

ANNO LXXI - 2003/04

NUOVA SERIE A - N. 55,1

# 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 1

BARBARA AGOSTINIS, *La responsabilità civile dell'atleta*, 7

ALESSANDRO BONDI, *Le nuove frontiere dell'interesse pubblico nella dinamica del diritto penale*, 49

MARIA ROSA CONTI, *Le così dette decisioni della "terza opinione"*, 63

LUIGI MARI, *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, 77

EMILIANO NICOLINI, *Per un nuovo concetto di bene ecclesiastico: un ius commune ex can. 1254 ss. esteso di tutti gli enti personificati*, 93

KLAUS VOLK, *Lectio magistralis. Prolegomena di una parte generale del diritto penale dell'economia*, 131

**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

**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 LXXI - 2003/04

NUOVA SERIE A - N. 55,1

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



BARBARA AGOSTINIS

## LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'ATLETA

### SOMMARIO

1. *Introduzione. L'ordinamento sportivo.* – 2. *La responsabilità civile dell'atleta:* a) *Premessa;* b) *La liceità dell'attività sportiva.* – 3. *La colpevolezza dell'atleta:* a) *La condotta colposa;* b) *Il comportamento doloso;* c) *La responsabilità dello sciatore;* d) *La responsabilità dell'atleta per gli incidenti cagionati durante le gare "su strada".* – 4. *I danni risarcibili.* – 5. *La responsabilità per gli eventi lesivi cagionati durante l'allenamento.* – 6. *La responsabilità dell'atleta per i danni cagionati a terzi non partecipanti alla gara.*

### **1. Introduzione. L'ordinamento sportivo**

Il problema della rilevanza giuridica del “fenomeno sportivo”, a lungo dibattuto in passato, sembra oggi definitivamente risolto come anche risulta dalla recente legge 17 ottobre 2003 n. 280 “Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva”<sup>1</sup>.

L'art. 1, in linea con l'impostazione ormai accolta da tutta la dottrina e la giurisprudenza, riconosce l'esistenza dell'ordinamento sportivo in posizione autonoma rispetto all'ordinamento giuridico generale.

All'inizio del secolo scorso invece gli interpreti erano concordi nel negare, seppure con argomentazioni diverse, la natura ordinamentale del sistema sportivo facente capo al C.O.N.I. L'idea secondo la quale lo Stato, in quanto titolare esclusivo del potere normativo, fosse l'unico ordinamento giuridico aveva portato molti ad attribuire natura negoziale agli statuti e ai regolamenti federali e a considerare il fenomeno sportivo alla stregua di un contratto<sup>2</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>3</sup> riteneva che lo sport, inteso come mani-

---

<sup>1</sup> Sulle motivazioni dell'intervento legislativo, v. G. MANZI, *Vietata la partecipazione ai pronostici per le società sportive e controllate*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 43, p. 18 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, amplius cfr. I. MARANI TORO - A. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977, p. 10.

<sup>3</sup> C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse ed arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 619 ss.

festazione particolare del gioco<sup>4</sup>, e il diritto fossero categorie autonome e distinte. In particolare il gioco e, quindi, lo sport era definito “una categoria antitetica, contrapposta al diritto...” posto che “al gioco...” il diritto è per definizione, sempre naturalmente estraneo: dove è gioco ivi non è (e non può, non deve essere) diritto. Esiste tra i due fenomeni sociali una intrinseca, totale incompatibilità: la presenza dell’uno importa automaticamente cessazione e negazione dell’altro”<sup>5</sup>. L’equiparazione dello sport al gioco non consentiva, quindi, di attribuire giuridicità al fenomeno sportivo ed in particolare non giustificava una spiegazione in termini contrattuali dello stesso per l’incompatibilità tra “*causa ludendi*” e volontà seria di obbligarsi<sup>6</sup>.

Altri ancora<sup>7</sup> escludevano l’opportunità di disciplinare giuridicamente un settore già regolato da principi propri, quali ad esempio il fair play, ritenendo che “il concetto del fair play spiega ...la scarsa utilità del diritto in questo campo”.

L’applicazione della teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici<sup>8</sup> anche in ambito sportivo<sup>9</sup> ha portato ad abbandonare l’impostazione negoziale e a sostenere la tesi ordinamentale<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> C. FURNO, *op. cit.*, p. 640 “il gioco è la categoria cui appartiene, nella quale rientra quel fenomeno [sportivo]: che è ...niente altro che un complesso o un sistema di giochi”.

<sup>5</sup> C. FURNO, *op. cit.*, pp. 640-641.

<sup>6</sup> C. FURNO, *op. cit.*, p. 644.

<sup>7</sup> F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell’arbitro sportivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, p. 29.

<sup>8</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 3 ed., 1977, p. 6 ss.

<sup>9</sup> L’autore che per primo applicò la teoria pluralistica in ambito sportivo fu W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, nota a Corte di Cassazione del Regno, 12/12/1932, in *Foro It.*, 1933, I, p. 1393.

<sup>10</sup> V. M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949-1950, p. 16; P. MIRTO, *L’organizzazione sportiva italiana. Autonomia e specialità del diritto sportivo*, *ivi*, 1959, p. 6 ss.; G. ONESTI, *Universalità dello Sport e del diritto sportivo*, *ivi*, 1962, p. 125; T. PERSEO, *Analisi della nozione di sport*, *ivi*, 1962, p. 145; A. MARANI TORO, voce *Sport*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1971, XVIII, p. 42 ss. Recenti contributi sull’ordinamento sportivo sono forniti da: I. MARANI TORO-A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 51 ss.; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, p. 29 ss.; V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Varese, 1984, p. 1 ss.; A. MARANI TORO, *La responsabilità degli atleti*, in *Riv. dir. sport.*, 1985, p. 389; G. ALPA, *L’ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 321; R. FRASCAROLI, voce *Sport (dir. pubbl. e priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Varese, 1990, p. 512 ss.; F. MODUGNO, *Giustizia e sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, p. 327 ss.; M.S. GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giu-*

Maggiore consapevolezza sull'esistenza dell'ordinamento sportivo è stata, però, raggiunta solo in seguito all'emanazione della legge n. 426 del 1942 "Costituzione e coordinamento del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.)" che, attribuendo alle Federazioni sportive nazionali il potere di stabilire "con regolamenti interni, approvati dal Presidente del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.), le norme tecniche ed amministrative per il loro funzionamento e le norme sportive per l'esercizio dello sport controllato" (art. 5), ha riconosciuto la titolarità del potere normativo anche in capo a soggetti diversi dallo Stato.

La potestà normativa è stata invero prevista formalmente dalla legge n. 426/1942, ma già con il passaggio dall'agonismo occasionale all'agonismo programmatico<sup>11</sup> la comunità sportiva aveva sentito la necessità di darsi una regolamentazione completa e di organizzarsi in modo adeguato.

L'agonismo occasionale si caratterizza per la mancanza di collegamento fra le singole gare che restano isolate, diversamente da quello programmatico che, prevedendo un rapporto fra le varie competizioni, richiede la predisposizione di regole e principi uniformi per comparare i risultati ottenuti dai partecipanti e garantire loro la *par condicio*.

Se la necessità di disciplinare in modo organico l'attività sportiva era indiscussa, non altrettanta certezza era raggiunta in dottrina riguardo la natura giuridica delle norme con cui compiere una simile operazione.

Le tesi diffuse in dottrina e gli orientamenti accolti dalla giurisprudenza anteriormente all'emanazione della legge n. 280/2003 sulla giuridicità del fenomeno sportivo sono esposti in modo lineare dalla Corte di Cassazione (sentenza 11 febbraio 1978 n. 625)<sup>12</sup>, chiamata a pronunciarsi, seppure incidentalmente, sull'argomento. L'importanza della decisione, dimostrata anche dai numerosi richiami nelle massime successive, è riconducibile all'estrema chiarezza con cui sono sintetizzate

---

*ridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 671; L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, p. 5 ss.; F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1999, XIV, p. 470 ss.

<sup>11</sup> Sul punto, v. I. MARANI TORO - A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 73 ss. Gli autori ritengono che l'agonismo sia definito occasionale perché caratterizzato dalla presenza di più gare svolte occasionalmente e senza un particolare programma, diversamente dall'agonismo programmatico nel quale le competizioni sono collegate fra loro e regolate in base ad un programma preciso.

<sup>12</sup> La sentenza è pubblicata in *Foro It.*, 1978, p. 862.

le opinioni dottrinali e giurisprudenziali in materia ed alla circostanza che l'idea (espressa dalla Suprema Corte) secondo la quale l'ordinamento sportivo è autonomo rispetto a quello generale anticipa di alcuni decenni il contenuto della legge n. 280/2003.

Statuisce infatti la Corte che: "L'ordinamento [giuridico sportivo] ha potestà normativa: ha il potere di emanare, per mezzo dei suoi organi a ciò competenti, disposizioni astratte, in quanto attinenti a fattispecie ipotizzate in via di tipizzazione, e generali, in quanto dirette verso la generalità o categorie dei soggetti dell'ordinamento, compreso l'ordinamento giuridico o suoi organi, in relazione alle fattispecie tipicamente ipotizzate. Potestà normativa, questa, che riguarda: l'organizzazione costituzionale ed amministrativa dell'istituzione sportiva; la regolamentazione dell'esercizio e dell'incidenza soggettiva del potere di emanare atti concreti ed individualizzati nella loro direzione soggettiva per il conseguimento di fini specifici rientranti nell'interesse generale in funzione del quale l'ordinamento giuridico sportivo è costituito; la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi privati". E che: "È attribuita [all'ordinamento sportivo] la potestà regolamentare ...non è attribuita, invece, all'ordinamento giuridico sportivo la potestà normativa che è al di fuori della potestà regolamentare: la potestà normativa che nell'ordinamento giuridico statale è attribuita agli organi del potere legislativo e solo per delega od eccezionalmente ad organi del potere esecutivo...La limitazione della potestà normativa attribuita all'ordinamento giuridico sportivo, con efficacia nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale, alla potestà regolamentare nel settore sportivo, delimitata nel modo suddetto, deriva dalla legge 16 febbraio 1942 n. 426".

La decisione in esame riconosce chiaramente l'esistenza dell'ordinamento sportivo in posizione autonoma rispetto all'ordinamento statale affermando che: "per effetto della legge [n. 426/1942] il rapporto fra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento giuridico sportivo è di riconoscimento: riconoscimento, da parte dell'ordinamento giuridico statale, dell'ordinamento giuridico sportivo già autonomamente esistente e perciò originario..."<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> La Corte prosegue indicando le motivazioni di un simile riconoscimento affermando che: "Il riconoscimento è accordato perché l'interesse generale per il cui conseguimento è costituito l'ordinamento giuridico sportivo è anche uno degli interessi generali propostisi dall'ordinamento giuridico statale: vi è coincidenza tra la funzione propria dell'ordinamento giuridico sportivo ed una delle funzioni dell'ordinamento

L'idea, già sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, secondo la quale il fenomeno sportivo costituisce un ordinamento autonomo<sup>14</sup> rispetto all'ordinamento generale, ha trovato conferma, come detto, nella legge n. 280/2003.

Il legislatore ha inteso valorizzare il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo nei suoi molteplici aspetti (autonomia normativa, autonomia della giustizia sportiva rispetto a quella statale) definendone al contempo i limiti.

Il potere delle federazioni di regolamentare attraverso l'emanazione di proprie norme gli aspetti tecnici delle competizioni sportive è considerato la massima espressione dell'autonomia "sportiva" perché ha ad oggetto rapporti indifferenti per lo Stato rispetto ai quali normalmente non si ravvisa alcun interesse giuridicamente rilevante.

In particolare ai sensi dell'art. 2 legge 280/2003 è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

Evidenti sono le conseguenze dell'autonomia "sportiva" anche con riguardo alla tematica della responsabilità, considerato che non si tratta di un rapporto di completa indifferenza fra gli ordinamenti in virtù del quale gli illeciti disciplinari avrebbero rilevanza solo per il diritto sportivo.

La circostanza per cui all'ordinamento sportivo è attribuita la competenza a regolare in modo autonomo fatti e rapporti che si verificano

---

giuridico statale. Questa coincidenza di funzioni fa sì che l'ordinamento giuridico statale attribuisca una particolare qualificazione all'ordinamento giuridico sportivo. La tutela, la disciplina e l'incremento delle attività sportive è un interesse generale proposti dall'ordinamento giuridico statale, una delle funzioni che l'ordinamento giuridico statale si attribuisce".

<sup>14</sup> L'autonomia dell'ordinamento sportivo è stata riconosciuta anche dagli studiosi che per primi hanno accolto la natura ordinamentale del fenomeno sportivo. Sul punto, v., fra gli altri, T. PERSEO, *op. cit.*, p. 145 ss.; A. QUARANTA, *op. cit.*, p. 32; P. MIRTO, *op. cit.*, p. 6 ss. Quest'ultimo autore non condivide l'idea dell'esclusività dell'ordinamento statale perché ammette anche l'esistenza di un diritto sportivo, speciale ed autonomo, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di norme organizzate a sistema e volte a regolare in modo esclusivo alcuni aspetti tecnici del fenomeno sportivo.

in tale ambito può determinare situazioni di conflitto con l'ordinamento statale poiché una medesima fattispecie, l'illecito commesso dall'atleta, può essere oggetto di una duplice qualificazione non necessariamente coincidente nei rispettivi ordinamenti.

Ed è proprio ad una tale questione che sono dedicate le pagine successive.

## **2. La responsabilità civile dell'atleta. a) Premessa**

Durante le competizioni sportive l'atleta può cagionare danni ad altri partecipanti o a terzi a causa di un comportamento scorretto contrastante con le norme federali, cd. illecito disciplinare, ed essere per questo assogettato a responsabilità.

Dalla definizione di illecito disciplinare, inteso come violazione “di una norma dello statuto, del regolamento federale, o di altra disposizione vigente ed a cui l'ordinamento stesso ricollega una sanzione di carattere disciplinare”<sup>15</sup>, consegue una pluralità di fattispecie differenti per ogni disciplina sportiva; a ciascuna federazione è attribuito infatti il potere di regolare in modo autonomo il corretto svolgimento delle gare.

Il comportamento imposto all'atleta nell'esercizio dei vari sport può essere descritto in modo dettagliato oppure in termini generici, si pensi alla clausola -presente in tutti gli statuti federali – che obbliga i tesserati al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento sportivo: dovere di correttezza, lealtà, fair play, o alle Regole di gioco 2001-2004 della Federazione Italiana Pallavolo, ed in particolare alla regola numero 22.1<sup>16</sup> che, esclusa la punibilità per la “lieve condotta scorretta”, individua tre fattispecie di condotta scorretta non lieve meritevole di sanzione: la condotta maleducata (azione contraria alle buone maniere o ai principi morali, espressioni deplorevoli), la condotta offensiva (gesti o parole insultanti o diffamatori) e l'aggressione (attacco fisico o tentativo di aggressione).

---

<sup>15</sup> R. FRASCAROLI, *op. cit.*, p. 532.

<sup>16</sup> Anche la regola numero 21.2.1 descrive in modo generico la condotta imposta all'atleta stabilendo a carico dei partecipanti alla competizione il dovere di “comportarsi con rispetto e cortesia nello spirito del fair-play non solo nei confronti degli arbitri, ma anche verso gli altri giudici, gli avversari, i propri compagni e gli spettatori”.

Se, da un lato, la scelta di non tipizzare compiutamente i comportamenti illeciti è riconducibile all'esigenza di consentire un rapido intervento della giustizia e di assicurare l'immediata reintegrazione dell'ordine pubblico<sup>17</sup>, dall'altro, sembra pregiudicare la certezza del diritto.

La circostanza che l'illecito disciplinare commesso dall'atleta durante la competizione, normalmente rilevante solo in ambito sportivo, possa costituire anche un reato e/o un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>18</sup> non è senza conseguenze sotto il profilo sanzionatorio. "L'illecito sportivo può dare luogo alla sola reazione dell'ordinamento sportivo (responsabilità disciplinare), ma può anche essere fonte di responsabilità penale e civile con l'applicazione da parte dell'ordinamento statale rispettivamente della sanzione penale o della sanzione civile sotto forma di risarcimento del danno"<sup>19</sup>.

Oltre alle sanzioni disciplinari stabilite da ciascuna federazione (nel regolamento di giustizia), l'atleta pertanto può essere assoggettato alle conseguenze previste dal diritto penale, aventi natura personale o patrimoniale, e/o a quelle civili con contenuto prevalentemente risarcitorio.

Parte degli interpreti<sup>20</sup> ritiene che i danni cagionati nell'esercizio e nell'organizzazione dell'attività sportiva siano assoggettati ad una forma autonoma di responsabilità, cd. responsabilità sportiva. L'autonomia della responsabilità sportiva rispetto alle altre figure presenti nel nostro ordinamento sarebbe riconducibile alla necessità che l'Autorità Giudiziaria elabori il giudizio sulla responsabilità civile e/o penale dell'atleta attraverso il richiamo ai principi e alle regole proprie dell'ordinamento sportivo<sup>21</sup> compiendo, pertanto, una valutazione dei fatti di-

---

<sup>17</sup> V. R. FRASCAROLI, *op. cit.*, p. 533.

<sup>18</sup> In questa sede ci si limita ad analizzare la responsabilità dell'atleta per gli illeciti commessi durante la gara e pertanto con riguardo alla responsabilità civile sarà analizzata solo la responsabilità extracontrattuale.

<sup>19</sup> AA.VV., *Diritto sportivo*, in *Giur. sist. dir. civ. comm. fondata da W. Bigiavi*, Torino, 1998, p. 100.

<sup>20</sup> A. SCIALOJA, voce *Responsabilità sportiva*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1998, XVII, p. 410 ss.

<sup>21</sup> Il necessario riferimento ai principi dell'ordinamento sportivo esclude dall'ambito di operatività della responsabilità sportiva le attività non programmate (ad esempio praticate durante il tempo libero o lo svago) o programmate ma svolte fuori dall'ordinamento sportivo (si pensi all'attività sportiva praticata durante le ore di educazione fisica).

versa rispetto a quella cui sarebbe tenuta nell'accertare la responsabilità per danni cagionati in altre occasioni.

La configurazione della responsabilità sportiva come categoria a sé non è condivisa da altra parte della dottrina<sup>22</sup>, la quale sostiene che nei giudizi sulla responsabilità dell'atleta non trovino applicazione, se non con riguardo alle competizioni agonistiche, principi diversi da quelli codicistici tali da giustificare la creazione di una figura autonoma di responsabilità.

Una simile questione sembra invero essere teorica e senza importanti risvolti pratici posto che l'Autorità Giudiziaria (nell'accertare la responsabilità dell'atleta per i danni cagionati durante la competizione sportiva) è comunque tenuta a considerare le regole tecniche di ciascuna disciplina a nulla rilevando la qualificazione della responsabilità sportiva in senso autonomo o meno.

Autore dell'illecito è, come detto, l'atleta.

In assenza di una definizione legislativa l'interprete è tenuto a delineare le caratteristiche di una simile figura. Dall'esame delle opere dottrinali e giurisprudenziali in materia emergono invero scarse indicazioni sull'argomento.

Secondo alcuni<sup>23</sup> può considerarsi atleta il soggetto che partecipa con regolarità alle competizioni sportive al fine di conseguire risultati migliori di quelli ottenuti in precedenza e di quelli realizzati dagli altri concorrenti nella medesima gara.

Altri<sup>24</sup> accolgono una definizione più ampia di atleta ed estendono tale qualifica anche a chi pratica l'attività sportiva occasionalmente per svago o diletto, senza particolari finalità agonistiche.

Nonostante sembri preferibile la prima tesi, posto che dall'essere tesserato all'ordinamento sportivo consegue l'applicazione di regole particolari, si ritiene utile esaminare anche la responsabilità del partecipante alle competizioni sportive, considerato che in alcune discipline,

---

<sup>22</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, p. 471 ss.; G. DE MARZO, *Accettazione del rischio e responsabilità sportiva*, *ivi*, 1992, p. 26.

<sup>23</sup> I. MARANI TORO-A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 105 ss. ritengono che possa essere definito atleta solo il soggetto tesserato all'ordinamento sportivo posto che, a loro dire, un simile *status* si ottiene in seguito all'inserimento nell'ordinamento sportivo.

<sup>24</sup> M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, *cit.*, p. 22.

si pensi allo sci, la casistica relativa a questa figura è addirittura prevalente.

### **B) La liceità dell'attività sportiva**

La circostanza che alcuni sport consentano o addirittura impongano all'atleta di tenere una condotta violenta astrattamente riconducibile ad una fattispecie di illecito civile e/o di reato, normalmente lesioni, percosse, o, nei casi di maggiore gravità, omicidio, induce a riflettere sul fondamento della liceità e sui limiti della violenza sportiva, eccedendo i quali il comportamento dell'atleta non è giustificato dall'ordinamento giuridico.

È ormai accolta in dottrina l'idea della liceità dell'attività sportiva anche violenta.

Agli inizi del secolo scorso era invece diffusa l'opinione secondo la quale, in assenza di una scriminante sportiva e di una norma che esplicitamente autorizzasse la violenza sportiva, trovavano applicazione i normali criteri di imputazione della responsabilità<sup>25</sup>.

I primi segnali di un diverso atteggiamento della dottrina sembrano essersi manifestati durante i lavori preparatori del nuovo codice penale. La proposta presentata da alcuni onorevoli di introdurre il "reato sportivo", al quale ricondurre il ferimento e l'uccisione avvenuti durante una competizione sportiva<sup>26</sup>, fu infatti respinta.

Il consenso manifestato dall'atleta a partecipare alla gara avrebbe dovuto giustificare, secondo la tesi accolta, le lesioni eventualmente subite purché cagionate "nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva".

Se la dottrina e la giurisprudenza concordano ormai nell'affermare la liceità dello sport<sup>27</sup>, altrettanto non può dirsi riguardo al fondamento giuridico di tale liceità.

---

<sup>25</sup> G. DEL VECCHIO, *La criminalità negli sport*, Torino, 1927, p. 230; A. VISCO, *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929, p. 124; B. PETROCELLI, *La illiceità penale della violenza sportiva*, Padova, 1952, p. 209. La tesi riproposta di recente da F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 86 è esposta in modo esaustivo da R. BEGHINI, *L'illecito civile e penale sportivo*, Padova 1999, p. 4 ss.

<sup>26</sup> Amplius sul punto, L. CRUGNUOLA, *La violenza sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1960, p. 60 ss. La discussione parlamentare sull'opportunità di introdurre il "reato sportivo" è riportata anche da R. BORRUSO, *Combattimento sportivo e diritto penale. L'incidenza della responsabilità penale nell'esercizio dello sport*, *ivi*, 1956, p. 410 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, cfr., R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 419; A. TOMASELLI, *La violenza sportiva e il diritto penale*, *ivi*, 1970, p. 320 ss.; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 31; R. BEGHINI,

In assenza di una specifica causa di giustificazione è lasciato all'interprete il compito di stabilire a quale scriminante, codificata o applicata per analogia, sia riconducibile l'attività sportiva.

Parte degli interpreti<sup>28</sup> individua il fondamento della non punibilità dell'evento lesivo cagionato dall'atleta durante la manifestazione sportiva nel principio del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., ai sensi del quale "non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne".

Secondo tale tesi<sup>29</sup> l'atleta è consapevole che nello svolgimento di ciascuna disciplina sportiva è insito, seppure in percentuale diversa, il rischio di subire lesioni all'integrità fisica e, decidendo di partecipare alla competizione, implicitamente lo accetta.

Una simile impostazione non è andata esente da critiche. In particolare si è obiettato che l'indisponibilità del diritto alla vita e all'integrità fisica renderebbe giuridicamente invalido il consenso (manifestato dallo sportivo). L'idea che l'atleta acconsenta a subire lesioni anche permanenti all'integrità fisica sembra in effetti contrastare con la disposizione codicistica (art. 5 c.c.)<sup>30</sup> che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionano una diminuzione permanente

*op. cit.*, p. 6 ss.; R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile. Responsabilità extracontrattuale*, ne *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 1998, X, p. 311; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002, p. 4 ss.

<sup>28</sup> E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla responsabilità penale per colpa nei giochi sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1950, I, p. 107; G. NOCCIOLI, *Le lesioni sportive nell'ordinamento giuridico*, *ivi*, 1953, p. 50 ss.; C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 140 ss.; G. MARINI, voce *Violenza privata*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1975, XX, p. 982 ss.; R. RAMPIONI, voce *Delitto sportivo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, X, p. 4. In giurisprudenza, v. in tal senso, Cass. Pen. 20/11/1973 in Foro It., 1974, II, p. 374; Cass. Pen. 30/04/1992, in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 324; Cass. 8/10/1992 n. 9627.

<sup>29</sup> La tesi del consenso dell'avente diritto ha trovato accoglimento durante i Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale. Era condivisa infatti l'idea secondo la quale le lesioni dell'integrità fisica cagionate durante la competizione sportiva non costituissero un reato (in quanto scriminate dal consenso dell'offeso) se procurate nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva. V. Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale, V, I, Roma, 1929, p. 23.

<sup>30</sup> Contra, v. R. RAMPIONI, *op. cit.*, p. 4. L'autore ritiene che l'interpretazione letterale dell'art. 5 c.c. possa essere superata attraverso una considerazione complessiva delle fonti dell'ordinamento e a conferma della propria tesi cita le argomentazioni che hanno portato alla soppressione del reato di "lesioni del consenziente" dal Progetto definitivo del codice penale.

dell'integrità fisica o sono altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume e con quella (art. 579 c.p.) che punisce l'omicidio del consenziente.

Altra parte della dottrina<sup>31</sup> preferisce pertanto spiegare la liceità della violenza sportiva attraverso il ricorso alla scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c. p.) ai sensi della quale "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità esclude la punibilità". Si ritiene infatti che l'attività sportiva, anche violenta, sia autorizzata dall'ordinamento generale ed particolare dalla legge n. 426/1942 – istitutiva di un ente, il CONI, con compiti di promozione e organizzazione dello sport<sup>32</sup> – e costituisca l'espressione dell'esercizio di un diritto soggettivo inteso nella massima estensione, come esercizio di una facoltà o potere di agire.

Secondo una simile costruzione all'atleta è riconosciuto il potere di infliggere all'avversario colpi anche violenti se previsto dalle regole del gioco.

La considerazione dell'attività sportiva come esercizio di un'attività autorizzata dalla legge non è stata accolta da coloro i quali ritengono che una simile interpretazione consentirebbe di giustificare solo i fatti illeciti cagionati nell'ambito delle competizioni ufficiali svolte sotto l'egida del CONI e delle federazioni sportive nazionali<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> In tal senso v. G. GRANATA, *Presupposti giuridici della colpa punibile nei giochi sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1950, p. 1; L. CRUGNUOLA, *op. cit.*, p. 70 ss; T. PERSEO, *Sport e responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 1962, p. 269 ss.; ZAGANELLI, *L'illecito penale nell'attività sportiva*, *ivi*, 1963, p. 207; C. CAIANIELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, *ivi*, 1975, p. 277; G. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 591 ss.; F. ALBEGGIANI, voce *Sport (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, p. 538; G. VIDIRI, *Illecito penale e lesioni cagionate durante le competizioni sportive*, nota a Cass. Pen. 30/04/1992 in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 330 ss.

<sup>32</sup> C. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 279, ritiene che il fondamento del "diritto soggettivo sportivo" allo svolgimento dell'attività sportiva riconosciuto all'atleta debba ravvisarsi non solo nella legge n. 426/1942, ma anche negli artt. 2; 4; 32; 33 e 35 della Costituzione.

<sup>33</sup> Tali critiche sono state superate dai sostenitori della tesi in esame attraverso il richiamo all'art. 3 legge 1942/426 il quale dispone che "il C.O.N.I. coordina e disciplina l'attività sportiva comunque e da chiunque esercitata". In particolare G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 597, ritiene che una corretta interpretazione di tale norma permetta di considerare autorizzata ogni attività sportiva conforme alla disciplina predisposta dal C.O.N.I. e non solo quella svolta sotto l'egida di tale ente.

Le critiche mosse alle tesi che legittimano l'attività sportiva attraverso il ricorso alle scriminanti tipiche sono state superate dall'orientamento dottrinale<sup>34</sup> e giurisprudenziale prevalente, di legittimità<sup>35</sup> e di merito<sup>36</sup>, che individua il fondamento della liceità dell'attività sportiva in una causa di giustificazione non codificata o "atipica" applicabile attraverso un procedimento analogico *in bonam partem* dalle scriminanti codificate. Secondo tale impostazione è lo sport in se stesso, in quanto attività autorizzata ed incoraggiata per l'utilità sociale e per gli effetti positivi che ha sul benessere psico-fisico e sulla salute dei cittadini, a costituire una causa di giustificazione.

È opinione consolidata infatti in dottrina l'idea secondo la quale: "L'esercizio di un'attività organizzata dallo Stato perché rispondente all'interesse della comunità sociale importa l'impunibilità dei fatti lesivi o pericolosi che eventualmente ne derivano, quando tutte le regole che disciplinano l'attività medesima siano state osservate"<sup>37</sup>.

Emblematica per avvalorare il riferimento alla scriminante atipica è la decisione del Tribunale di Milano del 14 gennaio 1985<sup>38</sup>, la quale afferma che: "Il concreto pericolo per la sicurezza umana degli sportivi e dei pugili in particolare, pericolo necessariamente connesso con lo sviluppo dello sport stesso, viene accettato dalla società e dallo Stato per essa, in considerazione dell'utile prevalente che lo sport comporta dal punto di vista sociale. Se dunque lo Stato riconosce con proprie leggi le Federazioni e le norme da esse poste come aventi valore giuridico, non potrà mai essere illecito un evento dannoso avvenuto nel corso di un'attività sportiva che si sia estrinsecata nel rispetto dei regolamenti..."; e conclude nel senso che: "La scriminante dei fatti lesivi

<sup>34</sup> Sostengono la tesi della scriminante non codificata, F. CORDERO, *Appunti in tema di violenza sportiva*, in *Giur. it.*, 1951, II, p. 313; R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 431; A. TOMASELLI, *op. cit.*, p. 374; A. BERNASCHI, *Limiti della illiceità penale nella violenza sportiva*, *ivi*, 1976, p. 3 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1985, p. 271; G. FONTANA, *Brevi note sull'impunità del pugile*, in *Giust. pen.*, 1997, p. 182. Contra C. RUSSO, *Lesioni sportive, tra illecito sportivo e responsabilità penale*, nota a Corte di Cassazione Penale, sez. V, 02/12/1999 in *Foro it.*, 2000, p. 321.

<sup>35</sup> Cass. 12/11/1999 n. 2286, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 740; Cass. Pen., 21/02/2000, in *Riv. dir. sport.*, 2000, p. 141 ss.; Cass. Pen., Sez. V, 25/02/2000, *ivi*, 2000, p. 142; Cass. Pen., 2/06/2000 n. 8910, in *Riv. pen.*, 2000, 1148.

<sup>36</sup> V. da ultimo, Tribunale Milano, 4/01/1985, in *Riv. dir. sport.*, 1985, p. 40 ss. e Tribunale Rieti 12/01/2001, in *Giur. merito*, 2001, p. 409.

<sup>37</sup> F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 271.

<sup>38</sup> La decisione è riportata in *Riv. dir. sport.*, 1985, p. 40 ss.

nell'attività sportiva va dunque inquadrata tra le forme di giustificazione 'cd. non codificate' [posto che] l'attività sportiva ... in quanto preordinata allo scopo dello sviluppo dello spirito agonistico e del perfezionamento fisico della collettività, risponde ad una superiore finalità sociale. Riconoscendo le singole federazioni sportive e i loro regolamenti, lo Stato esplicitamente ammette la prevalenza dell'interesse sociale all'esercizio dello sport sugli interessi individuali suscettibili di essere esposti a pericolo o lesi da quella competizione".

Sulla stessa linea si pone anche la decisione della Cass. Pen., sez. V, 21 febbraio 2000<sup>39</sup> che considera l'attività sportiva: "Una causa di giustificazione atipica o meglio non codificata, che trova la sua ragione d'essere nel fatto che la competizione sportiva è non solo ammessa, ed anzi incoraggiata per gli effetti positivi che svolge sulle condizioni fisiche della popolazione, dalla legge e dallo Stato, ma è anzi ritenuta dalla coscienza sociale come una attività assai positiva per l'armonico sviluppo dell'intera comunità. Ciò significa che viene a mancare nel comportamento dello sportivo che, pur rispettoso delle regole del gioco, cagioni un evento lesivo a un avversario, quella antigiuridicità che legittima la pretesa punitiva dello Stato e l'infrazione di una sanzione".

La definizione di scriminante come situazione in presenza della quale un comportamento -altrimenti illecito - è giustificato per l'intero ordinamento giuridico consente alla dottrina civilistica di accogliere le riflessioni svolte in ambito penale riguardo la non punibilità dei fatti lesivi cagionati durante l'attività sportiva, seppure con argomentazioni a volte diverse da quelle sostenute in tale ambito.

Secondo alcuni<sup>40</sup>, infatti, il fondamento della liceità sarebbe riconducibile ad un patto di esonero della responsabilità stipulato fra i partecipanti in virtù del quale essi concludono un "accordo tacito di assunzione del rischio".

Secondo altri<sup>41</sup>, il soggetto che si espone ad un pericolo agisce "a

---

<sup>39</sup> La decisione è citata alla nota 35.

<sup>40</sup> F. D. BUSNELLI-G. PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, pp. 286-287.

<sup>41</sup> P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 313 ss. L'autore ritiene infatti che la responsabilità del danneggiante non possa essere esclusa qualora l'attività rischiosa non presenti alcuna utilità o qualora quest'ultima sia oltremodo limitata e cita un esempio significativo delle diverse conseguenze derivanti dalla partecipazione dell'atleta alle gare automobilistiche, da un lato, e "ad una bravata automobilistica su strada pubblica", dall'altro. L'utilità dell'attività sportiva renderebbe lecita la condotta, a suo dire, solo nel primo caso. Nello stesso senso, v. R. FRAU, *op. cit.*,

proprio rischio” assumendosi le eventuali conseguenze lesive. L’esclusione o la limitazione della responsabilità del danneggiante ai soli casi di dolo o colpa grave deriverebbe dall’utilità sociale dell’attività rischiosa e non da un atto dispositivo del danneggiato.

È opinione comune anche fra i civilisti<sup>42</sup> l’idea secondo la quale l’utilità sociale dello sport, sottesa alla scriminante atipica, consente di giustificare le condotte altrimenti fonte di responsabilità civile ai sensi dell’art. 2043 c.c.

La circostanza secondo la quale ogni comportamento doloso o colposo può essere fonte di responsabilità civile per l’autore e può imporre al medesimo un obbligo risarcitorio se ha procurato un danno ingiusto, obbliga l’interprete a definire quest’ultima figura al fine di differenziare, nell’ambito delle lesioni cagionate durante la gara, quelle che devono essere tollerate in quanto comprese nella scriminante da quelle che giustificano l’intervento punitivo dello Stato.

Il fatto che durante la competizione sportiva siano procurate lesioni all’integrità fisica non consente invero una soluzione immediata.

Se normalmente tali pregiudizi sono giudicati danni ingiusti – in considerazione della rilevanza costituzionale del bene leso e della definizione comunemente accolta di tale figura –, le offese all’integrità fisica possono essere ritenute lecite quando sono cagionate durante una competizione sportiva. La decisione giudiziale sull’*an debeatur* della pretesa risarcitoria presuppone la determinazione dei limiti di liceità dell’attività sportiva, superati i quali l’illecito disciplinare costituisce un danno ingiusto ed è pertanto fonte di responsabilità civile.

È oltremodo evidente che nell’individuare i limiti di liceità dell’attività sportiva deve essere realizzato un bilanciamento fra interessi contrapposti: lo svolgimento dell’attività sportiva, pericolosa e tuttavia autorizzata, da un lato, e la tutela dell’integrità fisica, dall’altro. Un ruolo importante nel fornire indicazioni al riguardo spetta alla giurisprudenza posto che la risoluzione di una simile questione richiede un accertamento di fatto compiuto caso per caso; dall’analisi della casisti-

---

p. 317, il quale condivide l’idea secondo la quale l’esclusione della responsabilità dell’atleta per gli eventi lesivi – rientranti nell’alea normale della disciplina – sarebbe riconducibile alla utilità sociale e alla liceità dell’attività sportiva, non ad un atto abdcativo dell’atleta.

<sup>42</sup> V. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 144; E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, I, Milano, 1971, p. 437; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 35; R. FRAU, *op. cit.*, p. 312; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 12.

ca, invero abbastanza scarsa a causa del vincolo di giustizia -già operante in passato attraverso il richiamo contenuto negli statuti e nei regolamenti federali e ribadito dall'art. 2 comma 2 l. 280/2003 – che impone ai tesserati di adire gli organi federali per la risoluzione delle controversie<sup>43</sup>, si evince la distinzione fra sport cd. violenti, a violenza eventuale e necessaria, e sport cd. non violenti.

La creazione nel diritto applicato delle due categorie è funzionale all'individuazione dei limiti di violenza tollerata per ciascuna disciplina sportiva.

La responsabilità per i danni cagionati dall'atleta durante una competizione sportiva cd. non violenta non presenta aspetti particolari.

La circostanza che le modalità di svolgimento della gara non vedano e pertanto non giustifichino alcuna forma di violenza non consente di derogare agli ordinari criteri di imputazione della responsabilità.

La situazione si atteggia diversamente con riguardo alle discipline violente. Gli sport cd. violenti, come detto, si distinguono in sport a violenza eventuale e sport a violenza necessaria. In quelli del primo tipo in cui il contatto fisico è proibito o ammesso in termini molto ristretti, si pensi ad esempio a discipline quali il calcio o il basket, la violenza è considerata un elemento eventuale perché pur non essendo contemplata come strumento normale di gioco può tuttavia verificarsi<sup>44</sup> per le particolari modalità di svolgimento della manifestazione ed essere tollerata se non supera certi limiti. In quelli del secondo tipo invece la violenza è l'elemento caratterizzante la competizione, si pensi ad esempio al regolamento della Federazione Pugilistica Italiana che

---

<sup>43</sup> Una simile scelta è riconducibile all'esigenza che le decisioni delle controversie sportive siano pronunciate in tempi rapidi da parte di organi con competenza specifica (amplius sull'argomento, v. F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, p. 328; cfr. altresì la relazione al decreto legge n. 220/2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 34, p. 137). La l. 280/2003 ha ribadito il vincolo di giustizia stabilendo che la risoluzione di tutte le controversie sorte in ambito sportivo e relative alle materie la cui disciplina è riservata all'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2 della medesima legge debba essere affidata agli organi federali. Per le materie diverse da quelle di cui all'art. 2 invece la pregiudizialità sportiva costituisce un presupposto per potere adire la giustizia statale: al giudice ordinario sono devolute le controversie relative ai rapporti patrimoniali tra associazioni, società e atleti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono invece devolute tutte le questioni relative ad atti giuridici del C.O.N.I. e delle Federazioni.

<sup>44</sup> v. Cass. Pen. 30/04/1992, cit., p. 324.

prevede la possibilità di sanzionare il comportamento del pugile per scarsa combattitività.

L'idea secondo la quale l'atleta che decide di praticare una disciplina sportiva violenta sia consapevole di potere subire lesioni all'integrità fisica a causa di azioni irregolari commesse nei suoi confronti e ne accetti il rischio, cd. rischio del fallo, ha indotto la giurisprudenza ad elaborare la categoria del rischio consentito. L'utilizzo di una simile nozione è funzionale alla determinazione dei limiti di liceità dell'attività sportiva, superati i quali si ravvisano gli estremi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

Dalla liceità del comportamento – anche pericoloso – dell'atleta mantenuto entro i limiti del rischio consentito deriva l'assenza di responsabilità per i danni cagionati all'avversario durante la competizione sportiva; restano a carico del danneggiato, in quanto ritenuti conseguenza necessaria dello svolgimento della manifestazione, i pregiudizi che rientrano nell'alea normale della pratica sportiva. L'elevato rischio di infortuni che caratterizza alcune discipline sportive e che è accettato dall'atleta rende invero normalmente risarcibili un numero limitato di danni.

La creazione nel diritto applicato del rischio consentito inteso come “accettazione delle conseguenze lesive riconducibili all'alea normale connaturata all'attività praticata”<sup>45</sup> e comprendente le azioni che seppure scorrette e contrarie alle regole tecniche della gara non meritano una sanzione perché funzionali al gioco, consente di distinguere l'illecito disciplinare da quello civile.

“L'ambito del rischio consentito è, infatti, più ampio di quello del mero rispetto delle regole perché comprende ogni condotta funzionale all'attività sportiva, quindi, anche l'azione vietata dalle regole, ma rientrante nella normale ‘dialettica’ del gioco”<sup>46</sup>.

È, in effetti, estremamente difficile definire a priori quale sia la soglia di rischio consentito, superato il quale la condotta dell'atleta non è giustificata dall'ordinamento giuridico.

Trattasi invero di un accertamento di fatto compiuto dalla giurisprudenza caso per caso posto che il rischio accettato dall'atleta è differente per ciascuna disciplina sportiva ed è condizionato da numerosi elementi, “il rischio accettato e accettabile varia, infatti, a seconda che

<sup>45</sup> V. R. FRAU, *op. cit.*, p. 316.

<sup>46</sup> M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 20.

si tratti di incontro tra professionisti o fra dilettanti, di semplice allenamento, o di gara amichevole, fino a dovere diventare minimo nel caso di incontri fra squadre di ragazzi o fanciulli”<sup>47</sup>.

Nonostante tale categoria si presenti diversamente in relazione al tipo di sport e di gara, è possibile indicare alcuni criteri generali.

È opinione consolidata l'idea secondo la quale non viene superato il rischio consentito se l'evento lesivo è cagionato durante un'azione di gioco finalisticamente inserita nello svolgimento della gara<sup>48</sup> e commessa con una violenza compatibile con quella prevista dalle regole del gioco. La circostanza secondo la quale l'attività sportiva è autorizzata dallo Stato ed incoraggiata per gli effetti positivi che ha sul benessere psicofisico della popolazione consente infatti di giustificare solo la violenza base necessaria allo svolgimento della competizione -diversa per ciascuna disciplina sportiva – e non permette di lasciare impunte le condotte che, seppure collegate allo svolgimento della stessa, si discostano in modo rilevante dal modello di comportamento ideale attendibile dall'atleta.

Non tutte le condotte lesive collegate funzionalmente al gioco<sup>49</sup> sono infatti considerate lecite sul presupposto dell'utilità sociale dello sport. In particolare “il collegamento funzionale va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco”. Rileva invero “lo stretto rapporto di collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo. Se l'atto è posto in essere allo scopo di provocare lesioni, quella relazione viene senz'altro a mancare, per l'ovvia ragione che non rientra fra le sue caratteristiche che un partecipante volontariamente provochi lesioni ad altro giocatore. E viene del pari meno se il giocatore, pur non volendo provocare lesioni, faccia tuttavia ricorso ad una violenza di tipo tale da non essere compatibile con le caratteristiche proprie del gioco nel contesto nel quale esso si svolge”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Cass. Pen., 30/04/1992, cit., p. 327.

<sup>48</sup> “In un incontro di calcio l'attuazione dell'azione di gioco cui la condotta resasi causa di lesioni personali deve tendere, per rendere configurabile l'illecito sportivo, può intendersi in senso ampio, comprensivo dell'azione di diretto controllo e tiro del pallone, di tentativo di impossessarsi di questo o di contenderlo all'avversario e anche della corsa per l'inserimento nell'azione, nell'attesa di ricevere il pallone in possesso di altri giocatori” (Cass. 20/11/1973 n. 4513, cit., p. 273).

<sup>49</sup> In merito alla necessità del collegamento funzionale, cfr. L. DI NELLA, *op. cit.*, p. 36; R. FRAU, *op. cit.*, p. 316.

<sup>50</sup> Cass., 8/08/2002 n. 12012, in *Foro It.*, 2003, p. 168.

Nel giudizio volto ad accertare la liceità della condotta posta in essere dall'atleta i regolamenti federali costituiscono invero un utile parametro di riferimento per l'Autorità Giudiziaria posto che indicano la violenza base tollerata per ciascuna disciplina sportiva e consentono di individuare gli eventi lesivi che rappresentano una conseguenza normale dello svolgimento della stessa.

“Nel gioco del calcio, ad esempio, si potranno considerare come ipotesi rientranti nella violenza base le percosse o le lesioni lievi (graffi, escoriazioni, ematomi) ricollegabili ad una carica spalla a spalla con l'avversario: tali offese consentono infatti alla vittima di continuare la partita e sono legate all'essenza stessa del gioco. Esulerebbe invece dalla violenza base una lesione più grave (ad esempio frattura di un arto) in quanto essa impedirebbe il regolare svolgimento del gioco, obbligando lo sportivo che abbia subito l'offesa ad abbandonare la partita. Viceversa nel gioco del pugilato, potranno essere considerate funzionali al gioco... anche offese più gravi che una momentanea perdita di coscienza o l'impossibilità per il pugile di continuare la partita. Le lesioni finirebbero per essere disfunzionali al gioco, ed esulerebbero quindi dalla violenza base, qualora avessero una gravità tale da essere irreversibili o almeno tali da determinare, per un periodo di tempo superiore a quello normale, la impossibilità per la persona offesa di partecipare a nuovi incontri di boxe”<sup>51</sup>.

L'importanza assunta dal rischio consentito, nell'ambito del giudizio sulla responsabilità civile dell'atleta, è confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione dell'8 agosto 2002 n. 12012, chiamata a pronunciarsi sul seguente fatto. Durante una partita di calcio tra amici, uno di questi (minorenne) cadeva e riportava la frattura biossea del braccio con gravi conseguenze. I genitori citavano in giudizio il giocatore della squadra avversaria ritenuto responsabile al fine di ottenere il risarcimento del danno.

Il giudice di primo grado, riconosciuto il diritto al risarcimento, disponeva la prosecuzione del processo per la determinazione del quantum innanzi alla Corte d'Appello di Bologna che, invece, con sentenza n. 191/2000 negava l'esistenza di una simile pretesa risarcitoria sul presupposto che “il partecipante al gioco accetta anche il rischio del fallo e che nella fattispecie non era stato superato il margine di rischio consentito poiché non era risultato che il partecipante aves-

---

<sup>51</sup> F. ALBEGGIANI, *op. cit.*, p. 550.

se posto volontariamente a repentaglio l'incolumità dell'altro giocatore...

[Sulla base degli accertamenti compiuti], il giudice del merito ha escluso che il [giocatore] avesse voluto colpire volontariamente il suo avversario ed ha ritenuto che 'il fatto si verificò nel corso di un'azione di gioco e non per una proditoria e volontaria aggressione', benché il suo intervento avesse costituito violazione del regolamento di gioco, sanzionabile con l'ammonimento, se non con l'espulsione".

Ha soggiunto la Corte territoriale che "la violazione di regole dettate per la salvaguardia dell'incolumità dei partecipanti non comporta automaticamente la responsabilità ex art. 2043 c.c., atteso che il partecipante al gioco ha accettato previamente il rischio generico del fallo" nella consapevolezza "della possibilità di venire atterrato con uno sgambetto o con una spinta che superino i limiti regolamentari del gioco". Insomma, "partecipando al gioco, ha tacitamente accettato il rischio di subire, in relazione a ciò, lesioni anche gravi".

Ha dunque ritenuto che la responsabilità aquiliana sia configurabile solo nel caso di superamento del rischio che si verifica allorquando venga posta a repentaglio, volontariamente e coscientemente, l'incolumità del giocatore, "il quale legittimamente si attende dall'avversario un comportamento agonistico anche rude, purché non sia di tale durezza da comportare la prevedibilità di pericolo serio dell'evento lesivo a carico dell'avversario che trasmodi nel disprezzo per l'altrui integrità fisica".

Non contenti per una simile decisione, i genitori del ragazzo presentavano ricorso in Cassazione. Il Giudice di legittimità, confermando la decisione pronunciata dalla Corte d'Appello, negava ogni pretesa risarcitoria perché "non appare revocabile che il gioco del calcio, come ogni attività sportiva connotata da competitività e da un certo grado di contrasto fisico fra i partecipanti in funzione del raggiungimento di un risultato favorevole nella disputa, comporta un rischio per l'incolumità dei giocatori, insito nello stesso espletamento dell'attività, che è certamente consentita dall'ordinamento e, anzi, promossa e favorita dallo Stato...". In particolare la Suprema Corte ha escluso la responsabilità del giocatore per la mancanza della prova della volontà lesiva di questi nonché per le caratteristiche -non particolarmente violente - dell'azione ritenendo che: "Non qualsiasi violazione di una regola di gioco si pone, 'al di fuori del gioco stesso', che non può essere efficacemente svolto senza energia, aggressività, velocità, rapidità di decisioni, istintività di reazioni, generalmente considerate incompatibili con

un elevato grado di considerazione dell'altrui incolumità e col costante rispetto delle regole proprie del gioco, il quale mira ad un risultato per la cui realizzazione sono del resto indispensabili – come è stato osservato – anche un certo grado di audacia e di spericolatezza. Non la volontarietà del fallo dunque rileva né che la violazione della regola di gioco vi sia stata o non, ma lo stretto rapporto di collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo... Il criterio della decisione è comunque connesso, a ben vedere, al tipo di violenza esercitato in relazione al contesto: così, lo sgambetto in un incontro tra giocatori professionisti sarà senz'altro discriminato agli effetti civili, mentre l'intervento a gamba tesa sul ginocchio del quattordicenne in una partita tra amici comporterà certamente l'affermazione della responsabilità civile... poiché il contesto non consentiva ritenere compatibile con le caratteristiche del gioco l'impiego di quel tipo di irruenza.”

### **3. La colpevolezza dell'atleta. A) La condotta colposa**

A fronte di chi ritiene<sup>52</sup> – tale tesi costituisce invero un'opinione isolata – che, poiché le norme tecniche hanno la funzione di indicare la violenza tollerata per ciascuno sport, ogni loro violazione rappresenti un danno ingiusto e costituisca pertanto il presupposto dell'obbligo risarcitorio a carico dell'atleta, l'orientamento maggioritario<sup>53</sup> considera applicabile la categoria del rischio consentito – inteso come rischio normale e prevedibile per ciascuna disciplina sportiva e tipo di gara – posto che l'atleta, decidendo di partecipare alla competizione, è consapevole della possibilità di subire lesioni all'integrità fisica e ne accetta il rischio purché rientrante nell'alea normale dell'attività praticata.

È pacifico, da un lato, che le condotte conformi alle regole del

---

<sup>52</sup> G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>53</sup> E. BONVICINI, *op. cit.*, p. 437; F. D. BUSNELLI-G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 287; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 36; ID., *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Milano, 1995, p. 389; A. MARANI TORO, *La responsabilità degli atleti*, cit., p. 399; R. FRAU, *op. cit.*, p. 316; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 17; A. TASSONE, *Sport estremi e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1191; In giurisprudenza, v. Tribunale Genova, 26/02/1974, in *Dir. e prat. ass.*, 1974, p. 496; Pretura Trento, 11/05/1996 n. 172, in *Riv. dir. sport.*, 1997, p. 277; Cass., 20/02/1997 n. 1564, in *Danno e resp.*, 1997, p. 455; Cass. 8/08/2002 n. 12012, in *Foro It.*, 2003, p. 168.

gioco siano lecite sul presupposto dell'utilità sociale dello sport e, dall'altro, che non ogni violazione delle regole del gioco né la commissione di un fallo per semplice ansia di risultato dia luogo ad una responsabilità civile dell'atleta, bensì quelle sole scorrettezze che si pongono al di là del limite del rischio consentito<sup>54</sup>.

Il superamento di un simile rischio determina il sorgere della responsabilità civile dell'atleta per i danni cagionati all'avversario con una condotta dolosa o colposa; dall'analisi della casistica si evince che l'orientamento maggioritario riconduce la responsabilità dell'atleta (per gli eventi lesivi commessi durante le manifestazioni sportive) all'art. 2043 c.c., tranne alcuni richiami all'art. 2054 c.c. per la risoluzione di controversie relative ad illeciti verificatisi durante le competizioni sciistiche o le gare automobilistiche, motociclistiche e ciclistiche svolte su circuito aperto.

La considerazione dell'attività sportiva come attività pericolosa induce invero altri giudici a regolare la responsabilità dell'atleta attraverso il richiamo all'art. 2050 c.c.<sup>55</sup>.

La riconducibilità della fattispecie all'art. 2043 c.c. presuppone un'indagine sull'elemento psicologico al fine di verificare se la colpa dell'atleta si distingua, ed in caso affermativo per quali aspetti, dalla colpa ordinaria. Nel compiere una simile operazione ermeneutica non è possibile prescindere dall'esame dell'art. 43 c.p. posto che la mancanza di una definizione legislativa della colpa nel codice civile ha

---

<sup>54</sup> Il richiamo alla categoria del rischio consentito è contenuto anche in Cass. 20/11/1973 n. 4513, in *Riv. dir. sport.*, 1975, p. 273; Cass., 30/04/1992, cit., p. 324; Cass., 8/10/1992, n. 9627, in *Riv. Pen.*, 1993, I, p. 723; Cass. Pen., sez. V, 21/2/2000, cit., p. 737; Trib. Trento, 2/01/2001, in *Giur. merito*, 2001, p. 409; Trib. Rieti 12/01/2001 in *Cass. pen.*, 2001, 1928; Cass. 20/06/2001 n. 24942, cit., p. 727.

<sup>55</sup> In assenza di una definizione legislativa è opinione comune in giurisprudenza l'idea secondo la quale non sono considerate pericolose solo le attività definite tali dal Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza, ma anche quelle che presentano un'elevata percentuale di rischio ed in particolare quelle attività che "per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati comportano la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva" (Cass. 27/07/1990 n. 7571, in *Arch. Civ.* 1991, p. 46). Nello stesso senso, v., fra le altre, Cass. 29/05/1998 n. 534 in Guida al diz. 2004, n. 19, p. 35 e, da ultimo, la sentenza della Cassazione 19 novembre 2003-26 aprile 2004 n. 7916, ivi, p. 33. L'attività è inoltre considerata pericolosa "quando statisticamente cagiona molti incidenti o quando minaccia di cagionarne di molto gravi" (v. M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 35).

portato la dottrina<sup>56</sup> e la giurisprudenza<sup>57</sup> maggioritarie ad accettare la nozione penalistica e a considerare colposo il comportamento qualora l'evento dannoso che ne deriva non sia intenzionale, ma si verifichi per negligenza, imprudenza, imperizia (colpa cd. generica) o per contrarietà alle leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa cd. specifica).

È indubitabile l'importanza assunta dai regolamenti federali nel giudizio volto ad accertare la colpa dell'atleta<sup>58</sup>; tali prescrizioni costituiscono un parametro fondamentale per valutare la condotta dello sportivo posto che descrivono con connotati specifici il comportamento imposto all'atleta per l'esercizio della singola pratica sportiva ed indicano la violenza base consentita per ogni sport. È opportuno invero distinguere, nell'ambito delle disposizioni federali, le regole tecniche di gioco, si pensi ad esempio alle regole che stabiliscono le dimensioni dell'impianto sportivo, dalle norme che – oltre ad indicare le regole di gioco – mirano a tutelare l'integrità fisica degli atleti e a prevenire eventi dannosi. È evidente che solo l'inosservanza di queste ultime può rilevare nel giudizio sulla responsabilità civile dell'atleta ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Considerato il potere delle Federazioni di regolamentare in modo autonomo l'esercizio delle singole discipline e la liceità dell'attività sportiva quando simili disposizioni sono osservate, è opinione pacifica che l'atleta non possa essere considerato in colpa se la sua condotta è conforme alle prescrizioni federali; parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene peraltro che esso sia tenuto ad adottare un comportamento diligente, prudente e rispettoso dell'integrità fisica e della vita dell'avversario anche in presenza dei regolamenti<sup>59</sup>. La necessità di in-

---

<sup>56</sup> V. G. STIPO, *La responsabilità civile nell'esercizio dello sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1961, p. 17 ss.; A. FIGONE, *La responsabilità sportiva*, in *Giur. sist. dir. civ. comm. a cura di Walter Bigiavi*, Torino, 1987, III, p. 387.

<sup>57</sup> V. Tribunale Bolzano, 7/11/1984; Pretura Trento, 11/05/1996, cit., p. 277.

<sup>58</sup> Cfr. G. STIPO, *op. cit.*, p. 21; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 39; B. PAGLIARA-F. PAGLIARA, *Rilevanza della responsabilità civile nello sport*, in *Dir. e prat. ass.*, 1990, p. 65; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 6; M. DELLA CASA, nota a *Cass. Civ.*, 8/08/2002 n. 12012 in *Danno e Resp.*, 2003, p. 532; A. MARANI TORO, *La responsabilità civile degli atleti*, in *Dir. e prat. ass.*, 1986, p. 255 precisa che una simile importanza dei regolamenti è riconosciuta sia da coloro che attribuiscono valore normativo a simili prescrizioni sia da coloro i quali considerano le prescrizioni regolamentari atti rilevanti solo per l'ordinamento particolare, riconducibili alle discipline di cui all'art. 43 c.p.

<sup>59</sup> Leading case in tal senso è considerata la nota sentenza pronunciata dalla Cassazione, Sez. II, 9/10/1950, in *Giust. pen.*, 1951, II, p. 230. In tal senso, per l'insufficienza del rispetto delle regole del gioco, v. anche Trib. Bari 31/03/1958; Cass.,

tegrare il contenuto delle disposizioni regolamentari con le regole cautelari non scritte, che può obbligare l'atleta ad astenersi dal compimento di azioni consentite, ma pericolose<sup>60</sup> è riconducibile, secondo i sostenitori di tale tesi, alla possibile genericità ed incompletezza di simili atti giuridici.

Nonostante l'inosservanza delle disposizioni federali non sia sufficiente ad affermare la responsabilità civile dell'atleta è tuttavia un indizio dell'imprudenza di quest'ultimo; il suo comportamento deve essere oggetto di una valutazione complessiva che tenga conto della natura, delle caratteristiche della singola disciplina sportiva e del contesto in cui si è svolta la gara al fine di verificare il superamento del rischio consentito.

L'idea secondo la quale la condotta dell'atleta debba essere valutata con criteri meno rigorosi di quelli utilizzati per giudicare gli illeciti commessi dal comune cittadino, posto che le finalità agonistiche possono giustificare anche comportamenti violenti, ha portato gli interpreti ad introdurre la figura dell'atleta medio -inteso come atleta che si comporta in modo normale e coerente con le finalità proprie di ciascuna disciplina sportiva – e a considerare colposa solo la condotta scorretta, oltremodo violenta, che costituisce una violazione grave delle prescrizioni regolamentari e che si discosta in modo rilevante dal modello di comportamento ideale esigibile dall'atleta medio in relazione a ciascuna pratica sportiva<sup>61</sup>.

Simili considerazioni hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza a limitare la responsabilità civile dell'atleta al ricorrere della colpa grave e a non ritenere risarcibile il danno (non particolarmente grave) verificatosi accidentalmente durante una fase normale del gioco<sup>62</sup>.

La situazione si atteggia diversamente riguardo gli sport non orga-

---

22/05/1967, in *Riv. dir. sport.*, 1968, p. 487 e Tribunale Milano, 14/01/1985, cit., p. 40. In dottrina, v. F. ALBEGGIANI, *op. cit.*, p. 46. Contra, v. G. STIPO, *op. cit.*, p. 26; V. FRATTAROLO, *La Responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 48. Secondo tali autori l'imposizione di un comportamento particolarmente diligente e prudente a carico dell'atleta sembra contrastare con le esigenze agonistiche.

<sup>60</sup> Cass., 18/01/1967, in *Mass. Cass. Pen.* 1967, p. 409.

<sup>61</sup> Sul punto, v. amplius, Pretura Trento 11/05/1996, cit., p. 277.

<sup>62</sup> E. BONVICINI, *op. cit.*, p. 437. L'autore ritiene che solo le violazioni particolarmente gravi delle regole del gioco possono costituire il presupposto della responsabilità extracontrattuale dell'atleta perché in tal caso viene meno l'utilità sociale dello sport; F. D. BUSNELLI-G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 287. In giurisprudenza, v. Tribunale Monza, 22/07/1997, in *Riv. dir. sport.*, p. 758.

nizzati; mancando i regolamenti di gara l'indagine sulla colpa si presenta infatti più complessa.

In assenza di norme di condotta scritte l'atleta deve osservare le regole di diligenza, prudenza e perizia idonee a contenere le conseguenze dannose della condotta entro il limite del rischio consentito; il contenuto di simili regole cautelari non risulta predeterminato da alcun atto giuridico, ma è ricavato dall'interprete secondo un giudizio di "prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso"; prevedibilità del superamento del rischio consentito – non adottando tali regole – ed evitabilità dello stesso – adottandole –.

La "misura" della diligenza richiesta all'atleta è diversa per ogni disciplina sportiva e per ciascuna gara ed è rapportata allo standard dell'atleta medio, inteso come atleta che tiene un comportamento diligente, prudente e accorto per quello sport.

La considerazione che il rischio di subire lesioni all'integrità fisica è insito, seppure in percentuale diversa, in ciascuna disciplina sportiva ha portato infine la dottrina e la giurisprudenza ad accogliere l'idea secondo la quale la colpa sportiva non può essere valutata secondo i criteri rigorosi della comune prudenza e diligenza, ma "tenendo nella dovuta considerazione la particolare natura dell'attività sportiva in sé pericolosa e tuttavia consentita"<sup>63</sup>. Anche in tal caso il comportamento tenuto dall'atleta è pertanto valutato in rapporto all'atleta medio.

## ***B) Il comportamento doloso***

Nelle ipotesi di maggiore gravità l'illecito disciplinare costituisce un comportamento doloso rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Se la funzione di benessere e di utilità sociale riconosciuta allo sport non consente di lasciare impuniti i comportamenti funzionalmente connessi alla gara, ma oltremodo violenti, è evidente che non possano trovare alcuna giustificazione le condotte sorrette da volontà lesiva che non presentano alcun collegamento con la competizione poiché poste in essere per fini personali ed estranei al gioco: si pensi all'illecito compiuto per risentimento personale, per vendicarsi di un fallo subito, cd. fallo di reazione, o, ancora, per intimorire l'avversario.

---

<sup>63</sup> F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, XV, p. 517.

La circostanza che l'atleta, decidendo di partecipare alla gara, accetta di subire lesioni all'integrità fisica se collegate al normale svolgimento della stessa, ma non acconsente ad azioni vendicative da parte dell'avversario, non permette di lasciare impuniti i comportamenti estranei alle finalità della competizione e contrastanti oltremodo con la ratio di utilità sociale sottesa alla pratica sportiva; la particolare carica aggressiva e la estrema gravità di questi giustificano la qualificazione dell'illecito disciplinare, avente tali caratteristiche, come illecito doloso.

In particolare è considerata dolosa la condotta dell'atleta non collegata funzionalmente al gioco e compiuta per motivi personali ed estranei alla competizione<sup>64</sup>.

Il fatto che l'illecito disciplinare possa costituire il presupposto di un obbligo risarcitorio a carico dell'atleta se manca il collegamento funzionale fra azione irregolare ed evento lesivo perché la gara rappresenta la mera occasione dell'illecito oppure perché questo è compiuto con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche del gioco o con il contesto in cui si svolge consente di attribuire notevole importanza, nell'ambito del giudizio sulla responsabilità extracontrattuale dell'atleta, alle concrete modalità di svolgimento della competizione.

La verifica dell'elemento soggettivo dell'illecito richiede un accertamento di fatto da compiere caso per caso in relazione al tipo di sport e di gara. Emblematico al fine di dimostrare la rilevanza della dinamica dei fatti è il confronto fra due sentenze pronunciate dal Tribunale di Monza ad un breve intervallo di tempo (21 luglio 1997 e 5 giugno 1997)<sup>65</sup> e relative ad eventi lesivi cagionati durante lo svolgimento di attività sportive violente: squash, l'una, hockey, l'altra.

Nonostante entrambe le decisioni muovano dai medesimi presupposti teorici ed aderiscano alla nota teoria dell'accettazione del rischio, peraltro notevolmente elevato nelle discipline considerate, giungono a conclusioni opposte a causa delle diverse modalità di svolgimento della competizione: esclusione della responsabilità civile nell'una, affermazione nell'altra.

Il primo caso riguarda un incidente avvenuto durante una partita di squash, nella quale un giocatore veniva ferito al volto dall'avversario con un colpo di racchetta mentre cercava di colpire la pallina. La

---

<sup>64</sup> In tal senso si è pronunciata, ad esempio, la Pretura di Trento con la decisione dell'11/05/96, cit., p. 277.

<sup>65</sup> Le sentenze sono pubblicate in *Riv. dir. sport.*, 1997 p. 758.

prova che si fosse trattato di un puro infortunio di gioco avvenuto durante una fase normale dell'incontro e causato da un colpo partito accidentalmente, non addebitabile ad alcuna scorrettezza dell'atleta, né perpetrato con intenzionalità lesiva, portava l'Autorità Giudiziaria a considerare l'evento lesivo espressione del rischio – particolarmente elevato – insito nella gara e ad escludere la responsabilità dell'atleta.

Nella seconda fattispecie, relativa ad una gara di hockey su pista, un atleta colpiva con il bastone di gioco l'occhio sinistro dell'avversario cagionandogli gravi lesioni permanenti. Il tribunale, rilevato che il partecipante ad una competizione cd. violenta che presenta un elevato rischio di infortuni sia consapevole della possibilità di subire lesioni anche gravi all'integrità fisica e ne accetti il rischio, sostiene peraltro che la responsabilità dell'autore dell'evento lesivo può essere affermata qualora si accerti che "il colpo inferto" al volto è stato, come nella specie, del tutto volontario, diretto a ledere l'avversario e non collegabile alla fase di gioco in corso; circostanza confermata dalle prove assunte durante il processo, dalle quali era emersa l'intenzionalità lesiva del gesto che "non era indirizzato né a colpire la palla né a riportare la palla in posizione, [trattandosi di un] gesto avulso dalla dinamica del gioco e anzi determinato esclusivamente da volontà offensiva inescusabile".

Dall'analisi di tali sentenze si evince un'ulteriore conferma dell'importanza del rapporto di funzionalità fra azione irregolare ed evento lesivo; la mancanza di un simile rapporto, che si riscontra quando la competizione sportiva rappresenta la mera occasione dell'illecito, costituisce il presupposto della responsabilità dolosa dell'atleta.

È oltremodo evidente in definitiva che le modalità di svolgimento della manifestazione influenzano il giudizio sulla responsabilità dell'atleta.

### ***C) La responsabilità dello sciatore***

La considerazione che lo sci sia diventato uno sport di massa e che ciò comporti il verificarsi di numerosi incidenti, a volte particolarmente gravi, ha portato dapprima la F.I.S.I. e recentemente il legislatore nazionale (con la legge n. 363 del 24 dicembre 2003 "Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo") a disciplinare la sicurezza sulle piste e a regolamentare l'attività sciistica – da discesa e da fondo – e la pratica dello snowboard.

Le regole di condotta codificate dalla F.I.S.I.<sup>66</sup>, note come decalogo dello sciatore, sono volte a regolare la pratica dello sci – da fondo e da discesa – e dello snowboard a livello amatoriale e sono considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza unanime norme di comune prudenza che devono essere conosciute e rispettate dallo sciatore e dallo snowboarder posto che costituiscono una sintesi del modello di comportamento ideale imposto allo sportivo cosciente, diligente e prudente.

Se, da un lato, simili disposizioni sono state introdotte al fine di disciplinare, in assenza dei regolamenti di gara, la condotta del praticante l'attività sciistica per svago o per diletto, dall'altro, possono essere applicate anche alla medesima disciplina sportiva praticata a livello agonistico<sup>67</sup> ad integrazione delle prescrizioni regolamentari.

Nello sci agonistico invero lo scontro fisico tra partecipanti alla competizione è un evento eccezionale – tranne nello slalom parallelo – per le modalità di svolgimento delle gare: la partenza di ciascuno sciatore è infatti successiva all'arrivo del concorrente precedente. La circostanza secondo la quale la gara si svolge in un luogo all'uopo delimitato e chiuso al pubblico transito rende poco probabile anche lo scontro fra atleta e terzi; il verificarsi di un simile sinistro potrebbe invero far emergere la responsabilità degli organizzatori per non avere adeguatamente delimitato il percorso.

Anche la legge n. 363/2003 è volta a regolare la pratica non agonistica degli sport invernali e presenta un contenuto analogo a quello delle regole predisposte dalla F.I.S.I.

Le principali novità contenute nella legge n. 363/2003 sono costituite dall'art. 14 relativo all'omissione di soccorso<sup>68</sup>.

Anche in precedenza era imposto a chiunque l'obbligo di prestare soccorso in caso di incidente<sup>69</sup> ed era stabilito che chiunque fosse

---

<sup>66</sup> Le regole di condotta dello sciatore sono state proposte per la prima volta dalla Federazione Internazionale Sci nel Congresso di Beyrouth nel 1967; successivamente aggiornate nel Congresso di Famagosta nel 1973 e definite nella stesura attuale nel Congresso di Portorose nel 2002.

<sup>67</sup> Sul punto, V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 260.

<sup>68</sup> L'art. 14 stabilisce che: "Fuori dai casi previsti dall'art. 593 del codice penale, chiunque nella pratica dello sci o di altro sport della neve, trovando una persona in difficoltà non presta l'assistenza occorrente, ovvero non comunica immediatamente al gestore, presso qualunque stazione di chiamata, l'avvenuto incidente, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 250 euro a 1000 euro".

<sup>69</sup> Regola F.I.S.I. n. 9.

coinvolto in un incidente ovvero ne fosse testimone fornisse le proprie generalità<sup>70</sup>, l'inosservanza di simili doveri non era però sanzionata; l'art. 14 legge n. 363/2003, oltre ad indicare ulteriori e più dettagliate prescrizioni, quali l'obbligo "di prestare l'assistenza occorrente alla persona in difficoltà ovvero di comunicare immediatamente al gestore dell'area sciabile l'avvenuto incidente"<sup>71</sup>, stabilisce che il trasgressore possa essere punito con il pagamento di una sanzione amministrativa.

L'altra previsione degna di nota è costituita dall'art. 19, il quale, disponendo che: "Nel caso di scontro tra sciatori si presume, fino a prova contraria, che ciascuno di essi abbia concorso ugualmente a produrre gli eventuali danni", introduce un concorso di colpa a carico dei soggetti coinvolti nell'incidente. In mancanza di prova contraria si presume che ciascuno sciatore abbia cagionato l'incidente in pari misura e che pertanto sia tenuto a risarcire metà dei danni subiti dall'altro.

La circostanza secondo la quale è particolarmente gravoso per il danneggiato fornire la prova della dinamica dell'incidente e dell'elemento psicologico dell'autore, che in passato portava la giurisprudenza a regolare la fattispecie dello scontro tra sciatori attraverso il ricorso all'art. 2054 c.c. 2 comma, ha probabilmente convinto il legislatore ad introdurre il principio della presunzione di pari responsabilità nella commissione dell'incidente (art. 19).

La presunzione di legge consente al danneggiato di fornire la prova dell'esclusiva responsabilità dell'altro sciatore ovvero che questi ha concorso a cagionare il danno in misura superiore alla metà.

È possibile che in seguito all'entrata in vigore della legge n. 363/2003 continueranno a trovare applicazione anche alcune delle regole predisposte dalla F.I.S.I.

Il precetto secondo il quale "ogni sciatore deve comportarsi in modo da non mettere in pericolo la persona altrui o provocare danno"<sup>72</sup> anche se non riproposto nella recente legge non potrà essere trascurato dall'Autorità Giudiziaria, il rispetto dell'altrui integrità fisica costituisce invero la ratio sottesa a tutte le prescrizioni della legge n. 363/2003.

La necessità che secondo i principi generali sull'onere probatorio

---

<sup>70</sup> Regola F.I.S.I. n. 10.

<sup>71</sup> La definizione di area sciabile, più ampia di quella di pista, è contenuta nell'art. 2 legge n. 363/2003.

<sup>72</sup> Regola F.I.S.I. n. 1.

(art. 2697 c.c.) sia il danneggiato a fornire la prova degli elementi dell'illecito civile per cui chiede di essere risarcito e la particolare difficoltà per il soggetto leso di dimostrare la colpevolezza dell'autore del danno, soprattutto in passato, come detto, ha indotto la giurisprudenza a ricondurre la responsabilità per gli eventi lesivi cagionati durante lo svolgimento dell'attività sciistica, seppure con notevoli forzature, all'art. 2054 c.c. 2 comma. Nell'impossibilità di accertare la dinamica dell'incidente e la colpa del danneggiante è stata utilizzata la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2054 c.c. 2 comma al fine di agevolare il danneggiato sotto il profilo probatorio.

La riconducibilità della responsabilità per l'evento lesivo commesso durante lo svolgimento dell'attività sciistica all'art. 2054 c.c. presuppone la considerazione dello sci come veicolo. In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Bolzano con decisione del 5 aprile 1975<sup>73</sup>. "Mancando la possibilità di stabilire l'andamento meccanico dell'incidente e di giungere alla prova concreta della colpa... se non ricorresse alcuna presunzione legale di colpa, la domanda dovrebbe essere respinta; ricorrendo invece una presunzione, questa non può dirsi superata. Appare applicabile, in esito ad approfondito esame, pur dopo una certa riluttanza, il superamento di un comune modo di vedere la presunzione di colpa prevista per lo scontro tra veicoli, in incidente determinato dalla loro circolazione, dal capoverso dell'art. 2054 c.c. Gli sci infatti costituiscono senz'altro un mezzo di locomozione strutturalmente destinato alla circolazione, pur se si tratta di circolazione di specie tutta particolare, sulle piste e non sulla strada ... né vale a negare la natura di veicolo il fatto che gli sci da soli non abbiano autonomia funzionale, ma si integrino con lo sciatore che li porta, o da essi si fa portare, perché ciò attiene in modo molto marcato anche per i veicoli a due ruote, che da soli non mantengono neppure l'equilibrio... grammaticalmente e logicamente appare dunque senz'altro applicabile la presunzione di colpa prevista dal citato art. 2054 c.c. e anche le finalità della presunzione trovano pieno riscontro nella fattispecie, perché si tratta di cose con persone in strutturale movimento su percorso comune ad una pubblica circolazione (sia pure si ripete particolare), in modo tale che sussiste rischio di collisione e facilmente si manifesta quell'incertezza sulle cause specifiche dell'urto, che è ragione della prefruizione d'analoghi mezzi di locomozione, entrambi affrontanti il

<sup>73</sup> La decisione è riportata in *Resp. civ. e prev.*, 1976, p. 452.

rischio della comune circolazione, che è la ragione dell'attribuzione della colpa presunta parimenti ad entrambi, è pure presente nella fattispecie. Non solo dunque la norma è letteralmente applicabile, ma non ne resta violato lo spirito. In applicazione di detta presunzione, il convenuto responsabile per metà deve risarcire metà dei danni subiti dall'attore".

Dall'analisi della casistica, pressoché inesistente in materia di sci agonistico per la duplice ragione, da un lato, che una simile disciplina costituisce uno sport "di massa" praticato a livello amatoriale per svago e diletto, e, dall'altro, che i soggetti tesserati hanno l'onere di adire gli organi federali per la risoluzione delle controversie, si evince che, superato l'orientamento giurisprudenziale risalente che equiparava l'attività sciistica alla circolazione di veicoli e riconduceva la responsabilità dello sciatore all'art. 2054 c.c., l'opinione prevalente esclude l'applicabilità di una simile disposizione alla pratica non agonistica e ritiene che la responsabilità per i sinistri debba essere disciplinata, in mancanza dei regolamenti di gara, ai sensi dell'art. 2043 c.c. senza alcuna agevolazione per il danneggiato riguardo all'aspetto probatorio argomentandosi che "Alla circolazione con gli sci non è applicabile la disciplina prevista dal codice della strada per la circolazione dei veicoli e neppure quella, a quest'ultima strettamente collegata, relativa al risarcimento del danno. Ne consegue che la tutela delle persone che rimangono danneggiate nel corso di tale tipo di circolazione resta garantita dalle norme generali sulla responsabilità extracontrattuale, nella quale spetta al danneggiato dare la prova anche della colpa di colui che ha cagionato il danno".

Un simile ragionamento, condiviso sia dalla giurisprudenza di merito<sup>74</sup> che di legittimità<sup>75</sup> presuppone la differenza funzionale fra lo sci e il veicolo "La funzione dello sci, adoperato per fini sportivi, è non altro che quella di consentire l'esplicazione dell'attività fisica richiesta dalla tecnica di questa disciplina, al pari di qualsiasi altro attrezzo utilizzato in altre discipline sportive (la palla nel calcio, l'asta nell'atletica, la mazza nel baseball, la racchetta nel tennis), e non quella di trasportare persone da un luogo all'altro (che è la funzione ordinaria dei veicoli)." "Nella comune accezione il veicolo è un mezzo di trasporto,

---

<sup>74</sup> V. La decisione del Tribunale di Bolzano del 7 novembre 1984 "gli eventi di danno occasionati dalla pratica dello sci sono soggetti alla comune disciplina giuridica della responsabilità fondata sulla colpa rilevante ex 2043 c.c."

<sup>75</sup> Cass., 30/07/1987, n. 6603, in *Dir. e prat. ass.*, 1987, p. 863.

per persone o cose, normalmente meccanico e guidato dall'uomo, ovvero senza motore e guidato dallo stesso uomo o da animali; lo sci invece è un attrezzo di antichissimo impiego a forma di spatola elastica curvata verso l'alto, ed assicurato al piede mediante un attacco metallico a tenaglia, che viene fissato alla scarpa; così che esso viene a costituire un tutt'uno con le gambe dello sciatore che può, in tal modo, scivolare su pendii innevati...il che rileva, di per sé, che l'uso dello sci dà luogo in concreto, piuttosto che ad una circolazione di veicoli in senso proprio ad una circolazione di persone munite di quel particolare attrezzo”<sup>76</sup>.

Oltre all'incompatibilità funzionale tra lo sci e il veicolo, l'applicabilità della fattispecie di responsabilità aggravata di cui all'art. 2054 c.c. è criticata anche per il fatto che “dovrebbe essere ritenuto responsabile, in base al terzo comma, addirittura il proprietario-noleggiatore degli sci, salvo che non provi che la circolazione dello sci è avvenuta contro la sua volontà...”<sup>77</sup>.

L'incidente occorso tra gli sciatori può implicare invero anche la responsabilità di altri soggetti, si pensi ad esempio ai maestri di sci o ai gestori degli impianti di risalita e delle piste<sup>78</sup>, responsabilità ribadita dalla legge n. 363/2003 attraverso la previsione di precisi e puntuali obblighi a carico di questi ultimi volti a garantire la massima sicurezza degli utenti delle piste da sci<sup>79</sup>.

#### ***D) La responsabilità dell'atleta per i danni cagionati durante le gare “su strada”***

L'art. 2043 c.c. e i principi generali sulla responsabilità civile sono stati richiamati dalla giurisprudenza al fine di regolare la responsabilità dell'atleta per gli eventi lesivi cagionati anche durante lo svolgimento di altre discipline, si pensi alle gare automobilistiche, motociclistiche e ciclistiche svolte su circuito chiuso.

La circostanza che la competizione si svolga in un luogo chiuso al

---

<sup>76</sup> Cass., 1/04/1980 n. 2111, in *Foro It.*, 1980, I, 1234.

<sup>77</sup> Le argomentazioni critiche circa l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. riportate nel testo sono di V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 84 ss.

<sup>78</sup> Amplius sulla responsabilità di tali soggetti, v. M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 165 ss.

<sup>79</sup> Sul punto, cfr. amplius art. 3

traffico, non consente di applicare le norme del codice stradale, il cui presupposto è la circolazione aperta a tutti né l'art. 2054 c.c., è permesso pertanto all'atleta procedere a massima velocità, compiere anche manovre vietate dal codice della strada ed effettuare sorpassi senza l'adozione di particolari cautele<sup>80</sup>.

La giurisprudenza concorda nel ritenere che il partecipante alla competizione debba osservare le prescrizioni regolamentari, l'inosservanza delle quali giustifica l'imputazione della responsabilità (per gli eventi lesivi cagionati durante la gara) ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Diverse sono le regole applicabili per disciplinare le gare su circuito aperto in considerazione della possibile presenza di terzi e della necessità di garantire un'adeguata tutela a tali soggetti<sup>81</sup>.

#### **4. I danni risarcibili**

Accertata la responsabilità dell'atleta, questi è tenuto a risarcire i danni cagionati all'avversario durante la competizione sportiva, che nella maggior parte dei casi sono rappresentati dal danno biologico, dal danno patrimoniale, e, qualora ne ricorrano i presupposti, dal danno morale.

Il danno biologico<sup>82</sup> che, come è noto, consiste nella lesione dell'integrità psicofisica considerata in modo autonomo rispetto agli eventuali pregiudizi di ordine economico che una simile lesione può avere procurato al danneggiato, con particolare riguardo all'atleta<sup>83</sup> è stato definito come "diminuzione o incapacità a svolgere quelle attività extralavorative sportive che permettono non solo di produrre utilità, ma anche di riceverne"<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Sul punto, v. R. FRAU, *op. cit.*, p. 343.

<sup>81</sup> La trattazione di tale argomento sarà approfondita nel capitolo relativo alla responsabilità civile dell'atleta verso terzi non partecipanti alla gara.

<sup>82</sup> Una definizione legislativa del danno biologico è contenuta nell'art. 5 comma 3 l. 57/2001, che è stata emanata per disciplinare le lesioni di lieve entità derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. Ai sensi di tale norma il danno biologico è considerato: "la lesione all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale. Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato".

<sup>83</sup> Amplius sulla configurabilità del danno biologico in ambito sportivo, v. R. FRAU, *op. cit.*, p. 379.

<sup>84</sup> Tribunale Verona 20/03/1995, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 94.

La menomazione dell'integrità fisica subita dall'atleta può determinare anche pregiudizi non economici, quali dolore, patemi d'animo, sofferenze psicofisiche che, se non sono talmente gravi da costituire una vera e propria malattia riconducibile al danno psichico, sono compresi nel danno morale, risarcibile solo se è conseguenza di un reato (art. 2059 c.c.)<sup>85</sup>.

In passato la giurisprudenza era concorde nel negare la risarcibilità di un simile pregiudizio in mancanza di una prova certa della colpa del danneggiante e pertanto anche in tutte le ipotesi di responsabilità aggravata.

È evidente che tale atteggiamento restrittivo poteva avere conseguenze negative anche con riguardo all'attività sportiva; di recente la Cassazione<sup>86</sup> ha mutato indirizzo riconoscendo che "alla risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e 185 c.p. non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa... debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificato come reato". La possibilità di risarcire il danno non patrimoniale anche nel caso in cui la colpa sia presunta *ex lege* è stata ammessa anche dalla Corte Costituzionale<sup>87</sup>.

La funzione riparatoria riconosciuta alla responsabilità extracontrattuale impone al danneggiante di eliminare tutte le conseguenze dell'evento lesivo e di riportare il danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'illecito, l'atleta è tenuto pertanto a risarcire all'avversario l'intero danno patrimoniale, nel duplice aspetto del danno emergente e lucro cessante (art. 1223 c.c.).

Il danno emergente corrisponde alla diminuzione patrimoniale subita e può comprendere le spese sostenute dall'atleta per la guarigione, si pensi ad esempio alle spese mediche per le visite specialistiche, per le terapie riabilitative, per l'acquisto di medicinali, nonché, qualo-

---

<sup>85</sup> Secondo una recente lettura dell'art. 2059 c.c. (proposta dalla Corte di Cassazione nelle sentenze del 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828) invero il danno non patrimoniale non può essere identificato con il danno morale soggettivo, ma deve essere inteso come categoria ampia e comprensiva di ogni ipotesi in cui si verifica un'ingiusta lesione di un valore della persona, costituzionalmente tutelato, dalla quale conseguono pregiudizi non suscettivi di valutazione economica. Considerato il rilievo costituzionale dell'interesse leso, la risarcibilità di un simile pregiudizio non è subordinata al verificarsi di un reato.

<sup>86</sup> Cass., sez. III, 12/05/2003 n. 7283, in *Danno e resp.*, 2003, p. 715.

<sup>87</sup> Corte Costituzionale 11/07/2003 n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939.

ra nell'incidente siano stati danneggiati o distrutti gli attrezzi usati per la competizione, le spese per la riparazione degli stessi o per l'acquisto di nuovi.

L'altro aspetto di danno patrimoniale è il lucro cessante inteso come mancato guadagno. Riguardo quest'ultimo assume notevole importanza la distinzione fra atleta dilettante e professionista<sup>88</sup>.

Se per il primo lo svolgimento dell'attività sportiva non costituisce fonte di guadagno e pertanto la determinazione del lucro cessante non presenta aspetti particolari, per l'atleta professionista, che svolge attività sportiva a titolo oneroso, la situazione si atteggia diversamente. Considerata l'importanza fondamentale della forma fisica e dell'esercizio fisico regolare e costante per lo svolgimento della professione sportiva è evidente che anche le lesioni all'integrità fisica di modesta entità e senza conseguenze gravi per il comune cittadino possono essere oltremodo dannose per l'atleta professionista se lo costringono ad un periodo prolungato di inattività. Il calcolo del pregiudizio patrimoniale subito dall'atleta professionista a causa della perdita o riduzione della capacità di produrre reddito è effettuato con valutazione equitativa (art. 1226 c.c.) tenendo conto di numerosi elementi; oltre al reddito percepito dalla società di appartenenza, devono essere considerati anche i guadagni che l'atleta ricava dalla conclusione di contratti pubblicitari e/o di sponsorizzazione. Simili importi devono essere rapportati alle prospettive di carriera del singolo sportivo ed alla durata della vita atletica, differente per ciascuna disciplina sportiva e per il ruolo ricoperto<sup>89</sup>.

### ***5. La responsabilità per gli eventi lesivi cagionati durante l'allenamento***

Dall'analisi della casistica si evince che la giurisprudenza<sup>90</sup> adotta criteri più rigorosi per giudicare gli eventi lesivi cagionati dall'atleta all'avversario durante l'allenamento; le differenti finalità e le diverse ca-

---

<sup>88</sup> V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 165 ss.; R. FRAU, *op. cit.*, p. 399 ss.

<sup>89</sup> Amplius sul punto, cfr. V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 167; R. FRAU, *op. cit.*, p. 379 ss.; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 112.

<sup>90</sup> V. Tribunale Roma, 4/04/1996, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, p. 1247 ss. Il Tribunale capitolino ha considerato colposa la condotta dell'atleta che durante un'esibizione-incontro di scherma cagionava lesioni fisiche all'avversario imprimendo all'arma una forza di penetrazione anomala rispetto quella consentita dal carattere di mera esibizione della manifestazione.

ratteristiche di quest'ultimo rispetto alla competizione non consentono l'utilizzo degli stessi parametri di giudizio. La circostanza che l'allenamento sia finalizzato a perfezionare e a migliorare la tecnica, a "studiare i colpi e le azioni" piuttosto che a prevalere sull'avversario e che sia caratterizzato da una minore carica agonistica, impone all'atleta di avere un controllo delle proprie azioni maggiore e di adottare un comportamento più diligente e prudente di quello tenuto durante la gara<sup>91</sup>.

L'osservanza delle regole tecniche non è pertanto sufficiente secondo la giurisprudenza ad escludere la responsabilità dell'atleta per gli illeciti commessi durante l'allenamento. L'idea comunemente accolta è quella secondo la quale "l'attività sportiva nel caso di esibizione e/o allenamento richiede nel comportamento dei contendenti una maggiore prudenza e cautela per evitare non necessari pregiudizi fisici all'avversario, quindi maggiore controllo dell'ardore agonistico e della forza dei colpi e ciò a fortiori nell'ipotesi di sportivi di diversa esperienza e capacità e privi dei mezzi di protezione individuale nelle competizioni agonistiche"<sup>92</sup>.

La necessità di valutare la responsabilità dell'atleta per i danni cagionati durante l'allenamento con criteri più rigorosi di quelli utilizzati per giudicare gli eventi lesivi commessi durante la competizione è condivisa anche dalla dottrina<sup>93</sup>. Parte degli interpreti<sup>94</sup> tuttavia critica un simile atteggiamento sul presupposto che l'allenamento spesso costituisce una sorta di "prova generale" della gara in cui l'atleta profonde il massimo impegno nell'affrontare l'avversario; la connessione teleologica fra i due eventi non consentirebbe, secondo tali autori, di utilizzare criteri di giudizio oltremodo diversi.

Dall'analisi delle decisioni si evince che la giurisprudenza utilizza criteri più rigorosi anche per valutare gli illeciti cagionati a terzi durante gli allenamenti – soprattutto se svolti in luoghi aperti al pubblico –. La minore carica agonistica e le diverse finalità caratterizzanti l'allenamento impongono all'atleta di essere più prudente soprattutto

---

<sup>91</sup> La funzione di perfezionamento e miglioramento della tecnica riconosciuta all'allenamento può invero richiedere un incontro fra atleti di diverse categorie per consentire allo sportivo di categoria inferiore di confrontarsi con soggetti più esperti e di apprendere da questi utili insegnamenti.

<sup>92</sup> Cass. Pen., sez. IV, 25/02/2000, cit., p. 715.

<sup>93</sup> R. FRAU, *op. cit.*, p. 326.

<sup>94</sup> M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 107.

in presenza del pubblico e non giustificano una condotta oltremodo veloce, esuberante o caratterizzata da particolare foga agonistica. Se durante la competizione è autorizzato a sfruttare al massimo la velocità – un'eventuale limitazione sarebbe in contrasto con le finalità agonistiche –, durante l'allenamento è tenuto ad adottare un comportamento più cauto e ad osservare le norme di comune prudenza, diligenza e perizia.

### **6. La responsabilità dell'atleta per i danni cagionati a terzi non partecipanti alla gara**

Durante la competizione sportiva l'atleta può provocare danni anche a soggetti non partecipanti alla gara: si pensi agli spettatori, ai passanti, ai fotografi o ai guardalinee.

Se il fondamento della non punibilità degli eventi lesivi commessi nei confronti degli altri atleti è costituito dal rischio consentito, inteso come rischio cui accetta di esporsi il partecipante alla gara, è comprensibile che tale criterio non possa trovare applicazione riguardo a soggetti che, in quanto estranei alla manifestazione, non hanno espresso un simile consenso.

Mancando le condizioni per l'applicazione della scriminante sportiva, la responsabilità per i danni cagionati dall'atleta a terzi sembra seguire i normali criteri di imputazione.

È opportuno invero distinguere i terzi completamente estranei alla gara, ad esempio i passanti o gli spettatori, dai terzi, che, per il ruolo ricoperto nell'ambito della manifestazione, si espongono al rischio di subire lesioni, si pensi ai fotografi a bordo campo, ai raccattapalle o ai guardalinee. Solo con riferimento a questi ultimi è possibile ricorrere alla categoria del rischio consentito, riguardo i primi invece trovano applicazione i principi generali in materia di responsabilità extracontrattuale contenuti negli artt. 2043 c.c. ss.

La circostanza secondo la quale la responsabilità dell'atleta per gli eventi lesivi cagionati ai terzi può intrecciarsi con quella dell'organizzatore<sup>95</sup> della competizione sportiva e/o del gestore dell'impianto, ha

---

<sup>95</sup> La responsabilità dell'organizzatore di competizione sportive per i danni cagionati agli spettatori è anche di natura contrattuale, la vendita del biglietto non lo obbliga solo a fare godere lo spettacolo agli spettatori, ma altresì a tutelare la loro incolumità fisica.

indotto la dottrina<sup>96</sup> a distinguere l'ipotesi in cui l'illecito si verifica durante una manifestazione sportiva in cui è presente un organizzatore<sup>97</sup> da quella in cui sia assente tale soggetto.

La presenza dell'organizzatore, inteso quale soggetto – persona fisica o giuridica – tenuto a curare la preparazione dell'evento sportivo e a garantire la tutela dell'incolumità fisica degli atleti e degli spettatori (attraverso la predisposizione di misure di protezione, differenti per ciascuno sport e tipo di gara) o perché titolare dell'autorizzazione di pubblica sicurezza necessaria per lo svolgimento di alcune gare o perché di fatto se ne è assunto il compito, soprattutto se si tratta di competizioni svolte in luoghi chiusi all'uopo delimitati, stabilmente o solo per l'occasione (si pensi allo svolgimento di una gara podistica, ciclistica o automobilistica su una strada normalmente destinata al pubblico transito), consente di escludere la responsabilità dell'atleta per gli eventi lesivi cagionati ai terzi durante la competizione nonostante l'osservanza delle norme tecniche.

Nel caso di competizione in cui è presente un organizzatore “ogni misura di prevenzione contro i pericoli per l'incolumità pubblica è a carico dell'organizzatore e a coloro che partecipano alle gare agonistiche non si possono imporre freni che contrastano con il fine per il quale si cimentano ed a cui vengono eccitati a dare il massimo rendimento”<sup>98</sup>.

L'atleta è obbligato a rispettare le regole di gara, ma non è tenuto ad adottare un comportamento particolarmente cauto, prudente e diligente, ad esempio, a moderare la velocità o modificare la traiettoria del percorso posto che simili limitazioni contrasterebbero con le finalità agonistiche<sup>99</sup>.

Diverso è il regime di responsabilità applicabile per i danni cagionati ai terzi durante una competizione su strada aperta al traffico; in

---

<sup>96</sup> V. T. PERSEO, *op. cit.*, p. 287 ss.

<sup>97</sup> Amplius, sulla responsabilità dell'organizzatore, V. G. BELLANTUONO, *Sulla responsabilità dell'organizzatore di gare sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 94; R. BEGHINI, *op. cit.*, p. 70 ss.; G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 268 ss.; AA.VV., *op. cit.*, p. 131; G. LIOTTA, *La responsabilità civile dell'organizzatore sportivo: ordinamento statale e regole tecniche internazionali*, in *Europa e Dir. priv.*, 1999, p. 1137 ss.

<sup>98</sup> T. PERSEO, *op. cit.*, p. 290.

<sup>99</sup> G. STIPO, *op. cit.*, p. 33 ss. “non può pretendersi che il contendente rinunci ad un determinato gesto atletico per la preoccupazione di ferire terzi, ad esempio gli spettatori”.

tal caso infatti la condotta dell'atleta è valutata con maggiore rigore nonostante la presenza dell'organizzatore.

Se, da un lato, il fatto che la gara si svolga in un luogo destinato al pubblico transito permette l'applicazione delle norme del codice della strada, dall'altro, la necessità di evitare il verificarsi di possibili pregiudizi a terzi estranei alla competizione impone all'atleta di osservare anche le regole di comune prudenza [oltre alle norme del codice della strada]<sup>100</sup>. La presenza dell'organizzatore riduce il dovere di prudenza imposto all'atleta perché durante una gara motociclistica, ad esempio, adotta le misure volte a segnalare l'arrivo della corsa e impone agli altri utenti della strada di ridurre la velocità, ma non lo esonera dal comportarsi in modo cauto.

Accertata la responsabilità dell'atleta per i danni procurati a terzi durante le competizioni su circuito aperto, questi è tenuto a rispondere ai sensi dell'art. 2054 c.c.

Dall'analisi della casistica in materia di responsabilità dell'atleta per gli eventi lesivi cagionati a soggetti estranei alla competizione si evince che le decisioni giurisprudenziali non sono univoche. È stata esclusa infatti la responsabilità del gareggiante nonostante il medesimo avesse dimostrato imperizia sportiva "sbagliando il colpo"<sup>101</sup>.

Durante una partita amichevole di squash un atleta, nel tentativo di fare rimbalzare la pallina e farla ritornare così nella parete di gioco, le imprimeva una traiettoria errata mandandola a colpire l'occhio destro di uno spettatore con gravi conseguenze lesive. L'osservanza delle regole del gioco era sufficiente, secondo l'Autorità Giudiziaria, ad escludere la responsabilità dell'atleta nonostante il lancio della palla fosse stato da questi male eseguito poiché "il giocatore che pratica una partita amichevole di squash non è tenuto alla buona riuscita dei colpi eseguiti, per cui quando sbaglia la traiettoria di un colpo di recupero – colpo anomalo in quanto con esso la palla anziché contro la parete di fronte viene lanciata verso la parete di fondo, ma previsto dal regolamento – e manda la palla a superare la parete di fondo, mostrando nell'occasione imperizia sportiva, va ritenuto esente da colpa giuridicamente rilevante per avere causato con il suo lancio lesioni all'occhio di uno spettatore assiso nella tribuna sita oltre la parete di fondo. La responsabilità dell'evento dannoso era invece da attribuirsi

<sup>100</sup> Corte d'Appello l'Aquila 14/02/1992, in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 338.

<sup>101</sup> Tribunale Milano 12/11/1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, p. 616.

al circolo sportivo [organizzatore della manifestazione], a carico del quale – seppure si debbano escludere violazioni delle disposizioni regolamentari, avendo predisposto campi di gioco rispondenti per dimensioni ed attrezzature alle disposizioni federali – doveva ascrivere l'inosservanza della regola generale di cautela e di prudenza che impone alla gestione del centro sportivo di adottare una opportuna barriera con recinzione od elevamento della parete di fondo campo, onde evitare pericolo per gli spettatori nell'eventualità di un'anomala fuoriuscita della pallina.”

Interessante è anche la decisione del Tribunale di Rovereto<sup>102</sup> relativa alla responsabilità per i danni cagionati ad uno spettatore dal partecipante ad una partita di tamburello. Nel corso di una partita di tamburello, svoltasi nell'ambito di un torneo nazionale a squadre valevole per il campionato di serie A della F.I.P.T. (Federazione Italiana Palla Tamburello), un giocatore eseguendo un colpo corretto ed efficace, schiacciava violentemente la palla che, lanciata ad altissima velocità nel campo avversario, finiva per colpire (di rimbalzo) l'occhio sinistro di uno spettatore, minorenne, seduto al bordo del campo procurandogli gravi lesioni. I genitori del ragazzo agivano in giudizio anche nei confronti della società organizzatrice dell'incontro al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti dal figlio. La società, costituita in giudizio, contestava le richieste per il fatto che “il campo da gioco era stato costruito e protetto secondo le norme regolamentari ... mentre nessun obbligo sussisteva in questo sport come in altri anche più pericolosi per gli spettatori (tipo il base-ball, il golf, l'hockey, ecc.) di porre una particolare recinzione a protezione degli spettatori.” La mancanza di un'opera protettiva a tutela degli spettatori, confermata dalle risultanze istruttorie, contro il pericolo di essere colpiti dalla palla sbalzata fuori dal campo è considerata dall'Autorità Giudiziaria “in stretto nesso causale con l'evento (art. 40 c.p.) posto che ove idonea protezione (a mezzo rete od altro) fosse stata posta, la palla schiacciata con violenza da uno dei giocatori in senso laterale non avrebbe poi colpito l'occhio sinistro dello spettatore”.

Il collegio ravvisa pertanto un atteggiamento colposo dell'organizzatore nonostante nessuna norma regolamentare imponesse di erigere una protezione a tutela degli spettatori intorno al campo, regolarmente omologato dalla Federazione Italiana Palla Tamburello, considerato

<sup>102</sup> Tribunale Rovereto 5/12/1989, in *Riv. dir. sport.*, 1990, p. 498.

che “l’essenza della colpa si sostanzia non solo nel comportamento inosservante di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ma anche, in senso generico, nella semplice negligenza o imprudenza ossia nella inosservanza di quelle regole di cautela che, anche se non imposte da precise norme giuridiche, sono dettate all’uomo dalla ordinaria esperienza dei fatti e dalla sua doverosa preoccupazione di evitare ad altri lesioni della propria incolumità o dei propri interessi (art. 43 c.p. e art. 2043 c.c.)” e che è da “considerarsi imprudente e negligente l’organizzatore di un incontro di tamburello, il quale ammetta la presenza di folto pubblico lungo i bordi del campo di gioco...senza preoccuparsi di predisporre una protezione (con rete o altra barriera similare) atta ad evitare che la palla scagliata lateralmente, come ai giocatori consentito, non finisca per colpire il corpo degli spettatori, ledendone l’integrità fisica”. Secondo tale decisione l’organizzatore è tenuto ad adottare tutte le cautele imposte dalla diligenza, prudenza e perizia anche se non imposte da precise norme regolamentari posto che “Sussiste la responsabilità della società sportiva organizzatrice della gara qualora risulti che non sono state adottate le idonee misure di protezione suggerite dalla comune esperienza e dall’ordinaria prudenza e diligenza anche se tali misure non siano imposte da precise norme giuridiche”.

ALESSANDRO BONDI

LE NUOVE FRONTIERE DELL'INTERESSE PUBBLICO  
NELLA DINAMICA DEL DIRITTO PENALE\*

SOMMARIO

0. *Tre scali.* – 1. *Il pubblico ufficiale e l'autonomia del diritto penale.* – 2. *Quando e come intervenire con lo statuto penale della pubblica amministrazione.* – 3. *Interessi e vittime.*

**0. *Tre scali***

Sono preoccupato. Preoccupato perché dovrei traghettare tutti voi dai lidi tranquilli del diritto amministrativo a quelli terribili del diritto penale. Tale è il compito che con dolce perfidia mi hanno affidato gli ottimi organizzatori del convegno. Ed è un compito ambizioso quanto ingrato; su una rotta dove costante è la minaccia di tempesta.

Per mia cura e salvezza, ho dunque cercato tre scali dove approvigionare il pensiero di un povero penalista, qui altrimenti perso tra le tante autorità dell'Amministrazione e della sua Scienza.

**1. *Il pubblico ufficiale e l'autonomia del diritto penale***

Eppure, ancor prima dovrei preoccuparmi d'altro. Perché sono di fronte a numerosi magistrati, funzionari, avvocati; insomma, ad un'inquietante concentrazione di persone potenzialmente molto "cattive". Questo, se non altro, nell'ottica del codice penale che pure considera l'attività della pubblica amministrazione un possibile «*mezzo con cui*» commettere reati.

Dunque non vogliateme, cercando d'individuare i *soggetti attivi* di reati che hanno nella pubblica amministrazione il loro mezzo, un po' di sconcerto è ammesso, ed è la ragione del primo scalo: ma alzi

---

\* Dedico lo scritto all'allievo ufficiale pilota Patrizio Conte e alla sua cara famiglia.

la mano chi tra voi è veramente convinto di non essere stato, almeno una volta nella vita, un pubblico ufficiale?

Certo la speranza nutre il dubbio, e il penalista è il suo fattore. Tuttavia sono dell'avviso che, pure agli «*effetti della legge penale*», le occasioni di svolgere una pubblica funzione non diminuiscano affatto. Tutt'altro. Anche quando il dato normativo offerto dal codice penale propendeva per la ricerca di un rapporto d'appartenenza con l'Amministrazione, mediante la quale definire il carattere pubblico dell'attività svolta, la giurisprudenza era solita individuare pubbliche funzioni con munifica generosità, e con il plauso convinto della dottrina.

D'altro verso, nemmeno con la riforma dello statuto penale della pubblica amministrazione, la qualifica soggettiva ha trovato applicazioni pratiche o ragioni normative capaci di rispondere con più modestia a chi tacciava l'Italia di essere «*un Paese di pubblici ufficiali*». Anzi, oltre la funzione legislativa e quella giudiziaria che, nel 1990, hanno creato problemi solo a un legislatore frettoloso nella redazione della regola ed ideologicamente confuso circa i fondamentali della tripartizione dei poteri, è proprio l'ufficio dell'amministrazione a stendersi con largo abbraccio sulla vita dei consociati. In breve: che si voglia o no, siamo ancora un *Paese di pubblici ufficiali*.

È difficile negarlo. Il penalista ama le immagini forti; adora il paradossale che nutre la sua insaziabile e terrena immaginazione.

E non è l'unico difetto del penalista. Ancora più significativa è la superbia dei suoi principi e delle sue regole che gli impediscono di accettare in silenzio gli elaborati del diritto amministrativo in merito alle qualifiche soggettive pubbliche. L'inciso con cui l'art. 357 c.p., prima di definire il pubblico ufficiale, ricorda come la descrizione sia volta ai soli «*effetti della legge penale*», è un dire con falsa modestia che il pubblico ufficiale potrebbe ben rispondere a caratteri e a parametri diversi da quelli normalmente immaginati dal diritto amministrativo. Una dichiarazione d'autonomia, questa del diritto penale, tanto importante da far cadere la definizione codicistica nella malizia dei concetti quando, sviluppando la caratterizzazione di una «*funzione pubblica*», lascia alle «*norme di diritto pubblico*» il compito di tracciare il limite esterno alla responsabilità penale, ossia il compito di distinguere tra funzioni pubbliche e attività private.

Non dovrebbe, infatti, sfuggire al legislatore delle pene quanto evanescenti siano i confini che separano il diritto pubblico da quello privato. Una distinzione in uso presso gli ordinamenti francese e tedesco per

sceverare quanto in Italia si lascia alla misteriosa diversità tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e, invece, si accoglie proprio per individuare i soggetti attivi dei reati contro la pubblica amministrazione.

D'altronde, anche se qualcuno con amabile indulgenza pensasse ad un incidente di percorso, con difficoltà potrebbe poi difendere il prosieguo di una definizione penale che moltiplica se stessa ignorando la legge matematica che vuole il prodotto sempre uguale a zero, quando uno dei fattori è di zero-significato euristico. Con ciò intendo discutere il richiamo dell'art. 357 c.p. ad «*atti autoritativi*» pensati come “attività” il cui ruolo si sorregge, con precario equilibrio, sulla congiunzione «*e*» assunta con valore integrativo dell'espressione «*norma di diritto pubblico*».

Solo se incoraggiati dal principio di conservazione delle norme, si può pensare agli «*atti autoritativi*» come ad una contorta specificazione del limite *esterno* che, cercando discipline e non contenuti, tenta di evitare la tautologia definendo «*pubblica*» la funzione individuata grazie all'autorità dell'atto e al metodo di produzione della norma.

Tautologia invece pienamente raggiunta, quando il limite *interno* alle attività pubblicistiche, tra funzioni e servizi, è cercato nella generica «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*». A ben vedere, criterio ripreso senza migliore conforto da interpretazioni della normativa previgente; criterio che, rompendo la ricordata simmetria di un limite specificato grazie alla congiunzione copulativa, dal 1992, rende la «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*» elemento di selezione alternativo alla possibilità d'individuare una pubblica funzione «*per mezzo dei poteri autoritativi o certificativi*» espressi.

Ma non è tutto. La «*formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*» potrebbe anche assumere il ruolo di limite *esterno* tra l'attività pubblica e quella privata, quando riguarda l'individuazione della *persona incaricata di un pubblico servizio* (art. 358 c.p.).

Il servizio pubblico, che permette di vedere in chi lo svolge un *incaricato di pubblico servizio*, sembra infatti definito dalla legge per “estrapolazione”, ossia chiedendo la «*mancaza dei poteri tipici*» del pubblico ufficiale e l'esclusione di chi svolge «*semplici mansioni di ordine*» [o] presta «*opera meramente materiale*».

Per il resto, la nozione di incaricato di pubblico servizio riprende invece i caratteri prescritti al pubblico ufficiale; e poiché tace sul requisito della «*formazione e manifestazione della volontà*», esso pare rimanere tra le condizioni richieste per individuare anche il *servizio pubblico*. Tuttavia, se ciò fosse vero non sarebbe incaricato di pubblico servizio chi storicamente è sempre stato considerato tale: il *concessionario* che normalmente agisce *de iure proprio*, ossia senza una volontà direttamente imputabile alla pubblica amministrazione.

È dunque per evitare una tale conclusione che, si diceva, il requisito della «*formazione e manifestazione della volontà*» potrebbe trovarsi costretto nell'infelice e inadatto ruolo di limite *esterno* tra l'attività pubblica e quella privata.

Si potrebbe obiettare che il tutto non giustifichi l'autonomia concettuale del diritto penale e che, in fondo, è solo d'interpretazione che si parla: il *pane quotidiano* di ogni giurista.

È vero. Si tratta proprio d'interpretazione, ma d'interpretazione penale. Interpretazione perciò costretta a certa legalità dalla Costituzione e, di conseguenza, a considerare la fattispecie penale un decalogo di garanzie: prigioniere nella fonte e nel tempo, piegate alla lettera esauriente e alla sua tassativa applicazione. Con qualche ragione, si può allora sostenere che il sistema delle pene è normativamente indotto all'egocentrismo della disciplina, alla tirannia dei principi, al lento volgersi verso il contingente.

Ma è giusto che sia così. Perché, aggrada o no l'immagine, il diritto penale è ancora oggi un elefante costretto a muoversi in un negozio di porcellane finissime: i diritti della persona che la pena può pregiudicare con infinita crudeltà.

Molto altro si dovrebbe dire, ma il tempo richiama alla moderazione e volge la prua verso il prossimo scalo della nostra traversata.

## **2. Quando e come intervenire con lo statuto penale della pubblica amministrazione**

Il secondo scalo lo dedicherò a me stesso, cercando una spiegazione al titolo della relazione che avete avuto il cuore di affidarmi: «*Le nuove frontiere dell'interesse pubblico nella dinamica del diritto penale*».

La sensazione è che gli amici del diritto amministrativo siano affezionati all'asettico termine della «*dinamica*». I penalisti, per tradizione votati alle cose *brutte e sporche*, dove il movimento è nella cruda materialità dei fatti che tentano d'imbrigliare, cercano istintivamente un significato concreto alle parole per infettarle di "utilità".

Con quest'animo, si può forse tradurre l'elegante titolo in: «*come e quando il diritto penale deve salvaguardare l'interesse pubblico*».

Ma se questo è il punto, mi è dato parlarne solo in negativo; accennando con imperdonabile superficialità a tre ordini di pensieri che dovrebbero orientare l'azione del diritto penale.

Il primo. Il diritto penale non dovrebbe dimenticarsi del principio di *materialità*. I pensieri rimangono dell'uomo e della sua coscienza. Ignorando la sola cogitazione, la ricerca di un fatto evita la punizione di un atteggiamento.

Il secondo. Il diritto penale dovrebbe rimanere sussidiario ad ogni altro intervento di politica criminale. Se proprio non c'è strumento di pari efficacia, si pensi alla pena. Fino allora, il suo inutilizzo è rispetto per la persona e maggiore credibilità per il sistema punitivo.

Il terzo. Il diritto penale non dovrebbe troppo spesso dimenticare il principio di colpevolezza. Un dono della dottrina riconosciuto solo nel 1988 dalla Corte costituzionale e, nel 1990, da timidi provvedimenti legislativi. Dalla colpevolezza come principio costituzionale, oggi discende la ricerca del vincolo della responsabilità penale alla presenza minima della colpa.

Scortando questa direzione, la miglior dottrina chiede al diritto penale la tutela di un bene giuridico secondo la necessaria lesività della condotta tipica. Dove l'individuazione del bene *guarda* l'interesse dei titolari alla sua salvaguardia; salvaguardia che, considerata con sensibilità costituzionale la gravità della condotta offensiva, misura la meritevolezza e l'opportunità dell'azione penale rispetto al valore del bene.

Dunque io guardo a voi, sia come possibili *soggetti attivi* dei reati contro la pubblica amministrazione, sia come *rappresentanti* della pubblica amministrazione e, quindi, come possibili «*oggetti materiali*» dei «*delitti dei privati contro la pubblica amministrazione*».

Ma guardo a voi anche come *esperti* dell'amministrazione e del suo diritto, per ricevere altri suggerimenti su cosa sia oggi questa pubblica amministrazione che la pena è chiamata in ultima istanza a salvaguardare.

Seguendo i lavori del convegno, e ottime letture, ho infatti scoperto che la pubblica amministrazione raggruppa una congerie d'interessi ora ascoltati *ex parte civis* anziché *ex parte principis*; che dunque non più di sudditanza ma di cittadinanza è il rapporto che lega il consociato all'attività pratica dello Stato per la cura immediata della comunità; e che ciò porta all'acquisizione di sempre nuovi diritti e interessi: non più solo fondamentali e genericamente sociali, ma anche di «terza generazione» (*ambiente, riservatezza, immagine*) e persino di «quarta generazione» (*partecipazione e trasparenza amministrativa*).

Con curiosità ho quindi seguito i contorni di una figura dai sapori mediatici quale quella del cittadino-cliente, destinatario di una carta dei servizi offerti dalla pubblica amministrazione; pubblica amministrazione ormai solita ad essere curiosamente qualificata come «*comunicante*», «*colloquiale*», per tacere sul «*femminile*» e sull'«*affettuosa*» pure liberamente citati.

Ho infine appreso del valore dell'*economicità* e della *trasparenza* nell'identificazione del responsabile del procedimento che affianca il diritto d'accesso ai documenti, nell'obbligo di motivazione degli atti, nelle possibilità di accordi tra la pubblica amministrazione e il cittadino: entro i confini di una materia capace d'immaginare la convivenza degli estremi proponendo il *federalismo amministrativo* e la sua *comunitarizzazione* europea.

Sono perciò tanti gli elementi di novità amministrativa da riportare al diritto penale.

Il pensiero consequenziale si ferma su fattispecie che, con idea mai uguale di pubblica amministrazione, assumono contorni e ragioni diverse perseguendo un'omissione, un rifiuto o un generico abuso da parte di uno dei soggetti qualificati al suo esercizio.

Pensiero che quindi riflette sulla concorrenza interna tra pubblici ufficiali e incaricati di pubblici servizi, in sostanza equiparati fino alla marginale variante «*corruttiva*» del *pubblico* impiego.

Pensiero che infine inciampa sull'anomalo sviluppo delle ordinanze cautelari di TAR dalla giurisdizione sempre più ordinaria, perché esclusiva in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, nonché sulla voracità giurisdizionale di una Corte dei Conti pronta ad azzannare la preda del c.d. *danno ambientale* ma, in prima istanza, costretta a lasciarne la pubblica persecuzione al solo diritto penale.

Nel complesso, aspetti della pubblica amministrazione che s'irradiano verso l'apparato delle pene, e che tornano alla pubblica ammi-

nistrazione carichi di colore e di aspettative riflesse dalla dura superficie del diritto penale, portando con sé l'immagine oleografica di un sistema dagli equilibri delicati perché volto al fatto, all'autore, alla sua psicologia, e perché predisposto alla disapplicazione come al giudizio di ciò che tradizionalmente rientrava nella discrezionalità amministrativa.

Un'immagine da cui parte un lavoro che considera pure le emozioni al fine di prevenire il reato, cercando chiarezza per essere conosciuto e inteso, temuto e seguito. Un lavoro difficile quanto necessario, consapevole che il simbolismo è nell'origine sacrale e nell'utilità laica del diritto penale; dove solo l'argomento dei principi può arginarne la primitiva efficacia o la criminogena vanità.

Con siffatta cura, la storia dei fenomeni e della legge offre argomenti interessanti.

Il primo scandalo dell'Italia unita succede di poco la sua nascita. Ha come protagonista la Banca romana e il mondo politico-imprenditoriale. Coinvolge la politica ai massimi livelli, con Giolitti Crespi De Pretis; coinvolge l'imprenditoria bancaria, autorizzata a batter moneta e capace di concentrare il capitale di uno Stato basato sull'agricoltura; coinvolge finanche la stampa, unico strumento d'informazione dall'obiettività generosamente prezzolata. Un crogiolo d'interessi esasperati dalla grave crisi economica che aveva messo sotto pressione proprio il sistema bancario, sovrapposto alla speculazione immobiliare in un momento di recessione europea.

Corruzione, fondi neri, finanziamento ai partiti: questi infine i capi di accusa, prima politica che giuridica, gestiti da una magistratura tacciata di faziosità perché incapace di arrivare alle responsabilità del governo.

Non sembri dunque improprio confrontare questo passato con il fenomeno *Tangentopoli*, e rilevarvi una differenza per lo più quantitativa.

Se tanto è vero, anni ed esperienze normative diverse sono forse passati invano? Il diritto penale ha mai dato risposte ai fatti e la politica criminale ha mai offerto soluzione ai fenomeni? La norma armata di pena ha mai avuto parte efficace nel contenimento delle devianze costruite sull'abuso della pubblica amministrazione?

Dal codice Zanardelli, tre corpi normativi si sono succeduti nel

magistero penale dei reati contro la pubblica amministrazione, eppure lo statuto penale è in affanno.

Negli anni Settanta, distinguendo tra pubblici interessi, il peculato per distrazione ha rappresentato l'attenzione giurisprudenziale per l'interventismo economico del pubblico, e si è concluso con un'amnistia, mentre gli interessi dei privati erano abbandonati all'indeterminatezza di una fattispecie capace di considerare «qualsiasi atto» dell'amministrazione pubblica.

Negli anni Ottanta, si è invece voluta combattere l'endemica inerzia di un'amministrazione pubblica lasciata tra quella che, con felice espressione, è stata definita la «Scilla» degli *interessi privati* e la «Cariddi» dell'*omissione degli atti d'ufficio*.

Il principio degli anni Novanta ha infine visto approvare con sospetta fretta la disciplina penale della pubblica amministrazione e, due anni dopo, affrontare con preoccupante incertezza la marea *Tangentopoli*.

Il seguito è cronaca che arriva alla novella definita "depenalizzante" della fattispecie *grimaldello* di tanti processi per reati contro la pubblica amministrazione: le *false comunicazioni sociali*.

Insomma, la storia non conforta ma suggerisce una zavorra di esperienze. Dal suo canto, l'insegnamento delle scienze penalistiche ricorda il substrato criminologico e filtra il contingente, cercando fatti ed elementi soggettivi con cui costruire una regola pigra solo di fronte alle frenesie legiferanti.

Detto ciò, si può nuovamente salpare.

### 3. *Interessi e vittime*

Il terzo e ultimo scalo è dedicato a una ben strana partita a dadi: quella tra i fatti di corruzione e di concussione; dove si cercano criteri di scelta che il quotidiano giudiziario con irriverente facilità piega ad opposte interpretazioni.

La logica suggerisce la possibilità che una differenza ineffabile sia una differenza che non c'è o che non meriti di essere segnalata. Nel caso di specie, la questione potrebbe perciò essere risolta con la creazione di una maxifattispecie di corruzione compensata dalla non punibilità di chi denunciasse il fatto?

Una domanda nuova su una questione vecchia, che sottende un problema camuffato con tecnica interpretativa ormai incattivita; perché il punto non è ancora l'individuazione del criterio da adottare; prima occorre riflettere sugli incerti passi della penalizzazione di questo tipo di devianza.

L'attuale configurazione dell'art. 317 c.p. può regolare la concussione per *induzione*. Una figura rara in Europa che in Italia deve convivere con la recente inclusione nel codice Rocco della concussione dei funzionari europei (art. 322-*bis*) e, al contempo, valutare l'opportunità di comprendere nella sua disciplina anche le ipotesi della c.d. concussione *ambientale*.

Il resto sarà poi corruzione che, dal punto di vista applicativo, dipende sia dalla presenza di una vittima priva di "un proprio lucro", sia dall'atteggiamento dell'indagato sotto *minaccia* di provvedimenti cautelari. Una soluzione della prassi quanto mai inquietante, dove l'arbitrio interpretativo può essere considerato sintomatico dell'incapacità d'individuare una vittima nel *fatto* per via di un *fenomeno* non compreso o non opportunamente tradotto in norma.

Cosa fare? Si è già parlato della necessità di un efficace strumentario politico criminale che permetta d'individuare, definire e contenere la devianza; mentre il filtrato della dogmatica dovrebbe consentire l'individuazione di un interesse meritevole di tutela.

Ma se questa è la rotta, essa ci riporta in mare aperto. La pubblica amministrazione richiamata dal codice penale è ritenuta un bene giuridico di categoria con limitate possibilità classificatorie; tant'è che già nel 1930 si distingueva il capo I dal capo II del titolo II del codice penale, non tanto con riferimento ad una specificazione di questo bene giuridico, bensì precisando che il soggetto attivo ha nella pubblica amministrazione uno *strumento* o un *motivo* della condotta criminosa.

Alla ricerca di un contenuto che fosse di selezione e di critica, si è così ravvisato l'interesse tutelato nel *prestigio* dell'apparato e nella *probità* dei suoi operatori; un'idea però obbligata a considerare il passato regime cercando virtù anziché entità offendibili.

Per questa ragione si è guardato alla Costituzione repubblicana che, nel solco della continuità, ha molto lavorato in materia di giurisdizione amministrativa (artt. 24, 100, 103, 108, 111, 113 Cost.) e, nel governo, disegnato una pubblica amministrazione legata al suo *anda-*

*mento buono e imparziale* (art. 97/1 Cost.) entro una cornice di legalità con limiti di natura politica per alcune categorie dei suoi rappresentanti (art. 98/3 Cost.). Ma l'*imparzialità* e il *buon andamento* prima di essere risultati sono modalità, il cui rispetto dovrebbe mantenere l'esercizio del potere nella legalità costituzionale.

Un'osservazione utile per considerare l'oggetto di tutela come *legale esplicazione dei pubblici poteri*. Suggerimento importante verso un interesse la cui individuazione è tuttavia resa difficile dalla tendenza alla formalità di una richiesta che, solo riprendendo in maniera differente i criteri di *imparzialità, buon andamento, legalità*, può distinguere i poteri statuali che compongono la *funzione pubblica*.

In realtà il concetto *lato* di pubblica amministrazione, adottato con più o meno consapevole minimalismo ideologico dal codice, non aiuta quando proprio il codice distingue la pubblica funzione secondo il significato classico della funzione amministrativa (art. 357/2 c.p.). Semmai, confrontando i poteri statuali che compongono la funzione pubblica, occorrerebbe riflettere se la funzione di governo possa sempre essere compresa nell'attività amministrativa intesa come *attività pratica per la cura immediata di un interesse pubblico*.

Una pubblica amministrazione intesa in *senso stretto*, permette piuttosto di distinguere il funzionario dal politico e dal giudice: accomunati nella definizione *pubblica* della funzione, ma con presupposti e vincoli anche costituzionali completamente diversi tra loro.

Una pubblica amministrazione concepita in *senso stretto* non pecca di troppe presunzioni, e guarda ancora agli indici sintomatici della giurisprudenza per la valutazione della qualifica soggettiva di un ente pubblico economico. Questa pubblica amministrazione può divenire intelligenza che seleziona e critica un fatto se, anziché esaltare delle modalità come interessi, definisce interesse meritevole di tutela una funzione individuata anche grazie alle sue modalità di svolgimento. In breve: considerare una pubblica amministrazione nella *normalità costituzionale* del suo svolgimento; una pubblica amministrazione il cui esercizio è limitato, e quindi costituito, da quei fattori che rendono la *cura immediata di un interesse pubblico*, nella forma e nella sostanza, *legale, imparziale, trasparente, economica* e, perché no, *funzionalmente prestigiosa*.

Questa pubblica amministrazione ricorda bene i suoi vincoli costituzionali, e non si preoccupa di sanzionare con pena il panettone natalizio offerto al funzionario o la telefonata privata dall'ufficio. È una

pubblica amministrazione che come *potere* tenta di comprendere lo sviluppo delle varie funzioni statuali, non per escludere ma per meglio riconoscere la disciplina penale di una *funzione*.

Giunti a questo punto, la nostra *traversata* è finita.

MARIA ROSA CONTI

LE COSÌ DETTE DECISIONI DELLA “TERZA OPINIONE”

SOMMARIO

1. *Introduzione al problema.* – 2. *Le questioni rilevabili d'ufficio ed il potere decisorio del giudice.* – 3. *Il principio del contraddittorio nel processo civile alla luce del novellato art. 111.* – 4. *Gli strumenti preventivi e successivi che “de iure condito” possono salvaguardare il rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c..*

**1. Introduzione al problema**

In una sentenza della sezione specializzata agraria della Corte di Appello di Ancona del 27 gennaio 2001, veniva dichiarata improcedibile la domanda in ordine ad alcuni capi della decisione: tale rilievo veniva effettuato d'ufficio per la prima volta in sede decisoria.

Questa, in breve, la fattispecie. L'adita Corte aveva ritenuto che i fatti di cui si trattava non erano stati contestati stragiudizialmente né dedotti nel ricorso introduttivo, così come richiede, in materia *de qua*, il terzo comma dell'art. 5, L. 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari): in base a tale norma, infatti, “*prima di ricorrere all'autorità giudiziaria, il locatore è tenuto a contestare all'altra parte, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'inadempimento e ad illustrare le proprie motivate richieste*”. Senza entrare nel merito se la prescritta contestazione stragiudiziale dia effettivamente origine ad una questione rilevabile d'ufficio<sup>1</sup>, resta, in ogni caso, il fatto che ci troviamo di fronte ad un classico esempio in cui il giudice è pervenuto ad una decisione che non coincide né con l'ipotesi prospettata dall'attore, né con quella prospettata dal convenuto: si tratta delle così dette decisioni “della terza via” o “a sorpresa” proprio in quanto diverse da quelle ipotizzate da ciascuna delle parti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. 12 agosto 1992, n. 9338, in *Dir. giur. agr.*, 1993, 185, che parla di condizione di proponibilità della domanda giudiziale, senza specificare se sia assoluta e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado.

<sup>2</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2002, 113, in particolare nota 5; MONTESANO/ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 361; LUI-

In altri termini, si ripropone la – già ben nota<sup>3</sup> – questione interpretativa in termini di mera discrezionalità ovvero doverosità del principio ricavabile dall'art. 183, 3° comma, c.p.c., secondo il quale “il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”. Questione opportunamente risolta nell'ordinamento tedesco<sup>4</sup>, come in quello francese<sup>5</sup>, all'insegna della prevenzione delle *Überraschungsentscheidung*, in ossequio all'obbligo del preventivo contraddittorio fra le parti in ordine ad ogni questione, di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, in quanto dotata di incidenza decisoria.

Tutto ciò si tradurrebbe in una diretta violazione da parte del giudice della garanzia del contraddittorio, nonostante il riconoscimento generale del fondamento costituzionale di siffatto principio, soprattutto alla luce della riforma dell'art. 111 Cost. ad opera della L. 23 novembre 1999, n. 2, cui si deve l'inserzione degli attuali primi cinque commi dell'articolo citato: in particolare, per ciò che qui interessa, il secondo comma prima parte prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”<sup>6</sup>.

---

SO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 30; COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998, 74-75; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 1 e segg.

Cfr. di recente CHIARLONI, *La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363; LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611.

<sup>3</sup> Per uno studio approfondito del problema cfr. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinate*, nuova serie A, nn. 33-34, 1 e segg.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1968, 81; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1987, 569 e segg.; TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47-49; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 e segg.; GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 589-592.

<sup>4</sup> Cfr. § 278-III ZPO.

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 16 c.p.c. francese.

<sup>6</sup> Numerosissimi gli interventi a commento della nuova norma: oltre ai contributi raccolti in CIVININI/VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, cfr. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42 e segg.; RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giu-*

In tale prospettiva di espressa enunciazione della garanzia attinente al contraddittorio, s'impone all'interprete di scrutinare il dettato di cui all'art. 183, 3° comma, al fine di stabilirne la conformità al precetto ora enunciato dall'art. 111, 2° comma, Cost., sotto il profilo di quali possano essere le modalità processuali di esercizio del potere del giudice d'introdurre un qualche elemento di novità nella decisione rispetto a quanto risulta dalle allegazioni di parte, talché non risulti violata la garanzia del principio del contraddittorio.

## 2. Le questioni rilevabili d'ufficio ed il potere decisorio del giudice

Come appena anticipato nell'introduzione, dunque, non si discute della possibilità o meno del giudice di introdurre elementi nuovi nel processo, quanto piuttosto di individuare i casi in cui tale esercizio integri una palese violazione del contraddittorio *delle parti*: pertanto, è necessario preliminarmente spiegare, nell'ordine, i presupposti, il contenuto e gli eventuali limiti temporali entro cui può essere esercitato il *potere-dovere* del giudice di rilievo d'ufficio delle questioni di fatto o di diritto, relative al rito od al merito della controversia, che siano suscettibili di incidere sul contenuto della decisione.

Iniziando dai presupposti, il riferimento immediato corre agli artt. 112 e 113 del codice di rito: il primo enuncia la fondamentale regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ovvero che il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, non oltre i limiti della stessa e sulle eccezioni la cui proposizione non sia riservata esclusivamente alle parti; dal secondo risulterebbe indirettamente il principio *jura novit curia*, secondo il quale il giudice è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto<sup>7</sup>.

---

*dice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 601 e segg.; TARZIA, *L'art. 111, Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 e segg.; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381 e segg.; MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 e segg.; COMOGGIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Jus*, 2000, 335 e segg.; OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251 e segg.; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 e segg.

<sup>7</sup> Sul tema in generale cfr. MANDRIOLI, *cit.*, I, 84 e segg.; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 345 e segg., 353 e segg.; VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 2002, 95 e segg.; SATTA/PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 165 e segg.

L'art. 112 c.p.c., dunque, vincola il giudice alla determinazione dell'ambito dell'oggetto del processo effettuata dalle parti: in altri termini, al *thema decidendum* individuato con la domanda e, in particolare per il tema qui trattato, con le eccezioni in senso stretto eventualmente sollevate dal convenuto.

È, tuttavia, necessario spiegare più approfonditamente quale sia l'effettivo metro di esercizio entro il quale è lasciato al giudice il rilievo officioso di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c.. Proporre un'eccezione significa dedurre un fatto in causa, indicarne una determinata efficacia giuridica in base ad una norma e chiedere al giudice che sia applicato l'effetto del fatto alla fattispecie dedotta: sono, dunque, presenti nell'eccezione gli stessi elementi della domanda, ossia l'allegazione ad opera della parte del fatto ed il potere processuale (della sola parte nelle eccezioni in senso stretto, anche del giudice nelle eccezioni in senso lato) di rilevanza della rilevanza giuridica del fatto allegato. Per ciò che concerne i fatti, si ritiene che dall'art. 112 c.p.c. risulti implicitamente l'esclusiva per la parte nell'allegazione dei medesimi: ciò significa che il giudice *secundum allegata judicare debet*. Vi sono, tuttavia, fatti che possono emergere dalla causa in quanto non allegati dalle parti: ad esempio da una consulenza tecnica, ispezione, testimonianza ovvero da qualunque atto legalmente acquisito al processo da cui emerge l'esistenza di fatti non allegati in causa ad opera delle stesse parti<sup>8</sup>. Ed è in seguito a ciò che può fisiologicamente verificarsi la circostanza che in causa vi siano fatti non previamente noti alle parti o non previamente noti come fatti rilevanti ai fini della decisione: nel rito ordinario, il fatto estintivo, modificativo, impeditivo, che non dia luogo ad eccezione rilevabile ad opera della sola parte, anche se non è stato allegato nel corso del giudizio di primo grado *ex art. 180, 2° comma*, ovvero *ex art. 183*, è rilevabile d'ufficio da parte del giudice, purché risulti dagli atti del processo<sup>9</sup>.

Riprendendo il discorso sul secondo presupposto, ossia il principio *jura novit curia*, ne discende che per il giudice non sussiste alcun vincolo nell'individuazione ed interpretazione delle norme giuridiche, so-

---

<sup>8</sup> Luiso, *sub art. 183*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 158-159.

<sup>9</sup> Tale questione è stata approfondita di recente da ORIANI, *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 128 e segg. Cfr. anche PROTO PISANI/FABBRINI, *Preclusioni*, I, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995, 10.

stanziali e processuali, applicabili alla situazione dedotta, anche in presenza di specifica qualificazione ad opera delle parti: in altri termini, il giudice deve giudicare sulla base dei fatti allegati, ma a quei fatti può applicare le norme di diritto che ritiene più adeguate. Quando, però, nel corso del processo rileva una questione decisiva per la controversia, introduce nell’ambito del *thema decidendum* un nuovo “oggetto”, del quale le parti sino a quel momento non hanno potuto o voluto trattare in contraddittorio fra loro: se il giudice effettua la rilevazione di siffatta questione nel momento stesso in cui decide, ne deriva, ovviamente, la mancata attuazione del contraddittorio nella fase di formazione del convincimento del giudice. Questo è il rischio della “terza via di decisione”, in relazione alla quale le parti vengono private, non solo della possibilità di dedurre prove contrarie, ma di qualunque possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice ha fondato la decisione.

È proprio in relazione ai limiti temporali di esercizio dell’attività prevista dall’art. 183, 3° comma, c.p.c. che si pongono i maggiori dubbi. Fermo restando che per il giudice i fatti non allegati non esistono, la dottrina sottolinea la stretta correlazione tra la rivitalizzazione di siffatta norma e la reintroduzione del principio di preclusione ad opera della L. 26 novembre 1990, n. 353<sup>10</sup>: infatti, la compressione nella fase iniziale del processo delle allegazioni e delle richieste istruttorie renderebbe ancora più necessaria un’attiva partecipazione del giudice. L’omissione da parte del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili di ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione, quale mancato funzionamento di meccanismo attuativo del contraddittorio, origina una delle poche situazioni, che eccezionalmente consentono d’introdurre nuovi fatti nell’ulteriore corso del processo, una volta conclusasi la fase prevista dall’art. 183, c.p.c.<sup>11</sup>. Pertanto, se il giudice ritarda nell’indicare alle parti la propria ricostruzione in diritto

---

<sup>10</sup> CAPPONI/PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001, 140-141; LUISO, *sub art. 183, cit.*, 147.

<sup>11</sup> Un consolidato orientamento giurisprudenziale tenta di contenere l’implementazione dei fatti storici allegati nella fase introduttiva, sostenendo che il giudice non può rilevare d’ufficio il fatto estintivo, modificativo, impeditivo rilevabile d’ufficio, se questo non è stato tempestivamente allegato nella memoria difensiva, ovvero, al più tardi, all’udienza di discussione: unica deroga all’allegabilità di fatti nuovi può ammettersi, come noto, sono in forza di sopravvenienze, che andrebbero comunque dedotte nel primo atto successivo al loro verificarsi. Su tale questione cfr. ORIANI, *cit.*, 127 e segg.

della fattispecie ovvero nel rilevare d'ufficio un'eccezione, è opportuno consentire alle parti di compiere tardivamente ciò che è conseguenza della tardiva attività del giudice.

È in questo quadro, per l'appunto, che s'inserisce il disposto di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c.: norma negletta in giurisprudenza, in quanto conterrebbe una mera facoltà per il giudice<sup>12</sup>; norma, al contrario, molto considerata dalla prevalente dottrina<sup>13</sup>, che ne trae un vero e proprio dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, ricollegandovi puntuali conseguenze sanzionatorie<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> È piuttosto recente un importante *revirement* della giurisprudenza di legittimità: infatti, Cass. 21 novembre 2001, n. 14637 ha statuito che è “nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata di ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”.

Nello stesso senso è avvenuto anche ad opera del giudice amministrativo: cfr. Cons. Stato, ad Plen., 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro It.*, 2000, III, 305 e segg., secondo cui il giudice amministrativo, prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla alle parti per consentirne la trattazione in attuazione del principio del contraddittorio.

Le più recenti pronunce, invero, sulla scia dell'orientamento predominante, superano la questione non affrontando direttamente il problema: Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572, ha ritenuto che “I giudizi in materia di contratti agrari sono devoluti alle sezioni specializzate agrarie e si svolgono con l'osservanza del rito del lavoro, di cui agli art. 409 e segg. c.p.c.; ne consegue che non è ad essi applicabile l'art. 183 c.p.c., che regola l'udienza di trattazione nel rito ordinario”. In applicazione di tale principio di diritto, la S.C. ha ritenuto esente da vizi la sentenza di merito nella quale il giudice aveva rilevato *ex officio* l'improcedibilità di alcuni capi della domanda per la prima volta in sede decisoria, senza aver previamente indicato alle parti la questione quale rilevabile d'ufficio della quale riteneva opportuna la trattazione, e senza quindi consentire alle parti di prendere posizione in merito.

Negli stessi termini si è pronunciato il giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia 2 maggio 2000, n. 1963, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 788), secondo cui “Nel processo amministrativo le questioni rilevabili d'ufficio dal collegio possono essere decise anche senza essere state sottoposte al previo contraddittorio delle parti in causa, non risultando applicabile a detto processo l'art. 183 comma 3 c.p.c.”.

<sup>13</sup> MANDRIOLI, *cit.*, I, 95; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 348; LUISO, *Diritto*, *cit.*, II, Milano, 2000, 35; CIVININI, *cit.*, 6; COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *cit.*, 73-74; ORIANI, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 22-24.

In relazione alla nuova disposizione del secondo comma dell'art. 111, Cost., cfr. TROCKER, *cit.*, 393-395; PROTO PISANI, *cit.*, 242; COMOGGIO, *cit.*, 362-364; MONTESANO, *cit.*, 931-932; RASCIO, *cit.*, 621-622.

<sup>14</sup> Cfr. paragrafo successivo.

### 3. Il principio del contraddittorio nel processo civile alla luce del novellato art. 111 Cost.

In relazione alla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 111 Cost. si è posto un contrasto interpretativo sugli eventuali limiti della portata innovativa dei principi in esso espressamente enunciati, ossia se le nozioni di “giusto processo”, “contraddittorio”, “giudice terzo ed imparziale”, “ragionevole durata” possano avere ricadute a livello sistematico sul codice di rito. L'unico punto fermo è che fra le più interpretazioni possibili deve essere preferita quella che vede le norme costituzionali ognuna alla luce delle altre: pertanto, la rilevanza costituzionale della ragionevole durata del processo va tenuta presente nel momento in cui si procede all'interpretazione delle garanzie del contraddittorio, imparzialità e terzietà del giudice<sup>15</sup>.

La maggioranza della dottrina che si è occupata del tema ritiene che la nuova formulazione esplicita dell'art. 111 riguardo allo svolgimento del processo nel contraddittorio delle parti, non cristallizzi semplicemente la precedente elaborazione della giurisprudenza costituzionale sugli artt. 3 e 24, 2° comma, Cost.<sup>16</sup>: se il legislatore costituzionale ha sentito il bisogno di questa introduzione, significa, piuttosto, che vi è stata una rifondazione dei principi costituzionali relativi al processo ed è, pertanto, necessario uno sforzo interpretativo per immaginare le ulteriori conseguenze possibili sul codice di procedura civile, anche se non previste o volute.

Due sono i profili rispetto a cui rileva la corretta applicazione del terzo comma dell'art. 183, c.p.c., nel rispetto delle garanzie minime previste dal secondo comma dell'art. 111, Cost.: “contraddittorio” e “terzietà ed imparzialità” del giudice.

Il principio del contraddittorio esprime la garanzia di giustizia secondo la quale nessuno può subire gli effetti di una sentenza, senza avere avuto la possibilità di essere parte del processo da cui la stessa scaturisce: in maniera ancora più articolata, tutela la necessità che le

---

<sup>15</sup> In particolare, la non semplice interpretazione del dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio ai sensi dell'art. 183, 3° comma, c.p.c., non può ignorare l'esigenza di contenere la durata del giudizio in tempi ragionevoli. Cfr. OLIVIERI, *cit.*, 252-253.

<sup>16</sup> PROTO PISANI, *cit.*, 241-242; RASCIO, *cit.*, 603-604; COMOGLIO, *cit.*, 349-350.

parti possano partecipare in maniera paritaria ed effettiva a tutti i momenti del processo rilevanti per la decisione<sup>17</sup>.

Quando si affronta la questione di una decisione emessa dal giudice sulla base di una questione rilevata d'ufficio, senza che su di essa sia stata provocata l'estensione del contraddittorio, viene in rilievo la necessità che le parti siano poste in condizione di poter interloquire e difendersi preventivamente su ogni aspetto della decisione, non tanto l'una nei confronti dell'altra, quanto entrambe nei confronti del giudice: a tal riguardo si parla di contraddittorio *delle parti* in conseguenza di iniziative giudiziali, piuttosto che di contraddittorio *fra le parti tout court*.

Sotto il secondo profilo relativo alla garanzia del giudice terzo ed imparziale, la mancata preventiva segnalazione alle parti si trasformerebbe in una pronuncia d'ufficio, con eventuale deroga al principio della domanda: in tal caso, ci si chiede<sup>18</sup> se il giudice che non ha preventivamente sottoposto alla parte rimasta soccombente la questione che ne ha determinato la sconfitta sia da considerarsi realmente imparziale. Infatti, la garanzia della terzietà del giudice è volta a rendere inconciliabile la posizione dell'organo giudicante rispetto agli oggetti della propria attività dello *iuris dicere*: ciò si verifica quando il giudice abbia un eventuale interesse proprio per un certo esito della controversia, dipendente direttamente dall'oggetto della decisione.

#### **4. Gli strumenti preventivi e successivi che “de iure condito” possono salvaguardare il rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c.**

Quali strumenti possono essere adottati *ex ante* al fine di evitare la violazione del principio del contraddittorio con l'emissione di decisioni “a sorpresa”, ovvero quale possa essere il rimedio *ex post* avverso la pronuncia emessa con le suddette modalità?

Durante lo svolgimento del processo, la soluzione più drastica al fine di evitare le decisioni della terza via sarebbe quella di impedire al giudice di porre le novità estranee al precedente dibattito tra le parti

---

<sup>17</sup> Su tale principio cfr. in generale MANDRIOLI, *cit.*, I, 111 e segg.; CAPONI/PROTO PISANI, *cit.*, 58 e segg.; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 345 e segg.; VERDE, *cit.*, I, 106 e segg.; LUISSO, *Diritto*, *cit.*, I, 22 e segg.; SATTA/PUNZI, *cit.*, 145 e segg.; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *cit.*, 66 e segg.

<sup>18</sup> Cfr. RASCIO, *cit.*, 622.

o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso dopo l'udienza prevista dall'art. 184 c.p.c.: ma è proprio questo il problema, poiché tale potere-dovere del giudice viene comunque esercitato, dato che non si discute sull'ammissibilità dello stesso quanto precisamente sulle sue possibili modalità di esercizio. La soluzione più accomodante potrebbe essere quella di applicare la disciplina sulla rimessione in termini di cui all'art. 184 *bis*, ogniquale volta che sia consentito al giudice dare una nuova possibile impostazione della controversia a seguito di rilievo ufficioso (ovvero su sollecitazione di parte)<sup>19</sup>. A tale riguardo, si è già sottolineato come l'art. 183 c.p.c. sia stato riconsiderato alla luce del sistema di preclusioni introdotto dalle riforme del processo civile del 1990, per la possibilità che il rilievo ufficioso superi le barriere preclusive eventualmente maturate per le parti in punto di allegazione, e naturalmente relativa prova, dei fatti principali: ma tale soluzione viene anche criticata sotto il profilo del coordinamento del principio del contraddittorio con quello della "ragionevole durata" del processo, in quanto siffatta direttiva costituzionale è nel senso di interpretare le norme giuridiche al fine di evitare il più possibile l'allungamento dei tempi procedurali<sup>20</sup>.

La violazione del contraddittorio costituirebbe un invalido esercizio del potere decisorio che dà luogo a nullità della sentenza: per la precisione, nullità procedimentale che precede l'emanazione della sentenza. Si tratta del cattivo uso del potere decisorio rispetto all'effettivo esercizio del diritto di difesa ad opera delle parti: non vi è, dunque, un nesso causale tra la violazione *de qua* e la sostanza della decisione giudiziale, quanto un vero e proprio *error in procedendo* a sé stante.

Una volta emesso il giudizio di terza via, ne deriva l'invalidità della sentenza in applicazione del principio di estensione della nullità previsto dall'art. 159 c.p.c.: l'invalidità del provvedimento conclusivo è conseguenza dell'invalidità di ogni atto del giudice non compiuto in contraddittorio tra le parti e potenzialmente incisivo sul contenuto del suddetto provvedimento di merito. La violazione di tali regole può essere posto a fondamento di motivo di cassazione per "nullità della sentenza" *ex n.* 4, art. 360 c.p.c., ossia per vizio, dunque, procedurali<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Soluzione sostenuta dalla maggioranza della dottrina occupatasi del tema. Cfr. CIVININI, *cit.*, 8; MONTESANO, *cit.*, 932, 937; LUISO, *sub art.* 183, *cit.*, 156-159.

<sup>20</sup> Cfr. MONTESANO, *cit.*, 932, 937.

<sup>21</sup> È l'opinione maggioritaria in dottrina. COMOGGIO, *cit.*, 362; MONTESANO, *cit.*, 932, 937; CIVININI, *cit.*, 8; ORIANI, *cit.*, 22-24.

È stato, a tal proposito, opportunamente sottolineato<sup>22</sup>) che è rilevante stabilire se la sentenza affetta da nullità è stata emessa in primo grado ovvero in appello, in quanto diverse ne sono le conseguenze pratiche. Il rilievo d'ufficio in primo grado verrebbe assorbito dalla necessità che il giudice dell'appello proceda, in ogni caso, all'esame nel merito della questione non previamente sottoposta al contraddittorio delle parti, dato il carattere tassativo dei casi di rimessione al giudice di primo grado previsti dall'art. 354 c.p.c.<sup>23</sup> Ove l'eccezione venga rilevata d'ufficio per la prima volta in appello senza preventivo invito alle parti di interloquire sulla stessa in contraddittorio, stabilire se la sentenza sia o meno viziata pone di fronte all'alternativa tra cassazione con rinvio per nullità della sentenza *ex art.* 360, n. 4, c.p.c., ovvero l'assorbimento del motivo procedurale in quello di violazione o falsa applicazione di norme di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c. Le conseguenze di tale scelta sono molto diverse tra loro: nel primo caso il rinvio della Suprema Corte al giudice di secondo grado ai sensi del primo comma dell'art. 384 c.p.c. con enunciazione del principio di diritto permetterà di sanare il vizio; nel secondo, al contrario la Suprema Corte può non procedere ad una pronuncia rescindente, ma direttamente ad una pronuncia rescissoria decidendo la causa nel merito in base all'innovazione introdotta nel 1990 al primo comma, ultima parte, dell'art. 384 c.p.c. Le parti restano, così, prive di contraddittorio su una qualificazione giuridica tanto nei precedenti giudizi di merito, quanto nello stesso giudizio di legittimità<sup>24</sup>.

Si ricorda, che nel Progetto Ministeriale per la revisione delle norme del codice di procedura civile e delle disposizioni di attuazione

---

<sup>22</sup> Cfr. ORIANI, *cit.*, 24.

<sup>23</sup> Così per Cass. 5 giugno 2003, n. 8993, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 6.

<sup>24</sup> Su tale questione COMOGLIO, *cit.*, 364-365; MONTESANO, *cit.*, 933-934.

Per uno spunto nel senso dell'applicabilità in tutto l'arco del processo del principio di difesa che si evince dalla disposizione di cui all'art. 183, 3° comma, cfr. STELLA RICHTER, *Poteri ufficiosi della Cassazione e diritto di difesa, ovvero il diritto di difesa in Cassazione*, in *Giust. civ.* 1997, 7, 1849.

Secondo tale Autore, in ogni caso, il principio generale di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c. risulterebbe applicabile anche al giudizio di cassazione in forza del ricorso al procedimento analogico per l'evidente identità di *ratio* in riferimento all'art. 379 c.p.c. nella parte in cui stabilisce che "All'udienza il relatore riferisce i fatti rilevanti per la decisione del ricorso". In tal caso, infatti, il relatore dovrebbe indicare alle parti la questione rilevata per la prima volta d'ufficio in quella sede, ponendole così in grado di difendersi sul punto.

del 1996<sup>25</sup>, si era espressamente previsto il divieto di pronuncia sulle questioni rilevabili d'ufficio sulle quali non fosse stato provocato il contraddittorio tra le parti e la sanzione conseguente consisteva nella nullità della corrispondente parte della sentenza: al fine di assicurare siffatto contraddittorio, era prevista la concessione di termini per memorie integrative mediante apposita ordinanza, e la facoltà del giudice di convocare le parti in camera di consiglio, qualora la questione fosse insorta dopo che la causa era stata rimessa in decisione.

Va, in conclusione, rilevato che ai sensi dell'art. 12, 3° comma lettera *c*) del Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (definizione dei procedimenti in materia di diritto societario), è previsto l'obbligo per il giudice relatore di indicare le questioni, di vita e di merito, rilevabili d'ufficio nel decreto di fissazione dell'udienza. Non è prevista, però, alcuna sanzione espressa per la mancata osservanza dell'obbligo de quo.

---

<sup>25</sup> TARZIA, *Per la revisione del codice di procedura civile. Qualche notizia*, in *riv. dir. proc.*, 1996, 953, 984.

LUIGI MARI

*LA CARTA DI NIZZA: CONTENUTO E PRINCIPI ISPIRATORI\**

1. Scorrendo i titoli della vasta bibliografia che si è velocemente accumulata intorno alla Carta di Nizza, subito dopo la sua proclamazione il 7 dicembre 2000, è difficile sottrarsi all'impressione che sull'argomento sia già stato detto tutto. Dalla gran mole di scritti risalta però un dato a prima vista sorprendente: molto si è detto sulla funzione e sul valore giuridico della Carta, meno sul suo contenuto, quasi a voler lasciare in ombra la sua fisionomia etico-politica e il sistema dei valori che la ispirano. Non mancano certo commenti pur pregevoli che illustrano il contenuto dei singoli articoli con dovizia di confronti e rimandi ad altri analoghi testi, ma trattasi, per l'appunto, di esegesi sviluppate di riflesso dai tanti documenti dello stesso genere che l'hanno preceduta, costituzioni comprese.

Simile circostanza non è segno di indifferenza per i principi e diritti affermati dalla Carta, ma si spiega facilmente con le ragioni che ne hanno motivato la formazione e, per conseguenza, con alcuni elementi strutturali che la contrassegnano. Per intenderci subito, si può dire che la Carta è quasi priva di un proprio originale contenuto, essendo costituita da materiali desunti *aliunde*. È dunque importante ricostruirne la genesi e le motivazioni.

A Nizza, come ben si sa, è stato formato solo l'atto di nascita della Carta, mentre il suo concepimento avvenne a Colonia. Fu infatti nel Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) che se ne avviò il processo di redazione, ritenendosi che "allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione debbano essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti". In queste poche parole, che figurano nelle "Conclusioni della Presidenza" del Consiglio europeo di Colonia, è racchiuso il codice genetico della Carta, un codice tanto semplice quanto problematico, al

---

\* Relazione tenuta al Convegno "La Carta di Nizza. Un nuovo scenario per le politiche sociali" (Università Cattolica del S. Cuore, Milano, 21 ottobre 2001).

punto che il testo partorito a Nizza ha equamente diviso gli animi tra scetticismo ed entusiasmo.

Le “Conclusioni” di Colonia si precisano in un documento che sviluppa la scelta di principio. Prendendo atto che la tutela dei diritti fondamentali è già costituita a principio fondatore dell’Unione, a presupposto indispensabile della sua legittimità e ad obbligo sancito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, i Quindici danno alcune indicazioni circa l’organo che dovrà procedere all’elaborazione della Carta definendo anche i termini del suo mandato: la Carta dovrà servire a rendere visibili per i cittadini dell’Unione l’importanza capitale e la portata dei diritti fondamentali e a tale scopo dovrà “contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. La Carta deve inoltre contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell’Unione. Nell’elaborazione della Carta occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (articolo 136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione”. Del mandato viene stabilita anche la durata, giacché il progetto di Carta dovrà essere pronto per il Consiglio europeo del dicembre 2000, appunto quello di Nizza, in cui si procederà alla proclamazione della Carta congiuntamente da parte del Consiglio europeo, Parlamento e Commissione. Sempre a Colonia si stabilisce poi che si provvederà in un secondo tempo ad esaminare l’eventualità e le modalità necessarie per integrare la Carta nei Trattati.

Il mandato conferito a Colonia ha dunque un obiettivo circoscritto ma anche di grande impegno e delicatezza: raccogliere in un testo unitario i diritti fondamentali vigenti a livello dell’Unione per renderli più manifesti e “visibili”, desumendoli dagli atti e dalle fonti indicate dal Consiglio europeo. In altre parole – come è stato detto dalla Commissione europea senza cogliere forse tutta l’ambiguità dell’affermazione – “un lavoro più di rivelazione che di creazione, più di compilazione che di innovazione”.

2. Il seguito del Consiglio europeo di Colonia merita qualche cenno perché contribuisce a chiarire fisionomia e significato della Carta. L’organismo cui affidare la redazione del testo venne individuato du-

rante il Consiglio di Tampere dell'ottobre 1999: 62 componenti, vale a dire 16 rappresentanti dei capi di Stato o di Governo e del Presidente della Commissione, 16 rappresentanti del Parlamento europeo e 30 rappresentanti dei parlamenti nazionali, più quattro osservatori, due per la Corte di giustizia e due per il Consiglio d'Europa.

Insieme alla singolarità del consesso, autodenominatosi "Convenzione", si deve registrare un altro elemento denso di significato, relativo al metodo di lavoro prescelto dalla Convenzione. Venne subito costituito un Ufficio di Presidenza (*Presidium*) composto dal Presidente (Roman Herzog, rappresentante del Cancelliere tedesco) e da tre vice-presidenti rappresentanti ciascuno le tre componenti della Convenzione. Il *Presidium* assunse quindi il compito di comitato di redazione della Carta, mentre l'opera di elaborazione venne affidata a gruppi di lavoro aperti. Degno di nota è che le decisioni non vennero sottoposte a procedure formali di voto. Si ritenne che se una votazione a maggioranza appariva suscettibile di evidenziare un conflitto che avrebbe potuto ostacolare la proclamazione congiunta della Carta ad opera delle tre istituzioni comunitarie (Consiglio, Commissione e Parlamento), l'unanimità sarebbe stata foriera di poteri di veto che avrebbero paralizzato il funzionamento dell'organo, senza peraltro la garanzia di piena aderenza alla volontà dell'istituzione rappresentata. Escluse deliberazioni formali, si fece dunque ricorso alla pratica del *consenso*, affidando al Presidente il compito di constatare l'esistenza di un testo suscettibile di raccogliere l'adesione di "tutte le parti", vale a dire delle istituzioni che poi avrebbero dovuto proclamare la Carta.

Nessuna volontà espressa, o almeno espressa democraticamente dai suoi destinatari, sostiene dunque la Carta. Né la proclamazione di Nizza avrebbe potuto surrogarsi alla volontà popolare. Che il volere delle istituzioni non potesse costituirsi a fonte di legittimità della Carta dovette sembrare talmente chiaro che la questione del suo destino giuridico venne prudentemente accantonata e rinviata al 2004. In difetto della volontà di un organo politico rappresentativo della sovranità popolare, non parrà inopportuno chiedersi quale possa essere allora il reale fondamento della Carta.

3. È stato notato che sia l'inattesa decisione del Consiglio di Colonia – fermamente voluta dalla Germania, a quanto si dice – sia la subitanea proclamazione di Nizza, hanno finito per conferire alla Carta l'impronta di un documento calato dall'alto, *octroyé* ai popoli europei senza chiamarli in causa per appurare quale fosse la loro reale volon-

tà. L'obiezione dell'inesistenza di legittimazione democratica, di un deficit di democrazia immanente alla Carta, viene però respinta con vari argomenti.

La Convenzione autrice della Carta, si sostiene, è l'esatto contrario delle procedure istituzionali che hanno finora guidato la costruzione dell'integrazione europea. Se questa si è sviluppata ad impulso di sherpa governativi e burocrazie che agiscono in assoluta segretezza, la Carta è invece il prodotto di un organismo largamente rappresentativo dei cittadini europei, di un metodo di lavoro celere e trasparente che rompe con la tradizione felpata delle cancellerie. La questione da porsi sarebbe se mai un'altra, se cioè sia concepibile una costituzione senza popolo, una dichiarazione di diritti rivolta ad un *demos* inesistente. Si risponde che il popolo nascerà dalla Carta perché essa crea le condizioni per la costruzione del soggetto che le darà piena legittimazione. In altre parole, la Carta avvia un processo costituzionale inedito, agisce come elemento federatore che ridà slancio alla costruzione europea: se a questa è essenziale una costituzione, alla costituzione è altrettanto essenziale la Carta dei diritti.

Si torna così, per superare il difetto di legittimazione, alle ragioni giustificatrici della Carta. Essa racchiuderebbe i valori fondativi della costruzione europea, da essa dipenderebbe la stessa legittimità dell'Unione. L'integrazione attraverso i diritti è indispensabile, si sottolinea, perché senza di essa al deficit democratico si aggiungerebbe il deficit di legittimità. Il funzionalismo, l'integrazione attraverso il mercato, la logica economica e dei piccoli passi hanno fatto il loro tempo. La Carta rompe con la tradizione, sposta il baricentro dell'Unione dall'impresa al cittadino, apre il processo costituente e ne crea il soggetto.

Si può concordare o meno con questi discorsi, e finché non si pretenda di tradurre tutte le enunciazioni della Carta in precetti vincolanti se ne possono anche accettare talune conclusioni. L'idea che una carta dei diritti possa meglio orientare il procedere verso l'unità politica è sicuramente condivisibile. Esigenza imperativa è anche porre i diritti umani a fondamento di una futura costituzione europea, ed è pure comprensibile che si voglia assegnare alla Carta la funzione pedagogica di creare una forte consapevolezza dell'identità europea. Ma la questione su cui forse vale la pena di riflettere pare un'altra. I contenuti della Carta corrispondono tutti e interamente a quel paradigma di valori fondativi che in essi si crede di poter cogliere? Si può dire

che la Carta è, nell'insieme, la proiezione fedele di una sottostante omogeneità culturale, etica e politica dei popoli europei?

4. Strutturata come un testo normativo, nonostante la voluta e dichiarata assenza di forza vincolante, la Carta consta di un Preambolo e di 54 articoli, pronti ad essere integrati in un futuro trattato. L'elenco dei diritti inseriti nella Carta replica, nell'essenziale, il catalogo ricavabile dalle fonti indicate nel mandato di Colonia, sia internazionali che comunitarie. In essa rinveniamo effettivamente i diritti protetti dalla Convenzione di Roma e da alcuni dei suoi protocolli addizionali, anche se non ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione. Nella sostanza, ma con qualche vistosa eccezione – ad esempio, diritto ad un'equa retribuzione – è ripreso anche il complesso dei diritti sanciti dalla Carta sociale europea del 1961 e dalla Carta sociale europea riveduta del 1996. Lo status di cittadinanza europea viene poi configurato attraverso l'inserimento, a livello di diritti fondamentali, delle prerogative riconosciute ai singoli dal trattato istitutivo della Comunità europea. Il tutto, infine, si trova variamente amalgamato con principi desunti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Basta questa cruda indicazione delle tante fonti cui la Carta attinge a sconsigliare, in questa sede, una sia pur minima analisi dei diritti da essa proclamati. Piuttosto, sono le modalità e il senso complessivo dell'operazione portata a termine a Nizza che reclamano qualche necessario chiarimento, anche perché la riscrittura di diritti e valori già positivizzati nell'ordinamento comunitario reca talune appendici – le c.d. clausole orizzontali della Carta – che ne fanno apparire la portata altro da quanto racchiuso nella loro formula testuale.

Si è già detto che il mandato di Colonia aveva prefissato un obiettivo di semplice ricognizione – rendere visibili diritti già compresi nel patrimonio ideale dell'Unione –, ma era chiaro sin dall'inizio che vi era implicito un esito novativo. Porre ordine nel complesso ed eterogeneo insieme delle fonti richiamate, raccordarle tra di loro, coordinare i diritti da esse estraibili, renderli coerenti tra loro e con il nuovo ambito di inserimento, distinguere tra situazioni giuridiche con pienezza di tutela e obiettivi programmatici, selezionare i diritti riservati alla categoria dei cittadini, erano tutte operazioni che, congiunte ad una scontata finalità di completezza, dovevano necessariamente convergere verso un risultato che avrebbe alterato i dati preesistenti. L'esito novativo è già presente nella riclassificazione dei diritti che supera la tradizionale distinzione tra diritti civili e politici, diritti etico-sociali ed eco-

nomici. La Carta inquadra i diritti in categorie di valori: dignità (artt. 1-5), libertà (artt. 6-19), uguaglianza (artt. 20-26), solidarietà (artt. 27-38) cittadinanza (39-46), giustizia (artt. 47-50). Questa struttura per principi paritari va oltre la semplice funzione dichiarativa. La loro valenza ermenutica si esprime non solo nella funzione orientatrice della ricostruzione del contenuto del singolo diritto. L'accostamento dei valori in un corpus unitario crea tra di essi una circolarità di influenze che li rende realmente indissociabili.

L'esito novativo è incrementato dalla enunciazione di nuovi diritti fondamentali, nuovi almeno nel senso di non essere ricompresi nelle fonti indicate dal mandato di Colonia. Il diritto all'integrità della persona, sancito dall'art. 3, è derivato dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina; i diritti del bambino contemplati dall'art. 24 traggono ispirazione dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo. Nuova può dirsi anche la riformulazione, più o meno discrezionale, di alcuni diritti fondati sulla giurisprudenza comunitaria, come ad esempio la libertà e il pluralismo dei media previsti dall'art. 11, n. 2, la libertà d'impresa di cui all'art. 16, il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 40, cui si aggiungono tra l'altro, e talora in posizione di piena autonomia dalle fonti preesistenti, il diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), il diritto all'obiezione di coscienza (art. 10. n. 2), la libertà delle arti e delle scienze (art. 13), la tutela della proprietà intellettuale (art. 17, n.2), il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni (art. 42), il diritto alla protezione dei dati personali (art.8), la tutela dell'ambiente (art. 37) e dei consumatori (art. 38).

Se l'esito novativo non sorprende, si rimane però delusi da molte affermazioni che denunciano una concezione individualistica dei diritti fondamentali insieme all'assenza di chiari parametri che ne orientino il procedimento di integrazione a livello europeo. Il principio di uguaglianza (art. 20), ad esempio, non solo è inteso in senso meramente formale, come eguaglianza "davanti alla legge", ma è anche inopportuno disgiunto, accentuandosene così il formalismo, dal divieto di ogni discriminazione (art. 21), divieto a sua volta differenziato dal principio – che perciò resta criptico e anodino – secondo cui l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22). Più in generale, si ha l'impressione che la Carta si mantenga su un piano di eccessiva astrattezza ed essenzialità, proclamando bensì tanti diritti ma rimettendo alla "legge" la determinazione del loro contenuto: emble-

matico il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia “garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio” (art. 9). E lo stesso può dirsi della tutela della famiglia (art. 33), del diritto di istruire ed educare i figli (art. 14), della protezione della salute (art. 35), senza contare poi l’assenza di azioni positive che si riscontra in qualunque campo si consideri. È appena il caso di rilevare quanto più incisiva al confronto si mostri la nostra Costituzione.

Non è difficile, inoltre, cogliere vistose carenze e riduzioni dei livelli di tutela proprio nello specifico campo di competenza delle istituzioni europee. Si prenda, ad esempio, l’art. 16 sulla libertà d’impresa che si limita a recitare: *È riconosciuta la libertà d’impresa conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*. Si ha qui l’impressione che l’*acquis* comunitario e le concorrenti regolamentazioni interne non debbano essere messi in discussione, in nessuno dei loro aspetti, ma in assenza di una copertura esplicita a livello di diritti fondamentali non si può escludere il riemergere di concezioni antitetiche alle attuali. D’altro canto, considerando l’importanza che ha assunto il mercato come istituzione giuridica creata, governata e controllata dal diritto, ci si sarebbe aspettati qualcosa di più, soprattutto per quanto riguarda la concezione del modello di sviluppo economico che si intende perseguire. È vero che vi erano i limiti del mandato di Colonia, ma un’idea più definita della libertà d’impresa poteva essere ricercata quanto meno recuperandola attraverso il principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza sancito nel trattato istitutivo della Comunità europea (art. 4).

L’unica disposizione che potrebbe essere accostata all’art. 16 nel tentativo di dare più consistenza all’idea di modello di sviluppo economico perseguito – a parte le disposizioni sul lavoro – è l’art. 36 relativo all’accesso ai servizi d’interesse economico generale, ma anche qui tutto si risolve in un rinvio al diritto nazionale e comunitario: *Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’unione, questa riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea*. Pura consacrazione dell’esistente. Il risultato finale, però, è molto discutibile, perché l’indeterminatezza del contenuto dei diritti va a confrontarsi con una giurisprudenza della Corte di giustizia che da l’impressione di voler privilegiare gli interessi generali della Comunità rispetto alle posizioni soggettive degli individui. Una tutela più penetrante sembrano avere i consumatori ai quali è garantito un livello di protezione “elevato” (art. 38),

senza peraltro nessuna considerazione della loro veste di risparmiatori, che pure meriterebbe specifiche garanzie in un contesto di completa liberalizzazione del movimento dei capitali e dei servizi finanziari.

Rinviata la specificazione dei contenuti di molti diritti al diritto nazionale e comunitario, l'indeterminatezza che li connota non si potrebbe confondere con la tecnica della formulazione "per principi". In assenza di riferimenti ad un *ethos*, a *standard* morali-culturali assunti a criterio ordinatore della normazione inferiore, l'enunciazione dei diritti si fa evanescente. In pratica, poi, risulta impossibile eccepire l'illegittimità di una disposizione nazionale o comunitaria che si armonizzi con il diritto vigente. Anziché essere fattore di sviluppo, la Carta rischia così di arrestare un processo di evoluzione appena agli inizi, che cercava, attraverso il dialogo tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali, di utilizzare il sistema di ciascuno Stato membro come fonte privilegiata della protezione dei diritti umani, cui attingere secondo le necessità dell'Unione ma anche secondo un metodo capace di cogliere l'unità nella diversità. Teso ad assicurare definitivamente il primato del diritto comunitario, il dialogo aveva il pregio di fornire un quadro di riferimento di straordinaria ricchezza e complessità, di valenza non tanto normativa quanto culturale e ideologica. Il quadro di principi che la Carta ci prospetta pare invece volersi distinguere per un agnostico oscuramento di ogni definita matrice ideologica, come risulta evidente – particolarmente nella definizione di alcuni temi "sensibili" (diritto alla vita e all'integrità della persona; libertà di pensiero, di coscienza e di religione, riduttivamente compendiate in un sol testo) – dalla netta presa di distanza da ogni posizione religiosa, filosofica o morale. In fondo, la stessa finalità di ricognizione che la ispira denuncia la mancanza di un originale programma ideale ed etico-politico. Se doveva essere un inventario di realtà diverse e già affermate, e tuttavia cariche di senso ideologico, la Carta è riuscita ad assemblarle senza far emergere pretese o tensioni moralmente significative. Bilanciare i valori, rendere coerenti le scelte sarà compito non facile.

5. Quasi a prevenire scontate critiche e resistenze, vuoi per eccessi vuoi per riduzioni di tutela, la Carta sembra esprimere la consapevolezza della propria imperfezione, e del significato spesso di compromesso delle proprie scelte, nella clausola di salvaguardia dell'art. 53 relativa al livello di protezione da essa assicurato. La disposizione, da molti letta come espressiva di un principio di "sussidiarietà costituzionale" che approda al canone della miglior tutela (o massima protezione pos-

sibile), ha trovato largo consenso ma è una sostanziale rinuncia della Carta a porsi quale documento fondativo di una nuova identità europea. Di fatto rende possibile il degradamento delle enunciazioni della Carta ad un livello inferiore a quello assegnato agli altri testi. È una norma strumentale, cautelativa, e di non facile raccordo con le altre disposizioni orizzontali che definiscono l'ambito di applicazione e la portata dei diritti garantiti dalla Carta, disposizioni che tutte insieme ne rendono il contenuto altro da ciò che vorrebbe apparire.

Occorre partire dall'art. 51 il quale definisce l'ambito di applicazione della Carta. Vi si dice – a parte l'affermazione del secondo comma volto a precisare che non sono create competenze nuove per la Comunità e per l'Unione – che le disposizioni della Carta “si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze”. L'art. 51 contiene affermazioni scontate ma non per questo prive di problematicità. La norma sembra presupporre due sistemi distinti di valori, due ambiti di riferimento dei diritti fondamentali, quello nazionale e quello comunitario, affermando la supremazia dei diritti sanciti dalla Carta in tutta l'area in cui opera il diritto comunitario. Questa distinzione è però messa in crisi dalla sfera indefinita del campo di attuazione del diritto dell'Unione, con la conseguenza che la Carta dei diritti appare tale da potersi sovrapporre alle disposizioni costituzionali nazionali in tutta l'area nella quale le istituzioni europee decidono di intervenire. Si prospetta, perciò, assai più realistico di quanto già non lo sia oggi, data la molteplicità dei diritti sanciti dalla Carta, lo scontro tra la pretesa delle Corti costituzionali di opporre anche al diritto comunitario i limiti invalicabili di tutela offerti dal diritto costituzionale e la rivendicazione di competenza da parte della Corte di giustizia a far valere il rispetto dei diritti fondamentali nei confronti di atti statali posti in esecuzione della normativa comunitaria. Quale *standard* di tutela dovrà valere?

La risposta sembra darla l'art. 53 secondo il quale nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Con-

venzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Questa norma, fortemente voluta dal Consiglio d'Europa, riprende quasi testualmente l'art. 53 della Convenzione europea (Cedu), per la quale anche si era posto un problema di raccordo con altri strumenti internazionali e con le costituzioni degli Stati aderenti. In breve, la norma della Cedu, formulata come clausola di sussidiarietà, sancisce il principio della garanzia minima: la convenzione europea è invocabile solo in quanto fornisca una tutela superiore a quella accordata dagli ordinamenti nazionali.

Malgrado l'analogia testuale, il senso dell'art. 53 della Carta parrebbe risultare diverso. Rispetto alla Cedu, la garanzia dello *standard* minimo, da questa prescritto, sembra effettivamente assicurata dal fatto che la Convenzione europea è richiamata dall'art. 52, 3° comma, il quale dice che in caso di corrispondenza dei testi di Nizza ai diritti previsti dalla Cedu il loro significato e la loro portata vanno intesi identicamente. Certo, la norma non compone in termini risolutivi il problematico rapporto tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, né definisce il senso della corrispondenza. Tuttavia, poiché i diritti di Roma e quelli di Nizza devono convergere in uno stesso ambito di operatività, si può concludere che il rispetto del principio della garanzia minima sancito dall'art. 53 della Cedu è sostanzialmente salvo, come conferma del resto la previsione dell'ultima parte dell'art. 52, 3° comma della Carta, secondo la quale la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

Rispetto alle norme costituzionali, che si pongono al di fuori dell'ambito di vigenza del diritto dell'Unione, il significato dell'art. 53 della Carta dovrebbe essere rovesciato: nel conflitto tra diritti fondamentali dell'Unione e valori costituzionali nazionali dovrebbero prevalere i primi. Infatti il principio della miglior tutela vale nel rispettivo ambito di applicazione dei vari sistemi normativi, fra i quali sistemi è appunto inserito lo stesso diritto dell'Unione. Nell'indefinito campo di attuazione del diritto europeo si dovrebbe dunque assegnare prevalenza ai principi della Carta, quand'anche offrissero un livello di tutela inferiore a quelli delle Costituzioni. Sottolineiamo "si dovrebbe", perché questa lettura dell'art. 53 non è la più garantista. Da molti, infatti, si ritiene più conforme allo spirito della disposizione ammettere che i diritti della Carta siano cedevoli di fronte ad una migliore garanzia fornita dalle norme costituzionali. Ma allora, se l'art. 53 va inteso come clausola di flessibilità della Carta, se la tutela offerta dalla Carta

può essere subordinata, proprio nel campo di attuazione del diritto comunitario, a quella rinvenibile nelle Costituzioni nazionali, ha ancora senso elevare il testo di Nizza al rango di documento fondativo della costruzione europea? L'idea di una Costituzione a più livelli, che oggi gode di largo favore, sembra sdrammatizzare la gerarchizzazione dei valori, componendo le tante Carte dei diritti in un insieme ordinato dal principio di reciproca sussidiarietà, ma si tratta di una modalità transitoria che apre la strada alla prevalenza di uno solo fra i tanti e differenziati diritti preveduti dai vari *Bills of rights*.

La valutazione negativa delle modalità di raccordo tra i valori della Carta e quelli interni e internazionali si rafforza quando si passa a considerare la portata dei diritti garantiti secondo le previsioni dell'art. 52. L'art. 52, 1° comma, prevede una clausola limitativa applicabile indistintamente a tutti i diritti sanciti dalla Carta: restrizioni all'esercizio dei diritti sono sempre possibili, a condizione che siano previste dalla "legge" e rispettino il "contenuto essenziale dei diritti"; inoltre, devono essere necessarie, conformate secondo il principio di proporzionalità e rispondere a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui.

Poiché si è optato per una clausola limitativa generale, escludendo di dover introdurre *ab origine* limiti specifici per i singoli diritti, sembrerebbe che la disposizione abbia di mira il futuro legislatore intenzionato o necessitato a limitare l'esercizio dei diritti fondamentali. In realtà, a parte le incertezze interpretative che ciascuna delle condizioni indicate evidenzia, i limiti all'esercizio dei diritti sono già presenti nella Carta per via del richiamo alla identità di protezione con la Cedu, sancita dal terzo comma dell'art. 52. Posto che la Convenzione europea contiene restrizioni specifiche all'esercizio dei diritti da essa previsti vi è da chiedersi se quelle restrizioni valgano anche per i corrispondenti diritti sanciti dalla Carta. La risposta affermativa è ritenuta da taluni quasi scontata e sulla scorta delle note del *Presidium* si fa l'esempio dell'art. 2, che vieta senza restrizioni la condanna e l'esecuzione della pena capitale, nel quale articolo si dovrebbero però ritenere comprese le eccezioni previste dall'art. 2 del protocollo n. 6 alla Cedu (per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra). Allo stesso modo, anche le definizioni negative presenti nell'art 2, par. 2 della Cedu, che escludono la sussistenza di una lesione del diritto alla vita in caso di uso legittimo della c.d. forza mortale dovrebbero ritenersi presenti nella Carta (nota del *Presidium* all'art. 2). E tanti altri esempi di identico tenore potrebbero farsi per mostra-

re che tutte le restrizioni poste dalla Cedu all'esercizio dei diritti sono ritenute già presenti nella Carta. Questa interpretazione rischia però di privare di senso l'ultima parte del 3° comma dell'art. 52, là dove stabilisce, dopo l'affermazione dell'identità di significato dei due testi, che quest'ultimo principio non preclude che diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. A rigore, parrebbe che la protezione più estesa debba consistere proprio nel ridurre le ipotesi e l'estensione delle limitazioni dei diritti fondamentali previste dalla Cedu. Se la Carta non pone limitazioni perché inserirle? E quali inserire?

Viene data però un'altra spiegazione della maggiore protezione che sarebbe offerta dalla Carta. Questa consisterebbe nel fatto che quando la Cedu non proibisca espressamente un certo comportamento, come ad esempio la tratta degli esseri umani, questo debba ritenersi comunque vietato, appunto in forza dell'ammissibilità della protezione più estesa, perché così dispone l'art. 5 della Carta e nonostante nulla dica in proposito il corrispondente articolo della Cedu relativo alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato. Questa ricostruzione del rapporto tra clausole limitative *ad hoc* contenute nella Cedu e limitazioni implicite nella Carta banalizza la previsione dell'ammissibilità di una maggiore protezione offerta dalla Carta risolvendosi nell'autorizzare ciò che viene prescritto in altre sue disposizioni. La questione ci pare molto più problematica e alla fine svela tutta l'ambiguità del concetto di "corrispondenza" dei diritti, aprendo la strada a conflitti interpretativi di cui non si sente certo il bisogno.

6. Questi pochi cenni alle incertezze che rivela il contenuto della Carta, ci riconducono al mandato di Colonia, dove l'operazione venne immaginata più semplice di quanto potesse essere. La raccolta di testi "vigenti" poteva forse rappresentarsi come un testo unico dei diritti fondamentali. Ha finito invece per dare ulteriore alimento alle già esistenti difficoltà di conciliazione e coordinamento della molteplicità di fonti che compongono la galassia dei diritti fondamentali europei. L'idea di un compito solo ricognitivo, sia pure scontando qualche elemento di temperata innovazione, doveva inevitabilmente scontrarsi con la valenza politica della materia e con la necessità di effettuare delle scelte di valore, compito questo che non competeva alla Convenzione. Il ripiegamento su una linea di inclusione totale di quanto prodotto dal processo di affermazione dei diritti fondamentali nell'ambito europeo non poteva non rendere ancora più visibili le contraddizioni e le

incertezze. È legittimo chiedersi se la Carta fosse veramente necessaria.

Se si guarda solo al contenuto dei diritti, per ognuno di essi è sempre possibile rintracciare il precedente di un'affermazione normativa o giurisprudenziale che lo riconosca, segno che la Carta non produce nulla di nuovo se non nella parte in cui eleva a rango fondamentale taluni diritti – praticamente quelli derivati dal trattato Ce o ad esso connessi – privi di tale connotazione. Resta la prospettiva costituente o federatrice che si vuole intravedere nella Carta, l'unica che forse ne potrebbe giustificare l'esistenza. Ma se è così, bisogna concludere che il cammino dei diritti fondamentali verso la Costituzione europea è solo agli inizi perché non può eludere scelte politiche e determinazioni democraticamente espresse quanto alla selezione e configurazione dei diritti assunti come fondamentali.

Se la Carta restasse quello che è oggi e la si forzasse dentro un trattato, non si avrebbe tanto un problema in più nel coordinamento tra diritto interno, diritto comunitario e diritto della Cedu, quanto una perdita del senso di essenzialità, irrinunciabilità ed esclusività dei diritti fondamentali. Parlare di inflazionamento dei diritti fondamentali, quando fossero declinati imperativamente nella versione di Nizza, dentro il diritto dell'Unione, potrebbe suonare irrispettoso nei riguardi dello sforzo compiuto dalla Convenzione, che pure resta nel complesso di apprezzabile significato tecnico e politico. L'attuale richiamo nell'art. 6, comma 2, del trattato sull'Unione europea alla Cedu e alle tradizioni costituzionali comuni, con il loro inserimento a livello di principi generali del diritto comunitario, sembra riassumere compiutamente non solo il senso di identità e di comunanza di valori che sono alla base della società europea, ma, ciò che più conta, la loro dimensione irriducibile ed esclusiva. Tutto questo non vuol dire che la Carta sia priva di significato. È già un parametro conoscitivo ed è opportuno che resti così, sospesa e indefinita nel suo valore giuridico. Può valere allora come documento che include ma non esclude, più allusivo che conclusivo, come testo di riferimento che non impone ma promuove la ricerca di valori condivisi.

### Bibliografia

(Vengono indicati solo alcuni contributi essenziali, utili ad un approfondimento delle tematiche accennate nel testo):

R. ADAM, *Introduzione al dossier "Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fon-*

- damentali dell'Unione europea", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 881 ss.
- A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 241 ss.
- A. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.
- M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2002, p. 1 ss.
- U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 33 ss.
- A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001
- A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 193 ss.
- L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.
- R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002
- J.H.H. WEILER, *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M.E. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002.

EMILIANO NICOLINI

PER UN NUOVO CONCETTO DI BENE ECCLESIASTICO:  
UNO IUS COMMUNE EX CAN. 1254 ss.  
APPLICATO A TUTTI GLI ENTI PERSONIFICATI

SOMMARIO

1. *La stretta connessione tra l'ecclesiasticità del bene e il conferimento della personalità giuridica.* – 1.1. *Il principio della normalità dei controlli e il modello del CCEO.* – 2. *I beni delle associazioni non personificate ma dotate di recognitio.* – 3. *I beni dei singoli fedeli e delle associazioni prive di recognitio.* – 4. *Le res sacrae e le res pretiosae.*

**1. La stretta connessione tra l'ecclesiasticità del bene e il conferimento della personalità giuridica**

Prima di introdurre nello specifico l'argomento oggetto del presente lavoro, va fatto un breve cenno alla nozione di 'beni temporali' il cui riferimento è d'obbligo ogni qualvolta si parli, nell'ambito del diritto canonico, di gestione amministrativa a contenuto patrimoniale. Come mette in evidenza l'aggettivo 'temporale', trattasi di una realtà legata al tempo, precisamente di tutte quelle cose necessarie per soddisfare i bisogni dell'uomo e che, al contempo, sono fornite di una propria valenza economica e costituiscono oggetto di diritto protetto, come tale, dall'ordinamento giuridico: la presenza simultanea e necessaria di tali requisiti permette di distinguere, in generale, il concetto di 'bene temporale' (*bonum*) da quello più generico di 'cosa' (*res*), ove quest'ultima nozione assume il significato precipuo di "una realtà che è nel mondo fisico e che ha una propria utilità economica per gli uomini e che può venire nel dominio degli uomini"<sup>1</sup>. Bisogna aggiungere

---

\* Questo articolo anticipa alcuni risultati di un più ampio studio relativo ai rapporti patrimoniali all'interno degli enti ecclesiastici.

<sup>1</sup> DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995, p. 10. L'autore, sebbene rilevi che tale distinzione non ha molta importanza in quanto può succedere che talvolta "sia i beni che le cose hanno un significato molto più ampio, e a volte sono sinonimi", cerca, tuttavia, di definirne in linea generale i caratteri distintivi, evidenziando che il concetto di *bene* "è più stretto di quello di cosa" e da cui si distingue per il fatto che è tale solo ciò che può essere oggetto di diritto e perché taluni beni nel senso economico e giuridico possono anche non appartenere al mondo fisico (al contrario di quanto accade per le 'res') come, ad esempio, i beni incorporali e i diritti reali e di obbligazione.

che il requisito della valenza economica, sempre ai fini della definizione di ‘bene temporale’, prescinde dall’eventuale connessione con l’elemento spirituale il quale, invece, assumeva precipuo rilievo sotto la vigenza del *codex* del 1917<sup>2</sup>; in effetti il codice pio-benedettino distingueva da un lato i beni puramente spirituali e, dall’altro, quelli con un valore economico suddivisi in temporali e misti (*res mixtae*), ed intesi, gli ultimi, come quei beni forniti di un sostrato economico e connessi con cose o attività spirituali da cui potevano o meno essere separati<sup>3</sup>.

All’interno della categoria dei beni temporali presi in considerazione specificatamente dal *codex* attuale, senza alcun rinvio alle definizioni romanistiche e civilistiche, occorre separare, ai fini della disciplina sulla loro amministrazione, quelli ‘ecclesiastici’, le *res sacrae* e le *res pretiosae*<sup>4</sup>: la loro caratteristica comune, per riprendere il discorso appena fatto, è comunque quella della ‘temporalità’, ossia l’essere di natura economica e, dunque, utili o perché producono un reddito per il raggiungimento dei fini ecclesiali (e per questo sono detti beni ‘strumentali’ in senso stretto) o perché destinati direttamente ad una funzione ecclesiastica (per questo denominati beni ‘finali’ come, ad esempio, gli edifici di culto). I beni ecclesiastici sono sicuramente quelli cui il codice del 1983 dedica più attenzione, anche considerato, come si vedrà nel corso del lavoro, che le *res pretiosae* e le *res sacrae* ne costi-

<sup>2</sup> Così il can. 726 del codice pio-benedettino: “*Res de quibus in hoc libro agitur quaeque totidem media sunt ad Ecclesiae finem consequendum, aliae sunt spirituales, aliae temporales, aliae mixtae*”.

<sup>3</sup> Sul punto SHOUPPE, J.P., *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano, 1997, p. 35, ove si rileva che ha perso valore nell’attuale legislazione canonica la “vecchia distinzione tra beni puramente spirituali (sacramenti, sacramentali, indulgenze...) ed i beni con valore economico; v. anche MORENO ANTON, M.G., *Algunas consideraciones en torno al concepto de bienes eclesiásticos en el c.i.c. de 1983*, in *Revista española de derecho canónico*, 44 (1987), p. 77. Per l’autore sussisterebbe, ancora, la distinzione tra beni spirituali e quelli temporali, sebbene non sia stata riportata in alcuna delle disposizioni codiciali la nozione di cui al can. 726 del *codex* del 1917; a conferma di ciò, continua l’autore, si può osservare “il Libro IV recante ‘La funzione di santificare della Chiesa’ in cui si regolano quelle prima chiamate cose spirituali e, soprattutto, il titolo contenuto nel Libro V ‘I beni temporali della Chiesa’”; per la suddivisione – vigente il *codex* pio-benedettino – delle *res ecclesiasticae* in *spirituales*, *temporales* e *mixtae* cfr. VIOLARDO, J., *De bonis Ecclesiae temporalibus*, Roma, 1954, p. 7-9.

<sup>4</sup> ROVERA, V., *I beni temporali della Chiesa*, in *La normativa del nuovo codice*, Brescia, 1983, p. 265.

tuiscono o ne possono costituire (rispettivamente le prime e le seconde) una sottospecie.

Partendo dalla definizione dei ‘beni ecclesiastici’ vigente il *codex pio-benedettino*, essi s’identificavano ex can. 1497 § 1 con i “*bona temporalia, sive corporalia, tum immobilia tum mobilia, sive incorporalia, quae vel ad Ecclesiam universam et ad Aposolicam Sedem vel ad aliam in Ecclesia personarum moralem pertineant*”; dunque il profilo soggettivo dell’appartenenza del bene ad una persona morale o giuridica ecclesiastica era sufficiente per poter parlare di *bona ecclesiastica* e, come tali, essi erano sottomessi alla giurisdizione dell’autorità ecclesiastica che si realizzava – per quanto concerne l’aspetto patrimoniale – con il diritto di visita (cfr. can. 1491), la rendicontazione annuale (cfr. can. 1492), la vigilanza (cfr. can. 1493), ecc...<sup>5</sup>.

Il criterio della soggettività o della titolarità quale elemento distintivo della ecclesiasticità del bene è mantenuto nella legislazione attuale, ove possono ravvisarsi due linee di tendenza di cui l’una (quella prevalente) ancora il significato generico di ‘bene ecclesiastico’ esclusivamente al fatto dell’appartenenza al patrimonio delle persone giuridiche pubbliche<sup>6</sup>, l’altra (piuttosto isolata) parla di ‘bene ecclesiastico in

---

<sup>5</sup> Le restanti associazioni o entità che non avevano personalità morale ecclesiastica, anche se lodate o raccomandate dalla gerarchia, non erano dotate della capacità di possedere beni ecclesiastici, tant’è che in riferimento ai loro beni si parlava di ‘*bona laicalia*’ sottoposti ad un controllo dell’autorità ecclesiastica assai meno penetrante: in definitiva si può affermare che i beni di tali associazioni erano sottoposti all’intervento dell’autorità ecclesiastica *sicut et ipsi fideles singuli*, ossia solo in relazione al “compimento delle opere pie, alla vigilanza sopra la fede e gli errori o perché non si introducano abusi nella disciplina ecclesiastica...” (AZNAR GIL, F.R., *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1993, p. 44); per Lombardia la persona morale ha adempiuto ad una funzione importante nel diritto canonico, e precisamente “che i beni diretti a fini ecclesiastici abbiano dei soggetti di dominio nell’ordine interno della Chiesa, senza detrimento della unità di questa, e che si distinguano con nitidezza da quelli che sono ‘*sub dominio privatorum*’” (LOMBARDIA, P., *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto*, in *Acta Conventus Internationalis Canonistarum*, Romae, 1970, p. 172-173); in tal senso anche LO CASTRO, G., *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano, 1974, p. 214-215, il quale, dopo aver commentato la sentenza del Tribunale della S. R. Rota, *coram Sabbatini* del 3 febbraio 1960, conclude, in sintonia con essa, che la personalità giuridica o morale costituisce “l’unico supporto su cui si possa fondare la titolarità dei beni ecclesiastici, in base al quale, anzi, giudicare l’ecclesiasticità dei beni”.

<sup>6</sup> Così si è espressa fino ad ora la dottrina, tra cui SHOUPPE, J.P., *Elementi cit.*, p. 36 e ss.; MARTINEZ PRIETO, V., *Iniciativa privada y personalidad jurídica: las personas jurídicas privadas*, in *Ius canonicum*, 25 (1985), p. 573; PERLASCA, A., *I beni delle persone giuridiche private* (can. 1257 § 2), in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 12 (1999), p.

senso ampio' con riferimento ai beni di tutte le persone giuridiche canoniche (pubbliche e private)<sup>7</sup>. Più precisamente secondo il primo indirizzo, che tiene in prevalente considerazione, ai fini della disciplina patrimoniale, la novità dell'introduzione delle persone giuridiche private e la loro distinzione da quelle pubbliche, la nozione di 'bene ecclesiastico' viene ad essere strettamente legata alla personalità giuridica pubblica concessa dall'ordinamento canonico, adducendo a proprio favore, oltre alla precipua natura di siffatto ente<sup>8</sup>, il contenuto letterale del can. 1257 § 1 il quale definisce 'beni ecclesiastici' solo quei beni temporali appartenenti alla Chiesa universale, alla Sede Apostolica e alle altre persone giuridiche pubbliche, mentre il § 2 testualmente recita che "i beni temporali appartenenti alle persone giuridiche private sono retti dai propri statuti e non dai canoni di cui al Libro V, a meno che non si disponga espressamente altro": da ciò discende che i beni delle persone giuridiche private, giacché non rientranti nel patrimonio di un ente 'pubblico', andrebbero qualificati, più semplicemente, 'beni ecclesiali privati' o 'privati'<sup>9</sup>.

---

380 e ss.; DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa* cit., p. 98; MORGANTE, M., *L'amministrazione dei beni temporali della Chiesa*, Casale Monferrato, 1993, p. 13 e ss.; BUENO SALINAS, S., *La noción de la persona jurídica en el derecho canónico*, Barcellona, 1985, p. 227 e ss.; SERIAUX, A., *Droit canonique*, Paris, 1996, p. 655 e ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M., *La titularidad de los bienes eclesiásticos*, in *El derecho patrimonial canónico en España* (XIX Semana Española de Derecho Canonico), Salamanca, 1985, p. 7 e ss.; MISTÒ, L., *I beni temporali della Chiesa*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, 1992, Roma, p. 350 e ss.

<sup>7</sup> AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 52-53.

<sup>8</sup> Il contenuto letterale di cui al can. 1257 sembra *prima facie* confermare l'argomento principale sostenuto dalla dottrina prevalente a giustificazione della definizione di 'bene ecclesiastico', ossia la natura della persona giuridica pubblica essenzialmente diversa da quella della persona giuridica privata, la cui diversità non può non riverberarsi anche sulla qualità della loro attività; pertanto possono chiamarsi beni ecclesiastici solo quelli appartenenti alle persone giuridiche pubbliche della Chiesa, "in quanto solo tali persone perseguono istituzionalmente, e quindi a nome della Chiesa, i fini ecclesiali", e come tali vanno sottoposti ad un particolare controllo da parte dell'autorità gerarchica per il tramite di una legislazione apposita che è quella di cui al Libro V (DE PAOLIS, V., *Dimensione ecclesiale dei beni temporali destinati ai fini ecclesiali*, in *Periodica de re canonica*, 84 (1995), p. 87, 88 e 100); in tal senso anche PERLASCA, A., *I beni delle persone giuridiche private* cit., p. 381 e ss.

<sup>9</sup> A favore della qualifica precipua di beni 'ecclesiali privati' cfr. SHOUPPE, J.P., *op. cit.*, p. 38: "ci sembra preferibile parlare di beni ecclesiali privati, termine che esprime adeguatamente la natura di questi mezzi: anche se non gestiti a nome ufficiale della Chiesa, devono essere adoperati per scopi ecclesiali, a norma degli statuti pro-

Malgrado la denominazione di beni ‘ecclesiali privati’ sia maggiormente apprezzabile rispetto a quella più riduttiva e scarna di ‘beni privati’, giacché mette in evidenza che i *bona temporalia* appartenenti alle persone giuridiche private si distinguono dai beni dei singoli fedeli<sup>10</sup> in forza dei fini ecclesiali che devono pur sempre perseguire tutte le associazioni per essere *in Ecclesia* (cfr. cann. 215; 298; 299) e dei conseguenti controlli cui esse sono sottoposte, si ritiene, tuttavia, che nessuna delle due risulti pienamente condivisibile: con l’aderire ai suddetti orientamenti non si coglierebbe a pieno il reale significato della distinzione tra persona giuridica pubblica e quella privata, soprattutto per quanto concerne la disciplina patrimoniale. Innanzitutto, per chiarire quanto appena detto, bisogna partire dal can. 116 § 1, il quale stabilisce che le persone giuridiche pubbliche sono quelle costituite dalla competente autorità ecclesiastica affinché esplichino il compito loro affidato in vista del bene pubblico ed agendo in nome della Chiesa: dunque, facendo così un breve accenno ai caratteri distintivi della persona giuridica pubblica, questi consisterebbero *a)* nella costituzione ad opera della competente autorità ecclesiastica a norma del diritto; *b)* nel compiere entro i fini propri della Chiesa, quelli di cui al can. 114 § 2<sup>11</sup>, il compito loro affidato in vista del bene pubblico; *c)* nell’agire a nome della Chiesa.

Tra di essi quello più caratterizzante è l’ultimo in quanto, sia l’ere-

---

pri e sotto la vigilanza dell’autorità ecclesiastica competente”; cfr. MARTINEZ PRIETO, V., *op. cit.*, p. 573, il quale parla semplicemente di ‘beni privati’.

<sup>10</sup> Gli unici – come si vedrà – insieme ai beni delle associazioni private non fornite di *recognitio* ex can. 299 § 3 che possono vedersi attribuita, propriamente, la qualifica di beni privati *tout court* e sottoposti, fondamentalmente, alla disciplina civilistica.

<sup>11</sup> Tale canone stabilisce che: “§ 1 Le persone giuridiche sono costituite o dalla stessa disposizione del diritto oppure dalla concessione speciale da parte della competente autorità data per mezzo di un decreto, come insieme sia di persone sia di cose ordinati ad un fine corrispondente alla missione della Chiesa, che trascende il fine dei singoli. § 2 Come fini di cui al § 1 s’intendono quelli attinenti ad opere di pietà, di apostolato o di carità sia spirituale sia temporale”; circa la secondarietà dei fini per quanto concerne la distinzione tra persone giuridiche private e pubbliche cfr., per tutti, PUNZI NICOLÒ, A. M., *Gli enti nell’ordinamento della Chiesa*, Padova, 1983, p. 82, ove si rileva che, sebbene ai sensi del can. 301 § 1 sussistano delle finalità riservate alle associazioni pubbliche, non si può dimenticare che “le specificazioni e le differenziazioni tra i fini spirituali non sono che relative e secondarie, ponendosi in definitiva come caratterizzazioni di scopi bensì diversi, ma tutti concorrenti a realizzare l’unico e fondamentale fine della intera *societas*”.

zione da parte dell'autorità competente che l'ulteriore elemento dei fini propri di cui al can. 114 § 2 (tra i quali vanno ricompresi gli scopi *ex* can. 298 § 1 enunciati per tutte le associazioni di fedeli e quelli *ex* can. 1254 § 2 riferiti, segnatamente, ai beni temporali) si estendono anche alle persone giuridiche private: è, dunque, solo l'espressione *agere nomine Ecclesiae* ad indicare il fulcro della distinzione e che mette in evidenza una particolare connessione con il fine istituzionale della Chiesa stessa<sup>12</sup>. In dettaglio la gerarchia, con l'erezione della persona giuridica pubblica, si assume, in modo assai impegnativo, la responsabilità di garantire l'autenticità ecclesiale dello stesso ente, trattandosi di soggetti attraverso cui l'autorità ecclesiastica decide di perseguire, in modo diretto e immediato, i fini istituzionali della Chiesa<sup>13</sup>: siffatto maggiore coinvolgimento vale altresì nel caso delle associazioni pubbliche che perseguono fini non riservati alla sacra gerarchia (cfr. can. 301 § 2), di cui è sintomatico il fatto che i loro scopi non vengono determinati liberamente dai fedeli (come accade nelle associazioni private) ma, diversamente, sono pur sempre stabiliti dall'autorità superiore per supplire alla carenza delle associazioni private in certi ambiti<sup>14</sup>.

Fatte queste brevi osservazioni sui contenuti del can. 116 § 1, va rilevato che la dottrina prevalente, in ordine alla definizione dei beni appartenenti agli enti personificati, sembra ritenere la suddetta ingerenza della gerarchia tale, ricordo, da divenire corresponsabile dell'attività dell'ente nel caso delle persone giuridiche pubbliche, quasi che fosse 'qualitativamente' diversa rispetto a quella sua implicazione che è presente in tutti gli altri enti associativi. Si reputa che sia questa la premessa da cui parte l'indirizzo maggioritario visto che giunge a qualificare i beni afferenti le persone giuridiche private con una denominazione del tutto differente e autonoma (nel caso 'ecclesiali' o 'ecclesiali privati') da quella utilizzata per i beni di quelle pubbliche (specificatamente 'ecclesiastici')<sup>15</sup>;

---

<sup>12</sup> In tal senso NAVARRO, L., *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano, 1991, p. 206; cfr. r. Lo Castro, G., *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 1985, p. 106.

<sup>13</sup> V. PERLASCA, A., *I beni delle persone giuridiche private* cit., p. 386-387: "Le persone giuridiche private sono costituite dalla competente autorità ecclesiastica, ordinariamente su istanza degli interessati e, a differenza di quelle pubbliche, non *agunt nomine ecclesiae*, cioè non sono soggetti attraverso cui l'autorità ecclesiastica persegue fini istituzionali della Chiesa".

<sup>14</sup> NAVARRO, L., *Diritto di associazione* cit., p. 206.

<sup>15</sup> DE PAOLIS, V., *Nota sul significato di bene temporale*, in *Periodica de re canonica*, 84 (1995), p. 159. L'autore, in opposizione al pensiero di Aznar Gil per il quale

anzi, proprio per questo motivo, pare che il predetto orientamento, nel cercare di trovare una definizione per i beni in proprietà delle persone giuridiche private, centri l'attenzione principalmente sulla loro dimensione comunque 'ecclesiale' ed in base alla quale acquista rilievo primario il perseguimento dei fini ecclesiali comune a tutte le realtà associative<sup>16</sup>: in altri termini, il fatto che l'ingerenza della gerarchia sulle persone giuridiche private, rispetto a quella che si realizza sugli enti pubblici, non possa essere ricondotta ad una semplice differenza di grado, porta l'indirizzo stesso ad escludere il criterio della natura dell'ente (che attiene, direttamente, al diverso modo di perseguire gli stessi fini ecclesiali e alla conseguente e differente vigilanza specifica da parte della gerarchia) per identificarne il regime patrimoniale. Sotto questo profilo tutti i beni sono ecclesiali indipendentemente dal loro proprietario, tant'è che López Alarcón (di cui, però, si condivide l'opinione solo in parte) parla di *genere ecclesiale* in riferimento ai beni di tutte le persone giuridiche e le associazioni fornite di *recognitio*, mentre di *specie ecclesiastico* con riguardo soltanto ai beni degli enti pubblici<sup>17</sup>.

In realtà l'implicazione della gerarchia nell'attività di ogni persona giuridica, pur se espressa al massimo grado con l'asserzione precipua *agere nomine Ecclesiae*, è qualitativamente identica in tutte le associazioni di fedeli: in pratica la differenza tra gli enti 'pubblici' e quelli 'privati' in forza del fatto che i primi agiscono a nome della Chiesa non è così netta come sembra potersi dedurre dalla conclusione dell'indirizzo maggioritario in base a cui, ricordo, i beni delle persone giuridiche sono distinti

---

si può parlare di beni ecclesiastici in senso ampio con riferimento ai beni di tutte le persone giuridiche, rileva che la differenza tra le persone giuridiche private e quelle pubbliche non può "essere ricondotta, da un punto di vista giuridico, "a una semplice differenza di grado"; inoltre, continua l'autore, la natura delle persone giuridiche "si ripercuote certamente anche sul loro agire e sulla responsabilità delle azioni di fronte alla comunità ecclesiastica. Parlare di ecclesiasticità sia per le persone giuridiche pubbliche che per quelle private non presenta problemi: la questione decisiva e si tratti della stessa ecclesiasticità. Che non si tratti della stessa ecclesiasticità risulta chiaro proprio dalla distinzione delle persone giuridiche in pubbliche e private fatta dal can. 116".

<sup>16</sup> Così SHOUPPE, J.P., *op. cit.*, p. 37 ss; DE PAOLIS, V., *Dimensione ecclesiale* cit., p. 78-79, il quale sottolinea che i beni ecclesiastici (cfr. r. can. 1257 § 1), quelli delle persone giuridiche private e i beni delle associazioni private di fedeli benché non siano erette in persona giuridica, sono tutti contraddistinti da una chiara finalità ecclesiale.

<sup>17</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., commento al can. 1257, in *Comentario exégetico al Código de derecho canónico*, Pamplona, 1996, p. 61.

in due categorie, anzi si può dire che essa si riduca ad una differenza più 'quantitativa' che 'qualitativa' nel senso di una diversa gradazione di una stessa ecclesiasticità<sup>18</sup>; a tal proposito, si evidenzia come tra tutti i soggetti collettivi della Chiesa vi sia una unitarietà di fondo determinata "da un lato nella *communio*, la relazione orizzontale con tutte le componenti del Popolo di Dio, e dall'altro nella *relatio hierarchica* che le situa –correttamente – là dove possono meglio perseguire, sia pure autonomamente, un fine che è (e non può essere altro che) coordinato al fine generale dell'ordinamento"<sup>19</sup>. Un indizio a conferma di siffatta differenza più quantitativa che qualitativa, lo si riscontra appurando che il perseguimento degli scopi *intuitu boni publici*, collegato all'espressione *agere nomine Ecclesiae* utilizzata per definire la qualifica delle persone giuridiche pubbliche (cfr. can. 116 § 1), non è esclusivamente riferito ad esse giacché la medesima asserzione si ritrova altresì nel can. 223 secondo cui "qualsiasi attività dei fedeli deve essere dagli stessi fedeli improntata e dall'autorità gerarchica indirizzata al bene comune"<sup>20</sup>; tra l'altro si po-

<sup>18</sup> BONNET, P.A., *Pubblico e privato nell'identità delle associazioni disciplinate dal diritto ecclesiale*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Brunetto Carpino, Napoli, 1989, p. 302. L'espressione *agere nomine Ecclesiae* implicante per la persona giuridica pubblica "il trascinare in qualche modo con sé nella propria attività l'intero popolo di Dio, con effetti molteplici e di varia natura all'interno, in rapporto ai fedeli, e con conseguenze anche all'esterno specialmente con riferimento alla stessa immagine della chiesa [...] attiene a un elemento che non può non mancare a livello di enti in generale, seppure sia particolarmente incisivo per quelli 'pubblici'.

<sup>19</sup> PUNZI NICOLÒ, A.M., *Libertà e autonomia degli enti nella Chiesa*, Torino, 1999, p. 135; MESTER, S., *I beni temporali della Chiesa*, in *Apollinaris*, 57 (1984), p. 59: il fatto che la persona giuridica privata sorga per volontà della Chiesa e come tale diventi *subiectum iurium et onerum*, è sintomatico di come i suoi beni non siano "privati o profani, ma sono beni di una persona giuridica ecclesiastica".

<sup>20</sup> BONNET, P.A., *op. cit.*, p. 302-303; v. anche SCHULZ, W., *Le associazioni nel diritto canonico*, in *Il dir. eccl.*, 99 (1988), p. 358-359, per il quale il riferimento esplicito del can. 116 § 1 *intuitu boni publici* solo per le persone giuridiche pubbliche, non significa che le persone giuridiche private agiscono *intuitu boni privati*, considerato che anch'esse agiscono per il perseguimento del fine pubblico ecclesiale, seppure non nomine *Ecclesiae*; così anche MONTAN, A., *Le associazioni di fedeli nel Codice di diritto canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3 (1990), p. 335: per l'A. 'l'agire a nome della Chiesa' non significa che solo le associazioni pubbliche possano operare in funzione ecclesiale, "ogni fedele, anche associato ad altri fedeli, partecipa della missione della Chiesa, e perciò opera in funzione ecclesiale", ma che con l'atto di erezione l'autorità ecclesiastica, proprio perché atto magisteriale-pastorale, diviene garante dell'autenticità ecclesiale dell'associazione, ossia "garantisce la conformità dei fini dell'associazione con i fini ecclesiali [...]", garantisce "che l'associazione realizza i criteri di

trebbe dire, in generale, che il 'bene pubblico' è la stessa *aedificatio Ecclesiae* cui sono tenuti tutti i fedeli singolarmente o associati ad altri individui<sup>21</sup>.

Quindi, basterebbe già la semplice constatazione di una diversa gradazione, soltanto quantitativa, di una stessa ecclesiasticità<sup>22</sup>, in relazione all'attività, in generale, dell'ente, per non ritenere adeguata la suddivisione dei beni temporali in due categorie del tutto diverse come se appartenessero a degli enti di cui una specie con una natura di stampo prettamente privatistica e l'altra di stampo pubblicistica<sup>23</sup>; addirittura, con il fare un ulteriore passo in avanti, la stessa differenza quantitativa, sotto il profilo esclusivo degli interventi di genere patrimoniale (salvi pochi casi in senso contrario che si definiscono 'eccezioni allo *ius commune*'), si annulla!

Il fatto che il regime patrimoniale delle persone giuridiche private venga disciplinato in via primaria dai "propri statuti e non da questi canoni, a meno che non si disponga espressamente altro", come detta il codice (cfr. can. 1257 § 2), non significa necessariamente escludere che il diritto statutario non possa coincidere con quello universale; l'espressione *nisi expresse aliud caveatur* è interpretabile nel senso stretto di eccezione, che potrebbe contraddire ciò che qui si sostiene, solo se non si tengono nella dovuta considerazione alcune osservazioni che, invece, in materia patrimoniale hanno valore primario. Innanzitutto l'avverbio *expresse* non può essere inteso in quell'accezione di *explicite* giacché, questa, è soltanto uno dei suoi significati, cui si riconnette anche quello di una qualsiasi manifestazione implicita della volontà del legislatore<sup>24</sup>: ora, proprio siffatta osservazione, rende estensi-

---

ecclesialità stabiliti per le associazioni pubbliche e che risulta utile e opportuna per la vita della Chiesa"

<sup>21</sup> Si può dire che la distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private ripspecchia quel diritto appartenente a ciascun fedele di partecipare all'*aedificatio Ecclesiae* di cui al can. 208, seppure con modalità diverse secondo la condizione e i *munera* di ciascuno (sul punto Parlato, V., *I diritti dei fedeli nell'ordinamento canonico*, Torino, 1998, p. 25 e ss.).

<sup>22</sup> A favore di una diversa gradazione di una stessa 'ecclesiasticità' per tutti gli enti associativi *in Ecclesia*, si esprime PUNZI NICOLÒ, A. M., *Libertà* cit., p. 139.

<sup>23</sup> Cfr. PUNZI NICOLÒ, A.M., voce *Persone giuridiche*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 3.

<sup>24</sup> SHOUPPE, J.P., *Elementi* cit., p. 41: per l'autore il termine *nisi expresse aliud caveatur* di cui al can. 1257 § 2 va interpretato nel senso di una qualsiasi volontà del legislatore sia implicita che esplicita, e pertanto ogni norma destinata alle persone giuridiche soddisfa tale requisito: così il can. 1263 sul tributo straordinario applicabile

bili agli enti privati tutte le norme di cui al Libro V ove si parli genericamente di persone giuridiche. Va poi valutata l'esigenza di tutela del patrimonio stabile cui sono rivolti, in genere, gli interventi di vigilanza, e la cui sussistenza è configurabile sia per gli enti pubblici che per quelli privati<sup>25</sup>; ancora, nello stesso senso, la già citata differenza, in generale soltanto quantitativa e non già qualitativa, circa l'intervento della gerarchia nelle due specie di enti e che, tra l'altro, ai fini dell'ingerenza specifica di tipo patrimoniale, è rilevante solo per certi casi (le c.d. eccezioni allo *ius commune*), infine lo stesso § 2 di cui al can. 1257 non dice espressamente che i beni delle persone giuridiche private non sono ecclesiastici, ma più semplicemente ne omette la qualifica<sup>26</sup>.

Forse la disposizione codiciale che meglio di qualunque altra mette in rilievo, simultaneamente, siffatte riflessioni è quella di cui al can. 1295 ove è prescritto il rispetto, da parte degli statuti di ciascuna persona giuridica, della normativa sulle alienazioni (cann. 1291-1294); tale norma viene interpretata nel senso che l'Ordinario, prima di approvare gli statuti -condizione previa al conseguimento della personalità giuridica – dovrebbe verificare la loro rispondenza ai requisiti di cui ai

---

alle persone giuridiche diverse da quelle pubbliche e alle persone fisiche; il can 264 a proposito del tributo per il seminario imponibile a tutte le persone giuridiche ecclesiastiche aventi sede nella diocesi; il can. 1265 sul divieto di collette per tutte le persone, salvo la licenza dell'Ordinario, il can. 1267 § 1 sulla presunzione che le offerte fatte agli amministratori di qualunque persona giuridica ecclesiastica si presumono fatte alla stessa persona giuridica; *contra* PALESTRO, V, *La disciplina canonica in materia di alienazioni e locazioni* (can. 1291-1298), in *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, p. 156; PÉRISSSET, J.-C., *Les biens temporels de l'Église*, Fribourg, 1996, 215-217; contro l'applicazione del can. 1295 agli enti privati v. anche FUENTES, J.A., commento al can. 325, in *Comentario exégetico* cit., 1996, p. 536, per il quale affinché i cann. 1291-1295 possano applicarsi anche alle associazioni private, è necessario un espresso riferimento ad esse come previsto dal can. 1257 § 2, altrimenti in caso contrario sparirebbe la differenza tra associazioni pubbliche e private.

<sup>25</sup> V. SHOUPPE, J.P., *op. cit.*, p. 131.

<sup>26</sup> A conferma di come il significato dell'aggettivo 'ecclesiastico' non sia suscettibile di essere interpretato solo nel senso di un bene appartenente ad una persona giuridica pubblica, v. Fedele, P., voce *Beni ecclesiastici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 189, secondo il quale "con l'espressione beni ecclesiastici s'intende far riferimento a tutti i beni materiali o immateriali, immobili o mobili destinati immediatamente o mediamente al conseguimento dei fini della Chiesa, cioè destinati al soddisfacimento degli scopi di culto e dei bisogni dei religiosi – chiese, arredi, sacri, ecc... – o al sostentamento degli ecclesiastici ed a procurare i mezzi necessari per l'esercizio del culto – fondi rustici, denaro, ecc... –".

cann. 1291-1294, rifiutando, in caso contrario, l'*approbatio*<sup>27</sup>; più in dettaglio, è possibile desumere, da essa, l'esigenza di tutela del patrimonio stabile (cfr. can. 1291), il significato dell'avverbio *expresse* anche nel senso di una volontà implicita del legislatore (si parla, in effetti, semplicemente di 'persone giuridiche') e l'intervento identico (questa volta anche per grado quantitativo) da parte della gerarchia. Tutto ciò determina che non è possibile attribuire all'espressione suddetta "a meno che non si disponga espressamente altro" un significato in netto contrasto con la possibilità di coincidenza tra il diritto statuario delle persone giuridiche private e quello evidenziato dalla maggior parte delle disposizioni di cui al Libro V.

Per fare degli ulteriori esempi può essere citata la portata di cui al can. 1281, al can. 1267 § 2 e 1287 § 1. Nel can. 1267 § 2 è richiesto, oltre alla autorizzazione per rifiutare le offerte *maioris momenti*, il permesso dell'Ordinario per poter accettare "offerte gravate da modalità di adempimento o condizione, fermo restando il disposto del can. 1295": il canone, in riferimento a questa sua parte, non specifica se trattasi di persone giuridiche pubbliche o private, e pertanto, in virtù del principio secondo il quale l'eccezione di cui al can. 1257 § 2 può essere intesa in maniera esplicita o implicita e del fatto che nella stessa disposizione ex can. 1267 il legislatore, quando intende far riferimento in modo specifico alla persona giuridica pubblica, lo fa menzionandola espressamente, non vi è ragione per non applicare tale norma anche alle 'persone private'.

Un ulteriore intervento che può qualificarsi, comune sia agli enti privati che a quelli pubblici, risiede nell'esame del rendiconto che tutte le persone giuridiche debbono elaborare al termine di ogni anno ai sensi del can. 1284 § 2 n. 8°: al riguardo si sostiene che se nel caso delle persone giuridiche pubbliche il can. 1287 § 1 impone agli amministratori di ogni ente ecclesiastico il dovere di presentare, ciascun anno, il rendiconto all'Ordinario del luogo – che lo farà poi esaminare dal proprio consiglio per gli affari economici –, al contrario, per le persone giuridiche private, la suddetta possibilità di controllo è ammessa solo quando "[...] venga presentata una denuncia relativa all'uso dei beni fatta all'autorità da uno dei soci, o la stessa autorità nutra, per informazioni ricevute, sospetti a riguardo, è possibile che essa esi-

---

<sup>27</sup> MANTECÓN, M., commento al can. 1295, in *Comentario cit.*, p. 167; in tal senso anche AZNAR GIL., F.R., *op. cit.*, p. 431.

ga, qualora lo ritenga utile, un rendiconto”<sup>28</sup>. Ovviamente la mera sussistenza della possibilità di estensione di quel medesimo controllo anche alle persone giuridiche private, conferma la natura di un atto di vigilanza adattabile alla struttura di entrambi gli enti anche se in un caso è normale, nell’altro, invece, assume carattere eccezionale; in altri termini, adottata la classificazione degli atti di vigilanza fondata sulle normali esigenze dell’amministrazione patrimoniale, i primi si qualificherebbero controlli di tipo ‘ordinario’ (perché periodici), viceversa i secondi di tipo ‘straordinario’.

In merito ai motivi che giustificano l’estensione degli interventi sulla straordinaria amministrazione in genere anche agli enti privati, si è già detto, con riferimento specifico al can. 1295, che è proprio tale disposizione codiciale a prevedere l’obbligo di inserimento negli statuti, di qualsiasi persona giuridica, dei requisiti di cui ai cann. 1291-1294; un ulteriore motivo che conferma tale interpretazione e, al contempo, la stessa applicabilità della portata del can. 1281 § 1 alle persone giuridiche private, si riscontra nel can. 325 § 1 ove è sancito che “l’associazione privata di fedeli amministra liberamente i beni che possiede, secondo le disposizioni degli statuti, salvo il diritto dell’autorità ecclesiastica competente di vigilare perché i beni siano usati per i fini dell’associazione”: l’affermare un intervento di vigilanza dell’autorità esterna, nel caso l’Ordinario del luogo sugli enti di ambito diocesano, perché i beni vengano amministrati in conformità ai fini ecclesiali dell’associazione, non può non ricomprendere, come contenuto minimo, quegli importanti interventi di cui ai cann. 1281 § 1 e 1291 e ss. volti proprio a tutelare il patrimonio dell’ente<sup>29</sup> considerato che, in caso contrario, la disposizione di cui al can. 325 § 1 rischierebbe di perdere di significato. Addirittura, data la loro maggiore gravità<sup>30</sup>, si è sopra evidenziato che se lo statuto di qualsiasi persona giuridica non esplicitasse i controlli dell’Ordinario (cann. 1291-1294) per gli atti peggiorativi ex can. 1295, questi dovrebbe rifiutare la loro approvazione, condizione imprescindibile per l’erezione in persona giuridica.

È ovvio che la concreta applicazione dei cennati interventi presuppone la determinazione, nello statuto, dei negozi che esulano dall’ordi-

<sup>28</sup> NAVARRO, L., *Diritto* cit., p. 127.

<sup>29</sup> Cfr. AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 398.

<sup>30</sup> La normativa relativa agli peggiorativi è volta a tutelare, da un serio pregiudizio, la stessa massa patrimoniale dell’ente che garantisce l’esistenza della persona giuridica e, quindi, il perseguimento delle proprie finalità.

narìa amministrazione; proprio siffatto presupposto rinvia, in generale, ad un ulteriore controllo di vigilanza da parte dell'Ordinario<sup>31</sup>, nel senso che se al momento dell'approvazione della personalità giuridica ex can. 114 lo statuto non delineasse la categoria degli atti che eccedono, in senso lato, l'amministrazione ordinaria, il Vescovo dovrebbe, anche in tal caso, rifiutare l'approvazione e procedere lui stesso alla definizione ai sensi del can. 1281 § 2<sup>32</sup>.

È utile soffermarsi su tale ingerenza; in effetti se per alcuni<sup>33</sup> essa non può che riferirsi alle persone giuridiche pubbliche sottoposte all'Ordinario, al contrario, si ritiene pienamente ammissibile la possibilità della sua applicazione anche agli enti privati che non abbiano specificato quali siano gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: tale intervento, oltre che rispondere all'esigenza di tutela del patrimonio stabile<sup>34</sup> ed essere strettamente connesso a quello di cui al can. 1295, è giustificato se si pensa al fatto che il § 2 del can. 1281 parla di 'persone soggette all'Ordinario', dovendosi ricomprendere nella suddetta espressione, in forza – ancora una volta – del significato dell'avverbio *expresse* di cui al can. 1257 § 2, le persone giuridiche private<sup>35</sup>.

Per di più l'ipotesi del rifiuto dell'approvazione vale non solo quando gli statuti nulla avessero previsto circa la determinazione degli

---

<sup>31</sup> Si tratta di un intervento di vigilanza sull'amministrazione dei beni in quanto la delimitazione nello statuto degli atti di straordinaria amministrazione in genere, mira, con la sottoposizione ai relativi controlli del superiore, a tutelare la situazione economica dell'ente.

<sup>32</sup> Così DE PAOLIS, V., *Quaestiones Miscellanea*, in *Periodica de re canonica*, 73 (1984), p. 458.

<sup>33</sup> PUNZI NICOLÒ, A. M., *Libertà* cit., p. 140: per l'autore, "[...] se si vuole trarre qualche conseguenza coerente dall'affermato carattere ecclesiastico che è proprio delle associazioni pubbliche", l'estensione dell'intervento di cui al can. 1281 § 2 anche agli enti privati non sarebbe possibile.

<sup>34</sup> La cui nozione, ricordo, va estesa anche per gli enti privati.

<sup>35</sup> Cfr. MAURO, T., *La disciplina delle persone giuridiche, le norme sui beni ecclesiastici e sul loro regime con riferimento all'ordinamento statale*, in *Monitor ecclesiasticus*, 109 (1984), p. 393 il quale ipotizza, addirittura, l'esclusiva applicazione del can. 1281 § 2 alle persone giuridiche private; del resto nell'*Istruzione* della CEI del 1 aprile 1992 si legge al n. 59 "*Determinazione degli altri atti di straordinaria amministrazione per le persone giuridiche soggette al Vescovo diocesano*", senza specificare se si tratti di persone giuridiche pubbliche o private, che "Il can. 1281 § 2 rinvia per l'individuazione di tali atti alle norme statuarie di ciascuna persona giuridica e, se queste tacciono in merito, alla determinazione fatta dal Vescovo diocesano con decreto generale per le persone giuridiche a lui soggette".

atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, ma altresì nel caso in cui la determinazione fosse contraria alla legislazione canonica: ad esempio, si pensi a quell'atto classificato come 'ordinaria amministrazione', quando invece il Vescovo, sulla base della valutazione della situazione patrimoniale complessiva, reputi che il negozio la possa danneggiare; addirittura, la modifica degli statuti sarebbe parimenti imposta quando il contrasto venisse a crearsi in ragione di quelle disposizioni emanate dal Vescovo successivamente all'approvazione ex can. 117<sup>36</sup> e, quindi, si potrebbe affermare, assunto ad esame il caso italiano e l'*Istruzione* della CEI del 1992, che se le determinazioni statuarie non fossero corrispondenti con quelle stabilite nel decreto generale emanato dal Vescovo ai sensi del can. 1281 § 2, pur in presenza di esplicite previsioni sugli atti di straordinaria amministrazione, essi dovrebbero essere modificati di conseguenza.

Logica conseguenza di quanto appena esposto è che la vera distinzione quantitativa, e non già qualitativa, tra persone giuridiche pubbliche e private (e che comunque – si ripete – è già sufficiente di per sé per ritenere poco opportuna, in astratto, la diversa denominazione dei beni in loro possesso), si realizza non in quella materia precipua del controllo sull'amministrazione dei beni temporali (eccezion fatta per determinati e pochi interventi definiti – come già detto – 'eccezioni allo *ius commune*' ex can. 1254 e ss.), ma in relazione agli altri ambiti espressione di una disciplina più rigorosa e che si identificano, richiamando – a tal proposito – lo stesso fenomeno associazionistico data la sua importanza per comprendere a pieno gli aspetti connessi alla personalità giuridica pubblica o privata, nelle seguenti facoltà: a parte il

---

<sup>36</sup> CENTURIONI, L., *L'amministrazione dei beni ecclesiastici: le competenze del vescovo diocesano*, Roma, 1996, p. 74. L'intervento dell'Ordinario ai sensi del can. 1281 § 2 in tema di fissazione negli statuti degli atti che eccedono l'amministrazione ordinaria, non può essere letto solo in chiave sussidiaria nel senso che ciò sarebbe ammesso solo quando gli statuti tacessero sul punto; in effetti, nonostante la redazione del can. 1281 § 2 "ha visto l'introduzione solo sussidiaria del Vescovo diocesano" va rilevato che "il ruolo del Vescovo prevale nei termini dello scopo di vigilanza" e, pertanto, egli potrebbe intervenire non solo nell'ipotesi di silenzio degli statuti, "ma anche nel silenzio di omissione di alcuni atti che si ritengono non sottoponibili a vigilanza. L'intervento del Vescovo tendenzialmente, dunque, amplia la casistica di attenzione ed in nulla è limitato dalla previa determinazione degli statuti delle persone giuridiche a lui soggette, le quali nel caso hanno normato per difetto". Addirittura, continua l'A., se dopo l'approvazione degli statuti, le clausole relative alla determinazione degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non fossero conformi a delle disposizioni successive del Vescovo, gli statuti dovrebbero essere modificati di conseguenza.

momento costitutivo, che per le associazioni pubbliche coincide con l'erezione in persona giuridica, si tratta della superiore direzione a contenuto non patrimoniale, da parte dell'autorità ecclesiastica ex can. 312 § 1, sulle attività dell'associazione (cfr. can. 315) tra cui la conferma o la nomina del moderatore (can. 317 § 1), l'eventuale insediamento di un commissario che diriga temporaneamente, a suo nome, l'associazione oppure la rimozione 'per giusta causa' del moderatore (can. 318) sempre che il provvedimento repressivo non avvenga in seguito ad una cattiva amministrazione dei beni (in tal caso si tratterebbe, infatti, di un controllo patrimoniale di tipo 'repressivo' costituente, in ogni caso, nella ricostruzione che qui si propone, una eccezione allo *ius commune*), il fatto che nelle associazioni pubbliche il moderatore non possa svolgere al contempo compiti direttivi nei partiti politici (can. 317 § 4), la disposizione secondo la quale non può essere membro di un'associazione pubblica colui che "pubblicamente ha abbandonato la fede cattolica, chi è venuto meno alla comunione ecclesiastica e chi è irretito da una scomunica inflitta o dichiarata" (can. 316 § 1)<sup>37</sup>, o, ancora, il can. 120 ove è stabilito che solo le associazioni private possono decidere lo scioglimento a norma dei propri statuti, mentre ciò non è possibile per un'associazione pubblica<sup>38</sup>.

Siffatto ordine di considerazioni, ossia la distinzione, in generale, più quantitativa che qualitativa circa l'intervento della gerarchia negli enti pubblici e in quelli privati, è valutato positivamente da Aznar Gil (l'altro indirizzo, circa la definizione di 'bene ecclesiastico', citato all'inizio), sebbene questi pare adottarlo altresì per gli specifici controlli di tipo patrimoniale; così, proprio perché non è possibile stabilire una netta separazione tra le persone giuridiche pubbliche e private trattandosi, soltanto di una diversa gradazione di una stessa ecclesiasticità, egli sostiene una nozione di ecclesiasticità in senso ampio "che si riferisce a qualsiasi bene temporale appartenente ad una persona giuridica ecclesiastica"<sup>39</sup>. Inoltre, l'autore, evidenzia anche un concetto di ecclesiasticità in senso

<sup>37</sup> Cfr. anche il § 2: "Coloro che, dopo essere stati legittimamente associati, vengono a trovarsi nel caso di cui al § 1, premessa un'ammonizione, siano dimessi dall'associazione, osservando gli statuti e salvo il diritto al ricorso all'autorità ecclesiastica di cui nel can. 312 § 1".

<sup>38</sup> V. BOTTA, R., *Persone giuridiche pubbliche e private nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Il dir. eccl.*, 95 (1985), p. 344; NAVARRO, L., *Diritto di associazione cit.*, p. 175-178.

<sup>39</sup> Così AZNAR GIL, F.R., *La administración cit.*, p. 53.

stretto o tecnico-patrimoniale con cui si indica non tanto l'«ecclesiasticità» collegata alla natura di persona giuridica canonica sottoposta alla giurisdizione dell'autorità ecclesiastica quanto, piuttosto, quella relativa a un regime patrimoniale specifico avente per oggetto solo alcuni dei beni «ecclesiastici», ossia quelli appartenenti alla persona giuridica pubblica<sup>40</sup>: in particolare, il regime tecnico-patrimoniale da ultimo descritto, sarebbe la regola scaturente dalle disposizioni di cui al Libro V considerato che, anche per Aznar Gil, i beni temporali delle persone giuridiche pubbliche sono beni ecclesiastici retti in primo luogo dalle norme del Libro V e in subordine dai propri statuti, mentre i beni temporali appartenenti a una persona giuridica privata, che non ricevono la qualifica tecnica di beni ecclesiastici, sarebbero disciplinati in genere, a tenore del can. 1257 § 2, dai propri statuti approvati dall'autorità ecclesiastica competente e, in subordine, dai canoni del Libro V solo quando *expresse aliud caveatur*<sup>41</sup>.

Non si condivide per due motivi, con riferimento al concetto di beni ecclesiastici in senso tecnico, l'opinione di Aznar Gil: uno di questi, riprendendo la critica fatta da De Paolis, ma solo per questo aspetto, si sostanzia nel fatto che la definizione di bene ecclesiastico in senso stretto – in opposizione al concetto di ecclesiasticità in senso ampio – non può essere del tutto svincolata dal riferimento alla natura dell'ente proprietario e dal collegamento con i fini ecclesiali, quasi ad indicare solo il regime concreto che li regola<sup>42</sup>; l'altro, invece, potrebbe essere rintracciato nella conclusione, che può dedursi dal pensiero dell'autore – e che si reputa non opportuna –, in base alla quale il regime tecnico-patrimoniale rappresenterebbe la regola scaturente dalle disposizioni di cui al Libro V. In effetti, relativamente a quest'ultima considerazione, se si analizza attentamente il contenuto delle norme appartenenti al diritto universale, è rilevabile l'esiguità di quelle applicabili esclusivamente alle persone giuridiche pubbliche, anzi, al contrario, si può dire che esse vengono ad attribuire la qualifica di specialità al regime patrimoniale delle persone giuridiche pubbliche, rispetto ad una disciplina di *ius commune* applicabile alla gestione dei beni e alle attività di tutte le persone giuridiche<sup>43</sup>: tali osservazioni

---

<sup>40</sup> In tal senso anche BOTTA, R., *Persone giuridiche pubbliche e private* cit., p. 346.

<sup>41</sup> AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 54-55.

<sup>42</sup> DE PAOLIS, V., *Nota sul significato di bene temporale* cit., p. 159.

<sup>43</sup> Cfr. BOTTA, R., *Persone giuridiche* cit., p. 348.

valgono non solo con riguardo alle disposizioni sulla vigilanza, ma anche se si pone l'attenzione su quelle norme che evidenziano un potere impositivo dell'autorità ecclesiastica (cfr. cann. 1263; 264) o semplicemente un potere di ordinaria amministrazione attribuito agli amministratori (cfr. can. 1284 § 2, nn. 1,2,3,4,5,6; 1285; 1286 nn. 1 e 2). Invero lo stesso Aznar Gil estende, per alcuni dei controlli inerenti all'attività di straordinaria amministrazione nonché con riferimento precipuo a determinate estrinsecazioni del potere amministrativo in senso stretto, le norme previste dal Libro V anche alle persone giuridiche private, ma, forse, proprio perché si parte dalla valutazione secondo cui il regime ex can. 1254-1310 è quello che costituisce la regola che deve applicarsi alle persone giuridiche pubbliche (cfr. can. 1257 § 1) e, comunque, qualificato solo in senso tecnico sulla base del riferimento alla regolamentazione concreta senza tener conto di quello relativo all'ecclesiasticità dell'ente, sembra che non venga dato il giusto peso all'ipotesi di un sostanziale regime patrimoniale comune attinente alla natura di persona giuridica ecclesiastica: potrebbe essere rilevata, in un certo senso, una 'anomalia' quando l'autore sostiene da una parte che il regime comune di cui al Libro V, che riguarda le persone giuridiche pubbliche, non dipende dall'ecclesiasticità dell'ente essendo, per l'appunto, fondato soltanto sulla disciplina concretamente applicabile, dall'altra che le sue eccezioni (cfr. can. 1281 § 1 e 1291 e ss.), applicabili altresì agli enti privati, si fondano sulla diretta considerazione della natura di persona giuridica (cfr. can. 1295) o, in generale, di associazione *in Ecclesia* di cui al can. 325 § 1<sup>44</sup>.

### **1.1. Il principio della normalità dei controlli e il modello del CCEO**

Contro tale impostazione fondata su di uno *ius commune* patrimoniale esteso a tutti gli enti personificati, potrebbe addursi che, se si ragionasse in tal modo, non verrebbe affatto rispettato il principio dell'autonomia privata e, quindi, anche patrimoniale, che si è voluto riconoscere, invece, con l'introduzione delle persone giuridiche private, anzi esso verrebbe negato<sup>45</sup>. A tal proposito va dapprima richiamata la

---

<sup>44</sup> Cfr. AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, pp. 397-398 e 427-431.

<sup>45</sup> BUENO SALINAS, *La noción* cit., p. 230. L'autore rileva che se si estendesse la portata del can. 1295 alle persone giuridiche private ciò significherebbe porsi in contrasto con lo spirito della nuova legislazione ispirata alla loro autonomia completa an-

reale motivazione che ha portato alla previsione di siffatte persone giuridiche canoniche. Essa consiste, essenzialmente, nella risposta all'esigenza di partecipazione e alla corresponsabilità dei fedeli alla missione della Chiesa sostenuta dal Vaticano II e trasfusa, in modo esplicito, nei cann. 208 del CIC e 18 del CCEO: in altri termini si può dire che la persona giuridica privata ha consentito di raggiungere i fini ecclesiali attraverso uno strumento più agile rispetto alla persona giuridica pubblica, contrariamente a quanto accadeva nel *codex* del 1917 ove la nozione di personalità giuridica veniva riservata solo alle persone morali, ossia gli organismi ufficiali della Chiesa o enti che collaboravano in maniera immediata con essa<sup>46</sup>.

Premesso ciò si ritiene che la suddetta rilevanza attribuita alla responsabilità privata dei fedeli, non può dirsi negata, in ambito patrimoniale, con l'estensione di un regime comune a quello delle persone giuridiche pubbliche (salvi, sempre, i pochi interventi che si applicano solo agli enti pubblici), giacché bisogna considerare che: *a*) è lo stesso can. 94 a stabilire, in generale, che gli statuti devono essere posti *ad*

---

che in campo patrimoniale; per questo motivo, continua l'autore, è importante evidenziare che i beni delle persone giuridiche private non sono 'ecclesiastici': essi sono disciplinati dai propri statuti e non, salve eccezioni esplicite, dalle disposizioni di cui al Libro V; cfr. PRIETO MARTINEZ, V., *Iniciativa privada* cit., p. 544.

<sup>46</sup> Circa l'esigenza di riforma del *codex* del 1917 alla luce degli insegnamenti conciliari del Vaticano II, soprattutto per quanto concerne la questione della personalità giuridica, v. LOMBARDIA, P., *Persona juridica en sentido lato y en sentido estricto* cit., p. 176-177: l'autore rileva, in base alla portata dei decreti conciliari *Presbyterorum ordinis* e *Apostolicam actuositatem*, che uno dei punti base in cui si avverte la maggiore necessità di revisione del codice pio-benedettino è quello della personalità giuridica e in particolare emergono due inconvenienti: in primo luogo, va rilevato che la personalità morale eminentemente pubblicistica, come si deduce dal codice, e con un regime dei beni strettamente legato alla struttura ufficiale della Chiesa, è incompatibile con la previsione delle associazioni basate sull'esercizio della responsabilità privata dei fedeli, tant'è che "il concilio ammette che insieme alle associazioni promosse dalla gerarchia per cooperare nei compiti propri di questa, esistano nella Chiesa associazioni promosse dai fedeli, che sebbene in casi eccezionali possano ricevere un mandato gerarchico per particolari questioni, avranno come principale e specifica finalità non quella di collaborare ai compiti gerarchici, ma di cooperare alla realizzazione di quelle attività che essendo proprie dei fedeli, possono essere realizzate senza alcun mandato gerarchico, in base al titolo – comune a tutti i fedeli – della recezione del battesimo"; in secondo luogo, il contrasto emerge in base alla considerazione che "il non riconoscere a entità che effettivamente operano nella vita della Chiesa, nessun tipo di personalità, le rende inermi per difendersi di fronte a un eventuale disconoscimento, da parte dell'autorità ecclesiastica, della sua naturalezza e della sua libertà".

*normam iuris*, “intendendosi un doveroso collegamento dell’autonomia del gruppo con l’autonomia del legislatore ecclesiastico umano (*ad normam iuris*) e, in ultima analisi, con la sovrana cogenza del diritto divino”<sup>47</sup>; *b*) va poi considerata la *ratio* degli interventi di controllo, da parte dell’autorità esterna, sulla gestione patrimoniale privata consistente nell’esigenza di tutelare il patrimonio stabile di ogni persona giuridica (pubblica e privata) e, quindi, in pratica, in quella di garantire che la stessa persona giuridica possa autonomamente sussistere ed operare in conformità ai fini stabiliti negli statuti *ex can.* 114 § 2.

In sintesi, in base alle suddette considerazioni, l’esistenza di un regime patrimoniale comune (soprattutto dal punto di vista della vigilanza) non sembrerebbe in contraddizione con lo spirito della previsione delle persone giuridiche private, giacché il garantire – tramite degli interventi specifici – che l’ente possa autonomamente sussistere e perseguire, così, gli scopi statuari (cfr. cann. 215; 298 § 1), non è altro che il rispetto della condizione imprescindibile affinché possa configurarsi la medesima autonomia privata la quale, come detto sopra al punto *a*), è riconosciuta esclusivamente entro i parametri generali fissati dal diritto comune.

Già sotto la vigenza del *codex* del 1917 si rilevava, a proposito dei controlli sull’amministrazione patrimoniale, come “il controllo non nega le autonomie degli enti ecclesiastici ma soltanto le limita [...]. Gli enti ecclesiastici minori hanno l’obbligo legale di operare pel soddisfacimento dei propri scopi. E gli istituti del controllo costituiscono la sanzione dell’obbligo di tali enti di osservare questa conformità. I controlli medesimi si esercitano nell’interesse della chiesa universale e in nome di essa perché i fini particolari sono anche i suoi fini universalmente”<sup>48</sup>; ora ciò può rafforzare l’opinione per cui tutti gli interventi di

<sup>47</sup> PUNZI NICOLÒ, A. M., *Libertà* cit., p. 85.

<sup>48</sup> FORCHIELLI, G., *Il diritto patrimoniale della Chiesa*, 1935, Padova, p. 260-262; v. anche CARON, P.G., *La natura giuridica dei controlli diocesani sull’amministrazione beneficiaria*, in *Il dir. eccl.*, 62 (1951), p. 995, per il quale “il controllo esercitato dagli organi diocesani sull’amministrazione dei benefici minori rappresenta la sanzione dell’obbligo degli enti della Chiesa di operare pel soddisfacimento dei propri scopi, i quali si riconducono sempre allo scopo supremo della *necessitas vel utilitas Ecclesiae*”; cfr. DE PAOLIS, V., *I beni temporali nel CIC*, in *Monitor Ecclesiastics*, 111 (1986), p. 27. L’autore rileva come il diritto ai beni venga rivendicato alla Chiesa cattolica intesa come “la comunità dei battezzati che trae origine da Cristo stesso, fatta dal fondatore depositaria dei mezzi di grazia e di salvezza e che sussiste in pienezza nella Chiesa cattolica, guidata dal Papa e dai vescovi in comunione con lui [...]. Si tratta di una Chiesa con una missione unica, gerarchicamente costituita sì, ma che comprende nel

tipo patrimoniale risultano semplicemente limitativi, in senso positivo, dell'autonomia patrimoniale (sia pubblica che privata), permettendo di tutelarla e di armonizzare gli specifici scopi ecclesiali di ciascun ente con la finalità ultima della Chiesa, ossia la *salus animarum*, e di cui ne costituiscono, più precisamente, gli strumenti concreti di realizzazione<sup>49</sup>. Ne segue, inoltre, tenuto presente quanto appena detto e l'estensione, che si sostiene nella ricostruzione qui prospettata, della maggior parte dei controlli di tipo patrimoniale di cui al Libro V agli enti privati, che potrebbe giustificarsi, ancora nel nuovo *codex*, l'affermazione del Forchielli quando egli rilevava, a proposito della qualifica di regola o eccezione attribuita ai controlli, la convenienza dell'adozione del 'principio della normalità' dei controlli nell'ordinamento canonico<sup>50</sup>.

Appurato che tutti gli interventi estesi alle persone giuridiche private (e al contempo agli enti pubblici) non negano la loro autonomia patrimoniale, viene da chiedersi ove sussista, realmente, il campo di azione patrimoniale più libero, rispetto agli enti pubblici, riferito a siffatti enti (benché piuttosto ristretto quanto alle fattispecie concrete in cui possa estrinsecarsi<sup>51</sup>), in connessione, in generale, con il principio conciliare del maggior rispetto della libertà di iniziativa privata circa il perseguimento dei fini della Chiesa; va ribadito, pure in questa ipote-

---

suo seno tutti i fedeli. Si tratta dunque di un diritto divino, derivante dal fondatore, di un fine unitario nella sua molteplicità, coestensivo alla stessa missione della Chiesa”.

<sup>49</sup> Cfr. COLELLA, P., *La rappresentanza giuridica degli enti ecclesiastici ed il valore dei controlli canonici nel diritto della Chiesa e nell'ordinamento italiano*, Napoli, 1961, p. 40. L'autore afferma, in relazione alla portata dell'espressione di cui al can. 100 § 3 del vecchio *codex* “*personae morales sive collegiales sive non collegiales minoribus aequiparantur*”, che i controlli canonici non vanno valutati alla stessa stregua degli istituti tutori del diritto privato. In effetti questi ultimi presuppongono l'assenza della capacità di volere da parte del minore tant'è che per questo motivo il controllo tutorio “limita o esclude la capacità di agire”; invece, il controllo canonico non si fonda su tale incapacità di volere delle *personae morales*, ma viene dettato esclusivamente per coordinare l'azione degli enti con il fine generale della Chiesa e quindi “se pure restringe l'autonomia dei soggetti, è evidente che tale limite non solo è esterno ed indiretto ma è tale da non intaccare l'autonomia stessa [...]”; a sostegno del coordinamento tra l'azione dei singoli enti e la Chiesa universale v. anche MOLTENI MASTAI FERRETTI G., *L'amministrazione dei benefici ecclesiastici*, Milano, 1974, p. 14.

<sup>50</sup> Cfr. FORCHIELLI, G., *Il diritto* cit., p. 262.

<sup>51</sup> Si è detto che la sfera d'azione più libera degli enti dotati di personalità giuridica privata rispetto a quelli ‘pubblici’, si realizza prevalentemente negli ambiti non patrimoniali e non già in quello a carattere strettamente economico (come vedremo tra poco, trattasi delle eccezioni allo *ius commune*).

si, per non fraintendere il significato della maggiore libertà loro riconosciuta, che si tratta, in ogni caso, di una più ampia libertà nella sfera patrimoniale dell'ente in relazione all'esonazione da interventi semplicemente limitativi (al fine di coordinare, ripeto, l'azione degli enti con i fini ecclesiali per cui essi sono stati costituiti e, quindi, l'azione della Chiesa universale) e mai opposti all'autonomia dell'ente stesso in modo di distruggerla<sup>52</sup>.

La risposta non può che essere quella, presi ad oggetto gli ambiti relativi all'attività di vigilanza, per cui la sfera di azione più libera si realizza nei casi nei quali il controllo è previsto esclusivamente, dalle norme codiciali, per le persone giuridiche pubbliche (in sostanza quelle che si definiscono eccezioni allo *ius commune* e che si caratterizzano per un controllo solo qualitativamente più intenso); pertanto, si pensi alla possibilità di intentare o resistere ad un'azione dinnanzi il tribunale civile senza che occorra ricorrere obbligatoriamente alla licenza scritta del proprio Ordinario (cfr. can. 1288), all'impossibilità per il Vescovo di procedere alla sostituzione degli amministratori negligenti oppure di sostituirsi lui stesso, per il tramite di propri rappresentanti, agli organi dell'ente inferiore in tutte le attività di ordinaria e straordinaria amministrazione (cfr. can. 1279 § 1), l'impossibilità, sempre per l'Ordinario, di poter opporsi, per il tramite del diniego della sua licenza ex can. 1267 § 2, al rifiuto dell'ente privato di non volere fare entrare nel suo patrimonio le offerte *maioris momenti*.

Penso che proprio il principio della 'normalità dei controlli', inteso nel significato sopra esposto, rappresenti il fondamento del sistema

---

<sup>52</sup> A proposito della regola della normalità dei controlli e degli interventi, anche al di là di quelli specifici di tipo patrimoniale, per quanto attiene il rapporto precipuo tra diocesi e Santa Sede v. CALVI, M., *La vigilanza del Romano Pontefice, Una limitazione alle attività delle Chiese locali?*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2000, p. 51 e 63. La potestà esecutiva di vigilanza che il Pontefice esercita nei confronti dell'amministrazione dell'ente-diocesi ex can. 333 § 1 non è destinata ad umiliare il ruolo del Vescovo o diminuire la legittima autonomia di ciascuna Chiesa particolare, quanto piuttosto a rafforzarne "la potestà propria, ordinaria, e immediata che i vescovi hanno sulle chiese particolari affidate alla loro cura", alla luce della portata di cui al can. 330 per il quale "come per volontà del Signore, San Pietro e gli altri Apostoli costituiscono un unico collegio, per analoga ragione il Romano Pontefice, successore di Pietro, ed i Vescovi, successori degli Apostoli, sono tra di loro congiunti"; la vigilanza da parte del Vescovo di Roma, dunque, diventa uno strumento che consente "una assunzione di corresponsabilità nei confronti degli atti di maggiore rilevanza posti dalle Chiese particolari o dai raggruppamenti di esse, dando a tali atti quel respiro di carattere universale che deve animare ogni chiesa particolare".

giuridico patrimoniale vigente a livello universale per l'intera Chiesa cattolica; sarebbe il CCEO ad averlo saputo meglio interpretare<sup>53</sup>. A prima vista sembrerebbe strano affermare ciò dato che se da un lato è vero che il can. 1009 § 2 sancisce che “tutti i beni appartenenti alle persone giuridiche sono ecclesiastici” – e quindi la denominazione di beni ecclesiastici si ricollegerebbe all'identico regime patrimoniale relativo a ciascuna persona giuridica ecclesiastica –, dall'altro è altrettanto vero che il codice orientale non ammette la distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private, come può benissimo leggersi nel can. 573 ove si afferma che “le associazioni erette dalla competente autorità ecclesiastica o dalla stessa approvate con decreto sono persone giuridiche nella Chiesa e sono chiamate associazioni pubbliche. Tutte le altre associazioni, anche se lodate o raccomandate dall'autorità ecclesiastica, sono chiamate associazioni private [...]”<sup>54</sup>: dunque, date queste particolari caratteristiche, il CCEO non potrebbe essere utilizzato come termine di raffronto per sostenere l'opportunità dell'aggettivo ‘ecclesiastico’ esteso anche ai beni delle persone giuridiche private di cui al CIC del 1983, e dal quale poi dedurre un ulteriore motivo a favore dell'ammissibilità di uno *ius commune* sancito dai can. 1254 e ss.

Invero, se dall'ottica della considerazione separata e contrapposta dei due codici, ci spostiamo in quella per cui i principi generali dell'ordinamento della Chiesa cattolica vanno ricavati da entrambi i codici, l'inutilizzabilità della soluzione adottata dal CCEO non sembra poi

---

<sup>53</sup> Se il principio della ‘normalità dei controlli’ per tutte le *personae iuridicae in Ecclesia* può essere ricondotto, per il CIC, al can. 94 § 1 ove è sancito che tutti gli statuti “vengono composti a norma del diritto”, per il *codex* orientale esso è ben più evidente ed immediato giacché è proprio il can. 582, relativamente alla materia patrimoniale, a prevedere espressamente, per tutte le associazioni fornite di personalità, che “l'associazione legittimamente eretta o approvata amministra i beni temporali a norma dei cann. 1007-1054 e degli statuti sotto la vigilanza dell'autorità che l'ha eretta o approvata, a cui ogni anno deve rendere il conto dell'amministrazione”.

<sup>54</sup> ABBAS, J., *The temporal goods of the church a comparative study of the eastern and latin codes of canon law*, in *Periodica de re canonica*, 83 (1994), p. 672. L'autore, proprio perché non esiste nel codice orientale la personalità giuridica privata, rileva che se nel codice latino i beni delle associazioni private ed erette in persona giuridica non sono beni ecclesiastici, al contrario non può porsi un parallelo nel codice orientale giacché “se vi è una questione riguardante una persona giuridica, il can. 1009 § 2 sancisce che i beni in suo possesso sono necessariamente ‘beni ecclesiastici’”; per un commento sul canone v. SALERNO, F., commento al can. 1009, in *Commento al Codice dei canoni delle Chiese orientali*, a cura di Mons. PIO VITO PINTO, Città del Vaticano, 2001, p. 847.

così certa, anzi, al contrario, essa consentirebbe di individuare uno dei principi di fondo del diritto patrimoniale a livello di tutti gli enti personificati. In tal senso, con il ricorrere di nuovo al fenomeno associazionistico, il can. 573 §<sup>55</sup> del CCEO sancisce che tutte le associazioni fornite di personalità sono ‘pubbliche’, e nel cui alveo sono da ricomprendere sia quelle ‘erette dalla competente autorità ecclesiastica’ sia quelle che, nate esclusivamente su impulso dei fedeli (quindi le uniche che possono dirsi ‘associazioni private’ fino a quando non interviene la personificazione), ottengono poi la personalità giuridica con il decreto formale di approvazione degli statuti; ora le associazioni appartenenti a quest’ultima categoria corrispondono, per finalità e per costituzione<sup>56</sup>, alle persone giuridiche private di cui al can. 116 § 2 del CIC,

<sup>55</sup> “§ 1 Le associazioni erette dalla competente autorità ecclesiastica o dalla stessa approvate con decreto sono persone giuridiche nella Chiesa e sono chiamate associazioni pubbliche. § 2 Tutte le altre associazioni, anche se lodate o raccomandate dall’autorità ecclesiastica, sono chiamate associazioni private; queste associazioni non sono riconosciute nella Chiesa, se i loro statuti non sono esaminati dalla competente autorità, per il resto poi sono regolate soltanto dal diritto particolare, fermo restando il can. 577”.

<sup>56</sup> Anch’esse, come le persone giuridiche private di cui al *codex* latino, non possono perseguire le finalità riservate alla gerarchia ex can. 574 del CCEO, tra l’altro del tutto corrispondenti a quelle di cui al can. 301 § 1 del CIC; l’analogia, inoltre, sussiste altresì con riguardo al momento costitutivo visto che sia per le associazioni che nel codice orientale sono testualmente indicate come quelle “approvate con decreto” che per quelle che nel *codex* latino sono dette ‘persone giuridiche private’ ex can. 116 § 2, il momento costitutivo (ossia quando possono dirsi esistenti in *Ecclesia*) è anteriore all’ottenimento della personalità e si fonda, in entrambi i casi, sul libero esercizio del diritto di associazione dei fedeli ex can. 18 del CCEO e 215 del CIC. In pratica, anche nel CCEO vi sono enti personificati il cui momento costitutivo risale esclusivamente alla libera iniziativa dei fedeli e che non possono perseguire fini riservati alla gerarchia, ed enti, invece, la cui costituzione giuridica coincide necessariamente e solo con l’erezione da parte dell’autorità gerarchica per determinati scopi perché agiscano a nome della Chiesa (in pratica corrispondenti alle associazioni pubbliche di cui al can. 301 § 1). Si afferma a tal proposito, in dottrina, relativamente alle due categorie di associazioni erette in persona giuridica ex can. 573, che “la prima è data dalle associazioni che sono costituite su impulso della competente autorità ecclesiastica, per fini determinati (can. 574) perché agiscano a nome della Chiesa e nel perseguimento della pubblica utilità. L’erezione avviene con decreto, previa approvazione degli statuti. La seconda è data dalle associazioni che nascono su impulso dei fedeli, nel libero esercizio del diritto ad essi riconosciuto dal can. 18. Esse sono giuridicamente costituite dall’accordo dei fedeli che le compongono ed ottengono la personalità giuridica grazie al decreto formale di approvazione degli statuti, posto dalla competente autorità ecclesiastica”: inoltre, a conferma del parallelo, per le associazioni della prima categoria “il diritto del fedele si esaurisce nella libertà di adesione o di recesso, per le associazioni costituite dalla libera iniziativa dei fedeli (abbiano o meno la personalità

mentre le altre (ossia quelle, sempre in base al dettato del canone, 'erette dalla competente autorità ecclesiastica') a quelle pubbliche di cui al § 1.

Ne discende, per effetto di siffatta coincidenza, che se tutte le associazioni dotate di personalità nel codice orientale sono soggette alla medesima disciplina di cui ai cann. 1007-1054 (cfr. can. 582) e i loro beni sono tutti definiti 'ecclesiastici', non vi sarebbero grossi ostacoli nell'applicare la stessa regola (a parte quelle che si sono chiamate eccezioni allo *ius commune* ex can. 1254-1310 del *codex* latino e rilevanti, ricordo, esclusivamente per gli enti pubblici) alla regolamentazione patrimoniale scaturente dal Libro V del CIC del 1983.

Ritengo che il codice orientale abbia saputo recepire più correttamente il principio della 'normalità dei controlli' per tutti gli enti personificati: in effetti non si può negare, sempre in base all'equiparazione suddetta, che nulla avrebbe impedito (avendo come modello, tra l'altro, il *codex* latino) di adottare nel can. 1009, ai fini della qualifica dei beni di quelle 'sue persone giuridiche' che, si è detto, sono corrispondenti per finalità e costituzione agli enti privati ex can. 116 § 2 del CIC, la stessa formulazione letterale riportata nel can. 1257 § 2 del CIC; inoltre, la suddetta migliore recezione risulta sostenibile anche alla luce della logica comune per cui, essendo il *codex* orientale posteriore a quello latino, si presume, da parte di esso, una maggiore attenzione e capacità di interpretazione della realtà ecclesiale. L'affermazione di Parlato, adottata in tale contesto, può forse ulteriormente suffragare il tentativo di *reductio ad unum* dal punto di vista dei principi fondamentali, in materia patrimoniale, che qui si sta cercando di fare: "L'ordinamento canonico non è dato infatti solo dal diritto della chiesa latina, ma anche da quello delle chiese orientali, è un ordinamento canonico ha due fonti normative primarie di diritto umano, il c.i.c. e il c.c.e.o., ciascuna con propria tradizione giuridica, con propri istituti, e i principi generali dell'ordinamento vanno ricavati oltre che dal diritto divino, positivo e naturale, anche da entrambi i codici"<sup>57</sup>.

In definitiva, alla luce di quanto appena detto ricorrendo anche al CCEO, non è poi così 'strano' propendere per un'unica nozione di

---

giuridica) quel diritto si estende anche alla libertà di promuovere nuove associazioni individuandone le finalità e plasmandone l'organizzazione interna, così come le modalità e i mezzi di azione" (DALLA TORRE, G., commento al can. 573, in *Commento al codice dei canoni delle Chiese orientali* cit., p. 452)

<sup>57</sup> PARLATO, V., *Le Chiese d'oriente tra storia e diritto*, Saggi, Torino, 2003, p. 38.

beni ecclesiastici indicativa di un regime comune patrimoniale applicabile a tutte le persone giuridiche<sup>58</sup>; anche in dottrina, da parte di taluno, sono state sollevate delle perplessità circa l'omissione della qualifica di beni ecclesiastici anche per quelli appartenenti alle persone giuridiche private (cfr. can. 1257 § 2), considerato, soprattutto, che se è vero che le persone giuridiche pubbliche agiscono a nome della gerarchia mentre quelle private *non agunt nominae Ecclesiae*, d'altro canto non può essere sottaciuto che le finalità dei beni degli enti privati sono le stesse di quelle dei beni degli enti pubblici (cfr. can. 114 § 2; 1254 § 2)<sup>59</sup>.

Una volta evidenziata la possibilità (non poi così anomala) di un regime patrimoniale comune sia per le persone giuridiche private che quelle pubbliche, ci si deve porre il seguente ed ulteriore interrogativo: come devono essere valutate, allora, quelle norme poche di cui al Libro V applicabili solo agli enti pubblici? Esse sarebbero delle eccezioni allo *ius commune* che trovano la propria giustificazione in ragione del controllo solo 'quantitativamente' più intenso esercitato dalla gerarchia; in pratica si potrebbe invertire la tradizionale concezione per cui a costituire l'eccezione al regime comune di cui al Libro V siano le norme estensibili alle persone giuridiche private, affermando, invece, che le vere eccezioni allo *ius commune* ex cann. 1254 e ss. (in pratica le disposizioni di cui ai can. 1273, 1288 e 1279) sono le disposizioni riferibili esclusivamente agli enti pubblici.

Addirittura in sede di approvazione degli statuti degli enti privati, nulla vieta all'Ordinario di procedere – in base ad una propria prudente valutazione discrezionale – all'approvazione (cfr. can. 117) solo se siano state inserite alcune delle disposizioni 'speciali' da ultimo citate e che si riferiscono soltanto alle persone giuridiche pubbliche: ad esempio, con il considerare uno dei canoni che si trovano al di fuori del Libro V ma che, tuttavia, ne integrano la disciplina patrimoniale

---

<sup>58</sup> Cfr. PRIETO, V., *Iniciativa privada y subjetividad jurídica*, Navarra, 1999, p. 163: l'autore rileva che "il regime delle persone giuridiche private, pur ammettendo la rilevanza dell'iniziativa privata (in modo particolare al momento della nascita degli enti e nella potestà statutaria), è fortemente limitato dalle istanze gerarchiche", e di cui uno degli esempi più evidenti è proprio l'ingerenza del principio autoritativo in ambito patrimoniale

<sup>59</sup> MOSTAZA RODRIGUEZ, A., *El nuevo derecho patrimonial de la Iglesia*, in *Estudios Eclesiásticos*, (58) 1983, p. 186.

ed evidenziano, al contempo, l'aspetto ora in esame<sup>60</sup>, il can. 123 prescrive, in caso di estinzione delle persone giuridiche pubbliche, che i beni passano alla persona giuridica immediatamente superiore; potrebbe accadere che la stessa regola, anzi è auspicabile che ciò accada di norma, spinga l'Ordinario a rifiutare l'approvazione se non sia stato indicato, in generale, il soggetto cui dovranno passare i beni anche nell'ipotesi di estinzione dell'ente privato<sup>61</sup>. Da quanto appena detto deriva la possibilità teorica, in presenza di particolari circostanze, di configurare, addirittura in sede di approvazione pena la mancata personificazione, un regime patrimoniale sostanzialmente simile a quello delle persone giuridiche pubbliche e quindi, ancora una volta, rileva l'inopportunità di una qualifica dei loro beni del tutto diversa per il tramite dell'utilizzo dell'espressione 'beni ecclesiali privati' o 'ecclesiali' o 'privati' in contrapposizione netta a quella di 'beni ecclesiastici'.

## **2. I beni delle associazioni non personificate ma dotate di *recognitio***

I beni delle associazioni private sprovviste di personalità giuridica non possono rientrare nel concetto di beni ecclesiastici sopra esposto<sup>62</sup>, in quanto l'intervento della gerarchia, sotto il profilo della precipua disciplina sull'amministrazione dei beni, è quantitativamente molto meno intenso tant'è che non raggiunge quella soglia minima che deriva dall'attribuzione della personalità giuridica, privata o pubblica, e al di sopra della quale è possibile configurare il 'regime comune' dei beni ecclesiastici: al riguardo è sintomatico che le norme di cui al Libro V relative ai controlli sull'amministrazione (ma anche a quelle, ripeto, attinenti al potere impositivo dell'autorità ecclesiastica competen-

---

<sup>60</sup> Ricordo che ancor oggi, sebbene la parte principale della trattazione relativa ai beni temporali si ritrovi nel Libro V, non si possono non tenere in considerazione dei canoni che rimangono al di fuori sparsi in altri Libri e che ne completano la regolamentazione.

<sup>61</sup> Cfr. AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 58; cfr. PERLASCA, A., *I beni delle persone giuridiche private cit.*, p. 392-393.

<sup>62</sup> Cfr. PUNZI NICOLÒ, A.M., *Libertà cit.*, p. 136. Tutte le realtà organizzate nella chiesa sono impegnate a perseguire il fine ultimo dell'ordinamento e pertanto "non si è mai di fronte ad una netta alternativa tra ciò che è ecclesiastico e ciò che non lo è, ma solo ad una diversa gradazione dell'ecclesiasticità, a seconda della diversa tipologia e quindi del diverso collegamento ai *munera hierarchica* dell'ente cui attività e beni fanno parte.

te o ai diritti-doveri degli amministratori) hanno quasi sempre per presupposto l'ottenimento della personalità giuridica<sup>63</sup>; in concreto, per individuare quali siano i controlli dell'autorità ecclesiastica competente su siffatte associazioni affinché i beni siano utilizzati per i fini dell'ente (cfr. can. 325 § 1), occorrerà il riferimento esclusivo allo statuto senza che per la predisposizione delle relative clausole statuarie sia determinante il vincolo del rispetto degli specifici interventi evidenziati dai cann. 1254 e ss.

Forse, se volessimo addivenire ad una loro qualifica, si potrebbe utilizzare quella semplice e diversa denominazione di beni 'ecclesiali' sostenuta dall'indirizzo dottrinale maggioritario prima sottoposto a critica e da esso applicata sia ai beni delle persone giuridiche private che a quelli delle associazioni non personificate purché *recognitae*: in altri termini, proprio perché per la definizione di beni ecclesiastici sopra esposta diventa rilevante, oltre il criterio fondato sul modo concreto di perseguire l'identico fine ecclesiale<sup>64</sup>, quell'elemento ulteriore che lo specifica costituito dalla natura di persona giuridica ecclesiastica ex can. 113 § 2, non si ritiene opportuno adottare la stessa qualifica anche per i beni delle associazioni non personificate<sup>65</sup>; viceversa, per esse, non fa sorgere problemi la valutazione, in via principale, dell'aspetto finalistico messo in risalto dalla 'dimensione ecclesiale' dei beni di cui risultano in possesso, con la conseguenza della sottoposizione alla vigilanza da parte dell'autorità competente ex can. 325 § 1, tra l'altro configurabile, a livello codiciale, solo è intervenuta la *recognitio* ex can. 299 § 3 sugli statuti delle stesse associazioni.

In effetti quest'ultimo requisito si spiega in quanto, sebbene l'eser-

<sup>63</sup> MARTIN DE AGAR, J. T., *Bienes temporales y misión de la Iglesia*, in *Manual de derecho canónico*, Pamplona, 1988, p. 701 e ss. L'autore rileva che il diritto patrimoniale canonico è essenzialmente un diritto delle persone giuridiche e non di quelle fisiche.

<sup>64</sup> Questo, si ricorda, si fonda sulla precipua natura dell'ente e quindi sul modo concreto attraverso il quale il medesimo fine ecclesiale viene perseguito e a cui corrisponde, inoltre, anche una diversa responsabilità delle azioni di fronte alla comunità ecclesiastica; ciò vale per tutte le associazioni in *Ecclesia* considerato che l'intervento della gerarchia ancorato al concreto modo di perseguire quel fine è presente in ogni associazione, seppure in modo più o meno intenso da un punto di vista quantitativo ma non qualitativamente diverso.

<sup>65</sup> Senza tale elemento ulteriore, sarebbe possibile, in astratto, anche per i beni delle associazioni non personificate purché *recognitae*, la loro qualifica di beni ecclesiastici perché l'intervento gerarchico si differenzia, si ripete, solo per grado quantitativo.

cizio del diritto di associazione faccia nascere già di per sé un associazione *in Ecclesia* che possiede tutti i requisiti intrinseci per la *recognitio*, è solo con quest'ultima che la *debita relatio* con l'autorità gerarchica ex can. 305, in riferimento a quella sua estrinsecazione che sono i controlli di tipo patrimoniale di cui al 325 § 1, diventa, in modo sicuro, effettiva; è interessante rilevare, a tal proposito, che con la *recognitio* l'autorità non solo prende ufficiale conoscenza dell'esistenza dell'associazione *in Ecclesia* ma verifica anche che sia stata tenuta presente, nello statuto, l'esigenza della predisposizione di quegli strumenti che permettono la realizzazione concreta del suo diritto di vigilanza sull'amministrazione sancito dal can. 325 § 1<sup>66</sup>.

Se si volesse sintetizzare, al termine delle riflessioni sopra fatte, la definizione da un lato di 'bene ecclesiastico' e, dall'altro, quella di 'bene ecclesiale', ne discende, per quanto concerne la prima, che essa si fonda essenzialmente sul modo concreto attraverso cui i medesimi fini ecclesiali di cui al can. 1254 § 2 vengono perseguiti e, quindi, sulla natura dell'ente, giacché non è irrilevante il fatto che essi possano venire adempiuti dai singoli fedeli consociati ex can. 310 o da una persona giuridica canonica<sup>67</sup>: siffatto ragionamento si riconduce, in ul-

---

<sup>66</sup> PERLASCA, A., *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma, 1997, p. 340; così anche MARTÍNEZ SISTACH, *Asociaciones publicas y privadas de laicos*, in *Ius canonicum*, 26 (1986) p. 174.

<sup>67</sup> Sull'importanza della specifica natura dell'ente e quindi del rilievo che ha, ai fini della definizione dei beni della Chiesa, il modo concreto attraverso cui gli stessi fini ecclesiali vengono perseguiti v. DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa* cit., p. 95 e ss., ove si legge che, nonostante l'autore propenda per la definizione tradizionale per la quale solo i beni delle persone giuridiche pubbliche sono ecclesiastici, "[...] mentre sui beni ecclesiastici la gerarchia dispone degli stessi beni, in quanto si tratta di fini perseguiti dalla stessa gerarchia, sia per la natura stessa dei fini sia per il modo di perseguire fini per sé comuni a tutti i fedeli, in ordine al bene comune della Chiesa, sugli altri beni la competente autorità della Chiesa ha una funzione di controllo e di vigilanza indiretta in quanto è garante del perseguimento degli stessi fini", ancora "gli stessi fini poi possono essere perseguiti in modo diverso, o singolarmente o in modo associato, come singolo fedele o come pastore responsabile della comunità ecclesiastica. Tutto questo non può avere ripercussioni anche all'interno dei beni temporali proprio in quanto questi sono al servizio dei fini ecclesiali. Pur essendo sempre al servizio dei fini, non è e non può essere giuridicamente irrilevante il fatto che tali fini sono perseguiti ufficialmente dai pastori della Chiesa, o direttamente e immediatamente, o indirettamente e mediatamente, o dall'attività dei singoli fedeli, sia singolarmente che in forma associata, che tali beni abbiano come soggetto di dominio le persone giuridiche pubbliche o private, o associazioni non erette in persona giuridica o persone fisiche".

tima analisi, alla portata del can. 208 secondo il quale vi è una sostanziale eguaglianza nella dignità e nell'azione di ogni *Christifidelis* all'edificazione del *Corpus Christi*, "anche se ciò non vuol dire che tutti i fedeli battezzati compiano le medesime azioni, in ordine alla realizzazione della Chiesa [...]"<sup>68</sup>; il riferimento diretto alla natura dell'ente e alla diversa responsabilità nei confronti della comunità ecclesiastica è strettamente connesso a un differente intervento 'patrimoniale' della gerarchia il quale, a seconda delle fattispecie, potrà essere, da un punto di vista quantitativo, più o meno incisivo, e che, ai fini della nozione di bene ecclesiastico che qui si è prospettata, deve raggiungere – si ribadisce – il livello quantitativo minimo scaturente dall'essere, l'ente, una persona giuridica canonica ex can. 114 § 1. Diversamente per i 'beni ecclesiali', la nozione si basa *in primis* sulla dimensione ecclesiale relativa a tutti i beni appartenenti ai gruppi associativi (siano o meno dotati di personalità giuridica), dato che l'esercizio del diritto naturale di associazione presuppone, sempre, il perseguimento di un fine ecclesiale (cfr. cann. 215; 298; 299) cui è connesso l'effetto della sottoposizione alla vigilanza da parte dell'autorità ecclesiastica; va osservato che tal genere di controllo attiene più che altro al fine che non al modo di agire dell'ente, e, quindi, alla sua precipua natura, tant'è che lo stesso canone 325 § 1 parla semplicemente di controllo sull'associazione privata per il perseguimento dei fini ecclesiali, indipendentemente dal fatto che essa sia personificata o meno.

In pratica la qualifica di bene ecclesiale e quella di bene ecclesiastico che qui si sostiene, discendono dall'applicazione di due criteri diversi di cui uno dà prevalenza al modo in cui quel medesimo fine ecclesiale è perseguito e all'implicazione quantitativa minima della gerarchia – valutata sotto il profilo della responsabilità sull'amministrazione – coincidente con il conferimento della personalità giuridica, l'altro, diversamente, si fonda sulla dimensione ecclesiale di tutti i beni appartenenti ai gruppi associativi indipendentemente dalla natura dell'ente stesso<sup>69</sup>; si può dire, a conferma della indipendenza dei due pa-

<sup>68</sup> PARLATO, V., *I diritti dei fedeli* cit., p. 34.

<sup>69</sup> Il fatto che abbia attribuito, nella mia ricostruzione, la qualifica di beni ecclesiastici solo ai beni delle persone giuridiche per le quali l'intervento della gerarchia assume un determinato livello quantitativo (sotto il profilo patrimoniale), porta a dover utilizzare, se si vuole giungere ad una definizione per i beni nei cui confronti non è previsto il suddetto intervento minimo, una qualifica fondata su parametri diversi, o quanto meno che attribuisce diversa importanza agli stessi criteri, come quella di 'beni ecclesiali'.

rametri (adottando l'espressione del De Paolis<sup>70</sup> ma con un significato diverso), che sebbene tutti i beni ecclesiastici siano dotati di una dimensione ecclesiale, non tutti quelli dotati di una dimensione ecclesiale sono ecclesiastici: quest'ultima eventualità, comunque, potrà realizzarsi, più correttamente, solo per i beni appartenenti alle associazioni private non personificate visto che, per quelle pubbliche, la loro costituzione coincide con l'erezione in persona giuridica pubblica.

### 3. *I beni dei singoli fedeli e delle associazioni prive di recognitio*

Una categoria di beni, che non è qualificabile né come ecclesiastici né come ecclesiali – perché assente sia il livello minimo della responsabilità di tipo patrimoniale della gerarchia che giustifica l'ecclesiasticità dei beni sia la *recognitio* ex can. 299 § 3 per la più semplice configurabilità della loro ecclesialità – è costituita dai beni aventi come soggetti di dominio le persone fisiche oppure le associazioni private non *recognitae*, i quali vanno considerati privati *tout court*<sup>71</sup> (o civili privati). Pertanto essi sono retti fundamentalmente dalla disciplina civilistica, tranne per alcune fattispecie in cui si può parlare di doveri giuridici-canonici anche per i fedeli proprietari e che, in ogni caso, non ne mutano la natura; potremmo considerare solo settori specifici come le tasse amministrative ex can. 1264 § 1 oppure quello del tributo straordinario ex can. 1263<sup>72</sup>, anche se entrambi i casi riguardano una parte assai limitata del patrimonio dei fedeli, e, addirittura, nell'ipotesi delle tasse, trattasi di un contributo avente al contempo natura obbligatoria e volontaria in quanto presuppone pur sempre una manifestazione della volontà del fedele diretta alla richiesta di un atto dell'amministrazione. Ancora, uno dei pochi casi in cui si assiste ad una competenza propriamente giuridico-canonica della Chiesa, è costituito

<sup>70</sup> DE PAOLIS, V., *I beni temporali* cit., pp. 87-88.

<sup>71</sup> SHOUPPE, J.P., *Elementi* cit., Milano, 1997, pp. 38-39; in tal senso, AZNAR GIL., F.R., *La administración* cit., p. 59 il quale afferma esplicitamente che la situazione dei beni di tali associazioni è simile a quella dei fedeli individuali, non distinguendo, tuttavia, la linea di demarcazione costituita dalla *recognitio*.

<sup>72</sup> Tale canone distingue due tipi di tributi diocesani, ossia quelli ordinari e quelli straordinari: i primi possono essere imposti dal Vescovo diocesano solo nei confronti delle persone giuridiche pubbliche su cui esercita la funzione di amministratore intermedio, mentre i secondi solo sugli altri soggetti, quindi i singoli fedeli nonché le persone giuridiche private, unicamente in caso di necessità e in quantità moderata.

dal regime delle *res sacrae* rientranti, ad esempio, nel patrimonio personale dei singoli fedeli: l'esempio più emblematico, per quanto concerne i luoghi sacri, è quello delle chiese (cfr. can. 1222 § 2)<sup>73</sup>, dalla cui disciplina emerge, sebbene non si possa parlare in tal caso né di beni ecclesiastici né di beni ecclesiali, che la titolarità privata risulta limitata in forza della dedizione al culto della chiesa. In particolare la possibilità della sua riduzione ad un uso profano è legata al decreto del Vescovo che può essere concesso in due ipotesi: *a*) una fa riferimento specifico ai requisiti strutturali dell'edificio, nel senso che la chiesa deve trovarsi in uno stato tale da non poter essere in alcun modo adibita al culto divino e non si possa nemmeno procedere alla sua riparazione per mancanza, il più delle volte, delle risorse economiche necessarie<sup>74</sup>; *b*) in tutte le altre eventualità in cui ricorrano delle 'altre gravi cause', sempre che vi sia il consenso del consiglio presbiterale, il consenso delle persone che rivendicano diritti su di essa e, infine, della riduzione non ne patisca in alcun modo il bene delle anime. Inoltre il Vescovo diocesano dovrà sempre tenere in considerazione, in entrambe le fattispecie, che l'uso profano non consista in uso indecoroso, quale, ad esempio, la riduzione dell'edificio ad un cinema o ristorante<sup>75</sup>. Ovviamente le stesse considerazioni valgono per le associa-

<sup>73</sup> Tale canone così sancisce: "§ 1 Se una chiesa non può in alcun modo essere adibita al culto divino, né è possibile restaurarla, il Vescovo diocesano potrà ridurla ad un uso profano non indecoroso. § 2 Quando altre gravi ragioni suggeriscono che una chiesa non sia più adibita al culto divino, il Vescovo diocesano, udito il consiglio presbiterale, può ridurla ad uso profano non indecoroso, con il consenso di quanto rivendicano legittimamente diritti su di essa e purché non ne patisca alcun danno il bene delle anime".

<sup>74</sup> Cfr. KRUCKOSKI, J., commento al can. 1222 in *Comentario cit.*, p. 1827. Il Vescovo, per emettere il decreto di riduzione ad un uso profano in tale ipotesi, non ha bisogno del consenso di alcun organo o persona, a differenza di quanto previsto nel secondo paragrafo dello stesso canone; tuttavia, è opportuno che il Vescovo, nei casi più complessi, senta l'opinione di esperti.

<sup>75</sup> Kruckoski rileva che in caso di vendita della Chiesa ridotta ad un uso profano occorre rispettare la normativa sulle alienazioni ex can. 1291-1294, senza, tuttavia, fare alcuna precisazione in merito alla natura giuridica del proprietario. Andrebbe precisato che non possibile fare rientrare tale normativa tra quelle particolari limitazioni che investono tutti i beni sacri indipendentemente dalla natura del soggetto proprietario proprio perché il can. 1222 parla solo di 'riduzione ad uso profano'. Pertanto, nell'ipotesi in cui si volesse procedere ad una vendita, se trattasi 'bene ecclesiastico' (proprietaria è una persona giuridica canonica, ad esempio un'associazione privata dotata di personalità) varrà quanto previsto dai cann. 1291 e ss., altrimenti se 'bene ecclesiale' è obbligatorio il riferimento a quanto sancito espressamente dallo statuto circa i

zioni fornite di personalità giuridica e che non abbiano ottenuto la *recognitio ex can. 299 § 3 e*, di conseguenza, la chiesa eventualmente in loro possesso, sarà sottoposta alle stesse limitazioni pur non qualificandosi, ripeto, né come bene ecclesiastico né come bene ecclesiale<sup>76</sup>.

Non rientrano, invece, nell'ambito dei pochi doveri strettamente giuridici-canonici che incombono anche ai fedeli sulla gestione dei propri beni, sempre – come si è visto – con un contenuto assai limitato, le disposizioni di cui ai cann. 222 § 1 e 1261 con le quali si ribadisce, con una portata più teologica che giuridica, il diritto-dovere dei fedeli di contribuire alle necessità della Chiesa<sup>77</sup>; caso diverso è, invece, quello che si realizza qualora il singolo fedele sia nominato fiduciario ex can. 1302 § 3, visto che costui ha l'obbligo di “informare l'Ordinario di questa fiducia, indicandogli tutti i beni anzidetti sia mobili sia immobili con gli oneri annessi”<sup>78</sup>.

In conclusione, dopo questa disamina circa le varie categorie dei beni temporali oggetto della gestione amministrativa patrimoniale ca-

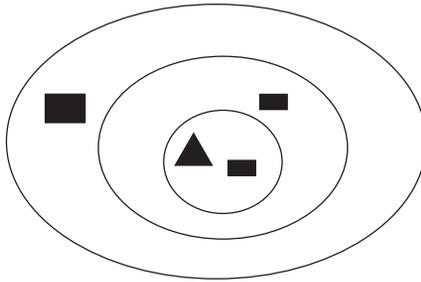
---

controlli dell'autorità ecclesiastica (cfr. KRUKOWSKI, J., commento al can. 1222, in *Commentario cit.*, p. 1828).

<sup>76</sup> Il fatto che il can. 1222 § 2 richiede, affinché il Vescovo possa emanare il decreto che riduce ad uso profano non indecoroso l'edificio sacro, il consenso “*eorum qui iura in eadem sibi legitime vindicent*”, è sintomatico di come proprietari dell'edificio possano essere anche i singoli fedeli o semplici associazioni. Quanto appena detto, inoltre, costituisce un indizio a favore dell'irrelevanza della necessità della proprietà dell'edificio sacro in capo all'erigendo ente-chiesa; più in dettaglio “considerando che l'ente chiesa è il soggetto che assicura i diritti dei fedeli riguardanti l'esercizio del culto in un determinato luogo, appare evidente che il diritto di proprietà sull'edificio sacro è di per sé la forma migliore e più efficace per garantire nel tempo la conservazione del luogo di culto; si può anche affermare che il diritto di proprietà in capo all'ente-chiesa è il caso di fatto più comune, non però che sia l'unica fattispecie possibile. L'Istruzione CEI del 1992 formula all'art. 92 le diverse ipotesi che si possono verificare al riguardo; e nell'art. 101 dichiara: ‘Nel caso che l'edificio di culto e i locali annessi non siano di proprietà dell'ente-chiesa si rende necessaria una convenzione tra il soggetto proprietario e l'ente-chiesa per la concessione in uso dell'edificio di culto e locali annessi, alle condizioni da determinarsi’ (CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici e per la promozione del sostegno economico alla Chiesa cattolica. Risposta al quesito circa la nozione giuridica di chiesa nell'ordinamento canonico*, 8 giugno 1998).

<sup>77</sup> SHOUPPE, J.P., *op. cit.*, p. 38.

<sup>78</sup> Un ulteriore intervento dell'autorità ecclesiastica sui beni dei singoli fedeli si realizzerebbe, *ratione finis*, nel caso delle messe binate o trinate (cfr.r. can. 951), ove il sacerdote, eccezion fatta per il giorno di Natale, trattiene per sé una sola offerta e consegna le altre per “le finalità stabilite dall'Ordinario”, cfr. PERLASCA, A., *I beni delle persone giuridiche private cit.*, p. 384.



- Beni ecclesiastici = beni delle persone giuridiche pubbliche e delle persone giuridiche private di cui una specie sono sempre le ▲ *res pretiosae* e, talvolta, le ■■ *res sacrae*
- Beni ecclesiali tout court = beni dei singoli privati o delle associazioni private prive di *recognitio* tra cui possono rientrarvi le ■■ *res sacrae*
- Beni privati "tout court" = beni delle associazioni private non personificate purché fornite di *recognitio* tra i quali possono rientrarvi le ■■ *res sacrae*

nonica, la figura geometrica dei cerchi concentrici è quella che meglio si presta per evidenziare la loro differente qualifica e, conseguentemente, la diversa soggezione alla potestà della chiesa più o meno intensa a seconda del carattere ecclesiastico, ecclesiale o meramente privato: al centro si collocheranno i beni ecclesiastici della persona giuridica pubblica e della persona giuridica privata, in quello più largo i beni ecclesiali di un'associazione di fedeli sprovvista di personalità giuridica ma *recognita*, per finire con quello ancora più esteso comprendente i beni privati *tout court* appartenenti sia ai semplici fedeli che alle associazioni non 'riconosciute'<sup>79</sup> ex can. 299 § 3. Tra l'altro i primi due cerchi concentrici rivelano in maniera immediata ciò che prima si è evidenziato, ossia che tutti i beni ecclesiastici sono ecclesiali, ma non tutti quelli ecclesiali (con riferimento precipuo a quelli appartenenti alle associazioni private non personificate) sono ecclesiastici.

<sup>79</sup> Circa l'utilizzazione di siffatto schema a cerchi concentrici cfr. ERDÖ, P., *Chiesa e beni temporali: i principi fondamentali del magistero del Concilio Vaticano II (cann. 1254-1256)*, in *I benitemporali della Chiesa* cit., p. 34; l'autore aggiunge che proprio la rappresentazione del diverso regime cui sono sottoposti i beni temporali, esprime in maniera immediata il principio di sussidiarietà più intenso man mano che si procede dal centro verso l'esterno, rilevante nel diritto patrimoniale canonico in genere, e in particolare nella gestione amministrativa dei beni.

#### 4. Le res sacrae e le res pretiosae

Avendo accennato, all'inizio del lavoro e, ora, a proposito dei beni dei privati definiti '*privati tout court*', alle *res sacrae*, è opportuno un breve accenno circa il loro regime amministrativo che, in analogia a quello delle *res pretiosae*, presenta delle particolarità. Innanzitutto il regime amministrativo per le *res sacrae*, a differenza di quello previsto per le *res pretiosae* che rimane fondato, in ogni caso, sulla disciplina comune scaturente dal Libro V, sarà quello delle persone giuridiche pubbliche o private (quindi 'ecclesiastici' comprese le eccezioni riferibili solo a quelle pubbliche), delle associazioni private prive di personalità giuridica purché *recognitae* (quindi 'ecclesiali') o delle singole persone fisiche o associazioni non 'riconosciute' (*privati tout court*), a seconda che facciano o meno parte del patrimonio di una o delle altre, e comunque caratterizzato da particolari limitazioni al diritto di proprietà<sup>80</sup>.

Le *res sacrae* consistono in quei beni, precisamente luoghi (chiese, oratori, cappelle private, santuari...) o cose (immagini, reliquie, altari...), il cui carattere sacro è da far risalire alla destinazione al culto divino realizzata per il tramite della dedicazione o benedizione liturgica<sup>81</sup>; in merito alla disciplina patrimoniale, si è già detto che questa

<sup>80</sup> V. AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 62. Non tutti i beni sacri sono ecclesiastici considerato che possono appartenere a persone distinte da quelle pubbliche ecclesiastiche o anche a privati, dovendo essere qualificati, in quest'ultimo caso, come laicali seppur sottoposti a particolari limitazioni; così anche PERLASCA, A., *Il concetto di bene ecclesiastico*, cit.; p. 206, per il quale "il concetto di *res sacra* resta autonomo rispetto a quello di *bona ecclesiastica*"; circa il valore dell'elemento spirituale v. DEL GIUDICE, V., *Nozioni di diritto canonico*, Milano, 1953, p. 241-242: nelle *res sacrae* ciò che è *extra commercium* è, in forza della consacrazione, l'elemento spirituale il quale, si può dire, non rientra nel diritto di proprietà limitato soltanto al valore economico della cosa; pertanto ne discende che, seppure "nulla vieta, in via generale, che una cosa passi, con i soliti modi di trasferimento del diritto di proprietà e con le formalità e autorizzazioni prescritte, da un patrimonio all'altro" occorre che "alla prestazione economica, o d'altra specie, di una parte, non corrisponda, come uno degli elementi della controprestazione, quello spirituale connesso alla cosa".

<sup>81</sup> Cfr. SHOUPPE, J.P., *Elementi* cit., p. 45. Si deve precisare, in forza del can. 1205, che la 'destinazione al culto divino' viene realizzata, in concreto, dalla "dedicazione o benedizione liturgica, che hanno in comune la sacralizzazione, ossia la perdita del carattere profano del bene"; inoltre, continua l'autore, la dedicazione (termine equivalente a quello di consacrazione), supponendo una destinazione stabile e permanente, è prevista solo per le chiese e gli altari, mentre la benedizione "riguarda gli oratori, le cappelle private o i luoghi sacri la cui destinazione al culto è temporanea";

dipende dalla natura del soggetto titolare anche se valgono, in virtù del loro specifico significato, delle precipue disposizioni volte ad assicurare la degna installazione, conservazione, utilizzazione, di cui sono un esempio i can. 1171<sup>82</sup> e 1205 e ss. ove è sancito un particolare obbligo di trattare con reverenza i beni in oggetto, tant'è che l'Ordinario dovrà controllare che essi non vengano utilizzati per usi impropri o profani, fino a poter revocare, in caso di abuso, la stessa dedicazione o la benedizione.

In merito alle *res pretiosae*, e più in particolare alla loro definizione, il can. 1497 § 2<sup>83</sup>, sotto la vigenza del *codex* del 1917, parlava di *notabilis valor* giustificandolo, poi, per ragione dell'arte, della storia o della materia. Anche nella legislazione attuale può rintracciarsi la stessa impostazione fondata su una pluralità di criteri e che emerge dai can. 1292 § 2, 1190, 1189: ne discende che sono cose preziose quei beni ecclesiastici che hanno un notevole valore per l'arte, la storia, la materia, o anche semplicemente per il culto e la venerazione rivolta loro. A conferma di come la definizione di 'bene prezioso' si incentri sulla pluralità di parametri extra-economici<sup>84</sup> testé citati, può osservarsi la portata del can. 1283 n. 2 il quale, relativamente all'inventario che deve essere redatto dagli amministratori all'inizio del loro incarico, fa riferimento, accanto ai beni preziosi, ai 'beni culturali' di cui ne costituiscono, più esattamente, una specie<sup>85</sup>.

---

circa la distinzione tra dedicazione e benedizione, in maniera più particolareggiata, CALVI, M., *L'edificio di culto, un luogo sacro? La definizione canonica di 'luogo sacro'*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 13 (2000), p. 229 e ss.

<sup>82</sup> Così il canone: "Le cose sacre, quelle cioè che sono state destinate al culto divino con la dedicazione o la benedizione, siano trattate con riverenza e non siano adoperate per usi profani o impropri, anche se sono in possesso di privati"; un'altra regola per tutelare tali beni la si ricava dal can. 1269, secondo il quale "le *res sacrae* appartenenti ad una persona giuridica pubblica non sono usucapibili da privati, ma soltanto da un'altra persona giuridica pubblica".

<sup>83</sup> Così il secondo paragrafo: "*Dicuntur sacra, quae consecratione vel benedictione ad divinum cultum destinata sunt; pretiosa, quibus notabilis valor sit, artis vel historiae vel materiae causa*".

<sup>84</sup> Il criterio puramente economico non è una *condicio sine qua non* ai fini della qualifica di bene prezioso anche se un valore economico è intrinseco per tutti i beni ecclesiastici proprio perché, come detto all'inizio del capitolo, si tratta comunque di beni temporali.

<sup>85</sup> MARTIN DE AGAR, *J.T.op. cit.*, p. 711. L'autore aggiunge che proprio in considerazione di tali ulteriori parametri, si possono valutare come beni preziosi i beni culturali di cui al can 1283, n.2, mettendo in secondo piano il valore economico intrinseco.

Circa il regime amministrativo, a differenza delle *res sacrae* che abbiamo rilevato poter essere considerate beni ecclesiastici solo se appartenenti a persone giuridiche, le *res pretiosae* costituiscono sempre una sottocategoria dei beni ecclesiastici proprio perché, se definite propriamente tali, non possono non rientrare nel patrimonio degli enti personificati<sup>86</sup>; la loro gestione, dunque, seguirà le regole del regime comune afferente tutte le persone giuridiche (salve le poche norme speciali che si applicano solo per le persone giuridiche pubbliche), integrata da disposizioni codiciali particolari come, ad esempio, il can. 1189 il quale prescrive che l'Ordinario, a proposito del restauro e trasferimento definitivo delle immagini preziose, deve dare una licenza scritta dopo aver consultato degli esperti giacché tali lavori potrebbero comprometterne il valore storico-artistico. Per di più se trattasi di 'beni culturali' si aggiungeranno le norme di diritto concordatario, tra cui l'art. 12 dell'Accordo del 1984 ove è previsto che "atti e provvedimenti amministrativi riguardanti i beni culturali d'interesse religioso siano concordati con l'autorità ecclesiastica, nell'ambito di una ampia collaborazione tra pubblica amministrazione e terzi interessati"<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. AZNAR GIL, F.R., *op. cit.*, p. 63. I beni preziosi costituiscono in ogni caso dei beni che risultano essere sotto l'autorità della Chiesa, o perché sono beni ecclesiastici in senso stretto o perché appartenenti a una persona giuridica privata; v. anche MOSTAZA RODRIGUEZ, A., *El nuevo derecho patrimonial* cit., p. 188.

<sup>87</sup> Circa la portata dell'art. 12 degli Accordi di Villa Madama v. PARLATO, V., *Tutela del patrimonio artistico delle confessioni acattoliche*, in *Studi Urbinati*, n. 45, 1992-93, Urbino, 1996, pp. 165-177 e PARLATO, V., *Tutela del patrimonio culturale delle confessioni religiose*, in *Temî di diritto ecclesiastico*, a cura di V. PARLATO, Urbino, 1998, p. 136; l'A. evidenzia come le nuove disposizioni del concordato non tolgono alla competenza statale la valutazione dell'interesse storico-artistico, ma attribuiscono alla confessione, oltre il mero interesse all'utilizzazione già riconosciuto dalla legge n. 1089 del 1939, anche quello alla loro tutela.

KLAUS VOLK

LECTIO MAGISTRALIS:  
PROLEGOMENA DI UNA PARTE GENERALE  
DEL DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

SOMMARIO

1. *Agire ed omettere*. 2. *Autoria e concorso*. 3. *Dolo e colpa*. 4. *Errore sul fatto ed errore sul diritto*. 5. *Giustificazione e scusa*. 6. Il "quarto livello". 7. *Il diritto processuale*. II. *Nuove categorie*. 1. *Competenza*. 2. *Delega*. 3. *Le decisioni collegiali*. 4. *Effetti cumulativi*. 5. *Decisioni in presenza di rischi*. *Consenso ed autorizzazione*. III *Prospettive*.

È un grande, inestimabile onore per me poterVi parlare in questa occasione. Qui, ad Urbino, sono stato più volte professore ospite. Qui ho trovato molti amici ed una mia seconda patria scientifica. Qui ho tenuto, in occasione di Convegni e Giornate di studio, relazioni in cui a volte ho riferito della situazione tedesca, altre volte, invece, ho anche sollecitato una discussione su nuove idee. Oggi mi sento particolarmente obbligato a mettere in scena una piccola *pièce*. È una *pièce* per la quale finora non vi è stata alcuna prova generale. Sono ben consapevole, quindi, che con questa nuova *pièce* posso fallire. Ma almeno, qui ad Urbino, mi sento sicuro che il pubblico non urlerà "Buuuh".

Vorrei parlare di qualcosa che non esiste ancora, cioè di una parte generale del diritto penale dell'economia. Le forme di pensiero tradizionali della nostra parte generale appaiono sempre meno adeguate ai casi che trattiamo riconducendoli al vago concetto sintetico di criminalità economica. Cercherò di mostrarlo attraverso tesi che, per necessità, posso motivare qui solo brevemente. In seguito, vorrei menzionare alcuni criteri specificamente economici, che dovremmo assimilare e sistematizzare all'interno della nostra dommatica.

Indaghiamo, dunque, innanzitutto intorno alle categorie ed ai criteri correnti dell'imputazione penale.

**1. *Agire ed omettere***

Questa distinzione non è importante. Soprattutto, non si può ritenere che, nel diritto penale dell'economia, da essa dipenda la punibilità o la non punibilità di una condotta; ed è anche giusto così.

In relazione alla responsabilità per prodotti difettosi, l'irrelevanza della distinzione è evidente. Che il prodotto difettoso sia difettoso e pericoloso perché qualcuno, nel corso del processo produttivo, ha fatto qualcosa di sbagliato, o perché qualcuno ha ommesso di intervenire contro errori di altri o del sistema, non è di alcun interesse per chi ha sofferto a causa del prodotto. Neppure il diritto penale può lasciare che la questione se si tratti di azione o di omissione decida dell'esistenza del reato. Altrimenti, quest'ultimo finirebbe col dipendere dall'organizzazione del sistema produttivo che venisse di volta in volta in considerazione, e quindi dal caso o dalle decisioni arbitrarie di chi dirige l'impresa. In questo settore, spesso la distinzione tra agire ed omettere all'interno di un sistema complesso è a mala pena possibile, e non è neppure necessaria<sup>1</sup>.

In rapporto alla distribuzione di prodotti difettosi le cose stanno in maniera un po' diversa. Qui si può distinguere chiaramente tra misure che mettono il prodotto sul mercato e misure che sono state omesse, e che avrebbero dovuto toglierlo dal mercato. La distinzione tra agire ed omettere è dunque molto semplice, ma per la punibilità della condotta è priva di qualsiasi rilievo. Infatti, nell'ipotesi dell'omissione non c'è da preoccuparsi in relazione alla sussistenza di un obbligo del garante: esso risiede sempre nell'agire precedente (la cosiddetta "Ingerenz").

Ad un secondo esempio dell'irrelevanza della distinzione tra agire ed omettere vorrei solo accennare, gettando incidentalmente uno sguardo sui reati contro il patrimonio. Possiamo osservare quasi in tutti i settori della tutela penale del patrimonio che non importa più se si sia data un'informazione falsa o si sia ommesso di chiarire errori. Molte fattispecie equiparano agire ed omettere<sup>2</sup>. In relazione agli obblighi di tenere informato un pubblico anonimo (per esempio nel mercato dei titoli di credito) non vi è alcuna differenza, e nei reati

---

<sup>1</sup> Ho esposto queste riflessioni più ampiamente in un contributo ad un convegno tenutosi a Napoli nel 1987. Esse sono pubblicate in *Festschrift für Tröndle*, Berlin-New York, 1989, p. 219 ss.; la traduzione italiana si trova in VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, ESI, 1998, p. 61 ss.

<sup>2</sup> In Germania, ciò avviene, ad esempio, nel settore della tutela degli investitori, del mercato dei capitali, della cura di patrimoni altrui (infedeltà patrimoniale), dei reati tributari, ecc.

che presuppongono un contatto individuale (come ad esempio la truffa) la posizione di garanzia consegue di regola al contatto stesso.

## 2. *Autoria e concorso*

Come sapete, in Germania abbiamo un sistema molto finemente differenziato, al cui interno le diverse forme dell'autoria vengono delimitate rispetto alla determinazione e alla complicità. Nel diritto penale dell'economia si delinea, peraltro, una chiara tendenza verso un modello unitario, indifferenziato di autoria<sup>3</sup>. La ragione di ciò risiede soprattutto nel fatto che alla base dei reati economici vengono posti beni giuridici superindividuali. Solo due esempi: la truffa nelle sovvenzioni è un'aggressione all'istituzione della sovvenzione, quale strumento del governo dell'economia, e nei reati di borsa è in gioco la funzionalità del mercato dei capitali. Ma se si tutelano istituzioni e funzioni *per se*, allora ogni contributo al fatto è un'aggressione all'esistenza dell'istituzione ed al funzionamento "indisturbato" di un sistema. Il bene giuridico livella i contributi al fatto. Così, quanto più si porta avanti l'astrazione dei beni giuridici e quanto più ci si allontana da concezioni individualistiche, tanto più diviene difficile – e, dal punto di vista del bene giuridico, sempre più privo di senso – tenere distinti dal "caso normale" di un'azione disfunzionale i casi meno gravi, di complicità. L'ambito di applicazione della complicità scompare. La maggior parte degli attori sono "determinanti" per il perturbamento del sistema o della funzione, ovvero, sono autori, coautori, autori mediati o determinatori.

## 3. *Dolo e colpa*

Il dolo eventuale è stato, storicamente, una costruzione volta a comprendere i casi in cui non si riusciva a provare il dolo diretto. Risultava significativo soprattutto nei reati di omicidio. Dei problemi che oggi abbiamo con questa forma del dolo sono responsabili soprattutto due linee evolutive. Da quando è scomparsa la *praesumptio doli* dobbiamo confrontarci molto più di prima con la distinzione tra concetto

---

<sup>3</sup> Ho illustrato questa tesi più dettagliatamente in *Festschrift für Roxin*.

e prova del dolo e con le difficoltà di una tale prova<sup>4</sup>. Inoltre, la forma di pensiero della generalizzazione, che sorregge la parte generale e che purtroppo ricorda anche la giurisprudenza dei concetti, ha fatto sì che si applicasse un concetto unitario di dolo eventuale a tutti i reati descritti nella parte speciale, senza preoccuparsi delle loro peculiarità. La dottrina tedesca si chiede soltanto se l'autore abbia intravisto il rischio di realizzare gli elementi di un reato. Non si chiede, invece, di che specie di rischio si tratti, e neppure di che specie di reato<sup>5</sup>. Essa tratta il rischio di presentare alle autorità tributarie una falsa dichiarazione fiscale esattamente allo stesso modo del rischio di una falsa dichiarazione al giudice, e non distingue, in rapporto ad "operazioni rischiose", tra un'operazione medica ed una di economia aziendale. Non distingue neppure tra un rischio che potrebbe riguardare chiunque (come ad esempio nel caso della vendita di pneumatici di automobili o di prodotti medicinali) o soltanto un determinato gruppo (come ad esempio gli azionisti di una S.P.A.) o un singolo (la controparte contrattuale).

#### **4. Errore sul fatto ed errore sul divieto**

Nell'errore sul divieto l'autore sa ciò che fa, ma ritiene erroneamente che non sia vietato. Nella forma di manifestazione dell'errore diretto sul divieto, egli non conosce la norma di divieto. Nell'errore indiretto è consapevole del divieto, ma crede erroneamente di essere assistito da una causa di giustificazione e perciò di non agire in modo illecito, ma conforme al diritto. Anche qui, le cose stanno, nel diritto penale comune, in maniera completamente diversa da quanto vale per il diritto penale dell'economia.

Nel diritto penale comune ci muoviamo intorno ai dieci comandamenti. Nessuno potrebbe discolparsi sostenendo di non sapere che non si può rubare. L'errore evitabile sul divieto è, in effetti, una causa solo facoltativa di diminuzione della pena. Nell'ambito corrispondente

---

<sup>4</sup> A ciò si aggiunge il fatto che non si riconosce più il *dolus ex re*; cfr. sul punto il mio contributo alla *Festschrift für Arthur Kaufmann*, pubblicato in italiano in VOLK (nota 1), p. 107 ss.

<sup>5</sup> Il BGH afferma, con giurisprudenza costante, che al cospetto del rischio di un'azione mortale vi sia una "soglia elevata di inibizione"; questa è l'unica differenziazione, per giunta estremamente dubbia, operata all'interno del dolo eventuale.

al cosiddetto nucleo (*Kern*) del diritto penale ogni errore diretto sul divieto è evitabile (conosco noti e seri avvocati penalisti che, allo scopo di evitare figuracce, pretendono dai loro collaboratori, soprattutto dai giovani, che si facciano autorizzare ogni singola proposizione in cui compare l'espressione "errore sul divieto").

Nel diritto penale dell'economia, che in gran parte è diritto penale complementare – ovvero diritto penale regolato al di fuori del codice penale – vi sono molte norme che quasi nessuno conosce. Nella nostra Repubblica iperregolata, la maggioranza delle condotte è punibile, o comunque almeno sanzionabile in quanto illecito amministrativo. Ma chi si muove per professione in determinati settori della vita di relazione deve necessariamente conoscere anche le relative norme. Il custode di un deposito di carburante non può appellarsi con successo all'ignoranza della legge sullo smaltimento di oli esausti. Anche qui, seppure per ragioni del tutto diverse, l'errore diretto sul divieto è una fata Morgana dei manuali.

Dell'errore indiretto sul divieto parlerò un po' più tardi. Per ora dobbiamo occuparci dell'ambito di applicazione dell'errore sul fatto. Esso è molto più ampio nel diritto penale dell'economia che nel diritto penale del cosiddetto nucleo. Ciò dipende dalla tecnica legislativa. Il diritto penale dell'economia è caratterizzato da rinvii e norme in bianco. Così, ad esempio, nella norma penale tedesca sull'evasione fiscale viene sancito che si rende punibile chiunque inganni su circostanze "rilevanti ai fini fiscali". Queste parole costituiscono un rinvio in bianco all'enorme settore del diritto tributario, che dichiara rilevanti ai fini fiscali numerose circostanze in numerose leggi. Che cosa deve accadere, allora, a colui che non conosceva una legge tributaria e perciò non sapeva che determinate circostanze fossero rilevanti a fini fiscali? Versa costui forse in un errore sul divieto, dal momento che non conosce la legge? Secondo l'opinione dominante in Germania, si tratta di un errore sul fatto, perché "la sussistenza di una pretesa fiscale" è un elemento della fattispecie dell'evasione fiscale. In tal modo, per un errore (diretto) sul divieto non residua, nel diritto penale complementare, alcun ambito di applicazione degno di nota. La tecnica del rinvio e della norma in bianco fa dell'errore sul divieto un errore sul fatto<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ciò non è espresso del tutto correttamente. Più precisamente, questa tecnica fa di un "errore di diritto", nel senso della teoria dell'errore del *Reichsgericht*, certo non

Se si vuol trarre da tutto ciò un bilancio schematico, allora si può dire che un errore su norme fondamentali è sempre errore sul divieto, mentre un errore su norme di rinvio dà luogo ad un errore sul divieto nel diritto penale del 'nucleo', mentre nel diritto penale complementare rileva come errore sul fatto. Questi errori saranno sempre evitabili. Il risultato è, dunque, che la cosiddetta *culpa iuris* nel diritto penale del 'nucleo' dà luogo ad una punizione a titolo di dolo, nel diritto penale complementare ad una punibilità a titolo di colpa. Si tratta di una differenza alquanto significativa: non di rado, è la differenza tra punibilità ed esenzione da pena.

### 5. Giustificazione e scusa

Le cause di giustificazione non giocano alcun ruolo nel diritto penale dell'economia. Non esiste una truffa commessa per legittima difesa. Certo, credo che la prassi proceda in maniera troppo rigoristica. Qualche volta, un'affermazione come quella: "Non ho provveduto a collocare dei filtri per l'aria, perché la mia azienda è in difficoltà e se l'avessi fatto avrei dovuto licenziare degli operai" potrebbe non essere una bugia o un futile pretesto. Quest'obiezione dello stato di necessità viene solitamente respinta, affermando che l'inquinamento atmosferico non è comunque un mezzo appropriato per conservare posti di lavoro<sup>7</sup>. La supposizione erronea di essere coperto da una causa di giustificazione, ovvero, l'errore indiretto sul divieto, non dà luogo all'esclusione del dolo, perché l'errore concerne sempre solo l'esistenza o i confini di una causa di giustificazione<sup>8</sup>.

Legittima difesa e stato di necessità, pur non essendo concepiti come diritti che servano soltanto alla difesa di interessi individuali esistenti, sono in realtà ridotti a tale ambito di applicazione. Per quanto concerne gli interessi economici dell'industria e del commercio

---

un "errore su circostanze di fatto" nel senso di quella risalente teoria, ma, tuttavia, un errore sul fatto (secondo la moderna teoria dell'errore).

<sup>7</sup> Peraltro, si tratta di un argomento difficilmente conciliabile con la politica ufficiale: anche il commercio internazionale, da parte delle autorità governative, di quote di inquinamento atmosferico non è altro che una politica industriale e del mercato del lavoro.

<sup>8</sup> Detto diversamente: se le condizioni supposte erroneamente fossero vere si tratterebbe di una causa di giustificazione.

ed altri beni giuridici sociali superindividuali, lo Stato si è riservato il monopolio del richiamo a tali diritti di necessità; esso è precluso, invece, all'economia ed alle imprese.

In relazione alle scusanti, manca del tutto il consenso sociale. Nessuno deve potersi appellare a situazioni psichiche eccezionali. Non di rado ho avuto esperienza diretta di assistiti, in rapporto ai quali mi sono domandato in silenzio se i loro atteggiamenti potessero considerarsi ancora come le nevrosi di uomini di successo o avessero già la consistenza di una malattia. Perché, ad esempio, la dipendenza dal successo non dovrebbe poter costituire una dipendenza anche dal punto di vista psichiatrico? Eppure, se qualcuno presentasse la richiesta di mandare in una clinica neurologica l'autore di reati economici per una perizia psichiatrica, correrebbe il rischio di finirci lui.

## 6. Il "quarto livello"

Al di là di tipicità, antigiridicità e colpevolezza troviamo le cause sopravvenute di esclusione della pena ed altre figure giuridiche sul cui inquadramento dommatico predominano i contrasti. Alcune di esse appartengono, probabilmente, ad una di quelle tre categorie della teoria generale del reato, altre esprimono considerazioni politico-criminali, ed una terza specie assegna a finalità extrapenali un rango prioritario rispetto alla giustizia penale<sup>9</sup>. Solo quest'ultimo gruppo svolge un ruolo significativo nel diritto penale dell'economia. In rapporto ad esso, l'autore e lo Stato quale vittima sono eccezionalmente concordi nei loro intenti: è in gioco il denaro. L'autodenuncia del diritto penale tributario non si può vedere come un'ulteriore manifestazione delle ragioni politico-criminali che legittimano la rinuncia alla pena in presenza di un recesso o di un ravvedimento operoso. Piuttosto, la si potrebbe definire un'amnistia a pagamento. E le cose non stanno diversamente in relazione al pagamento tardivo di contributi all'assicurazione sociale (§ 266 a StGB).

Il recesso dal tentativo non svolge quasi alcun ruolo nel diritto penale dell'economia, perché la maggior parte dei reati economici si consumano così presto che vi è a mala pena tempo per recedere. Il

---

<sup>9</sup> Fondamentale ROXIN, *AT*, III ed., § 23.

legislatore ha anticipato drasticamente, in vasti settori, il momento consumativo ad atti prodromici rispetto al danno per il bene giuridico, creando reati di pericolo. Perciò, ha previsto in rapporto ad essi delle possibilità di procurarsi successivamente un'esenzione da pena. Esse servono, come ho accennato, agli interessi di politica fiscale dello Stato. Recentemente, a ciò si è aggiunto un ulteriore interesse: ad esempio, chi ha commesso un fatto di riciclaggio può procurarsi un'esenzione da pena denunciando altri autori di riciclaggio<sup>10</sup>. Discipline di questo tipo venivano occultate, con maggiore o minore pudore, introducendole in leggi speciali, quali discipline premiali per la collaborazione processuale. Ora esse si trovano nel codice penale. Non c'è da meravigliarsi: anche qui è in gioco, in definitiva, ancora una volta il denaro.

## **7. Il diritto processuale**

A questo punto abbiamo ispezionato la teoria generale del reato a tutti i suoi livelli. Secondo la concezione tradizionale, se andassimo oltre dovremmo abbandonare il settore del diritto sostanziale ed entrare nel campo del diritto processuale. Non vorrei farlo qui, per quanto ne sia tentato. In effetti, nel diritto processuale esistono, in particolare per i reati economici, diverse strategie di soluzione di conflitti e di estinzione del procedimento che tendono ad una decriminalizzazione ed hanno efficacia di cause di esenzione da pena. Accontentiamoci di questo sguardo al di là del confine con il diritto processuale e torniamo alla dommatica della parte generale.

## **II. Nuove categorie**

Vorrei ora prendere in considerazione alcuni *topoi* del pensiero imprenditoriale ed interrogarmi sul loro significato per il diritto penale.

---

<sup>10</sup> § 261 co. 10 StGB.

## 1. Competenza

I pubblici ministeri, all'inizio delle loro indagini, si fanno consegnare, per prima cosa, un organigramma dell'impresa e cercano coloro che potrebbero essere competenti in rapporto all'accadimento concreto. Specularmente, molti potenziali imputati cercano di difendersi eccependo di non essere competenti in materia, o, comunque, di non essersene occupati. Chi era competente, fa meglio a non difendersi sostenendo di non aver fatto alcunché, ma di aver soltanto omissso qualcosa; neppure i pubblici ministero pongono domande al riguardo. Chi era competente, non prende neppure in considerazione l'idea di difendersi affermando di non poter essere l'autore, ma solo un determinante o un complice.

Certo, il giudice tende a far coincidere la responsabilità penale con la competenza all'interno dell'azienda. Questo è sbagliato. Ma è vero, invece, che le distinzioni tra agire ed omettere e tra le diverse forme di concorso non giocano alcun ruolo, o solo un ruolo secondario.

Peraltro, il diritto penale, seppure in premessa segua il criterio della distribuzione delle competenze così come è effettuata all'interno dell'impresa, alla fin fine, invece, lo supera. Nel diritto societario vige, infatti, il principio secondo cui in situazioni eccezionali di crisi, in cui è coinvolta l'intera impresa, la direzione aziendale è competente nel suo insieme e per tutto<sup>11</sup>. L'imputazione penale concerne, di regola, siffatte situazioni di crisi.

## 2. Delega

Chi delega un compito, mantiene la relativa competenza. Colui a cui il compito è stato trasferito può rendersi anch'egli punibile mediante il suo adempimento. Dunque, la delega non esenta da responsabilità, bensì crea soltanto un nuovo rischio penale. La punibilità del collaboratore subordinato non può cogliersi esattamente impiegando le categorie tradizionali. Chi consegna al suo capo una bozza di delibera, al cui interno elabora delle nuove idee stupende, che però, purtroppo,

---

<sup>11</sup> Si tratta del principio della responsabilità generale e della competenza globale della direzione aziendale, cfr. BGHSt 37, 106 (124), che riguarda il cosiddetto caso dello "spray per pelli".

sono un po' criminali, dovrebbe essere propriamente trattato quale determinatore. Certamente, ciò non sarebbe per nulla piacevole per il capo, che ha presentato le nuove idee come sue. Anche il pubblico ministero si orienterà più alla competenza decisionale che all'origine del relativo contenuto, e tratterà chi ha consegnato la bozza non come causa prima, ma come figura marginale.

Il bilancio dei punti relativi a competenza e delega è, quindi, che nel diritto penale dell'economia bisogna far riferimento alle strutture organizzative, normativamente regolate, dell'iscrizione di responsabilità e non ci si può, invece, orientare in base a chi di fatto aveva nelle mani l'accadimento. La considerazione della situazione di fatto è appropriata soltanto eccezionalmente, come accade anche nel diritto societario, e cioè quando un uomo di potere ha fatto saltare le strutture giuridiche.

### ***3. Le decisioni collegiali***

In alcuni recenti lavori, queste decisioni sono state analizzate accuratamente alla stregua dei criteri classici dell'autoria e del concorso<sup>12</sup>. Se si modificano e modernizzano un po' quei criteri, essi mantengono del tutto la loro capacità di prestazione. I risultati non sono sorprendenti. Sullo stesso livello decisionale, quindi in presenza di una distribuzione orizzontale di competenze e responsabilità, troviamo soltanto autori. Per quanto concerne la distribuzione verticale, vengono in mente i giochi d'acqua di Villa D'Este: il potere scorre da livello a livello, generando cascate di autoria mediata. La possibilità di profilarsi quale mera figura ornamentale marginale, ovvero come complice, sussiste, ma è esigua. Conseguire questi semplici risultati presuppone, in Germania, un notevole sforzo intellettuale e comporta per lo più dei grandi mal di testa. Ma qui, in un Paese dove vige un modello unitario del concorso di persone, non posso aspettarmi alcuna compassione al riguardo. Meglio parlare allora del prossimo punto.

---

<sup>12</sup> Cfr. soprattutto KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München (C.H. Beck), 2001.

#### 4. Effetti cumulativi

Il mondo dell'economia vive di effetti sinergici e cumulativi (o almeno, vive dell'asserzione di volerli conseguire). Essi rivestono un ruolo anche nel diritto penale dell'economia. Mentre nei manuali, dal XIX secolo, due nipoti sono occupati a somministrare indipendentemente l'uno dall'altro al loro comune zio ricco una dose di veleno di per sé insufficiente, nella vita reale sono due imprese ad immettere le loro quantità, di per sé ancora tollerabili, di acque di scarico tossiche in uno stesso fiume, determinandone la morte biologica. Si tratta di un classico problema di causalità in forma moderna.

Un problema moderno di causalità, che mette in crisi il concetto classico di causalità, si pone in tutte le ipotesi in cui si ritiene che un prodotto complesso sia causale, ma nessuna delle sue componenti è collegata all'evento da una legge naturale. In Germania, è stato così nel caso dello *spray* per pelli (qualcosa all'interno del contenitore dello *spray* doveva essere tossico) e nel caso della vernice protettiva per il legno (c'era una sostanza tossica contenuta nella lacca, ma nessuno sa quali siano gli effetti di tali sostanze tossiche se assunte in piccolissime dosi per molto tempo). In tali casi, la Corte suprema federale ha ritenuto sufficiente, ai fini della causalità, che altre plausibili cause fossero escluse. Ciò finisce per far sì che all'esattezza delle scienze naturali si sostituisca la probabilità statistica<sup>13</sup>.

Chi ha aperto il vaso di Pandora non deve poter affermare di non aver saputo esattamente cosa vi fosse dentro, perché sventure, questo si sa, ne porta sempre.

Avevo promesso, è vero, di non cedere al mio *hobby* e di non indagare sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale. Ma spero che mi perdonerete se vengo per un momento meno alla parola. Ha poco senso pretendere nel diritto sostanziale l'assoluta sicurezza del nesso tra A e B ed accontentarsi, invece, nel diritto processuale, in rapporto allo stesso nesso, di un'alta probabilità, per supposte ragioni specifica-

---

<sup>13</sup> Cfr. VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, in *NStZ* 1996, p. 105 ss.; trad. it. in VOLK (nota 1), p. 85 ss. A questa mutazione della condizione *sine qua non* in mera probabilità avrei potuto far riferimento già in relazione alle decisioni collegiali. Infatti, è difficile spiegare l'efficienza causale della condotta individuale, all'interno dell'organo collegiale, in rapporto all'evento verificatosi.

mente processuali. Non trovo, dunque, scioccante che l'era del dogma della condizione conforme a leggi si stia concludendo. Forse, per illustrare questi rapporti tra definizione concettuale e prova nel processo, posso fare riferimento al diritto americano. In quel sistema, in molti casi il problema della causalità viene visto come questione di fatto e perciò viene rimesso alla decisione della giuria, cioè a dodici giudici laici. Questo è naturalmente un esempio estremo, tratto dalla terra della libertà e dell'avventura. Quello che intendo dire posso illustrarlo meglio attraverso confronti europei. L'elemento pragmatico può comparire già nel concetto; non c'è bisogno di rinviarne l'emersione al processo. Ciò corrisponde alla tradizione della vecchia Europa fino alla fine del XIX secolo, anche nei Paesi dell'Europa continentale dello *ius commune*, e rivivificarla significa fare qualcosa in direzione dell'unificazione del diritto penale europeo.

### 5. Decisioni in presenza di rischi

Gli imprenditori si mostrano volentieri come propensi al rischio. Se la cosa è andata bene, si è orgogliosi del successo conseguito. Se è andata storta, si afferma, *a posteriori*, di non esser stati così propensi a rischiare; in tal caso, si sostiene che purtroppo è successo, nonostante ogni attenzione e cautela. Il rischio non era stato affatto intravisto, e men che mai accettato. Di dolo diretto non si potrebbe comunque parlare. Solo eventi positivi vengono presi di mira; eventi negativi non si prendono mai di mira.

Questa retorica delle direzioni aziendali ha un nucleo di verità. Effettivamente, le decisioni vengono prese spesso dopo analisi molto attente dei rischi. Ebbene, come procede il diritto penale con un'imprenditore che si espone ad un alto rischio di conseguenze lesive – più del 50 % – perché l'utile atteso è sproporzionatamente più alto del danno che eventualmente si dovrà sopportare? Secondo l'opinione corrente, lui si dovrà rimproverare di aver agito con dolo eventuale, perché il pericolo dell'esito infausto dell'azione era maggiore rispetto alla *chance* di successo, cosicché evidentemente il possibile danno era stato accettato, letteralmente "calcolato", e non si sarebbe potuto confidare in un esito positivo. Ma argomenti di questo tipo vanno bene quando si lotta con armi da punta o da taglio, non quando si lotta per denaro e potere.

Quello che ancora manca è un confronto tra i criteri che sono stati elaborati nell'ambito della teoria delle decisioni dell'economia aziendale, soprattutto in rapporto alle decisioni in presenza di rischi, ed i nostri criteri penalistici in tema di dolo. In effetti, con il concetto di dolo eventuale non cerchiamo di afferrare nient'altro che un elemento della decisione contro il diritto<sup>14</sup>.

## 6. *Consenso ed autorizzazione*

Dicevo in precedenza che le cause di giustificazione classiche sono quasi prive di significato nel diritto penale dell'economia. A questo punto devo, se non ridimensionare l'affermazione, almeno integrarla. L'approvazione di colui che è legittimato a disporre esclude, in materia di tutela penale del patrimonio, il danno o la contrarietà della condotta all'obbligo<sup>15</sup>. Il consenso, dunque, non elimina solo l'antigiuridicità, ma ancor prima la tipicità<sup>16</sup>.

L'autorizzazione dell'autorità è una causa di giustificazione che dal punto di vista pratico rileva soltanto in rapporto alla criminalità economica, soprattutto ai reati contro l'ambiente. Dietro quella figura giuridica si nascondono molti problemi di fondo. Essa concede rango prioritario alle autorità amministrative, vincolando il diritto penale al diritto amministrativo. Da una parte, il diritto penale non può fissare autonomamente i parametri dell'agire conforme alle esigenze ambientali, dall'altra, però, in virtù di tale carattere accessorio, vengono criminalizzate anche condotte il cui contenuto d'illecito consiste solo nel fatto di aver agito in contrasto con l'apparato di controllo delle autorità amministrative. Come deve valutare, il diritto penale, una condotta che era conforme ai requisiti richiesti per l'autorizzazione, ma nel caso concreto non era autorizzata? Come vanno risolti i conflitti che sorgono dalla circostanza per cui le autorità amministrative possono reagire in modo flessibile, secondo il principio di opportunità, mentre gli organi deputati all'esercizio dell'azione penale sono obbligati ad

---

<sup>14</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, § 12, Rn. 21 ss.

<sup>15</sup> Ciò vale corrispondentemente anche per l'autorizzazione da parte della pubblica autorità nei delitti di corruzione.

<sup>16</sup> Cosa che molti sostengono, in rapporto al consenso, in maniera generalizzata, cfr. per es. ROXIN, *AT*, § 13, Rn. 11 ss.

agire? Conflitti teleologici di questo tipo non emergono altrove, nella parte generale del diritto penale. Essi possono essere compresi solo all'interno di una teoria del reato che, andando oltre le categorie tradizionali della parte generale, includa anche elementi di politica del diritto processuale; l'alternativa è rimettersi al pragmatismo non regolato del diritto processuale.

### ***III. Prospettive***

Ho enumerato alcuni *topoi* di un pensiero orientato specificamente in senso economico, che attraversano in modo per così dire "obliquo" le nostre categorie consuete. Non si tratta di far sì che il diritto penale venga ricondotto al modo di pensare ed alle forme dell'agire economico, o che addirittura si sottometta ad entrambi. Piuttosto, è necessario che vengano elaborati criteri penalistici che siano in grado di cogliere adeguatamente i modelli di condotta e i processi decisionali del mondo dell'economia; questo significherebbe rendere applicabili la dottrina del diritto penale e i suoi fondamenti politico-criminali a quelle strutture del reale.



