera come queste operazioni, pur presentando dei rischi per l'integrità del capitale sociale, siano lo stesso ammesse quando volte alle poc'anzi ricordate esigenze societarie o di mercato, perché viste come manifestazione di uno «scopo socialmente apprezzabile» che ricade su titoli negoziabili dal mercato stesso. Uno scopo *socialmente apprezzabile*, invece non rilevato nelle identiche operazioni che incidono sulle quote proprie di una S.r.l.⁶⁰.

I limiti contenuti dall'art. 2357 c.c. sono una volta di più "allentati" dal regolamento dell'art. 2357 *bis* c.c., che considera ad ogni modo **lecito** l'acquisto di azioni proprie se:

- in esecuzione di una delibera di *riduzione del capitale*;
- avviene a *titolo gratuito*, ma di azioni interamente liberate;
- è effetto di successione universale o di fusione;
- proviene da esecuzione forzata per il soddisfacimento di un credito della società.

Come per le S.p.A., anche le **SAPA** sono sottoposte ad un divieto relativo di acquisto di «quote o azioni» (l'art. 2522 c.c.). Alterando in qualche misura l'omogeneità di tutela della fattispecie verso l'integrità del capitale sociale e delle riserve obbligatorie, al comune limite del rispetto degli *utili distribuibili e delle riserve disponibili* secondo l'ultimo bilancio regolarmente approvato, si aggiunge con pari valore ostativo la formale violazione dell'autorizzazione all'acquisto o al rimborso previsto dall'atto costitutivo⁶¹.

Rimborso che invece di acquisire al *patrimonio* sociale il conferimento, determina il suo annullamento con conseguente riduzione del capitale so-

⁵⁸ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*. Bologna, 1999/2000, p. 411.

⁵⁹ Sul punto NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 465 s., cui si rinvia anche per i riferimenti civilistici; PEDRAZZI, *cit.*, nt. 3, p. 376; FOFFANI, *Reati societari* *cit.*, nt. 8, p. 295.

⁶⁰ FOFFANI, *Reati societari* *cit.*, nt. 8, p. 295; NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 466.

⁶¹ *Contra* VISENTINI, *Azioni di società* (voce), *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 999; NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 474 giustamente obiettando che il rispetto della disposizione statutaria è oggetto di una disposizione ad *hoc* che non può essere disapplicata.

ciali; operazione senz'altro possibile grazie alla connaturata variabilità del capitale delle cooperative⁶².

Acquisto viceversa che, diretto o fatto «per tramite di società fiduciaria o per interposta persona⁶³» (art. 2357 ult. comma c.c.), comprende, per la dottrina, qualunque negozio oneroso o gratuito che ha come «effetto il trasferimento della proprietà delle azioni in capo alla società emittente»⁶⁴ e, per la giurisprudenza, «qualsiasi tipo di negozio, oneroso o gratuito, idoneo a determinare l'obbligo della cosa nella sfera patrimoniale del soggetto⁶⁵». Nel concetto di acquisto rientra così anche la permuta, la commissione e, accentuando l'aspetto relativo al trasferimento rispetto all'eventuale funzione di finanziamento garantito da titoli, pure il riporto⁶⁶.

16. Altre operazioni sulle proprie azioni

Se non è acquisto o sottoscrizione di azioni o quote, non è azione che rientri nell'art. 2628 c.c. Ma altre operazioni possono portare allo stesso risultato. Interessante è il caso di fusioni tra società mediante il meccanismo della leva finanziaria.

L'art. 7.1 lett. d) della legge delega di riforma del diritto societario espressamente esclude che la contrazione di debiti di una società per l'acquisizione del controllo dell'altra rientri nel divieto "diretto" di acquisto o di sottoscrizione di azioni proprie di cui agli artt. 2357 e 2357 quater c.c. oppure in quello "indiretto" di accordare prestiti o di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie prescritto dall'art. 2358 c.c.⁶⁷.

⁶² NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 471, 473.

⁶³ Sull'interposizione e i diversi negozi che la permettono Trib. Milano 18 settembre 1992 in *Giur. comm.*, II, 1993, p. 84.

⁶⁴ Con l'eccezione delle azioni non interamente liberate, art. 2357 bis, comma 1, n. 2 c.c., NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 435 s.

⁶⁵ Trib. Milano, 18 settembre 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 84 cit., e comm. da MUSCO, *Diritto penale societario* cit., nt. 26, p. 206.

⁶⁶ PEDRAZZI, cit., nt. 3, p. 376.

⁶⁷ Molto si discute sulla "ragione" della previsione. Per il divieto di «accordare prestiti o fornire garanzie» (art. 2358, comma 1 c.c.), si è infatti parlato di tutela dell'integrità del capitale sociale; di evitare speculazioni private degli amministratori; di ottenere la "neutralità" del management e della società. Con riferimento al divieto di «accettare azioni proprie in garanzia» (art. 2358, comma 2 c.c.) alla difesa dell'integrità del capitale sociale si è aggiunta la volontà di evitare forme nascoste di restituzione dei conferimenti; di ottenere un risultato simile alla vietata emissione di azioni per somma inferiore al loro valore nominale; di evitare che gli amministratori possano uti-

Disposizione che sembra chiudere la questione su un modello di finanziamento assai diffuso, prima negli USA quindi in Europa: il cd *leveraged buy out*. Un'operazione che nella sua forma definita «socialmente tipica» assume il modello della fusione (*merger*), in cui l'acquisto di un'azienda o di una partecipazione societaria in azioni o quote della società bersaglio (*target*), da parte di una società creata *ad hoc* (*newco*), avviene grazie ad un finanziamento garantito dalle attività e dai flussi di cassa della stessa società bersaglio⁶⁸.

In realtà, le tipologie e i motivi di questi movimenti finanziari e societari possono essere i più disparati ed è difficile ricondurli ad una fattispecie. Spesso è operazione che proviene dagli stessi amministratori della *target* o dai suoi dirigenti-dipendenti (*management buy out* in senso ampio e stretto)⁶⁹; la *newco* può essere la classica scatola vuota o una società operativa; l'acquisto può essere consensuale o realizzarsi mediante un'OPA ostile; l'iniziativa può provenire dallo stesso gruppo o da società esterna alla *target*⁷⁰.

Il fenomeno infine determina «una traslazione del costo dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita»⁷¹. Può inoltre produrre i vantaggi fiscali derivanti dalla "diluizione" degli utili di una società

lizzare le azioni per manipolare l'assemblea; di difendersi contro imprecisati "abusi di varia natura", per tutti, NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 504 s.

⁶⁸ MONTALENTI, *Leveraged buyout* (voce), *Enc. giur. Trec.*, XVIII, 1994, p. 1; ACCINNI, *Profili penali nelle operazioni di leveraged-management buyout*, Milano, 1996, p. 1 ss.

MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., nt. 26, p. 199, sottolinea che il primo caso "penale" di *leveraged buy out* passato al vaglio della giurisprudenza è ritenuto erroneamente quello di "Farmitalia", dove la contestazione ha riguardato un presunto acquisto illecito di azioni proprie, Trib. Milano, 30 giugno, 1992 in *Foro it.*, II, 1993, 168. La prima volta del *leveraged buy out* sarebbe invece il caso "Fratelli Marzoli", Gip Trib. Brescia, 1 giugno 1993 riportata in CRESPI, *Rassegna di diritto in Riv. soc.*, 1993-1994.

⁶⁹ Ma solo la prima compone un divieto assoluto e viene qui analizzata. Nei confronti dei dipendenti, l'art. 2358, comma 3 c.c. abbandona molti timori, e ammette ogni operazione effettuata «per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate» nei «limiti degli utili distribuibili regolarmente accertati e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio» c.c.), cfr. MONTALENTI, cit., nt. 68, p. 2.

⁷⁰ PREITE, *I merger leveraged buy-outs e gli artt. 2357 e 2358 c.c.*, *Giur. comm.*, 1993, II, p. 107; FOFFANI, *Reati societari*, cit., nt. 8, p. 327.

⁷¹ SHERWIN, *Creditors' right against participants in a leverage buyout*, *Minn. Rev.* 1988, 449, p. 451 cit., da MONTALENTI, *op. cit.*, nt. 68, p. 1.

nelle perdite dell'altra⁷². Negli Stati Uniti, in un breve periodo (1984-1987), 500 società tratte dall'elenco annuale di *Fortune* hanno utilizzato il *leveraged buyout* per ristrutturarsi finanziariamente. Il rapporto fra i debiti e mezzi propri dell'impresa (*debt-equity ratio*) è passato da 4:1 a 14:1. L'acquisizione mediante il debito è diventata una costante delle scalate e delle sostituzioni del controllo societario (*take-over game*) che corona una «pericolosa» tendenza all'economia fondata sul debito. Dottrina e giurisprudenza statunitense hanno di conseguenza cominciato a considerare alcune operazioni di *leveraged buy out* negozi in frode alla legge (*fraudolent conveyance*)⁷³.

17. (segue): *l'interpretazione del leveraged buy out*

In Italia, il *leveraged buy out* è in piena espansione; e segue due vie interpretative.

La prima via, la sola battuta dalla giurisprudenza come dalla dottrina maggioritaria, è quella che considera il *leveraged buy out* una forma di **acquisizione** societaria che può interessare:

– sia il divieto d'*acquisto di azioni proprie per interposta persona* (art. 2357, ult. comma c.c.), però sorvolando sul fatto che l'obbligo di trasferire le azioni e il pacchetto azionario della *target* vengono a meno con la fusione;

– sia il divieto di *altre operazioni sulle proprie azioni* (art. 2358 c.c.), tuttavia secondo una concezione dinamica che valuta il complesso dell'operazione come un negozio in frode alla legge che ammette la sindacabilità dei motivi di fusione su parametri decisamente civilistici⁷⁴.

⁷² Salve le limitazioni poste dall'art. 123 del TUIR/1986 e dalla l. 358/1997. Sul punto v. inoltre PANSIERI, *II Fusione di società ed enti-dir. trib.*, *Enc. giur. Trec.*, XIV, 1989, p. 2 ss.

⁷³ In questi termini MONTALENTI, cit., nt. 68, p. 2 cui si rimanda anche per definizioni e riferimenti comparatistici.

⁷⁴ DI PIETROPAOLO, *Profili penali del leveraged buyout nel diritto penale italiano*, *Dir. fall.*, 1991, I, p. 689; MONTALENTI, cit., nt. 68, p., 3 ss.; NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 522. *Contra* ACCINNI, *Operazioni di leveraged buyout ed un preteso caso di illiceità penale*, *Riv. soc.*, 2001, p. 196 ss.; FOFFANI, *Reati societari*, cit., nt. 8, p. 264 ss.; MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., nt. 26, Milano, 1999, p. 200 ss.; PEDRAZZI, cit., nt. 3, p. 379. Considera il *leveraged buy out* un negozio in frode alla legge, quando utilizzato per aggirare il divieto di assistenza finanziaria disposto dall'art. 2358 c.c., Trib. Milano, 13 maggio 1999, *Riv. soc.*, 2000, p. 75.

Dunque, interpretazioni di sofferto valore penalistico sotto il profilo della tassatività: ancor più oggi se, con la lettura della relazione al d. legisl. 61/2002 (§ 10), si ammette l'attuazione della legge delega anche per ciò che riguarda la premessa lettera d) dell'art. 7).

La seconda via considera il *leveraged buy out* una **restituzione** in forma dissimulata della partecipazione societaria. Con la fusione per incorporazione, l'incorporante succede a titolo universale e vi è confusione dei due patrimoni; ma il nuovo *patrimonio* garantisce anche i debiti della *newco* per acquistare la *target*, sicché il conferimento alla *target* si è trasformato in un credito verso la stessa; *ergo*, incassando il credito si dissimula una restituzione dei conferimenti⁷⁵.

Una prospettiva che può avventurarsi oltre la tipologia della fusione esclusa dalla legge delega e trovare ancora rilevanza penale nell'*indebita restituzione di conferimenti* (art. 2626 c.c.) al cui commento senz'altro si rimanda. In questa sede c'è solo spazio per un accenno sull'impostazione interpretativa. Individuare nel *leveraged buy out* un *indebita restituzione di conferimento*, guarda ancora una volta l'operazione nel suo complesso e vi cerca motivi sostanziali. La forma vede un conferimento ad una società (*newco*) e vicende societarie che, dopo una fusione, hanno portato alla realizzazione di un credito nei confronti di una società diversa. L'esame penalistico per il significato sostanziale di un fatto chiede la preordinazione di tutta l'operazione e si scontra con un dato letterale: nulla è stato conferito alla società che paga il suo debito.

Dubbi che trovano conforto nell'indizio, offerto dalla delega, di escludere ogni rilevanza penale a forme di finanziamento incapaci di rientrare, senza forzature esegetiche, nel caso *tipo* dell'*indebita restituzione di conferimenti*. Il fatto che la legge delega richiami i soli artt. 2357, 2357 *quater*, 2358 c.c. pare, invece, più il seguito di un percorso argomentativo consolidato che un'apertura di credito, *a contrario*, circa il significato penale di indefinite fraudolenze negoziali ora da costringere nell'inciso sulla dissimulazione in tema di conferimenti indebitamente restituiti (art. 2626 c.c.)⁷⁶.

⁷⁵ SORBELLO, *Il leveraged buy out fra il divieto di cui all'art. 2358 e quello di cui all'art. 2623 n. 2 c.c.*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 665.

⁷⁶ Tuttavia, NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 511 ricorda: MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, p. 288; PORTALE/DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote in garanzia e casse di risparmio "riformate"*, *Banca e borsa*, I, 1989, p. 706 e, per il c.

18. Elemento soggettivo

Il delitto è punito a titolo di dolo generico. Tutti gli elementi *significativi* della fattispecie dovranno rientrare nella rappresentazione e volontà dell'agente (artt. 42, 43, 47 c.p.; cfr Corte cost. 364/1988).

Il necessario riferimento alle norme di diritto civile che definiscono il divieto di sottoscrizione d'azioni e quote, i limiti all'acquisto delle stesse secondo i tipi societari (art. 2628, comma 1 c.c.), la definizione della situazione di controllo (art. 2628, comma 2 c.c.) e ogni fattore *significativo* che, come specifica la norma, non sia «fuori dei casi consentiti dalla legge», dovranno pertanto essere coperti dal dolo dell'autore, anche eventuale.

L'eterointegrazione della fattispecie penale con disposizioni di diritto civile non esclude, tuttavia, di ragionare circa il perverso automatismo che riporta l'errore di diritto su norma *extrapenale* (art. 47, comma 3 c.p.) in quello su legge *penale* (art. 5 c.p.)⁷⁷.

L'evitabilità dell'**errore su norma penale** (C. cost. 364/1988) è, infatti, misura ridotta in un settore dall'alto tasso professionale, qual è quello societario, dove l'artificiosità delle fattispecie traghetta con facilità l'errore sul *fatto* all'errore sull'*antigiuridicità*.

Un passo contro l'oggettivizzazione della responsabilità, potrebbe perciò chiedere all'agente l'«*intenzione*», se si vuole "laica", della lesione all'interesse tutelato indiziata dall'evento "economico" della ferita al *patrimonio indisponibile* "reale": in altri termini, la rappresentazione dell'offesa e la "volontà" del fatto che la costituisce⁷⁸.

Una soluzione per così dire «abrogante dell'art. 5 c.p.», che sposta sul dolo considerazioni personalistiche circa la coscienza dell'illiceità

comm. (1882), NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Milano-Torino-Roma, 1919, p. 365.

⁷⁷ Cfr PEDRAZZI, cit., nt. 1, p. 350.

⁷⁸ Una sorta di *Vorsatztheorie* su cui meditare. Negli effetti una soluzione diversa rispetto all'equilibrata proposta di ritenere l'errore sull'offesa attinente all'antigiuridicità, perché riguarda l'intero fatto e non singoli elementi di esso, da valutare come errore inevitabile. Dunque, un errore che non fa venir meno il dolo ma, per i reati di pura creazione legislativa, considera l'addebito dei soli profili culturali e professionali della categoria di appartenenza dell'agente e, invece, riserva gli altri elementi all'errore su norma extrapenale (art. 47, comma 3, c.c.) cfr. DONINI, *Teoria* cit., nt. 28, p. 280 nt. 35, 295 s., 299, 303 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, 5^a ed., Milano, 1999, p. 246 ss.; BONDI, *I reati* cit., nt. 17, pp. 143, 184 ss.

penale e lascia sul campo non pochi dubbi. Al di là di questioni terminologiche, forse l'elemento cui si può chiedere il fardello della coscienza dell'offesa è il versante "sogettivo" del dolo, da trattare in sede di colpevolezza e sottoporre al requisito dell'inevitabilità; ma da sanzionare, in caso di errore su un elemento specializzante, secondo la disciplina prevista dall'art. 47, comma 2 c.p. Un ragionamento che merita certo altri spazi e diverso approfondimento.

D'altra parte, l'autonomizzazione delle disposizioni societarie penali troverà ben altri percorsi, quando l'orgoglioso distinguo del penalista arriverà al reale dispiego degli strumenti concettuali posti a servizio della responsabilità presidiata da pena.

Non c'è difatti astrusità societaria che possa far dimenticare come la valutazione della *colpevolezza* sia l'analisi del reato che più si avvicina alla *persona*, chiedendo criteri di attribuibilità dell'illecito all'agente concreto affatto diversi da quelli civilistici. Criteri da perseguire con ostinazione ancora maggiore, quando l'ingresso della responsabilità "parapenale" delle **persone giuridiche** avviene in un settore, qual è quello societario, abituato a ragionare per "rischi d'impresa": dunque, secondo ingranaggi naturalmente destinati a perdere l'attenzione per le persone fisiche⁷⁹.

Il ridotto numero di fattispecie, l'aumento delle condizioni anche soggettive pretese per la loro sussumibilità, l'importante presenza di soglie di rilevanza, di condizioni di procedibilità e di cause estintive del reato potrebbero, infine, provocare alla giurisprudenza crisi di "astinenza punitiva". La qual cosa renderebbe difficile ignorare le richieste d'aiuto di chi crede, o crederà, che il sistema societario sia stato posto *fuori concorrenza* per l'inaffidabilità delle norme che, senza un'effettiva copertura penale, sono chiamate alla sua disciplina.

Ma se è lecito domandarsi in che misura il *patrimonio indisponibile* presidi ancora penalmente investitori ed investimenti, non è invece lecito all'esegeta cercare versioni "light" del reato di *illecite operazioni sulle azioni o quote proprie o della controllante*. Quando il campo è della politica, l'interpretazione tace.

⁷⁹ V. retro § 8.

19. Consumazione

Il momento *consumativo* non coincide più con il perfezionamento del negozio: occorre la «*lesione al capitale sociale o alle riserve indisponibili per legge*».

Della *causalità*, considerata parte del complesso giuridico che porta all'imputazione oggettiva dell'evento, si è accennato⁸⁰.

Del *perfezionamento* del contratto, sullo schema della compravendita con varianti forgiate dagli usi di borsa e solo in parte tipizzate (artt. 1536, 1551 c.c.; 76 l. fall.), basti ricordare che chiamano la consensualità le *vendite a termine* e la possibilità di contrarre allo *scoperto*, a *premio* (*dont, put, stellage, noch, spread*), sui strumenti finanziari derivati (*future, swaps*); si riaccosta invece alla realtà il contratto di riporto (art. 1548 c.c.)⁸¹.

Mentre dell'ennesimo rinvio, non solo alle norme ma pure alle dispute civilistiche circa la sufficienza del consenso per l'effetto del trasferimento di proprietà sulle azioni, si lascia questionare al diritto civile⁸².

Il penalista prenderà atto dei risultati interpretativi civilistici, per poi verificarne la compatibilità con i principi e le norme della sua materia. Nulla è cambiato: la regola di diritto civile è condizione necessaria ma non sufficiente per la determinazione della responsabilità penale⁸³.

20. Tentativo

Il venir meno della coincidenza tra perfezionamento del contratto e consumazione di un reato oggi definito di *danno*, non è senza effetti. Il *tentativo di illecite operazioni sulle azioni o quote proprie o della controllante*, si configura in effetti senza più la spada di Damocle delle

⁸⁰ V. retro § 7.

⁸¹ RESCIGNO, *Contratto. In generale* (voce), *Enc. giur. Trec.*, IX, Roma, 1988, p. 26 s.; SERRA, *Contratti di borsa* (voce), *Enc. giur. Trec.*, VIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; AULETTA/SALANITRO, *Diritto commerciale*, 13^a ed., Milano, 2001, p. 555 ss.; GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1999/2000; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 9^a ed., 2001, Napoli, p. 242 ss., p. 1153 ss.

⁸² NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 459 e bibl. ivi citata.

⁸³ V. retro §§ 3, 11.

peregrinazioni civilistiche, e senza più dibattere circa l'opportunità politico-criminale di far seguire, alla frazionabilità fenomenica offerta da trattative sull'acquisto di azioni proprie, la rilevanza penale del tentativo di un reato di pericolo presunto⁸⁴.

Inoltre, grazie alla presenza dell'evento, il reato può oggi assumere la forma del tentativo *compiuto* (l'evento non si verifica) come di quello *incompiuto* (l'azione non si compie). Distinzione utile ai fini della commisurazione della pena, ed essenziale alla diversa disciplina della *desistenza volontaria* e del *recesso attivo* (art. 56, comma 3 e 4 c.p.).

Inaspettatamente, perciò, al *tentativo* si aprono percorsi applicativi finora preclusi. Non fosse per l'ingombrante presenza di una *causa di estinzione del reato* (art. 2628, comma 3 c.c.)⁸⁵, il *tentativo* darebbe nome e disciplina propria a quanto in genere mal si camuffa con i reati di pericolo presunto.

21. Successione di leggi penali

Nonostante il ridotto interesse della giurisprudenza per i fatti di *acquisto o sottoscrizione di azioni o quote proprie*⁸⁶, rimane importante distinguere se, con la disciplina prevista dall'art. 2628 c.c., si sia di fronte ad una nuova incriminazione o alla diversa formula di una regola preesistente. Non fosse altro, la risposta è contributo alla definizione di un sistema che, dopo il d. legisl. 61/2002, appare assai ridimensionato nella sua valenza penale.

⁸⁴ Cfr BONDI, *Aggiotaggio* cit., nt. 6, p. 20 ss., 104.

⁸⁵ V. oltre, § 25.

⁸⁶ Noto l'isolato caso "Farmitalia Carlo Erba S.p.A." su cui si è pronunciato il Tribunale di Milano, 30 giugno 1992, *Foro it.*, 1993, II, 168 con nota di SCODITTI. Sulla sentenza, MUSCO, cit., nt. p. 207 s.

Eppure, la fattispecie di *acquisto di azioni proprie* è antica, almeno per i giovani parametri del diritto penale societario. L'art. 247 n. 3 del codice di commercio del 1882 già comminava agli amministratori e ai direttori una «pena pecuniaria sino a cinquemila lire, salve le maggiorazioni comminate nel codice penale: che abbiano [...] acquistato azioni della società contrariamente alle disposizioni dell'art. 144» che a sua volta disponeva che «Gli amministratori non possono acquistare le azioni della società per conto di essa, salvo il caso in cui l'acquisto sia autorizzato dall'assemblea generale, e sempreché si faccia con somme prelevate dagli utili regolarmente accertati e le azioni siano liberate per intero». Sul complesso sviluppo dell'incriminazione NAPOLEONI, cit., nt. 9, p. 421 s.

Seguendo le orme dei nuovi reati in materia di imposte e di valore aggiunto (d. legisl. 74/2000), anche i reati societari hanno infatti rinunciato a disposizioni di diritto transitorio. Ormai uno stile legislativo che consegna le questioni intertemporali di una norma ai comuni criteri previsti dalla parte generale del codice penale in tema di *successione di leggi nel tempo* (art. 2 c.p.).

22 (segue): *continuità*

Come si è visto, l'attuale formulazione dell'art. 2628 c.c. riprende elementi degli artt. 2630, comma 1, n. 2 e 2630 *bis* c.c. v.f.⁸⁷, concentrando la condotta penalmente rilevante sull'*acquisto e sulla sottoscrizione di azioni o quote sociali proprie o della controllante*.

Di questa condotta, l'art. 2628 c.c. rappresenta la *successione* alla disciplina precedente. Questo, almeno, secondo un giudizio di **continuità** tra fattispecie che considera su un piano generale e astratto le proiezioni della legge nel tempo, e in tale maniera vede nelle «*illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante*» una *abrogatio sine abolitio* di parte dell'eterogeneo affastellato finora costretto nei sopra ricordati delitti di «*violazione di obblighi incumbenti agli amministratori*» (art. 2630 c.c) e di «*violazione del divieto di sottoscrizione di azioni proprie o di azioni o quote della società controllante*» (art. 2630 *bis*).

Un giudizio di continuità che, pur partendo da riferimenti normativi differenti (art. 2/3 c.p.), consolida il suo procedere avvicinando la *successione di leggi nel tempo* al percorso logico ed argomentativo che

⁸⁷ Il testo degli articoli abrogati, nella parte compresa dalla norma attuale, prevedeva:

2630 c.c. Violazioni di obblighi incumbenti agli amministratori. «*Sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire quattrocentomila a due milioni gli amministratori che:*

...2) *violano le disposizioni degli articoli 2357, primo comma, 2358, 2359 bis, primo comma, 2360, o quelle degli articoli 2483 e 2522*»;

2630 *bis* c.c. Violazione del divieto di sottoscrizione di azioni proprie o di azioni o quote della società controllante. «*Sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire quattrocentomila a due milioni i promotori, i soci fondatori e gli amministratori che violano le disposizioni di cui agli art. 2357 quater, primo comma, e 2359 quinquies, primo comma*».

orienta sia il *concorso apparente* tra norme (15 c.p.) sia quello tra corpi normativi diversi (artt. 9 l. 689/1981, 19 d. legisl. 74/2000)⁸⁸.

Un giudizio che, infine, censura la pantomima di un'analisi solo logica cui si vorrebbe invece abbandonare la ricerca di contenuti per il valore «sostitutivo» del Titolo XI del libro V c.c., espressamente attribuito dall'art. 1 del d. legisl. 61/2002 alle «nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi in materia di società e consorzi».

Dal confronto ermeneutico con la passata disciplina, si rileva la comune attenzione per l'*effettività* e l'*integrità* del capitale sociale e delle riserve indisponibili. Un'attenzione che, nella nuova formulazione senza rinvio alle disposizioni civilistiche, segue un parallelismo logico-strutturale con la normativa precedente limitando o, se si vuole, giuridicamente specializzando l'ambito di operatività della fattispecie con riguardo: alla *condotta* (solo di acquisto o sottoscrizione di azioni o quote proprie o della controllante); ai *destinatari* (non più i promotori e i soci fondatori); al *tipo di reato* (non più di pericolo presunto ma di danno); alla *punibilità* (è prevista ora una causa di estinzione del reato mediante reintegrazione dell'offesa)⁸⁹.

Si tratta certo di elementi di "*specialità*" per *aggiunta* e per *specificazione* di particolare rilevanza, che tuttavia lasciano il castello politico-criminale della fattispecie sostanzialmente intatto, concentrando la difesa sulla roccaforte a scapito delle mura esterne, secondo un piano che presuppone la continuazione e non la integrale sostituzione del tipo d'illecito⁹⁰.

Ne consegue un giudizio di *continuità* con la normativa trascorsa e, per contro, la correlata abolizione (ad es. del cd *leveraged buy out*)⁹¹ o la diversa collocazione (ad es. della *sottoscrizione reciproca di azioni o quote*) dei fatti ormai estranei ad una norma rimasta sì, a protezione dell'*integrità* e dell'*effettività* del capitale, ma verso le sole operazioni illecite che si traducono in acquisto o nella sottoscrizione su azioni o quote proprie o della controllante che, dolosamente, ledono il «*capitale sociale o le riserve non disponibili per legge*» dell'ente societario.

⁸⁸ Cfr da ultimo DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (art. 2621e 2622 c.c.) dopo il d. lg. 11 aprile 2002, n. 61*, CP 2002, p. 1240 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁸⁹ V., nell'ordine, §§ 10, 8, 5, 25

⁹⁰ Seguendo un modello interpretativo assai simile, ma giungendo ad un opposto risultato in tema di *false comunicazioni sociali*, DONINI, *Abolitio criminis* cit., nt. 88, 1276.

⁹¹ V. §§ 16, 17.

23. Concorso di norme

L'impostazione delle problematiche relative all'ambito di validità tra norme, seguirà criteri di *valore* analoghi a quelli sopra utilizzati per risolvere l'ambito di validità tra norme nel tempo⁹².

Quando il presente vede più norme convergere sullo stesso fatto, la specialità logica è infatti insufficiente per valutare se tutte regolano anche la «*stessa materia*» (art. 15 c.p.). La deroga di una norma, in verità chiede un apprezzamento sotto la diversa angolazione del diritto, secondo il principio del *ne bis in idem*.

D'altronde non è difficile, e meno che mai al diritto penale societario, che manchino del tutto i presupposti per solo porre l'alternativa teorica tra concorso reale e apparente. Quando la "logica della specialità" cade nei sofismi della *cd specialità reciproca*, o *in concreto peregrina* tra gli elementi più specializzanti per optare secondo numero o sanzione più grave, ebbene, non s'inizia nemmeno con una verifica logica, bensì con un giudizio di *valore*. Un tipo di giudizio che, sempre confrontando fattispecie astratte, cerca gerarchie secondo il canone della *sussidiarietà*, e persino ammette *consunzioni* di norme in concorso materiale.

L'alternativa ad un concorso *apparente* di norme invece presume norme con pari diritti all'esistenza. Esse seguono la disciplina del concorso *formale* (art. 81, comma 1 c.p.), quando insistono sulla medesima condotta; e quella del concorso materiale di reati eventualmente continuati (artt. 71 ss.; 81, comma 2 c.p.), se si tratta di condotte giuridicamente distinte.

24. (segue): concorso di norme "interno" ed "esterno"

Per la disciplina delle *illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante* occorre inoltre distinguere tra concorso di norme "interno" ed "esterno".

Il primo si svolge, secondo parola, all'*interno* dell'art. 2628 c.c. e combatte ancora su due fronti.

⁹² «Di fatto il conflitto tra i giudizi di valore è al centro di tutti i problemi di metodo posti dall'interpretazione e dall'applicazione del diritto. Per questo la logica giuridica è una logica della controversia», PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979, p. 10. V. anche BONDI, *Problematiche dell'aggiotaggio* cit., nt. 6, 39 ss.

Su un fronte, si contrappongono l'*acquisto* e la *sottoscrizione* di azioni proprie. Sono condotte tradizionalmente distinte, la cui identità d'interessi non arriva ad annullare eventuali spazi temporali importanti. Il concorso materiale di reati, nel caso uniti dal vincolo della continuazione, sembra la risposta più corretta verso condotte che esprimono modi diversi di aggressione all'interesse salvaguardato. Soluzione che trova conforto nella diversità di misura dei divieti civilistici. L'assolutezza del divieto di sottoscrizione guarda infatti all'*effettività* del *patrimonio indisponibile*; mentre la relatività del divieto di acquisto di azioni o quote per le S.p.A. e le SAPA, sopporta l'eccezione delle S.r.l. e mira a preservare l'*integrità* del *patrimonio indisponibile*⁹³.

Sull'altro fronte, si rimane sempre all'interno della fattispecie, ma considerata nel complesso del suo rinvio con le disposizioni di diritto civile che ne "dettagliano" il precetto.

Quid iuris, pertanto, quando vengono violati più limiti che individuano il reato di *acquisto di azioni proprie o della controllante* per le S.p.A. (artt. 2357, 2359 *bis* c.c.) e di *acquisto di azioni o quote* per le SAPA (art. 2522 c.c.)? Una condotta che impiega utili non distribuibili, con un bilancio non regolarmente approvato, di azioni non liberate subirà la disciplina del concorso formale di reati?

Una risposta positiva sembra eccessiva. Con l'eccezione dell'acquisto di azioni non interamente liberate, che invero guarda l'*effettività* e non l'*integrità* del capitale sociale, una valutazione prudente del *ne bis in idem*, col sostegno della sostanziale uniformità dell'interesse preservato, può senza rammarico considerare la fattispecie *de qua* una norma alternativa mista: espressione solo apparente di un concorso di norme.

Le possibilità di un concorso di norme *esterno* alla disciplina complessiva dell'art. 2628 c.c. sono, invece, nei fatti diminuite con la scomparsa delle fattispecie che specificatamente colpivano le cd *infrazioni minori* in materia di acquisto, amministrazione, possesso di azioni proprie o della controllante (art. 2630, comma 2, n. 4 c.c. v. f.): manifestazioni di interessi *endosocietari* diversi, con tendenza alla concorrenzialità formale rispetto alla condotta principe di acquisto di azioni proprie o della controllante⁹⁴.

⁹³ Retro §§ 12, 13.

⁹⁴ Cfr FOFFANI, *Reati societari* cit., nt. 8, p. 304 ss., 307 ss.; NAPOLEONI, *op. cit.*, nt. 9, p. 461 s.

È invece rimasta la possibilità di concorso, formale o materiale, con il delitto di «*irregolare acquisto di azioni proprie*» da parte di *emittente quotata* (art. 172 che rinvia all'art. 132 d. legisl. 58/1998).

La medesimezza del riferimento alla disciplina degli artt. 2357 e 2357 *bis* c.c., non copre la diversità del bene protetto individuato, per le emittenti quotate, nella *parità di trattamento tra gli azionisti* funzionale alla protezione del *pubblico dei risparmiatori*. Intento confermato dalla stessa norma che ammette la possibilità, preclusiva della sanzione penale, di assicurare comunque la *parità di trattamento tra gli azionisti* (art. 172, comma 2 d. legisl. 58/1998).

In proposito si osservi che, seppur intervenuto anche in materia di emittenti quotate, l'art. 8 del d. legisl. 61/2002 non ha abrogato l'art. 172 d. legisl. 58/1998, e nemmeno ha modificato i limiti edittali prima identici a quelli previsti dall'art. 2630, comma 1 n. 2. Evidentemente, alla somiglianza delle condotte oggi non corrisponde più la contiguità del disvalore del fatto.

25. Causa di estinzione del reato

È piaciuto alla *legge delega* stabilire una causa di estinzione del reato fondata sulla ricostituzione del capitale sociale o delle riserve «*prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta*» (art. 2628, comma 3 c.c.). In altre parole, calata nello spirito di una «*patrimonializzazione privatizzata*» della tutela penale societaria, con l'elegante fraseggio di «*relativi in relazione*», il legislatore ha infine pensato che una fattispecie costruita sul danno potesse riuscire dove la precedente fattispecie di pericolo presunto aveva mancato: nella sua applicazione.

Per scongiurare anche solo l'eventualità di pena ha quindi scomodato la teoria nobile: l'*idea di scopo* in verità può guardare anche gli interessi patrimoniali e la condotta estintiva è omogenea all'offesa, volontaria, infungibile⁹⁵.

⁹⁵ Non è negativo ed è argomentato il giudizio di MUSCO, *I nuovi reati societari* cit., nt. 16, p. 7 s. *Contra* FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, *Dir. pen. e proc.*, 10/2001, p. 1197; PERINI, «*La riforma dei reati societari. Note in tema di risarcimento del danno e tutela del capitale sociale*», *Impresa*, 12/2001, p. 1952. Sull'idea di scopo, MONACO, *Prospetti dell'idea di scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

Peccato che una causa di estinzione del reato di tal fatta s'inserisca in una fattispecie irta di condizioni, volta a colpire amministratori che, per quanto votati al crimine societario, troveranno in ogni modo difficile realizzare la condotta incriminata.

In conclusione: la certezza della non punizione di fronte all'incertezza della minaccia sembrano il "libero destino" delle *illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante*⁹⁶.

⁹⁶ Quando il discorso si prolunga, il ricordo è più fermo sulle ultime parole. Questa è la ragione per cui solo adesso ringrazio per il dialogo, l'interesse e, soprattutto, le critiche i Professori Amici: Giovanni Fiandaca, Enrico Ginevra, Gabriele Marra, Achille Marchionni, Piergiorgio Morosini, Valeria Pierfelici, Sergio Seminara. Ovviamente, ultimo degli ultimi è sempre chi da tempo mi sopporta con un paziente sorriso: il Professor Lucio Monaco.

ANNA MARIA GIOMARO

La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris.

ABSTRACT

Il valore della scelta alternativa concessa al convenuto contro l'attore temerario, condotta fra *iudicium calumniae*, *iudicium contrarium*, *restipulatio* e *iusiurandum de calumnia* in ragione della natura di ciascuno e delle differenti premesse così come dei risultati concreti da raggiungere, è stato oggetto di una comunicazione al Convegno di Pontignano (13-15 dicembre 2001) organizzato dalla facoltà di Giurisprudenza di Siena per onorare Arnaldo Biscardi a qualche anno dalla sua scomparsa (lo stesso testo compare nella *Rivista di diritto romano* 1, 2001, www.ledonline.it), e su un tema ("Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico") così caro al compianto Maestro. La pluralità dei mezzi illustrata da Gaio (4,174-182), ciascuno con la sua natura e le sue caratteristiche, e ciascuno con una sua sfera di applicazione, non può celare tuttavia l'identità dello scopo sanzionatorio che di volta in volta viene attuato (e che preclude, pertanto, la possibilità di un cumulo) come rivela la comune caratteristica dell'*infamia* riconnessa dalle fonti a ciascuno dei summenzionati istituti.

ANNA MARIA GIOMARO

LA SCELTA DEL MEZZO GIUDIZIALE IN IPOTESI
DI TEMERARIETÀ DELLA LITE EX PARTE ACTORIS

SOMMARIO

1) *Impostazione del problema della temerarietà della lite in Gaio (4,171-182): la calumnia actoris*; 2) *L'alternatività dei rimedi contro la calumnia actoris*; 3) *L'alternatività fra iudicium calumniae, iusiurandum calumniae e iudicium contrarium*; 4) *I tre casi di applicazione del iudicium contrarium*; 5) *Ancora su iudicium calumniae e iusiurandum calumniae*; 6) *L'alternatività fra iudicium calumniae, iusiurandum calumniae e restipulatio*; 7) *Corrispettività della pena in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris: l'infamia.*

1. Il fenomeno dell'eccessiva litigiosità doveva costituire in Roma un problema non infrequente se ad esso l'ordinamento romano ritiene di dedicare una serie di interventi atti ad ottenerne l'auspicabile diminuzione. Ce n'è ampio di insegnamento, a suo modo, il nostro Gaio.

Gai. 4,171: Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur. Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.

Dal paragrafo 171 al paragrafo 182 del Commentario IV, Gaio ci dice che il risultato di una diminuzione della litigiosità può essere conseguito in particolare attraverso la repressione della *temeritas* dell'attore e del convenuto: il diritto ha predisposto alcuni mezzi volti a reprimere la temerarietà di coloro che agiscono in giudizio o resistono, se convenuti, senza essere convinti del buon fondamento delle loro pretese o ragioni (... *ne facile homines ad litigandum procedant* ...), l'uno, l'attore, che deduce nel processo una pretesa infondata, l'altro, il convenuto, che "ingiustamente" resiste, frapponendo ostacolo ad un pronto soddisfacimento del diritto dell'attore.

Conclusa dunque la trattazione relativa alla litiscrescenza, che è il tratto caratteristico della repressione della *temeritas* del convenuto¹, il testo gaiano (4,174) passa ad esaminare la posizione dell'attore.

Viene così ricordato che come l'*infitiatio* del convenuto² anche la

¹ Sono i paragrafi 171-173 del IV commentario di Gaio: 171. [. . .] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione coercen[. . .] eaque praetor [. . .] ideo [. . .] adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, uelut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.* 172. *Quod si neque sponsonis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere non calumniae causa infitias ire. unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur [. . .] obligati sint, item feminae pupillique examantur periculo sponsonis, iubet tamen eos iurare.* 173. *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.* La problematica lettura della parte iniziale del testo, cui facilmente si supplisce con il confronto del tratto iniziale del titolo 4,16,1 delle Istituzioni di Giustiniano (si veda BONINI, *Il titolo "de poena temere litigantium" (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, in AG 176, 1969, p. 27 ss.; CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calumnia nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in SDHI 66, 2000, p. 180 ss.; BIANCHI, *La "temerarietà" nelle Istituzioni di Gaio (4,171-182)*, in SDHI 67, 2001, p. 13 ss.; BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai., inst. 4,171-172*, in *Rivista di diritto romano*, 1, 2001, www/ledonline.it) non lascia comunque dubbi circa il contenuto essenziale del discorso: la sanzione contro il convenuto temerario, illustrata dapprima con l'indicazione dei casi speciali, le quattro azioni *iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum* cui PS 1,19,1 aggiunge l'*actio de modo agri* [*Quemadmodum actiones per infitiatione duplentur. Quaedam actiones, si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi legati per damnationem relictis, damni iniuria legis Aquiliae, item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est*; ma si legga anche PS 2,17,4 *Distracto fundo si quis de modo mentiat, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*. Circa il catalogo delle azioni che *infitiando crescunt in duplum* il Voci ritiene il *velut* di Gai. 4,9 "non ... esemplificativo" in *Azioni penali e azioni miste*, in SDHI 64, 1998, p. 2 ss. e poi p. 14 ss.; si noti che il trattare i casi particolari per poi giungere alla regola è comune alla metodologia gaiana, come dimostra, per esempio, il paragrafo 1,50, *Videamus nunc de iis, quae alieno iuri subiectae sint nam si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint*] in cui si raddoppia la condanna, nonché l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio pecuniae constitutae* che si regolano con la *sponso*, è generalmente costituita per tutte le altre ipotesi dal giuramento.

² Relativamente pochi sarebbero i casi di litiscrescenza a seguito di *infitiatio* nell'*actio iudicati* secondo Chiara BUZZACCHI [la quale, a conferma dell'opinione che vede nel-

calumnia dell'attore³ viene repressa e sanzionata. In particolare il giu-

infitiatio la mera negazione dell'assunto attoreo, sulla base della definizione festina "*infiteri, non fateri*" di Lindsay 100, annota tutta una serie di dati testuali: *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, p. 76 ss. L'opinione diversa, basata sull'altra testimonianza festina "*infitari, creditum fraudare*", Lindsay 100, è sostenuta con ampiezza di argomentazioni e citazioni dal PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Parigi 1933, p. 338 ss., e avversata dal BONIFACIO, v. "Infitiatio", in *NNDI* 8, 1965, p. 655 ss., nonché, già prima, dal ROTONDI, *Litiscrescenza e lex Aquilia*, in *Scritti giuridici*, 2, Milano 1922, p. 413 ss. (a p. 419, invero, l'a. ipotizza un particolare percorso di evoluzione storica che culmina nella "degenerazione del concetto di *infitiatio* di cui è un indice altrettanto ovvio quanto sicuro l'alterarsi del significato stesso della parola. Il valore originale ed etimologico di 'negare', 'non confessare', viene man mano intensificandosi e colorendosi per così dire nel senso di diniego doloso, disonestà, inganno, perfidia e così via"). Si tratterebbe in particolare dell'ipotesi di inesistenza e/o nullità del *iudicatum*, del caso in cui si possa dare dimostrazione di aver già adempiuto, o dell'estinzione dell'obbligazione comunque avvenuta, mentre numericamente più corpose potrebbero presumibilmente essere le possibilità considerando anche le altre azioni ricordate da Gaio (in un'elencazione che riterrei peraltro solo esemplificativa considerando il *veluti* che la introduce), e cioè l'*actio depensi*, l'*actio damni iniuriae* e l'azione per i legati. Più ampio di possibilità mi sembra Ernesto BIANCHI (*op. cit.*, p. 18 ss.) il quale, partendo da una valenza "oggettiva" di *infitari* come semplice opposto di *confiteri* ritiene che vi si sia aggiunto col tempo il valore di "negazione resa con inganno contro la verità soprattutto al fine di non riconoscere un altrui diritto", per poi concludere per una lettura conservativa dell'antico nel passo gaiano.

³ Di *calumnia actoris* si parla propriamente soltanto in Gaio, e l'espressione suscita sicuramente qualche perplessità. A fronte di una chiara valutazione del termine nell'ambito criminale (su cui si veda SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, p. 180, 264, 292; ID., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 201, 208), rafforzata da studi recenti (CAMIÑAS, *La lex Remnia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984, p. 7 ss.; CENTOLA, *Il crimen calumniae: contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, *passim*, ma in part. p. 2 nt. 2, articola il suo studio considerando separatamente il fenomeno nell'età repubblicana, nel principato e nella tarda antichità, con l'attenzione rivolta alla disciplina specifica, alle motivazioni della diffusione del fenomeno, al valore del dolo che solo in età risalente e classica si considerò essenziale nella configurazione del reato), la *calumnia actoris* gaiana rappresenterebbe qualcosa di particolare, che, se si inserisce di diritto nel concetto di più immediata evidenza giuridica cui più sopra si è accennato, se ne discosta poi per altri motivi. Innanzi tutto, anche sulle tracce della disciplina della repressione criminale della *calumnia* (si veda D. 48,16,1,3-5 di Marciano), nonché in linea con il discorso gaiano, la *calumnia actoris* non è mera *temeritas*. Marciano dice: *Sed non utique qui non probat quod intendit protinus calumniari videtur: nam eius rei inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui reo absoluto de accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processit, et si quidem iustum eius errorem repererit, absolvit eum, si vero in evidenti calumnia eum deprehenderit, legitimam poenam ei irrogat. Quorum alterutrum ipsis verbis pronuntiationis manifestatur. nam si quidem*

rista ricorda quattro mezzi atti a colpire una domanda priva di fondamento: tali mezzi sono il *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium*, il giuramento, la *restipulatio*.

Gai 4,174: Actoris quoque calumnia coerchetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione.

2. Gaio insiste particolarmente sull'alternatività in cui si pongono i vari rimedi, e con espressioni eloquenti.

In primo luogo, nonostante la differenza fondamentale relativa all'atteggiamento psicologico dell'agente⁴, la concessione del *iudicium ca-*

ita pronuntiaverit "non probasti", pepercit ei: sin autem pronuntiavit "calumniatus es", condemnavit eum. et quamvis nihil de poena subiecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur: nam, ut papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur, per concludere, con l'autorevolezza di Papiniano: *Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus: "Lucius Titius temere accusasse videtur", an calumniatorem pronuntiasse videatur. et Papinianus temeritatem facilitatis veniam continere et inconsultum calorem calumniae vitio carere et ob id hunc nullam poenam subire oportere* (D. 48,16,1,3-5, l.s. ad sc Turpillianum). E Gaio, mentre tratteggiando il fenomeno in rapporto ai litiganti, sia attore che convenuto, parla in generale di *temeritas*, e di *temeritas* continua a parlare per il convenuto, in rapporto all'attore muta terminologia, né più usa la parola in questione [(si consideri anche la frase iniziale del già ricordato frammento di Marciano: *Accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subicitur: aut enim calumniantur aut praevaricantur aut tergiversantur. Calumniari est falsa crimina intendere, praevaricari vera crimina abscondere, tergiversari in universum ab accusatione desistere* (D. 48,16,1 pr.-1)]. Pertanto mentre la *temeritas* in rapporto all'attore può riconoscersi nella sconsideratezza e superficialità con cui talvolta il privato poteva intraprendere un'avventura giudiziale, la *calumnia* doveva verificarsi ogni qualvolta all'attore potesse imputarsi la consapevolezza della falsità del suo assunto (si veda anche *infra*, nt. 7): concetto, questo, che può avere altrettanta valenza sia sul piano criminale che su quello civile.

⁴ Tale differenza relativa all'atteggiamento psicologico è rilevata da Gaio al paragrafo 4,178: *Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnetur nisi qui intellegit non recte se agere sed vexandi adversarii gratia actionem iustituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere*. Ora i principi generali che regolano e disciplinano i casi di concorso delle azioni generalmente prevedono l'esperibilità della seconda azione che comportasse un *amplius*, sia pure nei limiti di questo (si veda NEGRI, *Concorso delle azioni in diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. IV, civ. III, 1988, p. 511 ss.; ma anche GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano 1982, p. 175 ss.). In questo caso c'è da chiedersi perché mai l'esclusione dell'*actio* concorrente sia

lumniae e del *iudicium contrarium* in ipotesi di *calumnia actoris* propone un chiaro caso di concorso alternativo di azioni, anche se al *iudicium contrarium* può ricorrersi soltanto in casi particolari, *certis causis*. In quelle ipotesi, di cui Gaio fornisce solo qualche esempio, è lo stesso giurista ad avvertire che *alterutro tantum iudicio agere permittitur*: anche se entrambi i giudizi, di calunnia e contrario, potevano essere ugualmente esperiti, tuttavia era consentito l'esperimento di uno solo dei due.

Gai. 4,179: *Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agere potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.*

Già al paragrafo 4,176, Gaio aveva ricordato che, contro l'attore calunnioso, il convenuto avrebbe potuto ricorrere ad un mezzo straordinario, il *iusiurandum non calumniae causa agere*, ovvero il giuramento di non agire con la consapevolezza di avere torto, di non aver intrapreso il processo con eccessiva facilità o per mero spirito di litigiosità (si deve notare, peraltro, che si tratta di un mezzo simmetrico al *iusiurandum non calumniae causa infitias ire* che può essere imposto, invece, al convenuto temerario):

Gai. 4,176: *Liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.*

In età classica la scelta fra questo rimedio, il giuramento di non agire a fini calunniosi, e il giudizio di calunnia è lasciata alla libera discrezionalità del convenuto: ancora una volta il concorso fra i due rimedi contro la temerarietà è un concorso alternativo.

Di qui, di conseguenza – dice Gaio –, il fatto che la stessa alternatività ricopra anche la scelta fra un giuramento di calunnia e il *iudicium contrarium*⁵, e pertanto la chiusa del paragrafo 4,179: *qua ratione*

assoluta anche nelle ipotesi in cui la condanna del *iudicium contrarium* sarebbe prevista per un quinto.

⁵ Si è osservata da parte della dottrina una certa "imprecisione" dell'insegnamento gaiano che indica fra i rimedi contro la *calumnia actoris* anche il *iudicium contrarium* (e, come poi si dirà, la *restipulatio*) che prescindono addirittura dalla *temeritas*, in quanto si fondavano sulla semplice soccombenza dell'attore. Anche se resta il fatto che tali rimedi potevano essere usati soltanto *ex certis causis*, la dottrina si domanda perché Gaio

si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.

3. L'alternatività fra i rimedi processuali ed extraprocessuali ideati a repressione della temerarietà della lite è affermata da Gaio attraverso un particolare ed articolato meccanismo logico. Nell'un caso, per quanto riguarda i rapporti fra *iudicium contrarium*, *iudicium calumniae* e *iusiurandum calumniae* (è il caso del passo 4,179), ci troviamo di fronte ad uno pseudo sillogismo, ad un procedimento logico, cioè, che vorrebbe presentarsi come sillogismo, ma che tale non è⁶, pur conservandone, per la veste esteriore, la medesima efficacia didattica:

ne parli a questo punto fra i rimedi contro la *calumnia*, concludendo col fatto che "l'eccezionalità di questi rimedi e l'essere in fondo essi creati a garanzia del convenuto vittorioso giustificano non solo che Gaio ne tratti insieme ai rimedi specifici contro la calumnia, ma anche la sua imprecisione su rilevata" (LAURIA, *Calumnia*, in *Studi Ratti*, Milano 1932, p. 128). A mio sommo avviso va rilevato innanzi tutto che circa la differenza fra il *iudicium contrarium calumniae* e il *iudicium contrarium* spettante "al mandatario contro in mandante, al gestore spontaneo contro il *dominus negotii*, al depositario contro il deponente, al commodatario contro il commodante, al creditore pignoratizio contro il debitore pignorante, al fiduciario contro il fiduciante, al tutore contro il pupillo" (PROVERÀ, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, p. 1) la dottrina è ancora oscillante: e se da un lato se ne sottolineano le identità di meccanismo ("Anche qui il *iudicium contrarium* era caratterizzato dal fatto che veniva esperito in contraddizione con un'altra azione, ad esempio l'*actio iniuriarum* e, come tale, detto *iudicium contrarium* poteva condurre alla condanna dell'attore, *si causam non tenuerit*. Anche qui è la possibilità della condanna dell'attore che contraddistingue il processo con *iudicium contrarium* e tale possibilità presupponeva un intimo nesso nella *litis contestatio*" (p. 16 ss.), quando si passa poi a definirne la natura e la funzione nel carattere di mezzo sanzionatorio con cui si realizzava un "obbligo di indennizzo per spese e danni subiti dal depositario, commodatario, creditore pignoratizio, fiduciario e tutore" (p. 109 ss.) il raffronto non regge più, nonostante che l'a. si guardi bene dal rilevarlo. E ad un'assoluta differenza pensa, per esempio, il KRELLER, *Zum iudicium mandati*, in *Archiv für civilistische Praxis* 133, 1931, p. 132 s. Se non che quell'indennizzo per spese e danni subiti può a ben ragione calcolarsi non soltanto in rapporto all'*agere* negoziale, bensì anche relativamente all'*agere* giudiziale cui si riferisce appunto il *iudicium contrarium calumniae*. Ciò che lamentano depositario, commodatario, creditore pignoratizio, fiduciario e tutore sono le spese e i danni che hanno dovuto sostenere per poter corrispondere al diritto dell'attore a riavere la cosa secondo i criteri del *restituere* (cfr. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München 1968, p. 54 ss.); ciò che lamenta il convenuto dell'azione temerariamente intrapresa sono i danni e le spese (processuali) che ha dovuto sostenere anch'egli per corrispondere al diritto d'azione che l'attore ha fatto valere, spese e danni che, alla luce dei normali rapporti del diritto risultano contrari all'equità.

⁶ Il procedimento sillogistico, infatti, non funziona se non con proposizioni affer-

- l'affermazione che se è dato *iudicium contrarium* non può essere dato *iudicium calumniae* vorrebbe proporsi come premessa maggiore;
- l'affermazione che se è dato *iusiurandum calumniae* non può essere dato *iudicium calumniae* risulterebbe la premessa minore;
- conclusione sarebbe (*qua ratione*) che se è dato *iusiurandum calumniae* non può essere dato *iudicium contrarium*.

Se di sillogismo si trattasse sarebbero semmai da argomentare i soli motivi delle affermazioni delle due premesse. Ma non è così.

Gaio sottolinea dapprima la differenza che intercorre fra *iudicium calumniae* e *iudicium contrarium*, una differenza tutta incentrata sulla valutazione dell'atteggiamento psicologico del soggetto calunniatore, sul quale è commisurata la responsabilità dello stesso (e quindi la sua capacità di essere parte passiva del giudizio): l'ordinamento giuridico cioè lo ritiene responsabile quando si riscontri nell'esperienza dell'azione un *animus vexandi* nei confronti della controparte, mentre non lo ritiene responsabile negli altri casi. Le parole di Gaio, peraltro, permettono di segnare un netto confine all'agire illecito del soggetto: ché ove vi sia consapevolezza del proprio torto, allora soltanto ci sarà *calumnia*, ed è concessa la possibilità di valersi del *iudicium* relativo contro il *calumniator*, ove invece tale consapevolezza manchi, allora non si potrà più parlare di *calumnia* (*calumnia enim in adfectu⁷ est sicut furti crimen*), non si potrà ricorrere al *iudicium calumniae*, ma in certe circostanze sarà comunque possibile esperire un *iudicium contrarium*.

Gai. 4,175: Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, ... adversus adsertorem tertiae partis est ... 178: ... nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi

Gai. 4,177: Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur quod dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessio

mative: se è $A = B$ e parimenti $C = B$ si può concludere circa l'uguaglianza di A e C ($A = C$); ma se è $A \neq B$ e parimenti $C \neq B$, non può argomentarsi in alcun modo l'uguaglianza né la disuguaglianza dei due termini A e C che sono indicati in posizione di disuguaglianza nei confronti dell'unico B .

⁷ L'espressione si legge quasi uguale in Gai 3,208 per il furto appunto, che *ex adfectu consistit* (si veda anche D. 41,3,37); Paolo la rapporta all'*iniuria*, poiché *iniuria enim ex adfectu fit* (D. 44,7,34 pr., nonché P.S. 5,4,1-2 e D. 47,10,18,4-5), o al dolo (P.S. 5,4,2), o alla *latitatio* che richiede *animum et affectum occultantis se* (D. 42,4,7,9).

qui intellegit non recte se agere sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen

nem transtulisse et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. 178: Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

Ora: come si fa strada nell'ordinamento giuridico romano l'idea del *iudicium contrarium*?

La dottrina si è interrogata a lungo circa la natura e la funzione dei *iudicia contraria* e, se il fenomeno, come è stato comunemente riconosciuto, serve nell'ambito dei rapporti obbligatori c.d. imperfettamente bilaterali (per sanzionare la responsabilità eventuale del mandante verso il mandatario, del *dominus negotii* verso il gestore, del deponente verso il depositario, del comodante verso il comodatario, del debitore pignorante verso il suo creditore, del fiduciante verso il fiduciario, del pupillo verso il tutore), la collocazione fra questi casi del *iudicium contrarium* contro l'attore temerario sembrerebbe sfuggire alla logica⁸.

Quando tuttavia si consideri il processo come espressione di un diritto dell'attore nei confronti del convenuto, diretto ad esprimere la sua pretesa e ad averne soddisfazione, la vicenda processuale viene ad essere in senso più generico come una qualunque vicenda giuridica, nella quale, avverso la pretesa di un soggetto creditore o soggetto attivo del rapporto, può essere opportuno sul piano dell'equità dare espressione anche all'eventuale voce del soggetto passivo. L'eccezione non basta al proposito, né basta la costruzione e adattamento che la *conceptio formulae* può consentire almeno nel periodo formulare, l'una perché si propone come allegazione di circostanze varie che non negano in toto l'esistenza della pretesa attorea, ma ne precisano il tenore e la valenza, l'altra perché gli strumenti pretori non consentono altrimenti la negazione totale dell'assunto.

Commentando il rescritto adrianeo ricordato da Callistrato in D.

⁸ È, come si è visto, l'opinione di Lauria.

22,5,3 pr. sul valore delle testimonianze, Massimo Brutti⁹ si avvede chiaramente del “rapporto fra la situazione in esso regolata ed un'altra forma di illecito processuale, assai vicina al dolo, della cui disciplina ci dà ampia testimonianza il manuale gaiano: la *calumnia*”. Se il dolo processuale deve essere riferito non soltanto “all'attività di una parte (o di entrambe le parti) volta ad influire sull'esito del processo, che di solito – ma non sempre – si identifica con la sentenza, e che dà luogo al danno dell'avversario (o di un terzo)”, ma anche “quello che noi chiamiamo esercizio dell'azione”¹⁰, “che può ravvisarsi alla base dell'*exceptio doli* riferita al presente, attraverso la quale, nel sistema dell'ordo, il convenuto mirava a far valere – come gran parte della dottrina dà per scontato – il dolo dell'attore consistente nell'esercizio stesso dell'*actio*”¹¹; se nei testi nei quali si può configurare ricorre spesso la terminologia della *temeritas* (*calumnia*, *praevaricatio*, *tergiversatio*)¹²; se, d'altra parte, alla base della terminologia definitoria della *calumnia* si riscontrano sovente gli stessi segni e locuzioni che altrove individuano il dolo¹³, il rapporto si evidenzia davvero stretto.

⁹ Cfr. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1983, p. 423 nt. 122

¹⁰ BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1983, p. 4 s.

¹¹ BRUTTI, *loc. ult. cit.*

¹² Si veda in particolare p. 482 nt. 186.

¹³ Si pensi alla definizione di dolo che Cicerone (*de off.* 3,14,60) pone sulla bocca di Aquilio Gallo, allorquando dice *cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliis actum*, e parallelamente, al *per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse voluit in possessionem venire* di D. 25,6,1,2 (Ulp. l. 34 *ad ed.*); o si pensi alla definizione labeoniana (D. 4,3,1,2, Ulp. l. 11 *ad ed.*) ... *ipse (Labeo) sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam* e, di converso, all'individuazione del *decipere* come segno che rappresenta il modo (*calumnia ... decipere hoc quidem est*) con cui, a detta dell'autore del *summum ius summa iniuria*, può determinarsi ingiustizia nei confronti di qualcuno (Cic. *de off.* 1,33. *Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium. Quo in genere etiam in re publica multa peccantur, ut ille, qui, cum triginta dierum essent cum hoste indutiae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium indutiae. Ne noster quidem probandus, si verum est Q. Fabium Labeonem seu quem alium – nihil enim habeo praeter auditum – arbitrum Nolanis et Neapolitanis de finibus a senatu datum, cum ad locum venisset, cum utrisque separatim locutum, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi quam progredi mallent. Id cum utrique fecissent, aliquantum agri in medio relictum est.*

La dottrina richiamata ne sottolinea del resto la risalenza se la ritiene “già sicuramente oggetto di sanzione all’epoca di Adriano, come mostra fra l’altro l’*actio in quadruplum* – prevista dall’editto – *in eum qui, ut calumniae causa negotium faceret, vel non faceret pecuniam accepisse dicitur* (D. 3,6,1 pr.)”. Con ciò peraltro denota un evidente fraintendimento dell’ipotesi prevista nel testo ulpiano 1,1 del titolo *de calumniatoribus*¹⁴, dove la calunnia compare sì, ma soltanto come scopo dell’azione posta in essere dall’agente destinatario “passivo” della clausola edittale: la situazione prevista da Ulpiano è in definitiva più complessa ed intricata di quella cui si riferiscono i paragrafi 4,174 ss. del manuale gaiano, in quanto comporta il susseguirsi di due momenti, quello del prendere denaro e quello del *facere negotium*, e il coinvolgimento di almeno tre persone, quando invece la vicenda gaiana si esaurisce nella semplice proposizione dell’azione (o nella semplice resistenza dolosa).

Peraltro lo stesso Brutti rileva fra il dolo processuale e la *calumnia* una notevole differenza “sotto il profilo strutturale”, sottolineando che, a differenza del dolo, la *calumnia* “non è costruita ... intorno al rapporto fra inganno e lesione di un interesse e non si attua attraverso la sentenza ingiusta; prescinde anzi completamente da questa, potendo essere perseguita penalmente anche prima della conclusione della lite”. Lo stesso autore riconosce poi che il *iudicium contrarium*, cui deve riconoscersi un campo di applicazione più vasto di quello del *iudicium calumniae* (il quale ultimo “limita la propria applicazione al

Itaque illorum finis sic, ut ipsi dixerant, terminavit; in medio relictum quod erat, populo Romano adiudicavit. Decipere hoc quidem est, non iudicare. Quocirca in omni est re fugienda talis sollertia).

¹⁴ Per chiarezza riporto tutto il primo frammento del titolo relativo: D. 3,6,1 (Ulp. l. 10 ad ed.) *In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post simpli <in factum actio competit>. 1. Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica crimina pertinere Pomponius scribit, maxime cum et lege repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit. 2. Qui autem accepit pecuniam sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur. 3. Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit. Nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat? Et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus. 4. Pecuniam autem accepisse dicemus etiam si aliquid pro pecunia accepimus.*

comportamento che coscientemente persegua il danno ingiusto dell'avversario, cioè ad un vero e proprio illecito, anche se *in adfectu*") è, fra i rimedi processuali contro l'ingiustizia del processo "quello che più si avvicina alla problematica del dolo processuale, ponendosi in rapporto di concorrenza con l'*exceptio doli* volta al presente e sostituendosi ad essa *ex certis causis*: laddove si vuole colpire in maniera più drastica (con una condanna) l'esercizio di un'azione infondata".

È forse rendendosi conto che la tutela contro la *calumnia actoris* avrebbe dovuto avere in certi casi ben maggiore ampiezza che l'ordinamento giuridico romano ha introdotto per quei casi, considerandoli come eccezionali, il regime del *iudicium contrarium*, il quale sostituisce il *iudicium calumniae* (e si badi bene che nell'ipotesi, menzionata per prima, dell'*actio iniuriarum*, sia l'uno che l'altro espediente giudiziale avrebbe comportato la condanna ad 1/10 del valore della lite), allorchando non si possa far valere l'atteggiamento vessatorio della controparte (e quindi quando *calumnia* non c'è, secondo il principio per cui *calumnia enim in adfectu est*), mentre si aggiunge al *iudicium calumniae* per i casi in cui l'aspetto vessatorio possa essere documentato e provato.

Pertanto l'elencazione del *iudicium contrarium* fra i rimedi contro la *calumnia actoris* risulterebbe impropria solo se non si considera che la *coercitio* da questo mezzo esplicita ha come sua prima causa l'esigenza di compensare il rigore di disciplina che impedisce l'uso del *iudicium calumniae* al di fuori dei casi di temerarietà evidente. Si spiega dunque perché il giurista sottolinei che si tratta di casi particolari (*certis causis*) nei quali, ove ricorrano le condizioni psicologiche della *calumnia*, potrà verificarsi un caso di concorso di azioni, necessariamente alternativo.

Infatti lo scopo dell'azione è sicuramente penale, mirando essa a compensare gli ingiusti disagi subiti dal convenuto per l'avventatezza dell'attore e a costituire un monito che possa scongiurare, se valutato a livello preventivo, il comportamento temerario dell'attore stesso. D'altra parte mi sembra che possa trovar riscontro in questo caso gaiano quanto Giovanni Negri conclude circa una diversa ipotesi di concorso di azioni penali riportata da Paolo in D. 44,7,34 pr.¹⁵: non riterrei, cioè, che il criterio informatore dell'alternatività possa essere visto nel regime della "consumazione *ipso iure* (giacché al contrario

¹⁵ *Op. cit.*, p. 262 s.

non si pone l'accento sull'unico fatto delittuoso, ma sulla duplice qualificazione giuridica di esso e sul diverso scopo della pena, che escludono l'*eadem res*) ma perché sarebbe contrario al *bonum et aequum* ottenere la condanna": se pure in D. 44,7,34 pr. vi è il richiamo espresso al *bonum et aequum*, che manca invece in Gai 4,177, non va trascurato che il *iudicium contrarium* è per sua stessa natura un giudizio d'equità¹⁶.

4. Le ipotesi che Gaio ci esemplifica (ed è comune opinione della dottrina che si tratti di elencazione non esaustiva, come sta a dimostrare il *veluti* che la introduce) sono tre:

1. il caso dell'*actio iniuriarum*;
2. il caso del processo relativo ad una particolare situazione conseguente ad una *missio in possessionem ventris nomine*;
3. il caso dell'azione *si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse* (ancora un caso di *missio in possessionem* intesa come ingresso nella titolarità dei beni in contestazione concessa dal pretore per vari fini)¹⁷.

1. Il primo caso¹⁸ propone subito un grave dubbio. L'affermazione

¹⁶ Il KÜBLER (*Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in ZSS 38, 1917, p. 79 ss.), e con lui la gran parte della dottrina della prima metà del Novecento, ne parla, con riferimento a tutti i *contraria iudicia*, come di azioni *in ius* e di buona fede. A partire dal PROVERA (*op. cit.*, p. 29 ss.), o, direi ancor prima, dal BIONDI (*Iudicia bonae fidei*, II, in *Annali Palermo* 7, 1920, p. 59 ss.), si è cominciato a mettere in dubbio l'appartenenza dei *iudicia contraria* a tale categoria.

¹⁷ Sulla scia di Ulpiano, D. 42,4,1, e sulla base dell'elenco delle ipotesi di *missio in possessionem* in SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli 1937, p. 17 ss., e nella susseguente dottrina, una riflessione generale risulta ora da BRANCATI, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *Studi Urbinati* 52, 2000/01, p. 165 ss., *passim*, e in part. ntt. 1-4.

¹⁸ Del fenomeno qui rappresentato tratta BALZARINI, *La represión de la iniuria en D. 47,10,45 y en algunos rescriptos de Diocleciano (contribución al estudio del derecho penal romano de la edad imperial)*, in *Rev. de la Facultad de derecho Univ. Complutense de Madrid* 59, 1980, p. 43 ss.; qualche interessante spunto in MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I. *L'età repubblicana*, Milano 1979, p. 149 ss., nel capitolo dedicato alle *legitimae disceptationes*, ai *iudicia magistratum* e al *respondere iurisprudenziale*. Si veda anche LEMOSSE, *Accusation calumnieuse et action d'injures à propos d'une inscription récente*, in RHD 31, 1953, p. 430 ss., che però sembrerebbe considerare l'*actio iniuriarum* a conseguenza dell'azione calunniosa: l'iscrizione esaminata dal Lemosse (*Mercurio et Minervae votum solvit Tullus sacerdos ex pecunia quam a Boccio Copone accepit ne cum eo ex decreto Marcelli proconsulis qui eum kalumniato-*

di Gaio 4,177 per cui *contrarium autem iudicium ... constituitur, veluti si iniuriarum agatur* appare confliggente rispetto ad altra testimonianza gaiana che è riportata nel Digesto:

D. 47,10,43 (Gaius 3 *reg.*) Qui iniuriarum actionem per calumniam instituit, extra ordinem damnatur: id est exilium aut relegationem aut ordinis amotionem patiatur.

Decisamente ispirato a quest'ultima mi sembra un passo delle *Pauli Sententiae* in cui, allo stesso modo, ci si riferisce ad una repressione *extra ordinem*, e si menzionano, nello stesso ordine, l'esilio, la *relegatio in insula* e l'*amotio ordinis*:

P.S. 5,4,11 Qui per calumniam iniuriae actionem instituit, extra ordinem punitur: omnes enim calumniatores exilii vel insulae relegationem aut ordinis amissione puniri placuit.

La testimonianza paolina suggerisce però una particolare chiave di lettura del contrasto rilevato fra i due passi gaiani: in un titolo, il 5,4, tutto dedicato all'*iniuria*, il giurista severiano tende a mescolare insieme i caratteri del *delictum*, la cui presenza è palese nel richiamo alle XII tavole (P.S. 5,4,6 *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*), con quelli del *crimen*, al quale si riferiscono il ricordo della *lex Cornelia* e la repressione *extra ordinem* (P.S. 5,4,8 *Mixto iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur, vel cuius domus introitur ab his qui vulgo directarii appellantur. In quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingruentis consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur exilii aut metalli aut operis publici*)¹⁹. Si può ritenere, in conclusione, che la repres-

rem cognoverat iniuriarum ageret) mi sembra molto interessante anche ai fini di una delimitazione delle ipotesi di *calumnia*.

¹⁹ Ulteriore conferma l'espressione "*civiliter damnatus*" che si legge subito dopo, quasi a sottolineare la possibilità dei due modi di impugnazione del fatto: P.S. 5,4,9 *Iniuriarum civiliter damnatus eiusque aestimationem inferre iussus famosus efficitur*. Com'è noto il punto di partenza del discorso circa la concorrenza di una tutela giudiziale civile e di una tutela criminale è generalmente considerato il passo giustiniano I. 4,4,10 (*In summa sciendum est, de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta secundum quod dictum est, poena imponitur. sin autem criminaliter, officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri il-*

sione *extra ordinem* configuri la repressione della *calumnia* per un'azione per *iniuriae* esperita sul piano criminale, mentre il passo di Gai. 4,177 potrebbe riferirsi all'ipotesi di un'edittole *actio iniuriarum*, appunto, che sia stata intentata *calumniose* secondo i criteri dell'*ordo*.

Alla riaffermazione dell'autonomia di un *criminaliter agere* derivato dalle disposizioni della *lex Cornelia* "a fianco" dell'*agere civiliter* disposto dall'editto in ipotesi di *iniuria* si dedica Balzarini²⁰, ma preoccupato, in particolare, dell'età severiana, non considera minimamente le possibilità che mi sembra di poter vedere nella testimonianza gaiana di Inst. 4,177, mentre cita marginalmente D. 47,10,43²¹, e con qualche maggior ampiezza P.S. 5,4,11²², senza considerare più che tanto la similarità fra i due passi²³.

La dottrina²⁴ sembra concordare sull'opinione che per il diritto

lustres quique supra eos sunt et per procuratores possint actionem iniuriarum criminaliter vel persequi vel suscipere, secundum eius tenorem qui ex ipsa manifestius apparet): relativamente ad esso dice trattarsi di "elettività sostanziale" anche SPAGNUOLO VIGORITA (*Actio iniuriarum noxalis*, in Labeo 15, 1969, p. 38 ss.).

²⁰ Cfr. BALZARINI, "De iniuria extra ordinem statui". *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, *passim*, contro la posizione assunta, nel suo *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana* (Milano 1977) dal MANFREDINI. Il sintagma "a fianco" è scritto e ripetuto, con particolare sottolineatura, in una nota (p. 7 nt. 5), a ribadire come non possa essere condivisa "l'opinione secondo cui la *lex Cornelia* avrebbe soppresso, per le ipotesi in essa considerate, la possibilità di *agere iniuriarum* con l'azione edittole (sul tema, cfr. con letteratura, Manfredini, *Contributi cit.*, 241 ss. e più innanzi, p. 37 ss.)". Il carattere criminale del procedimento introdotto dalla *lex Cornelia* era già *communis opinio* in dottrina, e rifondato ampiamente dal PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano 1941, p. 117 ss. (si veda in particolare in BALZARINI, *cit.*, la lunga nota 4, esplicativa e ricca di riferimenti bibliografici, a p. 2).

²¹ A p. 50, ntt. 38 e 39 sulla particolarità della pena rappresentata dall'*amotio ordinis*, e a p. 154, nt. 69, per riaffermare come gran parte degli ultimi frammenti del titolo 47,10 del Digesto trattino della repressione criminale dell'*iniuria*.

²² Per esempio alle pp. 28 e 29.

²³ L'affermazione di MIGLIETTA (*Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli 2001, p. 127), secondo cui il passo giustiniano I. 4,4,10, per quel che riguarda il *criminaliter agere*, non avrebbe un riscontro in Gaio deve essere intesa nel senso di un confronto letterale fra i luoghi deputati dei due testi istituzionali.

²⁴ Una rassegna documentale dei casi di concorso fra azione civile e azione criminale si legge in MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 256 e nt. 157. Sul problema in generale si veda per tutti DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra "iudicium publicum" e "iudicium privatum"*, in BIDR 59/60, 1956, p. 125 ss. Con accurata esegesi delle fonti relativamente al caso di concorso fra l'*actio legis Aquiliae* e l'azione istituita dalla *lex Cor-*

classico consenta sostanzialmente all'interessato in ipotesi di concorso la scelta fra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*, anche se tendenzialmente deve segnalarsi una certa qual precedenza accordata, finanche nell'editto, al primo sul secondo per la maggior importanza che lo

nelia de sicariis il Miglietta afferma uno sviluppo giurisprudenziale che da una posizione assolutamente 'libera' in Gaio (nella cui opera risulta la vigenza di un concorso elettivo: *op. cit.*, p. 105 ss.) giunge a riconoscere l'emergere di criteri di "pregiudizialità" in Ulpiano e Paolo, nel senso che "Ulpiano ... avrebbe inteso trattare della preclusione formale, concretizzantesi nel fatto che l'esperimento di un giudizio non avrebbe impedito la proposizione dell'altro... Paolo ... si sarebbe riferito, al contrario, all'ipotesi in cui il giudice del secondo giudizio (quello pubblico) avrebbe dovuto tenere conto dell'accertamento dei fatti avvenuto nel giudizio precedente" (*op. cit.*, p. 225), fino alla previsione legislativa del cumulo che si sarebbe operata nella costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano del 378 riportata in CTh. 9,20,1 (= C. 9,31,1). Per quanto riguarda la *vis*, Letizia VACCA (*Ricerche sulla rapina in diritto romano. I, L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, in *Pubblicazioni Università di Cagliari* 45, 1965/68, p. 565), ammette una generale "concorrenza cumulativa tra azioni penali private e azioni pubbliche", ma poi giunge a concludere (*L'editto di Lucullo*, in *Atti Copanello 1990*, Napoli 1992, p. 235) che i problemi si risolvono "nel senso di un concorso alternativo, in quanto entrambe le azioni tendono ad irrogare una pena, ed hanno quindi analoga funzione". Sul punto anche BALZARINI (*Ricerche in tema di danno violento e rapina in diritto romano*, Padova 1969, p. 217 ss.), pur declinando ogni impegno a "convenientemente tratt[are] e avvian[re] a plausibile soluzione" il problema, ritiene che si debba ammettere almeno in Ulpiano, D. 48,2,15 e D. 47,8,2,1, contro l'opinione di altri giuristi, la previsione di un *praeiudicium* che l'esercizio dell'azione civile avrebbe comportato nei confronti di un successivo giudizio pubblico. All'alternativa fra azione civile e repressione criminale in tema di falso documentale dedica la sua attenzione ARCHI, "Civiliter vel criminaliter agere" in tema di falso documentale (*Contributo storico-dogmatico al problema della efficacia della scrittura*), in *Scritti Ferrini*, Milano 1947, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, p. 1589 ss., il quale considera "due procedimenti autonomi tanto l'uno quanto l'altro, nel senso di indipendenti dal processo principale (p. 1590) ... un felice ritrovato della legislazione per risolvere vitali problemi, che si erano venuti maturando nel campo documentale (p. 1591) ... due mezzi che, pur avendo procedura e strutture diverse, tendono allo stesso fine (p. 1594) ...", due mezzi, però, emersi storicamente in epoca diversa, e con un'assoluta ed indiscussa priorità storica da assegnarsi alla disciplina pubblicistica della *lex Cornelia de falsis*.

Sono soltanto alcuni esempi dell'importanza del problema, e, forse, di una tendenza generale evolutiva che caratterizza il passaggio da una concezione del concorso processuale in senso alternativo, elettivo, ad una successiva considerazione di cumulo, variamente regolamentato (così la DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, in part. p. 186 ss.; una nuova e compendiosa revisione critica di tutto il problema offre Pasquale VOCI, nella serie combinata di lavori costituita da *Azioni penali e azioni miste*, e successivamente *Azioni penali in concorso fra loro*, in *SDHL*, rispettivamente 64, 1998, p. 1 ss., e 65, 1999, p. 1 ss.).

Stato attribuisce alla difesa dell'interesse pubblico che risulta lesa insieme con il privato. D'altra parte si riconosce che l'offeso potrebbe ritenere a sé più consono il giudizio privato, più agevole, e tale da consentirgli, accanto alla sanzione vendicativa, la composizione pecuniaria del danno subito. Quando poi non si aggiunga, col Voci, che "infine, può meritare di essere difeso, talvolta, l'interesse dello stesso colpevole, che, quando rischia una condanna capitale (nel senso romano), può ritenere soluzione migliore quella di affrontare subito il giudizio pubblico, evitando che la più rapida giustizia privata, con la sua sentenza, possa influire, di fatto, sulla decisione del tribunale pubblico"²⁵.

Ma su tutto questo prevale, in ultima analisi, la considerazione pratica delle caratteristiche e delle finalità delle azioni concorrenti, come dimostra la lettura di D. 47,10,7,1 di Ulpiano²⁶. La funzione dell'*actio iniuriarum* è quella di offrire vendetta per l'offesa: "la somma che si ottiene è data, secondo un criterio di equità, a riparazione di un danno che non è patrimoniale. ... Ora, il giudizio pubblico non dà nessuna soddisfazione economica: soddisfa per il privato il desiderio di *vindicta*. Se *a. iniuriarum* e giudizio pubblico hanno la stessa funzione fondamentale, non c'è un motivo per cui il giudizio privato sia da considerare indipendente da quello pubblico"²⁷.

Del resto si potrebbe ancora notare che i casi cui si riferiscono D. 47,10,43 e P.S. 5,4,11 sono quelli in cui la *calumnia* è palese, in cui è

²⁵ VOCI, *op. ult. cit.*, p. 15.

²⁶ D. 47,10,7,1 (Ulp. l. 57 *ad ed.*) *Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? idemque et si ita quis agere velit "quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?" rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciantur. quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?* Di fronte ad un'ipotesi di avvelenamento di uno schiavo, il passo propone due casi di concorso, diversamente risolti, e cioè quello fra l'*actio legis Aquiliae* e l'azione derivante dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, e subito di seguito il concorso fra l'*actio iniuriarum* e la medesima azione pubblica.

²⁷ VOCI, *op. ult. cit.*, p. 23.

dato per presupposto un effettivo *animus calumniandi*, mentre il Gaio veronese si riferisce a ipotesi in cui, a scelta dell'interessato, possa farsi luogo ad un *iudicium contrarium*, ad un *iudicium*, cioè, in cui *omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere*: la *calumnia* palese può ben essere repressa "anche" *extra ordinem* con quelle sanzioni, ma nei casi dubbi, nei casi in cui risulti mancante il *calor calumniae*²⁸, o comunque a scelta dell'interessato, l'ordinamento giuridico romano del II secolo d.C., sulla base dell'editto, concedeva la possibilità di agire *civiliter* con un giudizio contrario.

2. L'ipotesi delle contestazioni relative alla concessione di una *possessio* alla donna in previsione della nascita di un figlio è specificamente trattata nel Digesto giustiniano nei titoli 25,5 e 25,6, dove, anzi, proprio la questione gaiana della dolosa alienazione della *possessio* costituisce rubrica del 25,5, *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*: dalla lettura del testo giustiniano rileviamo, attraverso le parole dei soli Ulpiano (l. 34 *ad edictum*) e Paolo (l. 37 *ad edictum*)²⁹, che il pretore vi aveva dedicato particolare attenzione:

D. 25,5,1pr. (Ulp. l. 34 *ad ed.*) Hoc edicto rectissime praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebeat: idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit...

È chiara la *ratio* dell'intervento pretorio: il magistrato vuole impedire che la *missio in possessionem* da lui stesso predisposta possa essere distratta dal fine per il quale era stata concessa, e ciò non tanto a

²⁸ Di *calor* in rapporto all'atteggiamento dell'*animus* del calunniatore parla, oltre a Marciano, citato, anche, per esempio, Costantino nel 319, in una costituzione riportata in C. 9,42,2 pr., nella quale, si noti, ritorna il motivo della distinzione fra la semplice *temeritas* e un diverso, e più intenso, atteggiamento psicologico dell'agente, *calor*, che sta a rappresentare appunto la *calumnia* [*Abolitio praesentibus partibus causa cognita non a principe, sed a competenti iudice postulari debet, id est si per errorem seu temeritatem seu calorem ad accusationem prosiluerit: hoc enim accusator explanans abolitioni locum faciet* (Imperator Constantinus A. ad Ianuarinum pu. – D. VI k. Dec. Serdicae Constantino A. V et Licinio C. cons.)].

²⁹ Il titolo *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* (25,5) si compone di due soli frammenti, l'uno di Ulpiano e l'altro di Paolo.

riaffermazione del carattere coercitivo delle sue proprie decisioni, quanto piuttosto per non far venir meno al nascituro la concreta speranza della nascita³⁰, rappresentata dal sostentamento alimentare per la madre³¹.

A più riprese Ulpiano ribadisce che l'intervento pretorio vuole col-

³⁰ La speranza di vita del nascituro deve essere vista naturalmente dalla parte del genitore che acquista così quella proiezione di immortalità che, come è insegnamento di Galeno (*de usu partium* 14,22), e come era dottrina del platonismo in Roma, è rappresentata dalla prole: sarà poi Giustiniano a documentarlo legislativamente nella Novella 22 [cfr. LANATA, *L'immortalità artificiale. Appunti sulla Novella 22*, in *Società e diritto nel mondo tardo antico. Sei saggi sulle Novelle giustiniane*, Torino 1999, p. 83 ss.): *ut humano generi videatur immortalitatem artificem introducere, et ex filiorum procreatione renovata genera manent iugiter, dei clementia, quantum est possibile, nostrae immortalitatem donante naturae, recte nobis studium de nuptiis est* (Nov. XXII, pr.). Persino l'aborto vi viene concepito come "*crimen contra maritum*" (cfr. PETER, *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem. Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in SDHI 58, 1992, p. 215 ss.). Vi è però, mi sembra, nel caso che ci riguarda anche una visione giuridica che trascende le legittime aspettative del genitore, come si legge in D. 37,9,1,14 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): *Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum carboniani edicti. et ita divus hadrianus claudio proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat*. Nella stessa linea di pensiero si pone la norma che consente alla donna il possesso senza pericolo quando non vi sia *calumnia* (D. 25,6,1,7: *Interesse autem videtur primum de alimentis: nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit; ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris*). Una serie di interessanti appunti (e spunti) sul tema della "speranza" si possono leggere in BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, in SDHI 61, 1995, p. 863 ss., ma anche ID., 'Spes vitae' (a commento del lavoro di ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur. Linee di una ricerca storico-domatica*, in *Studi di diritto romano* 1, Milano 1933, p. 3 ss.), in SDHI 49, 1983, p. 337 ss.

³¹ Circa la funzione alimentare delle concessioni di *possessio* alla madre il Digesto è ampio di spunti: per tutti si veda, e proprio sotto il titolo 37,9, *de ventre in possessionem mittendo et curatore dando*, Ulpiano, l. 41 *ad ed.*, D. 37,9,1,19: *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*.

pire il dolo della donna, ma è Paolo che si premura poi di specificare come debba considerarsi l'atteggiamento psicologico:

D. 25,5,2 pr. (Paul. l. 37 *ad ed.*) Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat.

La presenza di questa *machinatio*, di quest'*animus circumscribendi*, di questa clandestinità caratterizza la situazione in esame per la quale il pretore concede un'*actio*, che ha natura mista (la frase di D. 25,5,1,4, Ulp. l. 34 *ad ed.*: *Haec actio post annum dabitur, quia rei habet persecutionem*, deve essere intesa, infatti, nel senso che con tali parole, così, per come sono espresse, si dia per presupposto l'aspetto penale, e solo ci si preoccupi di soggiungere che l'azione ha "anche" una valenza reipersecutoria)³² e che è commisurata all'interesse dell'attore (D. 25,5,1,1, Ulp. l. 34 *ad ed.*: *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. non solum mulierem praetor coerces, verum eum quoque in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuit eius qui experitur*; D. 25,5,2,1, Paul. l. 37 *ad ed.*: "quia in id quod agentis interest datur, ideo, si id quod ei abest ab eo qui in potestate est servari possit, praeter sumptus litis causa factos inutilis erit ei haec actio").

Come si concilia quest'azione, se si concilia, con la testimonianza gaiana (4,177) che parla di un *iudicium contrarium* che *ex certis causis constituitur, veluti ... si cum muliere eo nomine agatur quod dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse*, e che comporta condanna in un quinto? E ancora, e conseguentemente: considerato che nei due frammenti del titolo non si parla di *calumniam*, né mai compare il termine in questione, è veramen-

³² Per il valore che la caratterizzazione di azione reipersecutoria (o "anche" reipersecutoria) assume nel caso in esame, valga quanto dice Paolo in D. 44,7,35 pr. (Paul. l. 1 *ad ed. praet.*) *In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

te possibile rapportare queste testimonianze di Ulpiano e Paolo al fenomeno che Gaio descrive in *Istituzioni* 4,171-182?

Di *calumnia* si fa espressa parola fin dalla rubrica nel successivo titolo del Digesto, il 25,6, *si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur*, e le parole di Ulpiano (al solo Ulpiano, e al medesimo libro 34 *ad edictum*, si riferiscono i 12 brevissimi frammenti di D. 25,6)³³ potrebbero far pensare effettivamente ad uno stretto rapporto che apparenta due clausole edittali specificamente commentate, quella che considera staticamente la situazione di possesso illegittimo da parte della donna, *quasi calumniae causa fuerit in possessionem missa* (D. 25,6,1 pr., considerando che, come si rileva in D. 25,6,1,2, *per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse voluit in possessionem venire*), e quella che accentra la sua attenzione dinamicamente sul trapasso di appartenenza dei beni concessi originariamente alla donna. Dice infatti Ulpiano

D. 25,6,1,1 (Ulp. l. 34 *ad ed.*) Et hoc edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius: debet enim praetor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine, ita calumniam eius impunitam non relinquere.

La *ratio* dell'intervento pretorio è unica (*hoc edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius*: si consideri che l'espressione si legge

³³ Alla situazione della donna *praegnas* e alle vicende della *possessio* pretoria a lei eventualmente concessa fanno riferimento qua e là nel Digesto altri passi, a cominciare dalla serie concatenata dei tre frammenti del titolo 3,2 (*de his qui notantur infamia*) *Notatur quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se adveerat praegnatem*, (D. 3,2,15, Ulp. l. 8 *ad ed.*) *cum non praegnas esset vel ex alio concepisset*: (D. 3,2,16, Paul. l. 8 *ad ed.*) *debuisset enim coerceri quae praetorem decepit. sed ea notatur, quae cum suae potestatis esset hoc facit* (D. 3,2,17, Ulp. l. 8 *ad ed.*): così, interessantissimo, D. 12,2,3,3, in cui Ulpiano cita il parere di Marcello, e per certi aspetti anche D. 25,4,1,10, dove è riportato l'editto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*; una serie di testi ulteriori propongono il problema della configurabilità della *missio in possessionem ventris nomine* come *bonorum possessio* successoria, o, comunque, dei rapporti strettissimi fra i due fenomeni: si pensi, fra i più rilevanti, a D. 29,2,30,1, D. 29,2,84, D. 37,5,9, D. 37,6,12, al lunghissimo D. 37,9,1, e ancora a D. 37,10,10, D. 38,8,1,9, fino al D. 43,4,3,3 che documenta l'interessamento dell'imperatore Adriano sul caso: *Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem*.

nel medesimo l. 34 *ad edictum*, e presumibilmente per argomenti concatenati; più oltre, a D. 25,6,1,4, lo stesso Ulpiano rileva l'identità di criterio a base della condanna, *et hic quanti agentis interfuit praetor actionem pollicetur*, che informa le due azioni, *simili autem modo*): se nel titolo 25,5 si voleva impedire la *praedatio* altrui (*ne ... aliis praedae occasionem praebeat*) e si insisteva sulla *machinatio* e sulla *circumventio* operate dalla donna, qui si considera in particolare la di lei *calumnia*, cioè l'essersi falsamente spacciata per *praegnas* pur sapendo (*sciens prudensque* dice il giurista) di non esserlo, cagionando con ciò un "danno" a colui o coloro che legittimamente potevano aspirare a quei beni tramite successione. Anche in questo caso si teme una *praedatio*³⁴, e sull'eventualità non tanto del trasferimento dei beni ad altri, quanto del loro depauperamento, della diminuzione patrimoniale altrimenti conseguita, si insiste particolarmente³⁵.

Ora, mi sembra che non ci si debba lasciar fuorviare dall'uso del termine *calumnia* attestato per l'ipotesi di cui a D. 25,6, né dall'affinità di situazioni fra questa e quella di cui al titolo 25,5: se anche l'essersi dolosamente presentata come pregna da parte della donna costituisce un'ipotesi di *calumnia*³⁶, è comunque ipotesi che non deve essere confusa con la *calumnia actoris* di cui parla il IV commentario gaiano. La donna di D. 25,6 e di D. 25,5 è il soggetto passivo dell'eventuale rap-

³⁴ Mi sembra significativa al riguardo la definizione che offre il VIR alla voce "praedo" ad illustrare il significato del termine in innumerevoli passi: *Loquitur de praedonibus, id est de his, qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendi*. È sintomatico il passo che individua i soggetti interessati a far valere giudizialmente davanti al giudice l'illegittimità della *missio*: D. 25,6,1,6 (Ulp. l. 34 *ad ed.*) *Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse: ut puta, vel coheredi speranti partum, vel si qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit*.

³⁵ Alle riflessioni che derivano dalla lettura del passo D. 25,6,1,6 riportato alla nota precedente si aggiunga quanto Ulpiano precisa al successivo paragrafo 8: *Nonnumquam augebitur quod interest, si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius qui exclusus est dandam hanc actionem Iulianus ait, siquidem eius quoque interfuit non fuisse calumniae causa in possessione mulierem, quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletiore hereditatem suam relinqueret. sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate, dum hic contemplatione ventris non attingit hereditatem*.

³⁶ Alla conclusione che la *calumnia* si poteva presentare sotto molte diverse sfaccettature poteva pervenirsi anche dal mero confronto fra il concetto immediato e tradizionale di *calumnia*, appunto, come mendace attribuzione di una colpa, delitto, malvagità, disonestà, ecc., e le ipotesi di *calumnia actoris* illustrate da Gaio.

porto processuale da intraprendersi, in quanto soggetto contro il quale si appuntano le pretese riventricatorie relative ai beni a lei assegnati *ventris nomine*, né ha poi molta rilevanza, perciò, ai nostri fini, il suo atteggiamento psicologico. Al contrario la *calumniā* che è oggetto dell'interesse di Gaio è la *calumniā actoris*: si deve considerare cioè, al contrario, il fatto di chi agisce contro la donna appunto per recuperare, adducendo la falsità del suo stato³⁷, i beni a lei concessi *ventris nomine*. E ancora una volta le espressioni usate dal giurista adrianeo mi sembrano significative, laddove egli, sia pure parafrasando la rubrica edittale che poi risulta presumibilmente traslata nel Digesto (*si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*), non descrive l'azione col fatto delle false affermazioni della donna circa il suo stato, quanto, piuttosto, col "si dice" (*dicatur*)³⁸ che immediatamente appare destituire di ogni fondamento la pretesa attrice.

In tale situazione, dunque, il *iudicium contrarium* di Gai 4,177 si inserisce come *iudicium contrarium*³⁹ rispetto a quest'azione dal preto-

³⁷ Ritengo si debbano accomunare così le due ipotesi: non mi pare che potesse verificarsi nella realtà romana il caso di una donna *praegnas* che, avendo ottenuto la *possessio* pretoria, si disfacesse dei beni e delle concrete possibilità di sostentamento che ne derivavano in un momento così particolare della sua vita, trasferendone il possesso ad altri: tanto più che della cosa avrebbe poi dovuto render conto, essendo la *possessio ventris nomine* disposta per dare corpo alle aspettative ereditarie del nascituro: D. 37,9,1 pr. (Ulp. l. 41 *ad ed.*) *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tutus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Che la *missio in possessionem ventris nomine* abbia un carattere cautelare, vuoi che sia l'unico, vuoi che sia fuso con aspetti di tutt'altra natura, nessuno dubita. Una felice enunciazione se ne veda in BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova 1937, p. 147; così anche METRO, *La datazione dell'editto "de inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, p. 944 ss.; così, in generale per tutte le *missiones*, ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fideicommissoria*, in *BIDR* 28, Milano 1986, p. 243 ss.

³⁸ Significativo anche il fatto che si tratti di un congiuntivo, che, come tale, conferisce alla pretesa attrice, sulla quale è impostata la rubrica del Digesto (presumibilmente la rubrica dell'editto, e di conseguenza la frase gaiana), un senso di possibilità che lascia il campo ben aperto alla dimostrazione contraria.

³⁹ Se una parte della dottrina più antica ha ritenuto che i *contraria iudicia* si ponessero in posizione di perfetto parallelismo e di completa autonomia rispetto alle azioni dirette, talché nell'ambito del rapporto obbligatorio ciascuna delle parti avrebbe potuto indipendentemente agire per la realizzazione dei propri interessi (così, sulle orme del Pernice, BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, I, Erlangen 1882, p. 51 ss.; così SEGRÉ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto*

germanico, in *Scritti giuridici*, I, Cortona 1930, p. 268 ss.; così il LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 254, 314, 403, 424: secondo il Lenel nel *si non paret* della *condemnatio*, attraverso la clausola espressa “*si causam non tenuerit*”, si sarebbe introdotta la possibilità del *iudicium contrarium* contrapposto all’azione principale), magari come derivazione, operatasi per sviluppo storico, da un’originaria *exceptio* opposta all’azione principale di cui rimarrebbe traccia in Paolo, D. 13,6,17,1 (così MANNIGK, v. “*Iudicium contrarium*”, in PWRE IX, 2, c. 2481), a partire dal Partsch, nei primi decenni del Novecento, si è avuta un’ampia revisione critica del tema. Basandosi sull’ambiguità di significati del segno “*contrarium*”, il PARTSCH (*Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg 1913, p. 54 ss.; ma anche *Das Dogma der Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, p. 74 nt. 204) ritiene che *actio contraria* e *iudicium contrarium* fossero mezzi giudiziali distinti, l’una rappresentando l’azione *in ius* indipendente, uguale ed opposta a quella principale, consistendo l’altro nell’unico processo derivante dal contratto fra le parti, ma costruito, a seguito dell’opposizione del convenuto, su una formula divenuta bilaterale, basata sulla buona fede, e che avrebbe potuto comportare anche la condanna dell’attore grazie all’espressione diretta al *quidquid alterum alteri dare facere oportet* contenuta nell’*intentio*. A sua volta WLASSAK (*Praescriptio und bedingter Prozess*, in ZSS 33, 1912, p. 81 ss.) all’origine storica del *iudicium contrarium* considera la *praescriptio*. Con valenza opposta si colloca l’opinione di ARANGIO RUIZ (*Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, p. 96 ss.) il quale ne parla come di una “contro-azione”, nel senso che “all’assoluzione dell’uno deve necessariamente corrispondere la condanna dell’altro, con un’applicazione di quello che nella logica formale si usa chiamare ‘principio di contraddizione’”. Giuseppe PROVERA, costruendo il suo pensiero da le *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in SDHI 1, 1942, p. 113 ss. ai *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, p. 7 ss., ne parla come di una domanda riconvenzionale, come “si ha quando il convenuto intenta una propria azione contrapponendola a quella che ha iniziato il processo contro di lui, contrapposizione di azioni che può condurre alla condanna dell’attore” (p. 26). Recentemente il CENDERELLI (*La negotiorum gestio*, I. *Struttura, origini, azioni*, Torino 1999, p. 193 ss.), pur rifiutandosi di entrare nel vivo della problematica sul tema, vede nell’espressione *iudicium contrarium* una valenza tecnica che vale ad individuare un’autonoma vicenda processuale in quanto “l’azione sorgente dal rapporto posto in essere viene chiamata *directa* quando fa capo al soggetto che con una sua iniziativa abbia realizzato, o comunque avviato, il procedimento di formazione del contratto (spetta, infatti, il *iudicium directum* al depositante, al comodante, al mandante)”, anche se, dal punto di vista del rito, facendo proprie le considerazioni di NICOSIA (*L’azione relativa alla ‘male gesta procuratio’ in Quintiliano*, inst or. 7,4,35, in *Studi Volterra*, 4, Milano 1971, p. 787 ss.), non reputa importante ai suoi fini definire “se si trattasse di due distinte azioni, derivanti da un unico fatto giuridico (l’intervento gestorio), o se, invece, l’azione *negotiorum gestorum* fosse da considerarsi come unica, e tuttavia proponibile dall’una o dall’altra delle due parti”. Infine l’a. trova poi modo di concludere, sulla base di D. 3,5,7,2, che “per i giuristi classici, l’espressione *actio contraria* non aveva un significato preciso, e poteva essere tranquillamente impiegata per indicare, a seconda del concreto proporsi dell’iniziativa processuale, l’azione del gestore o quella dell’interessato” (*op. cit.*, p. 201; si vedano anche, dello stesso, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustiniano*, in *Mélanges Fritz Sturm*, I, Liège 1999, p. 75 ss., nonché *In tema di origini e sviluppo*

re promessa sotto il titolo *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* (o altro analogo) dell'editto, e la condanna al quinto che esso comporta è, mi sembra, condanna ad un quinto di quell'interesse che è misura dell'azione stessa.

3. Anche per quanto riguarda il terzo caso indicato da Gai 4,177 fra le ipotesi in cui per la *calumnia actoris* si dovrebbe ricorrere ad un *iudicium contrarium* ci si trova di fronte ad una situazione riscontrabile a margine di una *missio in possessionem* pretoria. E ancora una volta Gaio dimostra di avere sott'occhio l'editto pretorio.

La clausola edittale "*Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*" (D. 43,4)⁴⁰, secondo la testimonianza di Ulpiano⁴¹, diceva:

delle actiones negotiorum gestorum, in *Studi Impallomeni*, Milano 1999, p. 85 ss.). A immediata replica Giovanni FINAZZI (*Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I. *Azione pretoria e azione civile*, Napoli 1999, p. 95 ss., e in part. p. 99, e poi 194 ss.) ritiene che "il problema della direzione dell'azione" abbia comportato nel tempo una diversa risposta, per cui "in connessione alla formula *negotiorum gestorum in factum concepta* ... fosse azione diretta quella a favore del gestore e azione contraria quella a favore del gerito. ... nel caso dell'azione civile le cose stavano diversamente, essendo diretta l'azione a favore del gerito e contraria quella del gestore" (p. 99): la giustificazione della prima contrapposizione sarebbe solo cronologica ("verisimilmente, con l'editto venne introdotta l'azione pretoria a favore del gestore, che sul piano della politica legislativa soddisfaceva un bisogno più urgente, e solo successivamente, il pretore affiancò ad essa l'azione pretoria a favore del gerito": p. 98 s.); per quanto riguarda la seconda contrapposizione l'esegesi di Cic. *top.* 66 porterebbe a ritenere "che il *praestare oportere* risulta ... nel caso dell'*alienis negotiis curare* soltanto sul *gestor*. Si deve considerare, d'altra parte, che in alcuni casi, come la tutela ed il comodato, la recenziarietà dell'azione contraria rispetto alla diretta sembra emergere dalle fonti, dalle quali si ricava una certa iniziale riluttanza a tutelare la pretesa di una delle parti per un importo eccedente quello percepibile *iure pensionis*, superata soltanto in progresso di tempo" (p. 195).

⁴⁰ Anche qui la rubrica si legge in verità nel Digesto, ma sia il RUDORFF (*Edicti perpetui quae supersunt*, Lipsiae 1869) che il LENEL (*op. cit.*, p. 455) la riferiscono anche all'editto. Il Rudorff ritiene che l'editto contenesse ben quattro clausole analoghe configurando la tutela interdittale (*ne vis fiat*) sia nei confronti di "*qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus sit*" (§ 225, p. 206 s., argomentato da D. 43,4,68,3), sia nei confronti di "*quae ventris nomine in possessionem missa fuerit*" (§ 226, p. 207), sia a favore di "*qui damni infecti nomine in possessionem missus est*" (§ 247, p. 217, argomentato da D. 43,4,4 pr.), sia, infine, a favore di "*qui rei servandae causa in possessionem bonorum missus erit*" (§ 269, p. 231 s., argomentato da D. 43,4,1 pr.). Il Lenel considera due clausole distinte, "*ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*", e, diversamente specificandovi le ragioni della *missio* sulla base dei contenuti del titolo giustiniano D. 43,4, "*ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa erit*".

⁴¹ Si consideri che anche in questo caso i 4 frammenti di cui si compone il titolo

D. 43,4,1 pr. (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Ait praetor: “si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo”.

L'azione *in factum*, proposta per rendere operativo il decreto del pretore concedente la *missio in possessionem*, è generale, rivolta alla tutela di tutte le ipotesi di concessione pretoria del possesso (*pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem*)⁴². Si tratta in questo caso di un'azione generalmente penale⁴³, in cui l'atteggiamento psi-

sono tratti, tre da Ulpiano, e precisamente dai libri 68, 69 e 72 *ad edictum*, e uno da Paolo, dal libro 59 sempre *ad edictum*: comunque in D. 43,4,1,6 è riportato anche il parere di Giuliano sul tema.

⁴² È D. 43,4,1,2 (Ulp. l. 72 *ad ed.*), ma si veda anche D. 43,4,1,1 : *Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret*. Più oltre si ricorda espressamente la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa* (D. 43,4,3 pr.), la *missio in possessionem ventris nomine* (D. 43,4,3,2-3), la *missio in possessionem damni infecti* (D. 43,4,3,4 pr.), la *missio in possessionem “ex alia causa”* (D. 43,4,4,4). Per quanto riguarda il nostro tema, in particolare in rapporto all'ipotesi precedentemente considerata da Gaio *si cum muliere eo nomine agatur quod dicetur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse*, si consideri D. 43,4,3 (Ulp. l. 68 *ad ed.*) *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem. Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria executione. Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est. Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*

⁴³ Dice infatti Ulpiano, l. 72 *ad ed.*, che *hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate*

cologico che caratterizza la responsabilità non è necessariamente, nonostante i termini della rubrica, la *vis* (*nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit*: D. 43,4,1,3), non è necessariamente il dolo (*habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint*: D. 43,4,1,2), ma è richiesta la piena capacità di intendere e di volere, quella capacità di cui difettano i minori e i furiosi (*Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum. ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri iulianus scribit*: D. 43,4,1,6). Infine l'azione di cui al titolo 43,4 del Digesto è un'azione commisurata al "*quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit*", parole che Ulpiano, D. 43,4,1,6, riprende dall'editto pretorio e commenta nei termini seguenti:

D. 43,4,1,5 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Haec verba "quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit" continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Il tratto finale del frammento ulpiano mi sembra rapportarsi perfettamente all'ipotesi gaiana di *calumnia actoris*: in pratica l'ipotesi prospettata da Gaio è quella che vuole proporsi contro il soggetto che avesse ostacolato l'immissione nei beni di chi ne avesse avuto concessione dal pretore ("*...si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse...*"). Pertanto, se taluno ha conseguito la *missio in possessionem* da parte del pretore *ob falsum creditum vel ob falsam petitionem* (o addirittura se possa essergli opposta una qualche altra eccezione)⁴⁴, poiché *propter nullam*

successorum evitare interdictum satisfactione oblata (D. 43,4,1,8): riterrei che l'eccezione rappresentata dal caso della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa* non riguardi il carattere penale dell'azione, ma piuttosto la sola intrasmissibilità della stessa.

⁴⁴ Tutte tre le ipotesi, a mio parere, devono essere ricomprese nelle scarse parole gaiane *et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse* dalle quali non appare assolutamente traccia dei motivi che potrebbero aver determinato la rivendicazione contro l'impresso: a loro volta le espressioni ulpiane rappresentano scenicamente il momento conclusivo dello scontro

causam in possessionem missus est, non deve potersi giovare dell'editto: l'azione, pur concessa quando ancora mancava una sicura percezione della vicenda, si concluderà con il rigetto della domanda attrice volta a riottenere il possesso perduto, potendovisi aggiungere, come *iudicium contrarium*, la condanna dell'attore ad un quinto di quel "*quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit*".

In conclusione le tre ipotesi raffigurate da Gaio in Istituzioni 4,177 rivelano immediatamente un qualche tratto di collegamento. Innanzi tutto per almeno due delle tre ipotesi proposte, il dato psicologico della "maliziosa concertazione" risulta comunque un presupposto dell'intervento, checché ne dica Gaio quando, relativamente a questi casi, pretende che la condanna del *calumniator* consegua *omni modo ... si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*. Non si vuol dire che Gaio sia in errore: Gaio parla della condanna, la quale effettivamente è data anche se l'attore *causam non tenuerit*, anche se *aliqua opinione inductus crediderit se recte agere* (dove dalla stessa specificazione appare il carattere eccezionale dell'eventualità)⁴⁵. Quello che si vuole qui riguardare è il momento della concessione del rimedio.

Circa la donna *praegnans* (a parte il fatto che già la *missio* in suo favore potrebbe essere stata determinata *calumniose*) requisito necessario per la concessione dell'intervento è la dolosa (*dolo malo*) *translatio* ad altri del possesso *ventris nomine* lecitamente o illecitamente ricevuto. E se il dolo significa qui praticamente la piena consapevolezza e volontà dell'illecito, non va comunque dimenticata la componente dell'inganno, del raggio (con conseguente altrui nocumento), che la *translatio* ad altri del possesso determina in capo agli eventuali aventi diritto che ne risulterebbero danneggiati.

Circa l'immesso spodestato le parole di Gaio (ma anche i termini che si leggono nei titoli relativi del Digesto)⁴⁶ non suggeriscono immediatamente l'idea di una dolosa attività attuata contro lo spodestato, quanto piuttosto quella di una violenza, più o meno aperta e palese, perpetrata ai suoi danni. Si deve però pensare nel concreto ad almeno

giudiziale, quello in cui il credito è stato appurato falso, la *petitio* attorea si è rivelata destituita di ogni fondamento, ovvero è stata inficiata da una qualche valida eccezione (si noti il tempo verbale al passato in *vel si exceptione summoventi potuit*).

⁴⁵ Se la cosa non avesse comportato perplessità di sorta Gaio si sarebbe forse limitato alla prima considerazione, *si causam non tenuerit*.

⁴⁶ Cfr. in particolare *supra*, nt. 40.

uno scambio di battute in cui le singole posizioni delle parti verrebbero chiarite, in cui, quindi, di fronte alle proteste di chi si oppone all'immissione vantando questa o quest'altra pretesa o aspettativa, l'impresso obietti e chiarifichi la sua particolare posizione fortificata dalla *missio* pretoria: la reazione di diniego è, dunque, una reazione consapevolmente assunta sulla base di una situazione chiarificata in tutti i suoi aspetti di base, e in cui risulta chiaro che ci si oppone alla stessa decisione del pretore.

Anche per quanto riguarda l'accusa giudiziale di aver commesso *iniuria*, dato il carattere personalissimo del reato, difficile è immaginare per l'esperienza romana casi in cui l'ingiuriato (o colui che si pretende tale) non riesca ad identificare esattamente la persona dell'offensore e agisca giudizialmente contro altra persona; in tali casi la proposizione dell'*actio iniuriarum* sarebbe fatta consapevolmente contro ogni diritto. È invece più facile pensare ad ipotesi in cui l'attore ritenesse, in buona fede, di essere stato offeso da un fatto, che il giudice poi verrà a valutare in senso diverso.

Ma, a parte tutte le considerazioni suesposte, il dato ulteriormente unificante si potrebbe trovare, a mio parere, nella palese e consapevole opposizione a decisioni pretorie. La dolosa *translatio* ad altri del possesso a lei dato *ventris nomine* da parte della donna incinta (o non) significa destituire di ogni pratico effetto l'iniziativa pretoria di concessione. Allo stesso modo anche l'ostacolo frapposto all'apprensione della *possessio* da parte dell'impresso significa palese inottemperanza (o peggio: chiaro dispregio) della decisione pretoria che aveva voluto quell'immissione. A suo modo (ma in modo ancor più generale, se vogliamo) anche l'accusa falsa o inane di *iniuria* determina un intervento pretorio a vuoto, un inutile atto di amministrazione della giustizia.

5. Ma è tempo di tornare, dopo tutto ciò, al secondo raffronto prospettato da Gai. 4,179 quello fra *iudicium calumniae* e *iusiurandum calumniae*.

Le argomentazioni logiche che si possono mettere a base della seconda premessa dello pseudo sillogismo gaiano non sono di facile evidenza in dottrina in quanto coinvolgono la configurazione generale dell'uno come dell'altro istituto che è alquanto complessa e problematica.

Invero è facile notare che due dei rimedi predisposti dai classici contro la temerarietà dell'attore hanno carattere generale, e come tali, ad essi si può ricorrere in ogni caso, di qualsiasi azione si tratti: così è per l'*actio calumniae*, con la sua condanna al decimo del valore della lite; così è per il *iusiurandum calumniae*, con il suo valore religioso e sacrale⁴⁷. Viceversa gli altri due rimedi hanno un riferimento limitato a particolari tipi di situazioni.

I due rimedi generali rivelano immediatamente una natura ed una funzione differente.

Il *iudicium calumniae* si proponeva a lite conclusa e, di fronte alla soccombenza di una parte (ma, per il caso che ci interessa, meglio sarebbe parlare di "soccombenza della pretesa dell'attore"), e nell'ipotesi di dolo del soccombente, consentiva al vincitore un'ulteriore rivalsa per 1/10 del valore della lite. In pratica il convenuto, assolto, lamentava tuttavia le spese e le noie della lite che aveva dovuto sostenere, lamentava che la intrapresa processuale contro di lui fosse stata mossa appunto per procurargli quelle spese e quelle noie e soltanto per quello, *vexandi animo*, nella piena consapevolezza del proprio torto, lamentava infine di aver subito e di subire ancora le conseguenze di quella disistima sociale che spesso accompagna certe vicende giudiziali. Di fronte a tutto questo, pur avendo già avuto ragione nel giudizio, il convenuto avrebbe potuto essere "risarcito" per un valore di 1/10 della cosa o diritto già in contestazione.

A sua volta il *iusiurandum de calumnia* è un mezzo repressivo della temerarietà che impiega il meccanismo del giuramento, che Paolo Prodi definisce come "invocazione della divinità come testimone e garanzia della verità/veracità di un'affermazione/dichiarazione ... dell'impegno/promessa di compiere una certa azione o di mantenere un certo comportamento in futuro, invocazione con la quale il singolo accende un rapporto con il gruppo a cui appartiene, ponendo in gioco la propria vita corporale e spirituale in base a comuni credenze che

⁴⁷ Cfr. LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calomnie*, RHD 21, 1953, p. 31 ss.; così anche BIANCHI, *La "temerarietà"* cit., p. 55 ss. Ma aggiungerei qualche ulteriore considerazione su questa "generalità": il giuramento (vuoi che assuma la forma *non calumniae causa agere*, vuoi quella *non calumniae causa in fitias ire*), così come, relativamente alle azioni *certae creditae pecuniae* e *pecuniae constitutae*, la promessa (vuoi che assuma la forma della *sponsio*, vuoi quella della *restipulatio*), si propongono come rimedi generali anche nel senso che sono comuni all'attore come al convenuto.

attingono alla sfera della meta-politica”⁴⁸. Pure in tale carattere è prevista la sua applicazione all’ambito privatistico. In particolare il giuramento *de calumnia* è un giuramento “promissorio”, un giuramento, cioè, che promette da parte del giurante un determinato comportamento futuro (o, al limite, presente), che nella fattispecie si concretizza nell’impegno ad usare della massima correttezza nel rapporto processuale, in specie nei confronti dell’avversario⁴⁹.

Riecheggia la *cautio de dolo*, dove l’impegno del promittente è volto al *dolo malo abesse* spesso ricordato nelle fonti. Si è fatto cenno precedentemente dello stretto rapporto che esiste fra la *calumnia* e il dolo, in particolare il dolo processuale. Ora, il giuramento *non calumniae causa agere* (così come il giuramento *non calumniae causa infitias ire*) viene praticamente ad assolvere, sia pure con ben altra religiosa maestà e solennità austera, allo stesso ruolo, o analogo, altrimenti rappresentato da una *cautio* o *stipulatio de dolo*, ovvero, e più precisamente da una promessa *de dolo* che non impegni soltanto il comportamento attuale, ma risulti proiettata anche verso l’immediato futuro, esigendo l’impegno ad una assoluta correttezza processuale.

Con tutto ciò, il giuramento *de calumnia* è strumentale, non risolve il giudizio, ma pone le basi per una corretta conduzione e risoluzione del giudizio.

Lo scopo dei due rimedi, *iusiurandum* e *iudicium calumniae* è, dunque, fundamentalmente diverso. Tale diversità risulta ancor più rimarchevole quando si evidenzia, con il Serangeli, che il giuramento “era destinato ad operare su un piano che non era giuridico in senso stretto, bensì più specificamente religioso e morale”⁵⁰, e imponeva che il litigante temerario “assumesse una responsabilità sul piano religioso e morale”⁵¹.

⁴⁸ Così P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*, Bologna 1992, p. 9 ss.: anche se la riflessione è condotta sul terreno del rapporto politico e del diritto pubblico, talune suggestioni mi sembrano meritevoli di attenzione anche nell’ambito privatistico.

⁴⁹ Cfr. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto romano*, Torino 1886, p. 189 ss. La diversa qualificazione del giuramento, a seconda delle finalità e, quindi, delle caratteristiche, di origine medievale, è ripresa anche da ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano 2000, p. 1.

⁵⁰ Cfr. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR 71, 1968, p. 200 ss., e in part. p. 209.

⁵¹ SERANGELI, *op. cit.*, p. 210. La considerazione va certamente nella direzione giusta ed è sicuramente condivisibile: non le darei, però, quel risalto che ha incontra-

Pure la definitività ed irrimediabilità dell'uno rimedio, preventivo, impedisce che possa esservi spazio per il ricorso all'altro.

Una conferma di questa alternatività fra l'*actio calumniae* ed il giuramento *de calumnia* potrebbe ricercarsi anche nell'applicazione, pur a margine, di una disposizione dell'editto a carattere generale:

D. 12,2,7 (Ulp. l. 22 *ad ed.*) Ait praetor: "eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo". 'eius rei' sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum ...

È ben vero che si tratta di *iusiurandum delatum*, ma il principio che impedisce di rimettere in discussione, e con un processo, quanto fosse stato oggetto di affermazione giurata (e quindi, nel caso, l'assenza di *calumnia* e, in genere, la correttezza del proprio comportamento giudiziale) mi sembra principio ispirato più al carattere religioso dell'invocazione alla divinità che assioma tecnicamente legato alle modalità, o al tipo di giuramento.

E a ben vedere sono queste stesse argomentazioni, cioè a dire l'inconciliabilità logica fra la funzione preventiva del giuramento *de calumnia* e quella successiva sanzionatoria del *iudicium contrarium*, che si debbono invocare a giustificazione dell'alternatività fra l'uno e l'altro, pur se il *qua razione* che si legge in Gai. 4,179, dopo che il giurista ha detto dell'alternativa fra *iudicium contrarium* e *iudicium calumniae*, sembrerebbe riconnettere al precedente discorso anche l'ulteriore esclusione del cumulo di azioni.

E per qualche aspetto le stesse argomentazioni risultano di peso anche per risolvere il problema dei rapporti fra le altre forme di repressione della *calumnia actoris*.

6. Nel caso del passo 4,181 risulta di minor evidenza l'accostamento logico delle affermazioni del giurista:

to in una anche recente dottrina (e che non mi pare avesse nemmeno nel pensiero dell'a.), nel senso che valga da sola a giustificare la differenza fra i diversi tipi di rimedi. In senso contrario si era espresso, per esempio, LEMOSSE, *Recherches* cit., p. 35, il quale ritiene che tutti i rimedi contro la *calumnia* operassero sullo stesso piano, il piano della *pecuniaria poena*, cui, quindi, anche il giuramento si sarebbe conformato, derivandone, di conseguenza, una valutazione pecuniaria appunto.

Gai. 4,181: Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religioni iungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.

Dice Gaio che

- se è data la *restipulatio* non è dato il *iudicium calumniae*;
- se è data la *restipulatio* non è dato il *iurisiurandum calumniae*;
- *nam*, se è data la *restipulatio* (*his causis*), non è dato il *iudicium contrarium*.

Se si vuole impostare logicamente il discorso, nonostante il *nam* che riconduce la frase *contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est* alle due precedenti, mi sembra che il dato da cui partire possa essere esclusivamente il secondo, quello che accosta, per negarne il cumulo, *restipulatio* e *iurisiurandum calumniae*, mentre sono gli altri che ne derivano di conseguenza.

E invero, l'alternatività fra *restipulatio* e *iurisiurandum calumniae* è ancora quella che, a livello di *temeritas* del convenuto, lo stesso Gaio aveva riscontrato fra *sponsio* e *iurisiurandum non calumniae causa infitias ire*, un'alternatività di cui il giurista non si chiedeva e non dava conto, tutta basata sulla prassi e sull'osservazione pratica del vissuto:

Gai. 4,172 : Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere non calumniae causa infitias ire.

Il deferimento del *iurisiurandum non calumniae causa infitias ire* era permesso dal pretore soltanto nell'ipotesi in cui non si potesse far assegnamento né sul raddoppio della condanna né sulla *summa sponsionis*⁵².

Ma il raddoppio della condanna, pur nei casi in cui la natura dell'azione l'avesse consentito, non era affatto sanzione automatica: se è vero – e non mi sembra che se ne sia dubitato – quanto ci ricorda l'autore delle Sentenze paoline in P.S. 2,17,4 (*Distracto fundo si quis de modo mentiat, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*, con affermazione cui deve concedersi una va-

⁵² Vi insiste particolarmente BIANCHI (*op. cit.*, p. 35), il quale anzi individua una condizione separata (che io farei rientrare tranquillamente nel "raddoppio della condanna") nell'ipotesi che non si tratti di azione *ab initio pluris quam simpli*.

lenza generale), il raddoppio della condanna era sottoposto non solo al verificarsi di certe circostanze di fatto che ne costituiscono il presupposto, ma anche, e soprattutto, alla valutazione discrezionale del giudice. A sua volta il ricorso alla *sponsio* con la conseguente penale del pagamento della *summa sponsionis* era prevista solo in certe ipotesi (*actio certae creditae pecuniae* e *actio pecuniae constitutae*) e su iniziativa arbitraria di parte così come, peraltro con possibilità generale, su iniziativa di parte si basava sia il deferimento che l'accettazione del *iusiurandum calumniae*.

Anche in questo caso la scelta dello strumento di tutela dipenderà dalle finalità pratiche che si intendono raggiungere.

Peraltro, come la *sponsio* esclude il ricorso al giuramento, così anche la *restipulatio*, che è la versione della *sponsio ex parte actoris*, impedisce una parallela presenza del *iusiurandum non calumniae causa agere*.

Infatti innanzi tutto una particolare correlazione si può anche leggere, a proposito della *temeritas* del convenuto fra la *sponsio* ed il giuramento, come, a proposito della *calumnia actoris*, fra la *restipulatio* ed il giuramento.

Del resto in 4,13, con riferimento alla *legis actio sacramenti* in genere, e più in particolare alla forma *in personam*, Gaio stabilisce un'analogia tra la *sponsio* e *restipulatio tertiae partis* e la *summa sacramenti*:

Gai. 4,13: Eaque actio proinde periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat; nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario qui vicerit.

La correlazione viene posta sul piano dello stesso valore sanzionatorio dei tre istituti, ciascuno dei quali comporta un rischio evidente per chi vi si presta. Qui interessa piuttosto un altro tipo di corrispondenza, che, se non è il precedente, la causa, di quella rilevata da Gaio, ne può essere la conseguenza: attraverso il termine *sacramentum*, nonché attraverso la consapevolezza della sua origine storica, per riflesso anche *sponsio* e *restipulatio* si tingono di aspetti religiosi, assumono quell'aura di solennità che connota l'invocazione agli dei, un va-

lore quasi sacro. E il demerito, e la riprovazione, e il dispregio che colpiscono lo spergiuro sfiorano in tal modo anche chi, avendo promesso (originariamente: scommesso) sulla verità delle proprie affermazioni, si trova poi sconfessato dai fatti. Su questo piano la risalenza storica del *sacramentum*-scommessa al *sacramentum*-giuramento può ben essere rivelatrice della funzione e del valore di *sponsio* e *restipulatio* e del loro rapporto di alternatività col giuramento.

Di seguito le complementarità e le inconciliabilità rilevate fra il giuramento e il *iudicium calumniae* portano all'esclusione del ricorso alla *restipulatio* in presenza dell'altro rimedio.

Per quanto riguarda da ultimo il rapporto fra *restipulatio* e *iudicium contrarium* è facile notare che, lungi dal proporsi come conseguenza di affermazioni precedentemente svolte sull'inconciliabilità di *iusiurandum* e *iudicium calumniae*, i due rimedi risultano non cumulabili perché si prospettano *certis causis*, e in cause, appunto, che sono assolutamente differenti.

7. Quale può essere, allora, la linea guida, se c'è, del discorso gaiano sulla temerarietà della lite *ex parte actoris*?

Mi sembra, invero, che un tratto unificante non possa non scorgersi, immediatamente captato da Gaio e trasmesso al suo pubblico, ma lasciato poi in sottordine. In ultima analisi, mi sembra che il filo conduttore del vario discorso sulla *calumnia actoris* (e, perché non, sulla *temeritas* del convenuto), sia da ricercare nel terzo criterio che informa di sé, fin dal paragrafo 4,171, la trattazione gaiana: *nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri*.

Alle argomentazioni del Bianchi⁵³, che con decisione ricollega an-

⁵³ *Op. cit.*, p. 17. Di fronte alle segnalate difficoltà di lettura dell'esordio del tema in Ist. 4,171-172, l'a. si interroga: "È, dunque, '*metus infamiae*' integrazione accettabile? A mio avviso la risposta a questo quesito deve essere positiva. Due i motivi che mi inducono a questa conclusione. Il primo è di carattere strutturale: l'inizio del § 182 parrebbe, invero, troppo brusco se il tema dell'infamia-ignominia non fosse stato almeno preannunziato. Il secondo motivo consiste nel fatto che l'ignominia di cui si tratta nel § 182 si pone obiettivamente, in alcuni giudizi, come un forte deterrente – sia pure indiretto – al proliferare del contenzioso e, quindi, in tale prospettiva, essa avrebbe potuto essere annoverata accanto al '*pecuniaria poena*' e al '*iurisiurandi religio*'. Ciò su cui non mi sento di seguirlo è la "genericità" con cui se ne tratta: il

che il passo 4,182 di Gaio alla generale esposizione dei rischi di chi tenesse un comportamento temerario di fronte a certe azioni promosse da lui o contro di lui, aggiungerei la considerazione e la conferma delle fonti.

La *calumnia* comporta infatti un duplice atteggiamento psicologico da parte del *calumniator*, l'uno oggettivo, consistente nel mendacio, l'altro soggettivo, consistente nella malizia; il primo testimoniato nelle fonti dalle tante volte in cui la *calumnia* viene letteralmente connessa con la falsa accusa, l'attribuzione di false circostanze, il racconto menzognero; la seconda espressamente in evidenza fin dalle definizioni della *calumnia* e del *calumniator*, che richiamano la *fraus* e la *calliditas*⁵⁴.

La reazione dell'ordinamento giuridico, che riproduce la reazione spontanea, oserei dire "popolare", di fronte alla *calumnia*, sottolineata dalla troppo frequente associazione nelle fonti fra la parola *calumnia* e certe qualificazioni avverbiali come *improbe*, *turpe*, *inique* (e chiaramente espressa, per esempio, anche in un passo di Hilarione, in *psalm.* 118, *calumnia autem ea est vel cum bono operis facinoris mali nomen adscribitur vel cum specie blandiente internae malitiae virus occultitur*), è determinante del dispregio con cui sono riguardati i calunniatori, coloro che infieriscono contro gli innocenti, che adducendo false circostanze di fatto o false interpretazioni dei fatti, determinano una falsa convinzione circa la persona dell'innocente contro cui la calunnia è indirizzata, ecc.

A proposito del comportamento di chi *dedit pecuniam ut negotium quis pateretur* Papiniano dice che *turpiter ... fecit* (D. 3,6,3,3); la lite intrapresa *calumniandi animo* e poi cessata è una lite *improba* (D. 5,1,10); il *calumniator* può essere tacciato, per il fatto di essere tale, di *nota nequitia* (D. 43,30,3,4). Spesso, inoltre, i giuristi usano, a proposito del *calumniator*, il verbo *notari* che ha una chiara connotazione negativa (D. 3,2,4; D. 3,2,1; D. 3, 1,1,6; D. 48,2,4; ecc.). Si legga:

"generico deterrente della litigiosità" (così alla nt. 48) mi sembra possa ricoprire ben altro ed importante ruolo nella repressione della temerarietà della lite.

⁵⁴ Si pensi alla *regula* gaiana riportata in D. 50,16,233 pr. (Gai. *ad l. XII tab.*) - "*si calvitur*": *et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.* Sul punto BIANCHI, *op. cit.*, p. 54 ss.

D. 3,2,4,4 (Ulp. l. 6 *ad ed.*) Calumniator ita demum notatur, si fuerit calumniae causa damnatus: neque enim sufficit calumniatum: item praevaricator. praevaricator autem est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua: quod nomen labeo a varia certatione tractum ait, nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex adversa.

La stessa terminologia carica di suggestioni è impiegata nella legislazione imperiale: Alessandro Severo menziona una *nota calumniae* (C. 9,9,6 pr.: *Et qui confidit accusationi, calumniae notam timere non debuit ...*); l'imperatore Antonino parla di tutori e curatori che *sententia notantur* per la loro eventuale *calumnia* (C. 9,1,2,1), e, con disposizione che può essere illuminante anche a considerare il significato del termine *calumnia*, dice che *si non docueris praevaricatum, et calumnia notaberis et rebus iudicatis, a quibus non est provocatum, stabitur* (C. 2,7,1); di un calunniatore *notatus* si tratta in C. 2,11,16⁵⁵; usano il verbo *notare* Arcadio ed Onorio in una loro costituzione del 400 (*calumniarum redemptores notari oportebit*); ecc.

Di *iniquitas calumniantium* parla infine anche l'*Imperatoriam maiestatem*, nel suo *proemium*:

Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.

È ben vero che le suaccennate testimonianze prospettano, o possono prospettare, talora diverse accezioni del termine *calumnia*, cui bisognerebbe dedicare maggiore attenzione. Si pensi ai *calumniantes* contro cui si indirizza, timoroso della sua fama, l'imperatore Giustiniano, a documentare nella prassi un uso della terminologia relativa, che, se non è quello tecnico-giuridico che un pratico del diritto si attende di trovare, gli è tuttavia assai vicino, tanto da influenzarne le sfumature di significato, ovvero da lasciarsene influenzare. Ma appunto già questo dato incontrovertibile ha la sua importanza⁵⁶.

⁵⁵ *Imp. Gordianus - PP. III k. Aug. Sabino et Venusto cons.* (a. 240).

⁵⁶ Una prima riflessione sulle varie ipotesi può farsi sulla base di Camiñas, *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el derecho privado romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 1992, p. 27 ss.

Si è detto, anche sulle orme del Camiñas⁵⁷, che la *calumnia* comporta due distinti aspetti, quello oggettivo e quello soggettivo: se ne deve, peraltro, aggiungere uno ulteriore, oggettivo anch'esso, e strettamente riconnesso col primo, sì da formare con esso un tutt'uno, quasi sua proiezione circolare: la malizia del calunniante, infatti, deve essere indirizzata al danneggiamento, alla "lesione", del soggetto contro cui la *calumnia* è compiuta, danneggiamento e lesione che si determinano oggettivamente in rapporto al fatto che le affermazioni del calunniante sono false.

È su questa lesione che si baserà Giustiniano nel dettare i termini della sua riforma in materia:

I. 4,16,1: ... Haec autem omnia⁵⁸ pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

È su questa lesione che fa leva, anche moralmente, la riprovazione cristiana:

Aug. in *psalm.* 118: calumnia non est nisi quando falsi criminis obiectione proximus laeditur.

E a questo punto mi sembra importante considerare il genere di lesione che la calumnia comporta nei confronti del soggetto contro cui è pronunciata.

Le fonti giuridiche e letterarie più antiche mi sembrano concordemente appuntare l'attenzione innanzi tutto sulla disistima sociale che consegue ad una calumnia, l'*infamatio* di Nonio: caratteristica della *calumnia* è l'*infamatio* del calunniato.

⁵⁷ La lex Remnia cit., p. 7 ss.: pure le differenze di pensiero sono evidenti.

⁵⁸ L'inizio del passo, cui si riferisce questo *haec autem omnia*, suona così: *Item actoris quoque calumnia coerctetur: nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est.*

Non. P. 263: *calumnia est malitiosa et mendax infamatio. Calumnia rursus calliditas*⁵⁹.

Ne deriva che anche la posizione del calunniatore, per una sorta di dantesca pena del contrappasso⁶⁰, viene ad essere improntata di conseguenza.

Del resto la “nota d’infamia”⁶¹ conseguente alla condanna contro il calunniatore è disposizione espressa dell’editto pretorio:

⁵⁹ Per il rapporto anche terminologico fra la *calumnia* e la *calliditas* (sulla base di Fest. Paul. sv. “*cavillatio*”, L. 39, *cavillatio est iocosa calumniatio*) si veda, per esempio, D. 3,2,20 (Pap. l. 1 resp.): *ob haec verba sententiae praesidis provinciae ‘callido commento videris accusationis instigator fuisse’ pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur*. Si veda anche, sempre a titolo meramente esemplificativo, la seguente costituzione del 381: C. 11,58,2 pr. (*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp.*) *Quisquis vitem succiderit aut feracium ramorum fetus hebetaverit, quo declinet fidem censuum et mentiatur callide paupertatis ingenium, mox detectus competenti indignationi subiciatur*. 1. *Illo videlicet evitante calumniam, qui forte detegitur laborasse pro copia ac reparandis agrorum fetibus, non sterilitatem aut inopiam procurasse* (D. prid. non. Iun. Constantinopoli Eucherio et Syagrio cons.).

⁶⁰ CENTOLA (*Il crimen calumniae* cit., p. 89 ss.), sulle orme di Mommsen, di Genzmer, di Santalucia (nonché, ulteriormente, di PETSHOW, *Altorientalische Parallelen zur spätrömischen calumnia*, in ZSS 90, 1973, p. 14 ss.), ne parla decisamente come di pena del taglione, come “possibilità riconosciuta alla persona offesa di infliggere al colpevole un male identico a quello sofferto dalla vittima del reato”, sorto sulla base dell’idea di vendetta (Isid. Orig. 5,27: *Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur, ut fecit*); e si richiama, con Genzmer, al presunto principio edittale *Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* (GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht?*, in ZSS 62, 1942, p. 122 ss.), pur notando talune esitazioni della dottrina sulla denominazione. Rimane pacificamente assodato, invece, che esista una sorta di corrispettività fra quanto l’offensore ha fatto subire (o voleva far subire) all’offeso e la pena comminatagli. Si discute invece circa il periodo storico in cui si sarebbe affermata questa particolare previsione di pena, che alcuni collocano già in età repubblicana (così CAMIÑAS, *La lex Remnia* cit., p. 100 ss.), altri, senza particolari interrogativi, ritengono esistente in età augustea (cfr. BOHÁČEK, *Un esempio dell’insegnamento di Berito ai compilatori. Cod. Just. 2,4,18*, in *Studi Riccobono*, 1, Palermo 1936, p. 372 s.), altri ancora procrastinano fino a Costantino (sulla base di C.Th. 9,10,3 = C. 9,12,7: così MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 496). Non limiterei la valenza di questo principio in tema di pena al mondo criminale, ma ne vedrei, invece, un’applicazione più vasta, anche, in particolare, in rapporto alla *calumnia*.

⁶¹ Si pensi all’uso nelle fonti del verbo *notare*, di cui si è detto poc’anzi.

D. 3,2,1 (Iul. 1.1 *ad ed.*) Praetoris verba dicunt: “infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevariationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit”.

Gai. 4,182: Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est, et recte, plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Non tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus esset; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire ignominiosus esse dicitur.

È evidente la correlazione del dettato giuliano con il passo 4,182 di Gaio. Dopo aver trattato dei rimedi contro i litiganti temerari, Gaio ricorda che coloro che riportavano condanna in alcuni giudizi come quelli di furto, di rapina, di ingiuria, di deposito, di mandato, di società, di fiducia, di tutela, subivano come pena accessoria, l'*ignominia*. Quest'ultima colpiva anche coloro che avessero evitato la condanna venendo a patti con la vittima del delitto. I condannati in tali giudizi venivano a subire una diminuzione di stima (*ignominia*) essendo collocati dal pretore fra le persone alle quali era preclusa la possibilità di chiedere un'azione o un altro mezzo di tutela in nome altrui

(*postulare pro aliis*), oltreché di farsi rappresentare in giudizio, o assumere essi stessi la rappresentanza di altri.

Il richiamo di Gaio all'editto del pretore è espresso (*ut in edicto praetoris scriptum est*, dice il giurista per sottolineare come anche coloro che fossero venuti a patteggiamento con l'avversario sarebbero stati colpiti dall'infamia al pari di coloro che avessero subito la condanna), ma soprattutto vi si legge la stessa sequenza di azioni infamanti, *furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum*, e poi ancora *item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi* (da notare lo stacco rappresentato dall'*item* del testo gaiano che riprende ed interpreta a modo suo la ripresa autonoma *qui ...* che nell'elencazione edittale delle persone che *infamia notantur* introduce le tre/quattro azioni penali, e poi di nuovo le cinque azioni civili).

È allora di facile evidenza il richiamo alla frase edittale immediatamente precedente che parla della *calumnia*, e ricollega la nota d'infamia a *qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus sit*: dove, semmai, il dubbio che poteva rimanere circa le motivazioni del silenzio di Gaio su quell'ipotesi può essere subito fugato dalla considerazione che il giurista adrianeo abbia voluto non lasciarsi coinvolgere in problematiche pubblicistiche, espressamente richiamate da quel *publicum iudicium*. Quando poi non si voglia pensare che Gaio intenzionalmente non abbia riportato commentandola quella specifica clausola per ottenere dall'editto pretorio l'avallo e la canonizzazione di una realtà, la nota d'infamia per i calunniatori in ambito di *ius civile*, come era già storicamente assodata per i calunniatori in ambito pubblicistico.

ANTONIO RUGGIERO *Amministrazione, procedimento cautelare e Costituzione.*

ABSTRACT

Il presente lavoro muove dall'osservazione dello scenario europeo in tema di ricorso cautelare nei confronti dei pubblici poteri, atteso che, all'interno delle tematiche processuali, le misure cautelari rappresentano materia sulla quale si è prodotto il maggior impatto dell'ordinamento comunitario.

L'argomento di che trattasi rappresenta, infatti, esempio assai significativo della c.d. portata espansiva dei principi introdotti dalla disciplina comunitaria, con particolare riguardo all'applicazione estensiva dei contenuti "cautelari" di cui agli artt. 242 e 243 del Trattato CE, nell'ottica di una uniformazione fra gli Stati dell'Unione dei rispettivi diritti processuali di tutela delle situazioni soggettive, al fine di assicurare un'applicazione altrettanto uniforme delle norme comunitarie nei confronti di tutti i destinatari.

Il modello comunitario di tutela giurisdizionale, ed in particolare la facoltà della Corte di Giustizia di ordinare "la sospensione dell'atto impugnato" (art. 242) ovvero i "provvedimenti provvisori necessari" (art. 243), ha costituito oggetto di espansione applicativa ai giudici nazionali – come si evince dalle sentenze della Corte di Giustizia citate nel corso del presente lavoro (Sent. 19/6/90 *Factortame* – Causa 213/89; Sent. 09/11/95 *Atlanta* – Causa 465/93) che hanno sottolineato la facoltà del giudice nazionale di disapplicare le leggi nazionali che gli impediscano di emettere provvedimenti provvisori di indole cautelare a tutela di diritti fondati sulle

norme comunitarie (sent. *Factortame*), nonché la facoltà di adottare misure cautelari “positive” nei confronti di atti amministrativi che si basino su norme comunitarie oggetto di rinvio pregiudiziale (Sent. *Atlanta*).

L’attenzione dell’A. si rivolge, pertanto, a) all’analisi del fondamento comunitario del ricorso ai mezzi cautelari, che viene fatto risiedere nel “principio di effettività della tutela giurisdizionale”, nonché b) alla tendenza europea ad apprestare garanzia costituzionale al citato principio, che si fa assurgere a diritto soggettivo fondamentale, garanzia dei diritti soggettivi tutti.

Risultato dell’osservazione comparata è la constatazione dell’evolvere del giudizio amministrativo in Europa verso un modello di accertamento costruito su parametri ed oggetti costituzionali. Particolare attenzione viene dedicata all’ “Amparo” spagnolo che, al pari di analoghi istituti austriaci e tedeschi, consiste nel riconoscimento ai singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, della facoltà di adire direttamente la Corte Costituzionale, per ottenere la tutela di diritti costituzionalmente garantiti ritenuti oggetto di arbitraria violazione ad opera dei pubblici poteri, riconoscimento che assurge, pertanto, a status costituzionale. Da tale garanzia costituzionale della sospensione cautelare consegue la diretta applicabilità della Costituzione all’azione della P.A. e quindi la quanto meno tendenziale “gerarchizzazione” della discrezionalità amministrativa ai valori costituzionali.

Il presente lavoro, che affronta anche un confronto comparativo più ampio dell’istituto dell’Amparo in correlazione con il tema della sospensione dell’atto impugnato, si cura di precisare il mancato uniformarsi dell’esperienza italiana al fenomeno sinora descritto, e conclude – anche dopo l’esame del combinato disposto degli artt. 133 e 134 del Progetto di riforma costituzionale, elaborato dalla Commissione Bicamerale istituita con L. Cost. n.1/97, e peraltro mai attuato – escludendo l’ipotesi di una futura diffusione giurisprudenziale della “tutela immediata ed effettiva” dei diritti fondamentali che avvicina l’esperienza spagnola alla giurisprudenza comunitaria. A conclusione un breve richiamo alla tutela cautelare nel processo tributario, quale strumento di garanzia effettiva dell’amministrato.

ANTONIO RUGGIERO

AMMINISTRAZIONE, PROCEDIMENTO CAUTELARE
E COSTITUZIONE

*Brevi osservazioni sulla tutela giudiziale effettiva
nei confronti della pubblica amministrazione*

SOMMARIO

1) La "tutela giudiziale effettiva" come diritto e come parametro; 2) Lo statuto costituzionale della sospensione cautelare; 3) Sospensione cautelare e *Judicio de Amparo*; 4) "Tutela giudiziale effettiva" e caratteri dell'*Amparo*; 5) I limiti dell'esperienza italiana e le improbabili riforme; 6) Diritto nazionale interno e diritto comunitario; 7) Le prospettive aperte dalla riforma del processo tributario in Italia.

1. Il più recente scenario europeo offre interessanti spunti sul tema della rilevanza che può assumere il ricorso cautelare nei confronti degli atti dei pubblici poteri¹.

È noto, infatti, che a norma del Trattato CE la Corte di Giustizia non solo "può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato" (art. 242), ma più in generale negli affari che le sono proposti "può ordinare i provvedimenti provvisori necessari" (art. 243). Su questa premessa si è sviluppata un'innovativa giurisprudenza che ha prodotto l'espansione applicativa delle citate previsioni comunitarie persino nei confronti dei giudici nazionali, ai quali è stato riconosciuto il potere interinale di sospendere l'efficacia degli atti comunitari sospetti di illegittimità, a condizione che su di essi sia sollevata la questione pregiudiziale innanzi alla Corte stessa².

Certamente il risvolto costituzionalmente più significativo degli itinerari comunitari è però rappresentato dall'invocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale come fondamento costitutivo del ricorso ai mezzi cautelari. La sentenza *Factortame*, prima³, e il recente caso *Atlanta Fruchthandellgesellschaft*⁴, poi, delineano un paralle-

¹ Cfr. per tutti R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, e M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimento d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

² Corte Giust. CE, 21 febbraio 1991, in *Foro It.*, 1992, IV, 1 ss.

³ Corte Giust. CE, 19 giugno 1990, in *Foro Amm.*, 1991, 1885 ss.

⁴ Corte Giust. CE, 9 novembre 1995, in *Foro Amm.*, 1996, 2543 ss.

lismo tra le garanzie previste dal Trattato CE e quelle offerte dai giudici nazionali, da cui emerge la configurazione costituzionale di un parametro di legittimazione al ricorso ai mezzi cautelari e di validità delle singole soluzioni processuali, rintracciato nell'applicazione estensiva dei citati artt. 242 e 243 del Trattato CE⁵. Tale parametro, pertanto, sembra assumere il rango di norma-valore dell'intero ordinamento comunitario, consustanziale al perseguimento della "tutela giudiziale effettiva" quale diritto fondamentale radicato nella sfera soggettiva degli amministrati.

Il giudice comunitario ha individuato nella "coerenza" del sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive di matrice comunitaria il contenuto della tutela cautelare che il giudice nazionale deve garantire al singolo nelle controversie in cui si debbano applicare le norme di diritto comunitario. Tutela che, alla luce della collocazione sistematica degli artt. 242 e 243 Trattato CE, non può variare a seconda che i singoli chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione di provvedimenti provvisori che disciplinino a loro vantaggio situazioni in diritto o rapporti giuridici controversi.

Il modello comunitario di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive si propone, pertanto, come meta di un lungo processo di sussunzione e di uniformazione dei diritti processuali di tutela garantiti negli Stati membri dell'Unione⁶.

Non a caso, si è opportunamente osservato che l'orientamento europeo sembra consolidare a livello comunitario un complesso di soluzioni che hanno già trovato parziale accoglimento proprio nelle Corti Costituzionali nazionali, come quella italiana, sulla base della norma-valore dell'articolo 24.1 Cost. ("Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"), con la sentenza – a contenuto additivo – 190/1985⁷, o quella spagnola con il ricorso all'analogia norma-valore dell'articolo 24.1 CE ("Tutti hanno diritto alla effettiva

⁵ In questo senso R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro Amm.*, 1996, 2554 ss.

⁶ Cfr. sul punto, A. SAGGIO, *La giurisprudenza comunitaria sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Reg.*, 1996, 455 ss., nonché A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1996, 1155 ss.

⁷ In *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 117 ss.

va tutela da parte dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei diritti e degli interessi legittimi, senza che in nessun caso si possa verificare mancanza di difesa")⁸, dove il problema del riconoscimento del ricorso ai mezzi cautelari appare fondato sull'accertamento della garanzia del diritto fondamentale alla tutela giudiziale, quasi nell'implicito perseguimento di una sorta di *Feststellungsklage* alla tedesca.

È diffusa l'opinione che il modello comunitario di giudizio sulla legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie sia ricalcato, almeno nei suoi caratteri fondamentali, sul modello francese di giustizia amministrativa. In particolare, è evidente l'influenza esercitata sugli autori del Trattato del modello francese del *contentieux en annulation*. Il giudizio di annullamento, in contrapposizione al *contentieux de plein juridiction*, è un giudizio di tipo cassatorio, che circoscrive la propria indagine alla legittimità formale dell'atto amministrativo, senza analizzare nel merito i presupposti di fatto previsti nella fattispecie normativa. L'influenza del sistema francese è vieppiù evidente nell'attività discrezionale e valutativa compiuta dall'amministrazione, la quale coniuga le valutazioni tecniche a quelle discrezionali sotto il profilo del controllo giurisdizionale, in entrambe le ipotesi informato a criteri di sindacato tipici dell'indagine sull'interesse pubblico.

Non va infine sottovalutata l'influenza che il sistema tedesco di tutela giurisdizionale può esercitare sul modello comunitario, soprattutto ove si consideri che il *Bundesverfassungsgericht* si è eletto "controllore" delle istituzioni comunitarie. Tale influenza è evidente nella recente sentenza del caso *Port*⁹, originata da una pronuncia del giudice costituzionale tedesco che ha affermato la sua competenza a sindacare i trattati comunitari in relazione ai valori fondamentali contenuti nel *Grundgesetz*. Tuttavia, ragioni di opportunità politica e di interpretazione uniforme, hanno determinato la Corte ad affermare la propria esclusiva competenza a sindacare sulle eventuali omissioni delle istituzioni comunitarie, individuando nelle norme del Trattato il potere dello stesso giudice di pronunciare, almeno in sede cautelare, provvedimenti di contenuto ordinatorio nei confronti dell'amministrazione comunitaria.

⁸ Cfr. per tutti, G. RUIZ-RICO RUIZ, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1997.

⁹ Corte Giust. CE, 26 novembre 1996, in *Foro It.*, 1997, IV, 248 ss., con nota di D. BELLANTUONO.

Ad ogni buon conto, la particolarità europea risiede nel fatto che la Corte di Giustizia, fornendo il “fondamento comunitario” del ricorso ai mezzi cautelari, abilita lo stesso giudizio amministrativo ad evolversi verso un modello di accertamento costruito su parametri e oggetti costituzionali.

Il fatto che persino in sede di riforma costituzionale italiana si sia avvertita l'esigenza di pervenire a questo salto qualitativo del problema, con la previsione nella futura Costituzione, come attesta l'art. 133 del Progetto di riforma costituzionale elaborato dalla “Commissione Bicamerale” istituita con legge costituzionale 1/1997, della garanzia costituzionale dell'effettività della tutela verso la pubblica amministrazione con mezzi cautelari (“Nei confronti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, anche cautelare, con le modalità stabilite dalla legge”), sta a dimostrarlo; soprattutto se si ipotizza di combinare il citato articolo con quello seguente, il 134 lett. I (“La Corte Costituzionale giudica sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale”), che promette per l'Italia l'apertura verso la tradizione dell'*Amparo constitucional* spagnolo.

2. L'*Amparo* spagnolo e gli analoghi istituti previsti in Austria e Germania presentano quale comune denominatore il riconoscimento ai singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, della facoltà di adire direttamente la Corte Costituzionale onde ottenere tutela di diritti costituzionalmente garantiti, se violati da atti arbitrari dei pubblici poteri.

Si tratta di uno strumento di chiusura del sistema apprestato a garanzia di diritti fondamentali, che si atteggia in modi differenti in relazione alle singole esperienze storiche e giuridiche. Nel caso tedesco, ad esempio, lo strumento della *Verfassungsbeschwerde* è proponibile solo dopo avere esaurito tutti i previsti gradi di giudizio. La Corte costituzionale tedesca, tuttavia, può intervenire quando al ricorso sia riconosciuto un interesse generale ovvero il ricorrente possa subire un danno grave e irreparabile legato all'esperimento delle normali vie legali.

Ad ogni modo, il riconoscimento al singolo del diritto a ricorrere direttamente avverso un provvedimento lesivo di diritti fondamentali per ottenerne la sospensione assurge alla dignità di un vero e proprio status costituzionale.

La più accorta dottrina europea, infatti, è pervenuta a questa con-

clusione proprio attraverso la coniugazione della prospettiva comunitaria con quella dei singoli ordinamenti.

Così è stato in Francia, a partire dalla decisione del *Conseil Constitutionnel* del 5 settembre 1986 fino alla decisione del 9 gennaio 1990, in cui, assumendo a parametro l'art. 66 della Costituzione in forza del quale "nessuno può essere sottoposto a detenzione arbitraria. L'autorità giudiziaria, garante della libertà individuale, ne assicura il rispetto nei modi previsti dalla legge", si è affermato il principio che le garanzie giurisdizionali di diritto comune debbano ricomprendere sempre la possibilità della sospensione dell'atto amministrativo impugnato.

Stavros Tsikliritas¹⁰ ha potuto concludere in merito che la regola del ricorso alla sospensione dell'atto amministrativo impugnato ricopre ormai in Francia un vero e proprio *status* costituzionale da ascrivere come parte del "blocco di costituzionalità" e porsi pertanto come limite agli interventi del legislatore medesimo.

Analogamente in Spagna si è parlato di un "blocco di costituzionalità"¹¹ di conformazione comunitaria, fondato sull'assunto che non ci sia possibilità di garantire ai cittadini una tutela giudiziale effettiva in assenza dell'ammissione concreta della soddisfazione dei loro diritti; per cui il principio, testualmente consacrato dal citato art. 24.1 CE, dev'essere coniugato con una serie di ulteriori disposizioni che vincolano l'attività del giudice all'attuazione costituzionale, come l'art. 5 della LOPJ (Legge organica sul potere giudiziale 6/1985), per il quale la Costituzione rappresenta "la norma suprema dell'ordinamento giuridico che vincola tutti i giudici e tribunali...", applicabile direttamente attraverso un'interpretazione estensiva ed adeguatrice, in mancanza della quale sarà necessario sollevare questione di incostituzionalità¹².

Nel risolvere, appunto, una questione di incostituzionalità, il Tribunale Costituzionale spagnolo, con la sentenza 238/1992, ha ribadito

¹⁰ S. TSIKLIRITAS, *Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif*, in *Rev. Droit Public*, 3, 1992, 679 ss.

¹¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, in *Rev. Esp. Der. Administrativo*, 76, 1992, 137.

¹² Sulla giurisprudenza costituzionale spagnola, che ha ribadito il legame descritto nel testo, si ricordino almeno: STC 1/1981, ATC 325/1982, STC 55/1986 e 110/1988. Per la dottrina, cfr. J. GARCÍA MORILLO, *La Justicia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1987.

che la mancata previsione o attuazione della sospensione giudiziale dell'atto amministrativo rappresenta un "*mandato incostitucional*" per contrasto con il "diritto fondamentale" alla tutela giudiziale effettiva: individuando nella pubblica amministrazione un'istituzione al servizio degli interessi generali, (art. 103.1 CE) il principio della sospensibilità dell'atto viene pertanto assunto a parametro di validità delle scelte legislative processuali e di interpretazione costituzionalmente conforme dei singoli giudici amministrativi. Il Tribunale, infatti, ha stabilito che la previsione dell'autotutela non sia contraria di per sé alla Costituzione, ma certamente non possa sacrificare il valore dell'art. 103 CE, al quale va subordinata la stessa esecutività dell'atto amministrativo allorché risulta incompatibile con l'art. 24.1 CE. È quindi su questo diritto fondamentale che si impianta il potere giurisdizionale di adottare mezzi cautelari.

Inoltre, l'attuazione concreta dell'ulteriore principio contenuto nell'art. 106.1 CE ("I tribunali controllano la potestà regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa così come il perseguimento dei fini che la giustificano") ha comportato che il controllo giurisdizionale si estenda proprio al carattere immediatamente esecutivo degli atti amministrativi, al fine di valutarne la sospensibilità¹³.

In questa sede non interessa verificare la perfetta corrispondenza di questa ricostruzione al concetto di "blocco di costituzionalità" notoriamente discusso in Spagna¹⁴.

Al contrario, è importante cogliere il risvolto di diretta applicabilità della Costituzione sull'azione della pubblica amministrazione, che la garanzia costituzionale della sospensione cautelare incoraggia.

Da questo punto di vista, la Costituzione spagnola sembra perseguire, con riferimento all'attività dei pubblici poteri e della pubblica amministrazione in particolare, la medesima connessione fra affermazione dei parametri ed efficacia diretta dei diritti fondamentali, che ha contraddistinto, come si è visto, l'evoluzione del modello europeo. Infatti, l'art. 9.1 CE ribadisce il vincolo di tutti i poteri e di tutti i cittadini alla Costituzione, sancendo l'efficacia diretta della Costituzione particolarmente rilevante in materia di diritti fondamentali, come con-

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Madrid, 1995, 316 ss.

¹⁴ Si veda per tutti, F. RUBIO LLORENTE, *El Bloque de Constitucionalidad*, Madrid, 1991.

ferma il tenore letterale quasi identico del successivo art. 53 CE¹⁵, nella parte in cui si proclama che i diritti fondamentali vincolano tutti i poteri dello Stato e quindi anche i giudici, nonché il legislatore che l'attività dei giudici deve disciplinare¹⁶.

Un'autorevole dottrina è pervenuta alla conclusione che la discrezionalità amministrativa nel perseguimento dell'interesse generale debba reputarsi "gerarchizzata" ai valori costituzionali, nella misura in cui persegue e traduce i diritti fondamentali all'interno dei meccanismi amministrativi¹⁷. Si è infatti osservato che tutto il contenzioso amministrativo deve mirare non solo a garantire il soddisfacimento dell'interesse generale indicato dall'art. 103 CE, ma anche e soprattutto a rispondere costantemente al diritto dei cittadini alla "tutela giudiziale effettiva", disposta dall'art. 24 CE¹⁸.

Ecco allora che la possibilità concreta di sospendere l'esecuzione dell'atto finisce con l'interagire con il disegno generale di effettività della tutela giudiziale costituzionalmente tracciata.

Non è secondario constatare che questo disegno si concretizza poi nell'attivazione di quelle particolari ed originali procedure spagnole che consistono nei *Recursos de Amparo* "ordinario" e "constitucional", entrambi indotti dal principio del citato art. 53 CE.

L'art. 5.3 della LPJDF (Legge di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali 62/1978) ricollega all'*Amparo* "ordinario" la facoltà di richiedere o di concedere la sospensione dell'efficacia dell'atto am-

¹⁵ Art. 53 CE: "I diritti e le libertà riconosciute nel capo II del presente titolo sono vincolanti per tutti i pubblici poteri ... Qualsiasi cittadino può ottenere la tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti dall'art.14 e dalla sezione I del capo II davanti ai tribunali ordinari con un procedimento basato sui principi di preferenza e di sommarietà e, qualora spetti, attraverso il *Recurso de Amparo* davanti al Tribunale Costituzionale... Il riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel capo III informano la legislazione positiva, la pratica giudiziale e l'attuazione dei pubblici poteri...".

¹⁶ M. APARICIO PEREZ, *La Aplicación de la Constitución por los Jueces y la Determinación del Objeto del Amparo Constitucional*, in *Rev. Centro Est. Constitucionales*, 3, 1989, 71 ss., nella prospettiva sintetizzata nel testo, descrive la "tutela giudiziale effettiva" come funzione esclusiva del potere giudiziale, servizio pubblico di prestazione, diritto soggettivo fondamentale, garanzia di tutti i diritti soggettivi.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1989, 48 ss.

¹⁸ L. MARTÍN RETORTILLO, *La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquellos*, in *Libertades públicas y derecho administrativo, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, 9 ss.

ministrativo lesivo di uno dei diritti indicati come ricorribili dalla stessa Legge. Analogamente disponeva già l'art. 123 della LJCA (Legge sul contenzioso amministrativo del 1956), in una prospettiva però avulsa dal riferimento al fondamento costituzionale della pretesa adottata; fondamento ribadito invece dagli articoli 56-57 della LOTC (Legge organica sul *Tribunal Constitucional* 2/1979), che ammettono anche per l'*Amparo* "constitucional" la sospensione dell'atto impugnato in funzione del contenuto costituzionale dell'interesse del ricorrente.

A questo punto, sarà il rapporto, a più livelli e in più sedi processuali, fra ammissibilità del mezzo cautelare e tutela costituzionale effettiva del diritto fondamentale, a imporre la sospensione medesima come garanzia costituzionale.

Non a caso, la dottrina spagnola ha preferito affrontare estensivamente il problema della legittimazione attiva nel contenzioso amministrativo, fondandosi non solo sull'interesse legittimo menzionato dall'art. 162.1.b CE, ma soprattutto, ancora una volta, sul citato art. 53.2 CE¹⁹.

3. Anche il confronto comparativo più ampio, aperto alle indicazioni provenienti dalle esperienze storiche di affermazione dell'istituto dell'*Amparo*, attesta il legame descritto, al cui interno la sospensione cautelare assurge a componente del "blocco di costituzionalità" e il *Recurso de Amparo* si traduce nella concretizzazione della tutela giudiziale effettiva dei diritti fondamentali.

Naturalmente il riferimento principale non può che essere alla Costituzione messicana del 1917 e alla stretta correlazione in essa tracciata fra previsione costituzionale delle condizioni di sospensione dell'atto impugnato e disciplina dei *Recursos de Amparo*.

Il tema della sospensione dell'atto impugnato in sede di *Amparo* ha conosciuto uno sviluppo particolarmente articolato in dottrina e giurisprudenza messicane²⁰. In ordine ai presupposti della sospensione, la Legge sull'*Amparo* del 1976 stabilisce, all'art. 35, che la sospensione debba avere carattere incidentale e, all'art. 124, che la ragione della sua concessione debba risiedere nella valutazione della sua pertinenza

¹⁹ Cfr. per tutti, P.J. GONZALES TREBIJANO, *La legitimación en el Recurso de Amparo: los intereses legítimos*, in *Rev. Derecho Publico*, 98, 1985, 23 ss.

²⁰ C. ARELLANO GARCÍA, *El Juicio de Amparo*, Mexico, 1983, 877 ss., e G. GÓNGORA PIMENTEL, M.G. SAUCEDO ZAVALA, *La Suspensión del acto reclamado. Compilación alfabética de tesis jurisprudenciales y precedentes*, Mexico, 1992.

a mantenere in vita il bene giuridico del ricorso, alla luce del rilievo costituzionale dello stesso. A questo punto, la stessa Costituzione concretizza tale rilievo nella previsione medesima della sospensione cautelare quale garanzia di tutela effettiva. Tant'è che nell'art. 107 Cost. Messicana, alle Frazioni X e XI, si proclama un principio generale di sospensione in sede di *Amparo* alla Suprema Corte di Giustizia o ai Tribunali collegiali di Circostrizione. La Legge specifica poi che la sospensione dell'atto impugnato nel giudizio di *Amparo* è attivabile d'ufficio, allorquando l'atto può compromettere una serie di diritti riconducibili all'art. 22 della Costituzione messicana (diritti all'integrità fisica e alla tutela patrimoniale).

In Venezuela, la Legge organica sull'*Amparo* del 1988 ha stabilito che il ricorso contenzioso amministrativo realizzato come azione di *Amparo* contro un atto, debba sempre contemplare la sospensione dell'atto medesimo quale mezzo processuale efficace di protezione costituzionale delle situazioni²¹ e concretizzazione della previsione dell'art. 49 della Costituzione ("I tribunali proteggono ogni abitante della Repubblica nell'esercizio dei diritti e delle garanzie stabilite dalla Costituzione, in conformità alla legge. A tal fine il procedimento dovrà essere breve e sommario. Il giudice competente dovrà avere il potere di ristabilire immediatamente la situazione giuridica lesa")²².

Analogamente, la Costituzione della Colombia del 1992²³ esplicita l'istituto della sospensione direttamente nell'art. 238, come già in precedenza fatto con la Costituzione del 1886, all'art. 193 ("La giurisdizione del contenzioso amministrativo può sospendere provvisoriamente gli atti dell'amministrazione per i motivi e alle condizioni stabilite dalla legge").

L'elemento che sembra accomunare le esperienze dell'*Amparo* nel rapporto con l'attivazione dei mezzi cautelari, risiede in una serie di fattori più volte evidenziati dalla dottrina.

Innanzitutto, il parametro della tutela cautelare diventa materialmente costituzionale, nel senso che la funzione del giudice, proprio

²¹ A.R. BREWER-CARIAS, *El Amparo a los Derechos y Garantias constitucionales*, Caracas, 1993, 120.

²² Cfr. ancora A.R. BREWER-CARIAS, *El Derecho de Amparo y la Acción de Amparo*, in *Rev. Der. Publico*, 22, 1985, 51 ss.

²³ A. BARRERA CARBONELL, *Hacia una nueva concepción de la suspensión provisional del acto administrativo en Colombia*, in *Bol. Medicano Der. Comparado*, 90, 1997, 899 ss.

perché assume per riferimento la presenza o meno di diritti fondamentali, si connota inevitabilmente come direttamente costituzionale; il che non può non avere riflessi problematicamente significativi sulla definizione del potere giudiziario ordinario rispetto alla garanzia costituzionale delle Corti di legittimità delle leggi²⁴. È questo un profilo emblematicamente trascurato, come si accennerà più oltre, dall'attuale prospettiva di riforma costituzionale in Italia²⁵, laddove la costituzionalizzazione dell'*Amparo* richiede necessariamente un'esplicita copertura costituzionale del ruolo del potere giudiziario come tutore dei diritti oltre che della legalità²⁶.

In secondo luogo, la connotazione costituzionale del diritto alla tutela giudiziale effettiva attraverso il ricorso ai mezzi cautelari dovrebbe consentire di differenziare la prima dai diritti processuali concreti da vantare nel giudizio di merito. Insomma, potrebbe favorire una riqualificazione del "*fumus boni iuris*", indipendentemente dai contenuti del merito del giudizio²⁷, e in ragione piuttosto del livello normativo di disciplina del rapporto controverso e della sua rilevanza costituzionale²⁸. Tradotto in termini sostanziali, questo significa che la tutela giudiziale effettiva imporrà una considerazione processuale degli interessi pubblici espressi dalla pubblica amministrazione, non più in termini di supremazia o di disponibilità assoluta del rapporto con l'amministrato,

²⁴ È noto che proprio sulla base delle considerazioni accennate nel testo, L. MARTÍN RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, XV, in una sezione significativamente intitolata "*Contra el Recurso de Amparo*", suggeriva di ridimensionare l'ambito di applicazione dell'*Amparo Constitucional* spagnolo, altrimenti surrettiziamente utilizzabile quale quarto grado di giurisdizione per la tutela delle pretese processuali ordinarie.

²⁵ Cfr. in generale sul problema, A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, 1995, 304 ss.

²⁶ In questo senso, P. PEREZ TREMPES, *Protección específica y protección general de los derechos fundamentales*, in *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, 1776.

²⁷ In questo senso, si veda E. GARCIA DE ENTERRIA, *Principio de legalidad, Estrado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, in *Rev. Der. Constitucional*, 10, 1983, 41 ss. Ma in questa prospettiva, si dovrebbe considerare anche il dibattito tedesco sul tema. Cfr. sul punto, E. SCHMIDT-ASSMANN, *La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19-IV)*, in J. BARNES (Cur.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993, 135 ss.

²⁸ Naturalmente il problema viene appena accennato in questa sede, se si pensa alle implicazioni che esso produrrebbe in ordine alla riqualificazione dei presupposti dell'interesse legittimo rappresentato in giudizio.

bensì come obbligo di conformazione ad una serie di *standard* di rilevanza e copertura costituzionale²⁹.

Una recente proposta elaborata in Spagna in tema di tutela dei diritti fondamentali nei processi di privatizzazione conferma l'importanza e l'utilità di quest'ultima osservazione³⁰.

4. L'esperienza spagnola della utilizzazione dei due strumenti dell'*Amparo* "Ordinario" e "Constitucional", ai fini della realizzazione della "tutela giudiziale effettiva", consente di approfondire anche il profilo più strettamente sostanziale dei presupposti oggettivi che dovrebbero attivare la sospensione cautelare dell'atto impugnato.

Infatti, sia la LJCA sia la LPJDF stabiliscono che l'oggetto materiale dell'*Amparo* contenzioso amministrativo consiste nella pretesa vantata nei riguardi di un atto dell'Amministrazione pubblica "soggetto al diritto amministrativo".

Questa formula, naturalmente molto discussa in dottrina e giurisprudenza³¹, è stata interpretata anch'essa alla luce dell'art. 53.2 CE e della LOTC, ossia al fine di funzionalizzare l'identificazione dell'atto impugnabile all'esistenza di un diritto fondamentale ricorribile in via di *Amparo* e pertanto meritevole di una "tutela giudiziale effettiva"³².

In questo modo, inoltre, è stato possibile superare l'inquadramento puramente formale del concetto di pubblica amministrazione, in sintonia, fra l'altro, con i noti orientamenti comunitari, e pervenire anche ad un'estensione del concetto di "atto amministrativo" impugnabile, comprensivo delle "omissioni" o delle "semplici vie di fatto", per le quali, come è noto, più difficile appare l'utilizzazione del mezzo caute-

²⁹ Il profilo del testo può essere appena accennato, ma evidentemente si riconnette alla nota costruzione di un diritto amministrativo "paritario". Si veda il classico F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

³⁰ Si tratta dell'importante studio di A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, 398 ss., in cui, tra l'altro, si parte dalla interpretazione che il *Tribunal Constitucional* (STC 37/1982 e ATC 653/1984) ha maturato sul ruolo del *Recurso de Amparo "Ordinario"* nell'attivazione di una giustizia amministrativa rapida ed effettiva.

³¹ Cfr. J. GONZALES PEREZ, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1992, 71 ss.

³² J. GARCÍA MORILLO, *La Protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994, 98 ss.

lare³³, ma non certo scongiurabile la lesione di un diritto fondamentale, come dimostra l'esplicita ammissione contenuta negli artt. 41.2 e 43.1 della LOTC, in materia appunto di *Amparo Constitucional*.

È appena il caso di osservare che l'utilizzazione di un simile approccio nella giustizia amministrativa apparirebbe, oltre che conforme alla "legalità comunitaria", costituzionalmente corretto anche in contesti, come quello italiano, che rintracciano con difficoltà una giustificazione del ricorso alla sospensione cautelare, fondata sul principio-valore della difesa giudiziale³⁴.

5. Nonostante queste suggestioni, la situazione italiana è inesorabilmente differente, in quanto il duplice profilo del parametro costituzionale e della effettività della tutela non conosce in Costituzione una perfetta corrispondenza e quindi non riscontra una concretizzazione adeguata.

Nell'evoluzione della concezione di giustizia amministrativa, un punto fermo è rappresentato dalla legge 1034/1971, che all'art. 21 ha innovato la "sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato": la giurisprudenza ha espresso, in rapporto a tale istituto, le sue potenzialità creative, confluite nella nuova formulazione dell'art. 21, come modificato dagli articoli 1 e 3 L. 205/2000, recante "*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*".

La sospensiva ha naturalmente assunto importanza anche per la dottrina che ha dimostrato di apprezzare la rilevanza dell'istituto cautelare nel processo amministrativo. Presupposti essenziali della misura cautelare sono, dunque, il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, stimati e valutati dal giudice amministrativo in relazione rispettivamente alla fondatezza della domanda cautelare ed ai rischi connessi ai ritardi nelle more del giudizio ordinario. In particolare, nel sindacato sulla gravità ed irreparabilità del danno, la discrezionalità viene integrata da norme e principi di diritto relativi all'ammissibilità dell'azione cautela-

³³ A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización*, 418 ss.

³⁴ Ancora una volta, il riferimento, per l'Italia, è alla nota sentenza della Corte Costituzionale nr.190/1985 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 21 u.c. L.1034/1971, nella parte in cui "non consente al giudice di adottare.. i provvedimenti di urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei". Si veda infatti il commento di E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 117.

re, in ordine all'accertamento della reversibilità o meno della posizione vantata.

Tuttavia, l'assenza in Italia di un principio analogo a quello dell'art. 53 della Costituzione spagnola sottolinea la mancata diffusione giurisprudenziale della tutela "immediata ed effettiva" dei diritti fondamentali: una difficoltà, nella giustizia ordinaria e amministrativa, evidenziata a suo tempo da Aldo M. Sandulli, non a caso in un "Colloquio italo-latinoamericano di diritto costituzionale", svoltosi a Perugia nel 1980 ed avente ad oggetto proprio il *Judicio de Amparo*.

È vero che il citato Progetto di riforma costituzionale elaborato dalla "Commissione Bicamerale", istituita con la Legge costituzionale 1/1997³⁵, all'art. 133, da leggersi in combinato disposto con l'art. 134, prevede esplicitamente la possibilità di esercitare la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione anche in forma cautelare, ma non la riconduce ad alcun modello processuale specifico.

Anzi, proprio l'ipotesi di un nuovo testo dell'art. 134 (*lett.i*), contemplando il ricorso diretto alla Corte Costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali, quasi in una sorta di riproduzione dell'*Amparo* "constitucional", scompagina prospetticamente quel naturale legame tra "tutela giudiziale effettiva" e sospendibilità costituzionalmente indotta, che avvicina l'esperienza spagnola alla giurisprudenza comunitaria, ed amplifica al contrario problemi ancora irrisolti del sistema italiano di giustizia amministrativa e costituzionale.

In primo luogo, il nesso tra tutela cautelare e ricorribilità diretta dei diritti fondamentali, tradizionalmente radicato nella evoluzione stessa della istituzione dell'*Amparo* opportunamente operante in Spagna, in forza proprio del citato articolo 53.2 CE, con la Legge sulla protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali della persona (LPJDF 62/197, art. 7), e ormai presupposto dalla stessa giurisprudenza comunitaria, non sembra ottenere alcuna esplicitazione nel testo del Progetto della "Commissione Bicamerale". Né più congruenti appaiono i tentativi di eliminazione delle disfunzioni del processo amministrativo italiano, quando anch'essi sfuggono alla combinazione della

³⁵ Come è noto, il progetto di riforma non è stato approvato ed ha poche prospettive di essere ripreso, a causa della fine della legislatura in cui è stato approvato.

sospensibilità dell'atto con la qualificazione del contenuto costituzionale del pregiudizio arrecato dal provvedimento amministrativo³⁶.

È sufficiente constatare la scarsa attenzione, riservata dalla giurisprudenza amministrativa cautelare italiana, alla qualificazione del "*fumus boni iuris*", rispetto al "*periculum in mora*", in termini costituzionalmente adeguati alla "tutela effettiva" nonché alla legittimità costituzionale della pretesa fatta valere³⁷.

Infatti, il secondo problema che la riforma italiana lascerebbe irrisolto investirebbe il nesso tra tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale.

Tale prospettiva emerge in tutta la sua problematicità allorquando sia il ricorso stesso al giudice amministrativo a contenere un *petitum* di fondamento costituzionale; ad esempio, nel caso in cui si eccepisca, in sede di istanza cautelare, la questione di legittimità costituzionale di una norma di legge. In un'ipotesi del genere, il nesso fra interpretazione giudiziale e questione di incostituzionalità, suggerito in Spagna dal citato art. 5 della LOPG, è tutt'altro che scontato nel comportamento del giudice italiano. Generalmente si assiste al ridimensionamento della prospettiva, sulla base dell'assunto che non si debba confondere la rilevanza dell'incidente di costituzionalità eccepito, con l'interesse sostanziale della parte ricorrente all'accoglimento della sospensiva in ragione del "*periculum in mora*"³⁸.

Eppure una decisione del TAR dell'Emilia Romagna³⁹ ha opportunamente rilevato che deve essere sempre accolta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, ai sensi dell'art. 21 ultimo comma della L. 1034/1971, allorquando il giudice amministrativo nutra un sospetto di incostituzionalità su una norma di legge applicabile al caso concreto e rimetta la questione alla Corte Costituzionale, "dal

³⁶ Si veda in merito F. SORRENTINO, *Intervento*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e pro-movimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 243 ss.

³⁷ Per qualche spunto, F. SATTA, *Sospensione del provvedimento impugnato e doppio grado di giudizio*, in *Foro It.*, 1977, III, 233 ss. Cfr. anche A. Valori, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1991.

³⁸ In linea di massima, sulla questione generale del nesso fra interesse sostanziale e rilevanza della questione di legittimità costituzionale, si veda ora A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 253 ss. Per una recente ripresa del filo, si cfr. Sent. Corte Cost. 99/1998, in *Guida agli enti locali*, 18, 1998, 82 ss.

³⁹ TAR Emilia Romagna, Sez. II, Bologna, 23 agosto 1989 n. 2, in *Foro It.*, 1990, III, 157 ss.

momento che ciò sta a significare la presenza, nel proposto ricorso giurisdizionale, di quegli aspetti di fondatezza che concretano il richiesto requisito del *fumus boni iuris*, in quanto l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme di legge, denunciate con l'ordinanza di rimessione, non potrebbe non ripercuotersi sulla validità dei provvedimenti amministrativi impugnati, che di quella disposizione di legge hanno fatto applicazione".

Non a caso tale orientamento ha trovato immediato riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana (sentenze 579/1989, 378/1993, 456/1994)⁴⁰, quasi in sintonia con l'accennata visione comunitaria, che riconosce comunque il potere interinale di sospendere l'efficacia degli atti comunitari sospetti di illegittimità, e con l'implicita ammissione, concretizzata in Spagna dalla prassi dei *Recursos de Amparo "ordinario"*, che il requisito del "*fumus boni iuris*" non riveli altro che lo spessore costituzionale delle ragioni di illegittimità dell'atto impugnato e quindi la garanzia dell'inserimento della sospensione cautelare nel "blocco di costituzionalità" dei principi e dei valori⁴¹.

Ciononostante, quello della copertura costituzionale della validità dell'atto impugnato non appare il requisito prioritario di orientamento del giudizio cautelare amministrativo; tant'è che, ad esempio, i giudici amministrativi non si pongono certo frequenti problemi di comprensione del nesso fra sospensione cautelare e controllo della validità costituzionale dei regolamenti che abilitano i provvedimenti impugnati. In questa prospettiva, essi si allontanano dall'ulteriore percorso suggerito in Spagna dall'applicazione giudiziale del citato art. 106.1 CE, in base al quale il controllo giurisdizionale della potestà regolamentare deve necessariamente passare, in ossequio alla "tutela giudiziale effettiva", attraverso la verifica del carattere immediatamente esecutivo degli atti amministrativi prodotti, al fine di valutarne la validità e disporne quindi la sospensione.

Questo passaggio non è affatto contemplato in Italia, neppure in

⁴⁰ Cfr. in generale G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. Cost.*, 1994, 3254 ss. Vedi anche L. CHIEFFI, *Tutela cautelare e diritti di "rilievo costituzionale"*, in *Giur. Cost.*, 1986, 2577 ss.

⁴¹ Nel significato che del "blocco di costituzionalità" è stato attribuito in Italia da A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1996, 174 ss. proprio nello sforzo di coniugare l'attività giudiziale di applicazione della legge con la effettività della garanzia costituzionale dei diritti.

presenza di un dubbio di legittimità costituzionale degli stessi contenuti della potestà regolamentare, secondo una delle due possibili modalità in genere repute ammissibili dalla Corte Costituzionale italiana (sentenze 83/1983 e 186/1984)⁴²: come incostituzionalità della legge che, rinviando alla disciplina regolamentare, implicitamente l'autorizza a dettare regole discriminatorie e restrittive dei diritti costituzionalmente garantiti; come derivata incostituzionalità del regolamento conforme o non conforme rispetto alla Costituzione; è fatto salvo, quindi, l'esame di conformità o non del regolamento alla legge e agli stessi precetti costituzionali da parte del giudice a quo nell'ambito dei propri poteri.

In simili circostanze, infatti, l'incidente di costituzionalità, come si è detto, non necessariamente sarà promosso dal giudice, in considerazione dell'attivazione del provvedimento cautelare e della definizione costituzionale del *fumus*. Del resto, anche i più recenti orientamenti confermano l'assoluta insensibilità costituzionale della giustizia amministrativa italiana⁴³.

C'è da immaginare, a questo punto, che la già incalcolabile lontananza fra i citati articoli 133 e 134 *lett. i* del Progetto, si aggraverà ulteriormente, per il contraddittorio rapporto che inevitabilmente si determinerà fra giudizio amministrativo e tutela effettiva di fronte al ricorso di incostituzionalità dei regolamenti di governo, anch'esso estemporaneamente introdotto dalla "Commissione Bicamerale" con la *lett. b* dello stesso art. 134 ("La Corte Costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dei regolamenti che disciplinano l'organizzazione dell'amministrazione statale").

Né vale in proposito la considerazione contenuta nella "Relazione Boato" di presentazione alle Camere del progetto di revisione costitu-

⁴² In generale, cfr. AA.VV., *Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea, prospettive di riforma*, Milano, 1998.

⁴³ Si veda la recente Ordinanza del TAR Puglia - Sez. Lecce II, 190/1998 (inedita), che clamorosamente disattende l'eccezione di incostituzionalità di una legge e del suo regolamento di attuazione, sollevata dal ricorrente in sede di istanza cautelare (Ricorso 225/98), senza neppure esprimersi sulla stessa, in ragione della pretesa assoluta inesistenza del "*periculum in mora*" e quindi del presunto, ma immotivato, consequenziale riassorbimento del profilo del "*fumus boni iuris*", al quale solamente si sarebbe potuto rapportare il quesito di legittimità costituzionale. È appena il caso di rilevare come l'Ordinanza citata smentisca spudoratamente l'orientamento additivo "di principio", espresso dalla Sent. Corte Cost. 190/1985 sull'art. 21 della L. 1034/1971 sui TAR.

zionale che, distinguendo tra regolamenti di organizzazione e altri regolamenti che disciplinano il potere regolamentare del Governo (art. 98, commi II, III, IV), non ritiene indispensabile la sottoposizione di questi ultimi al sindacato della Corte, facendo valere il principio della intermediazione della fonte primaria, che avrebbe una funzione di “mediazione” tra l’atto normativo secondario e la Costituzione⁴⁴.

In conclusione, è difficile ipotizzare che gli articoli 133 e 134 del Progetto di Costituzione contribuiranno a delineare il ricorso alla sospensione cautelare come “diritto” e “garanzia” della tutela giudiziale effettiva. Il fatto stesso che l’art. 133 sia formulato in termini puramente abilitativi di una riserva di legge in materia e che la *lett. i* dell’art. 134 rinvii anch’essa a una futura legge costituzionale l’identificazione dei “diritti fondamentali” ricorribili in via diretta, lascia poche speranze per un’applicazione immediata della effettività della tutela nei riguardi della pubblica amministrazione. Gli articoli 133 e 134 del Progetto sembrano destinati al limbo delle norme non immediatamente precettive.

Peraltro, uno scenario diverso potrebbe essere ipotizzato alla luce di alcune indicazioni comparatistiche, provenienti da quei Paesi in cui la giurisprudenza faticosamente è pervenuta a riconoscere la precettività immediata delle norme costituzionali dell’*Amparo*, indipendentemente dall’esistenza dei dettagli applicativi della legge e in forza soltanto della “legalità costituzionale”⁴⁵.

Significativo in proposito il caso della Costituzione Federale del Brasile, del 1988, al cui interno è esplicitamente contemplata la previsione della tutela cautelare come strumento indefettibile di difesa. La dottrina ha rintracciato inoltre un fondamento implicito della tutela cautelare sulla base di un obbligo generalizzato alla interpretazione costituzionalmente conforme della legislazione sostanziale e processuale, sicché il ricorso alla tutela cautelare ha finito con l’essere configurato

⁴⁴ Cfr. in proposito, *Relazione sul sistema delle garanzie*, a firma del deputato M. Boato, il cui testo completo è disponibile sul sito web della Camera dei Deputati all’indirizzo www.parlamento.it.

⁴⁵ Si veda in merito, con riguardo appunto al *Recurso de Amparo*, A. COLOMER VIADEL, *Las Normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia*, in *Cuadernos Constitucionales*, 9/10, 1995, 24 ss e *ivi* bibl. Ma si ricordi ancora una volta la citata Sent. Corte Cost. Italiana 190/1985, il cui intervento additivo enuclea comunque un principio di immediatezza della tutela giudiziale effettiva attraverso il mezzo cautelare.

in termini di garanzia contro una sorta di “*periculum*” di danno per lesione costituzionale di diritti effettivamente riconosciuti.

6. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare chiaro che l'unica valvola di sfogo del sistema italiano, in assenza di una precisa scelta in sede costituzionale, è data dall'interazione tra diritto comunitario e diritto nazionale che fa necessariamente saltare i dogmi di quello che è l'*ancien regime* del nostro diritto amministrativo⁴⁶.

Del resto, costituisce oramai *ius receptum* nell'ordinamento comunitario il principio della effettività della tutela cautelare che postula il potere del giudice di adottare provvedimenti d'urgenza anche atipici, in specie, provvedimenti giurisdizionali ingiuntivi, o propulsivi, secondo un'espressione più in voga, imponendo in sede cautelare cauzioni e multe risarcitorie a fini sollecitatori. La disapplicazione delle regole di diritto interno eventualmente ostative alla concessione di efficaci mezzi cautelari, il potere riconosciuto al giudice comunitario e a quello nazionale di “sospendere” l'efficacia degli atti comunitari, ancorché sostanzialmente incompatibili con il Trattato CE, e di limitare gli effetti della sospensione degli atti a contenuto generale alle sole parti in causa costituiscono importanti corollari di quella tutela. La completezza della tutela cautelare si sostanzia infine nel riconoscimento ai cittadini *uti singulis* di potere disporre di adeguati mezzi di tutela giurisdizionale, agevolmente attivabili.

In buona sostanza, il cittadino che lamenti lesione di un diritto a causa dell'adozione di un atto contrastante con la normativa comunitaria o di un atto comunitario illegittimo perché contrario alle disposizioni del Trattato CE, è messo nelle condizioni di proporre direttamente azione risarcitoria. La risarcibilità, fino ad ora limitata a casi prestabiliti⁴⁷, si estende anche ai casi di lesione di interessi legittimi provocata da pubbliche amministrazioni o da soggetti privati a causa e nell'esercizio di poteri loro conferiti da amministrazioni pubbliche.

⁴⁶ Cfr. in proposito CARLO MODICA, *Giustizia amministrativa comunitaria e modelli di processo amministrativo*, in *Relazione al Convegno di Lecce 21-22 novembre 1997 “Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea, prospettive di riforma”*.

⁴⁷ L'art. 7, terzo comma, primo periodo, Legge 1034/71, come modificato dalla L.205/2000 dispone “Il Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”.

È saltato, dunque, il dogma della c.d. “forza della legge”, dal momento che le norme di diritto interno incompatibili con il diritto comunitario diventano automaticamente inefficaci e inapplicabili, senza passare attraverso la pronuncia di incostituzionalità della Corte Costituzionale.

Sebbene per tutta la fase iniziale del processo di integrazione europea il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione abbiano mostrato di potere non considerare l'efficacia della normativa comunitaria e il valore delle decisioni del Giudice comunitario, e, a tutt'oggi, nell'ambito dell'amministrazione pubblica si registri la mancata conoscenza e la diffusa tendenza a non applicare il diritto comunitario, il processo amministrativo italiano è destinato a modellarsi su quello europeo.

In prospettiva, la P.A. nazionale sarà un'articolazione dell'amministrazione comunitaria e il giudice nazionale diverrà espressione della giurisdizione comunitaria; in tale veste, anche il giudice italiano sarà chiamato a difendere il processo di integrazione europea, sollevando questioni pregiudiziali interpretative ogni qualvolta ritenga una norma nazionale incompatibile con quella comunitaria, sospendendo provvedimenti attuativi di norme nazionali incompatibili, adottando misure cautelari atipiche, disapplicando, infine, norme di legge, effettuando in prima persona il controllo diffuso di costituzionalità⁴⁸.

È la stessa struttura del sistema comunitario ad imporre un giudizio di accertamento sull'intero rapporto dedotto in giudizio; non è credibile, infatti, che la Corte di Giustizia Europea tolleri che la mancata impugnazione di un atto incompatibile con il diritto comunitario finisca col determinarne la definitiva esecutività ed esecutorietà, pur trattandosi di provvedimento viziato da carenza assoluta di potere.

7. Alla luce dello scenario comparativo rapidamente scorso nei precedenti paragrafi, appare oltremodo significativo fare qui un breve richiamo all'esperienza che ha conosciuto – all'interno della più vasta materia della tutela del singolo nei confronti della pubblica amministrazione – un particolare settore dell'ordinamento italiano. Si vuole cioè fare riferimento alla parabola discontinua che il processo tributario ha vissuto sul fronte del riconoscimento della tutela cautelare

⁴⁸ Sull'incidenza del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale, si veda V. ANGIOLINI-N. MARZONA, *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990.

come strumento di garanzia effettiva del cittadino amministrato, di cui ci si è sinora occupati.

È appena il caso di ricordare l'orientamento autorevolmente espresso dalla Corte di Cassazione sotto la vigenza del DPR 636/1972, in ordine alla presunta inutilità del ricorso alla tutela cautelare, al di là di qualsiasi risvolto costituzionale di conformità con gli articoli 24 e 113 della Costituzione, sulla base dell'apodittica assunzione che il cittadino, di fronte all'amministrazione finanziaria, fosse comunque tutelato attraverso gli strumenti dell'art. 39 DPR 602/1973, che prevedeva una forma di sospensione amministrativa soggetta al sindacato giurisdizionale, e della generale eventualità della reintegrazione del patrimonio del ricorrente a seguito di giudizio favorevole della Commissione di primo grado.

La stessa Corte Costituzionale ritenne di potere escludere l'incostituzionalità del sistema, affermando che la tutela cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.⁴⁹.

Il problema, come è noto, ha trovato ora soluzione nell'art. 47 del D.Lgs. 546/1992, il cui tenore letterale rinvia inequivocabilmente al contenuto dell'art. 21 della L. 1034/1971, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali⁵⁰, con tutte le conseguenze di rilievo costituzionale che i raffronti comparatistici prima descritti possono evocare (basta pensare, solo per fare un esempio, alle perplessità costituzionali che la Consulta, con riferimento appunto al processo amministrativo – e quindi in controtendenza con la propria giurisprudenza in tema di processo tributario – ha manifestato sul significato “di principio” del ricorso allo strumento cautelare).

Del resto, il citato art. 47, eliminando la condizione di doppia tutela, amministrativa e giudiziale, in precedenza riconosciuta, ha fatto implicitamente venir meno quella riserva mentale che il vecchio regime, con l'avallo della giurisprudenza, alimentava a discapito di una realizzazione incondizionata della tutela giudiziale effettiva nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

È pur vero che il riconoscimento della tutela cautelare necessita di

⁴⁹ Per un rapido, ma interessante *excursus* storico sui principi e le norme costituzionali con specifico riferimento alla materia tributaria, si veda G. CARRINO, *La sospensione cautelare nel processo tributario*, con prefazione di G. LOMBARDI, sul sito web www.diritto.it.

⁵⁰ Naturalmente, si fa qui riferimento alla formulazione originaria dell'art. 21 L. 1034/1971.

quella coniugazione, proprio di contenuto costituzionale, che nel contesto italiano fatica a imporsi sul modello "di riferimento" del processo amministrativo. Ecco allora che gli stessi requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* si stemperano in sede processuale tributaria come profili di identificazione di un bene o interesse a rilevanza costituzionale, come quello del contribuente equamente e non discriminatoriamente trattato dal fisco. In altri termini, il problema che la coniugazione fra fisco e Costituzione si realizzi per il tramite della dialettica processuale contenziosa tra cittadino e amministrazione tributaria non conosce ancora una definitiva conformazione nella disciplina legislativa del processo. Basti osservare che il legislatore ha mostrato attenzione alle sole esigenze dell'erario, nel momento in cui ha disposto la rapida trattazione della controversia solo nel caso di concessione del richiesto provvedimento di sospensione cautelare e non nel caso opposto di rigetto del richiesto provvedimento sospensivo (ove evidentemente insorge un naturale interesse del contribuente alla celere definizione della lite).

Si spiega in quest'ottica l'orientamento di alcune Commissioni Tributarie Provinciali, per le quali il rigetto dell'istanza di sospensione si traduce in un giudizio di inammissibilità del ricorso medesimo. In altri termini, l'idea che la tutela cautelare non definisca "di per sé" un bene costituzionalmente rilevante di affermazione del diritto alla difesa, penalizza l'emancipazione del suo utilizzo rispetto alla vicenda sostanziale che oppone il contribuente all'amministrazione.

Il riferimento formale ed inclusivo del *periculum*, fra l'altro, richiederebbe, come il panorama comparativo esige e la giurisprudenza amministrativa più sensibile ha assecondato, un vero e proprio approccio approntato a ragionevolezza e bilanciamento, in grado cioè di ponderare le ragioni dell'istanza di sospensione con la condizione soggettiva del ricorrente, ossia con quello specifico e concreto "interesse fiscale vivente" davanti al giudice rappresentato, e con gli interessi generali che l'amministrazione, in sé e per sé, mira a conseguire attraverso l'imposizione tributaria.

Pare questa, in definitiva, la nuova frontiera della dialettica processuale tributaria anche in Italia, al cospetto di una "Costituzione fiscale" espressiva non solo di competenze, ma soprattutto di riconoscimenti effettivi di diritti fondamentali.

A Costituzione invariata, un'auspicabile dibattito dal "tono costituzionale" contribuirebbe probabilmente ad emancipare la *routinaria* prassi processuale dei nuovi giudici tributari, giudici anche per questo.

