

ANNO LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *La prevenzione dei conflitti nell'impegno della Cooperazione Internazionale Organizzata*, 133

ENRICO GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, 167

FERNANDO M. MACHADO PELLONI E M. SOLEDAD PENNISE IANTORNO, *En la búsqueda de un modelo adaptado de competencia para la corte suprema de justicia de la nacion*, 215

SIMON LUCA MORSIANI, *Recenti linee evolutive della conflittualità tra autonomie regionali e Stato nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 233

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, 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 LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

ANNA MARIA DEL VECCHIO

LA PREVENZIONE DEI CONFLITTI
NELL'IMPEGNO DELLA COOPERAZIONE
INTERNAZIONALE ORGANIZZATA

SOMMARIO

1. *Considerazioni introduttive circa l'evoluzione storica che ha portato all'affermazione di idee pacifiste. I 14 punti di Wilson. La limitazione dell'uso della forza nel Patto della Società delle Nazioni.* 2. *La realtà della guerra e la difficoltà di contenerne le manifestazioni. L'art. 11 della Costituzione italiana. Le previsioni contenute nella Carta dell'ONU.* 3. *La diplomazia preventiva nella definizione teorica e in alcune espressioni della pratica; i casi della ex Jugoslavia e dell'ex URSS. L'impegno della cooperazione internazionale organizzata in tali contesti.* 4. *Il ruolo della CSCE/OSCE nella diplomazia preventiva. Possibilità e limiti d'azione.* 5. *Le misure atte a rafforzare la fiducia e la sicurezza nell'evoluzione successiva. La Carta per la sicurezza europea.* 6. *Le "Forze di Pace" istituite nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Le operazioni di "peace building".* 7. *Gli accordi di Dayton per la Bosnia-Erzegovina. Il ruolo degli accordi nella ricostituzione dello Stato bosniaco successivamente al conflitto, nella realizzazione di una pace duratura. Gli aspetti fondamentali degli Accordi.* 8. *La disciplina degli armamenti nella prevenzione di conflitti e nel consolidamento della pace. A) Il problema delle armi nucleari. La posizione assunta dalla Corte internazionale di Giustizia. Il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari. B) Le Convenzioni sulle armi classiche e convenzionali. Le Convenzioni sulle mine anti-uomo. C) Il Trattato sulle Forze armate convenzionali in Europa. D) Le Convenzioni internazionali sulle armi chimiche e batteriologiche.* 9. *La legittimità democratica quale requisito di una pace duratura. A) Le conferenze internazionali delle democrazie nuove o ricostituite. B) Il concetto di democrazia alla prova dei fatti, in dimensione regionale e universale.*

1. Le idee pacifiste che condussero prima alla creazione della Società delle Nazioni nel 1919, e successivamente a quella dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1945, si erano formate in un clima di difficoltà e di diffidenza, prescindendo, almeno inizialmente, da un preciso inquadramento teorico.

Le prime proposte per organizzare la società internazionale in modo da evitare il ricorso alla guerra furono avanzate nell'arco di tempo che va dal XV° al XVIII° secolo. Il progetto per rendere la pace perpetua in Europa dell'abate St. Pierre risale al 1713, e il progetto filosofico di Kant

è del 1795. Tali importanti contributi non ebbero però un seguito nel XIX° secolo¹.

Nel periodo compreso tra il 1820 e il 1830 il Von Clausewitz scrisse un'opera fondamentale sulla guerra, sul modo di condurla e di farne un elemento determinante della politica². Anche alla fine del XIX° secolo, in Europa, i vari responsabili di Stati continuavano a credere nei vantaggi della diplomazia segreta, e, in conformità con le idee di Von Clausewitz, ravvisavano nella guerra uno strumento della loro politica, e nella conquista di territori un'affermazione della loro potenza.

I principi fondamentali posti allora alla base della politica erano l'interesse nazionale, la sovranità nazionale e la ragione di Stato. L'equilibrio delle Potenze veniva considerato come l'unica garanzia di coesistenza; di qui la necessità di difendersi dai propri nemici e, all'occorrenza, di attaccarli se divenivano troppo minacciosi.

Le correnti pacifiste si svilupparono ai margini, sotto forma di società di pensiero o di associazioni composte di intellettuali, di professori di diritto internazionale e di alcuni membri particolarmente illuminati dell'"establishment" politico. Società di pace furono create a Londra, a Ginevra, a Bruxelles, e alcuni congressi internazionali cominciarono a riunirsi a partire dal 1843. Le idee espresse da tali movimenti di pensiero erano comunque rispettose, in genere, del concetto di sovranità nazionale allora vigente.

La prima Conferenza internazionale della pace dell'Aja fu convocata, su iniziativa dello zar di Russia Nicola II, nel 1899. In realtà l'iniziativa della convocazione si dovette alla situazione precaria delle finanze russe, e all'opposizione del De Witte, ministro delle finanze dello zar, alle richieste del ministro della guerra, volte ad ottenere un aumento del bilancio militare; di qui ebbe origine l'idea di un negoziato multilaterale sul disarmo. Nonostante l'entusiasmo e l'idealismo di taluni, i risultati ottenuti furono pressoché nulli in tema di riduzione degli armamenti.

Il sostanziale fallimento della seconda Conferenza della pace, questa volta convocata su iniziativa degli Stati Uniti nel 1907, mostrò la difficoltà di istituzionalizzare la pace, nonostante l'ampliamento della concertazione. Nell'art.1 delle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, relative

¹ Vedi WOOLF (L.), *Gouvernement international*, Paris, 1916. Per una esposizione sintetica delle vicende e degli Atti che hanno caratterizzato idee e movimenti pacifisti vedi BERTRAND (M.), *L'ONU*, 3° ed., Paris, 2000, p. 8 e ss.

² Vedi Von CLAUSEWITZ (K.), *De la guerre*, Paris, 1950.

alla soluzione pacifica delle controversie internazionali, si rinviene comunque la tendenza a limitare il ricorso alle forze armate; gli Stati contraenti avevano infatti convenuto “d’employer tous leurs efforts pour assurer le règlement pacifique des différends internationaux... en vue de *prévenir* autant que possible le recours à la force dans les rapports entre les Etats”³.

Lo scoppio del primo conflitto mondiale sancì il fallimento di ogni tentativo di pacificazione. Quando, nel 1919, si gettarono le basi per istituzionalizzare una pace duratura, il contesto politico mondiale era completamente trasformato, e nell’opinione pubblica era ormai maturata la consapevolezza di non volere più guerre; occorreva però preconstituire garanzie precise in tal senso.

Il Presidente americano Wilson, nei famosi quattordici punti, aveva espresso una critica fondamentale degli obiettivi e dei metodi di conduzione della politica estera, quali erano concepiti all’epoca⁴. Il primo punto condannava con fermezza la diplomazia segreta. Il punto quarto poneva l’accento sulla riduzione degli armamenti al livello più basso possibile, compatibilmente con la sicurezza interna. Il punto quinto trattava del diritto dei popoli all’autodeterminazione. Il punto quattordicesimo auspicava una associazione generale delle nazioni, il cui obiettivo consistesse nel dare reciproche garanzie di indipendenza politica e di integrità territoriale per i grandi come per i piccoli Stati.

Il primo dei principi elaborati da Wilson, relativo alla condanna della diplomazia segreta, venne espresso nel Preambolo del Patto della Società delle Nazioni con l’affermazione di “rapporti palesi, giusti e onorevoli tra le Nazioni”. Il punto quarto sulla riduzione degli armamenti trovò espressione nell’art. 8 del Patto societario, in cui era disposto che occorreva “ridurre gli armamenti nazionali al limite compatibile con la sicurezza dello Stato e con l’azione comune intesa ad assicurare l’adempimento degli obblighi internazionali”. Nel Patto non era però previsto un

³ Il testo della “Convention première pour le règlement pacifique des conflits internationaux”, redatto all’Aja il 18 ottobre 1907 è pubblicato in “Le Nazioni Unite, a cura di L. FORLATI PICCHIO, in «Il diritto della civiltà internazionale», Padova, 1998, p. 145 e ss. Sulla Conferenza della pace dell’Aja vedi WEHBERG (H), *La contribution des Conférences de la paix de la Haye au progrès du droit international*, in *Recueil des Cours de la Haye*, 1931.

⁴ Cfr. WALTERS (F.P.), *A History of the League of Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1952.

sistema per esercitare un controllo reciproco in relazione a tale impegno.

Il Patto della Società delle Nazioni, concluso nel 1919 ed entrato in vigore nel 1920⁵, poneva alcuni obblighi riguardanti l'uso della forza nelle relazioni internazionali, limitando l'ampia libertà riconosciuta sino ad allora agli Stati di ricorrere alla forza. Ai sensi del Preambolo del Patto gli Stati assumevano "l'impegno di non ricorrere in dati casi alle armi", e a tal fine il Patto prevedeva una moratoria e un divieto assoluto. In base all'art. 12, qualora insorgesse tra i Membri della Società una controversia tale da condurre ad una rottura, gli Stati erano obbligati a risolverla pacificamente e a sottoporre la questione ad un arbitrato o ad un regolamento giudiziario o all'esame del Consiglio della Società, e, in ogni caso, a non ricorrere alle armi prima che fossero trascorsi tre mesi dalla decisione arbitrale o giudiziaria, o della relazione del Consiglio. Il Patto sanciva il divieto generale di muovere guerra ad uno Stato che si fosse conformato al lodo arbitrale o alla sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale, o alla relazione del Consiglio, purché questa fosse approvata all'unanimità.

Il sistema di sicurezza delineato nel Patto societario era lacunoso. Non escludeva totalmente la guerra, essendo questa possibile nel caso in cui la parte soccombente non si fosse conformata alla sentenza della Corte o alla relazione unanime del Consiglio; né venivano banditi i procedimenti di autotutela realizzati con la forza, diversi dalla guerra, come le rappresaglie armate, che erano consentite.

Tentativi di integrare il sistema di sicurezza societario furono posti in essere tra le due guerre mondiali con il Protocollo sulla soluzione pacifica delle controversie del 2 ottobre 1924 e con il Trattato generale di rinuncia alla guerra del 27 agosto 1929, che va sotto il nome di Patto Briand-Kellog (dal Ministro degli Esteri francese Briand e dal Segretario di Stato americano Kellog). Nell'art.1 del Patto Briand-Kellog veniva solennemente proclamata la condanna del ricorso alla guerra per il regolamento delle controversie internazionali e affermato l'impegno di rinunciarvi "come strumento di politica nazionale nelle loro relazioni reciproche"⁶.

⁵ Cfr. WALTERS, op. cit. Il testo del Patto della Società delle Nazioni è pubblicato in "Le Nazioni Unite" a cura di L. Forlati-Picchio, cit., p. 173 e ss.

⁶ Il testo del Patto Briand-Kellog, che fu ratificato da 63 Stati ivi compresi tutti gli Stati membri della Società delle Nazioni, è pubblicato in "Le Nazioni Unite", a cura di L. FORLATI-PICCHIO, cit., p. 185 e ss.

Dopo un periodo nutrito di illusioni pacifiste la Società delle Nazioni entrò in crisi. Lo scoppio del secondo conflitto mondiale segnò il collasso definitivo dell'istituzione ginevrina, che fu definitivamente liquidata nel 1946, quando era già in funzione l'Organizzazione delle Nazioni Unite.

2. Al termine del secondo conflitto mondiale, che fu particolarmente sanguinoso e segnato da atrocità, genocidi e crimini di guerra, fu progettata, attraverso una serie di Conferenze internazionali, l'Organizzazione delle Nazioni Unite⁷. Lo Statuto della nuova organizzazione mondiale ha accentuato la messa al bando della guerra, in modo da preservare le nuove generazioni da tale flagello, che per due volte, nello spazio di una vita umana, ha inflitto all'umanità indicibili sofferenze.

Una condanna della guerra era contenuta anche nell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, istitutivo del Tribunale di Norimberga: nell'art.6 a) la guerra di aggressione è stata definita un crimine internazionale, in particolare un crimine contro la pace. La problematica della guerra presenta aspetti complessi, ed anche contraddittori, qualora la si consideri nell'ottica della tutela dell'indipendenza e dell'integrità territoriale di Stati e di entità territoriali, minacciati da atti di aggressione e di violenza commessi da altri Stati o entità territoriali, per indurli a sottomettersi alla loro volontà.

È stato rilevato che la guerra è una realtà che non si lascia contenere in una semplice definizione, né imbozzolare in una sola proposizione normativa⁸ in assenza di una autorità imparziale che valuti la fondatezza delle ragioni dell'uno o dell'altro dei contendenti.

Va inoltre considerato che spesso "just causes of war happen coincide with the political and ideological slant of whoever is invoking them"⁹.

In realtà la guerra è una espressione di violenza che è difficile contenere entro precisi limiti spaziali e temporali. Ciascuno degli avversari vuole imporsi all'altro, e ne risulta pertanto un'azione reciproca che va spesso alle estreme conseguenze, nella tendenza all'annientamento reciproco dei contendenti.

L'art. 11 della Costituzione italiana esprime fundamentalmente il ripudio della guerra come "strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e

⁷ Vedi, tra i moltissimi, RUSSEL (R.), *A History of the U.N. Charter*, Washington, 1958.

⁸ Così FERRARI, voce "Guerra" (dir. Cost.), in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1967, p. 822.

⁹ Vedi DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 1988, p. 63.

come mezzo di soluzione delle controversie internazionali”, recependo sul piano normativo idee formatesi in vari contesti politici e ideologie intese a “trasferire sul piano internazionale quei principi di libertà, di eguaglianza e di sostanziale rispetto della persona umana che si voleva affermare e attuare nell’ordine interno”¹⁰.

Il disposto di cui all’art.11 della Costituzione italiana enuncia inoltre che l’Italia “consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni” e “promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

La Carta delle Nazioni Unite, entrata in vigore il 24 ottobre 1945¹¹, ha definitivamente abolito la libertà di muovere guerra di cui disponevano gli Stati nel XIX° secolo. L’art. 2-4° cpv. pone un divieto assoluto dell’uso della forza nelle relazioni internazionali: i membri devono infatti astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall’uso della forza sia contro l’integrità territoriale o l’indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite.

L’unico limite possibile e praticabile al divieto dell’uso delle armi e della forza è dato dall’art. 51 della Carta, il quale ammette il diritto naturale di legittima difesa individuale e collettiva nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

Ai fini dell’esercizio del diritto di legittima difesa è importante determinare le modalità, le caratteristiche e i tempi di svolgimento dell’attacco armato, oltre che l’entità di esso¹², per potere accertare la compatibilità con la Carta dell’ONU della legittima difesa “preventiva”, la quale, nell’opinione di molti, era considerata compatibile sia con il Patto della Società delle Nazioni che con il Patto Briand-Kellog¹³.

Un ulteriore limite al divieto dell’uso della forza, previsto nella Carta

¹⁰ Vedi CASSESE (A.), Commento all’art. 11 della Costituzione, in BRANCA (G.) (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 1-12, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1975, p. 565 e ss.

¹¹ Vedine il testo in “Codice del diritto e delle organizzazioni internazionali”, a cura di A. VERILLI, V° ed., 2002, p. 27 e ss.

¹² Per considerazioni in argomento, vedi RONZITTI (N.), *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 1998, p. 32.

¹³ Vedi RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 32.

dell'ONU, consiste nelle misure coercitive implicanti l'uso delle forze armate che, in base agli artt. 39 e 42 della Carta, possono essere adottate, nei confronti degli Stati responsabili di minacce alla pace, di violazioni della pace e di atti di aggressione, da parte del Consiglio di Sicurezza, ogniqualvolta il Consiglio abbia accertato una di queste circostanze. Occorre comunque tenere presente il limite di attuazione di tali misure, data la mancanza di forze armate a disposizione permanente dell'organizzazione. In base all'art. 43 della Carta dell'ONU tutti i Membri delle Nazioni Unite dovrebbero mettere a disposizione del Consiglio di Sicurezza, dietro richiesta di questo e in conformità ad accordi speciali, le forze armate necessarie per azioni coercitive militari. Tali accordi non sono stati conclusi a motivo delle divergenze esistenti tra i membri permanenti in ordine all'entità, alla composizione, al mantenimento e allo stanziamento delle forze armate da costituire. È quindi riscontrabile una sostanziale debolezza del sistema centralizzato di sicurezza internazionale dell'ONU sul piano della coercizione militare. Le numerose operazioni di mantenimento della pace (peace keeping) poste in essere tanto nel quadro di conflitti armati internazionali (UNEF, UNIFIL, UNPROFOR) quanto nel quadro di conflitti interni (ONUC, UNFICYP, ONUSAL, UNOSOM, ecc.) si distinguono dalle azioni coercitive per il fatto di essere attuate con il consenso dello Stato territoriale; esse, inoltre, non possono comportare azioni di natura coercitiva militare.

La Conferenza al Vertice di Helsinki del 1992 ha conferito anche alla CSCE/OSCE il potere di intraprendere operazioni per il mantenimento della pace. L'OSCE non dispone però di truppe; per le operazioni di mantenimento della pace deve quindi servirsi di altre organizzazioni istituite nel quadro europeo, come l'UEO e la NATO.

In considerazione dei troppi conflitti ancora irrisolti e delle molteplici situazioni di tensione riscontrabili nella prassi internazionale si pone l'esigenza di rendere più "produttivi" i contatti e le consultazioni nel contesto della cooperazione internazionale organizzata, al fine di individuare i metodi operativi e gli strumenti giuridici più adeguati per risolvere conflitti e crisi in atto, e in modo da "prevenire" l'insorgere di altri conflitti e di altre crisi.

3. La "diplomazia preventiva" assume oggi una rilevanza particolare nella vita di relazione internazionale. Il concetto di diplomazia preventiva è stato elaborato dall'allora Segretario generale dell'ONU Dag Hammarskjöld all'epoca della guerra fredda Est-Ovest. L'obiettivo fondamentale perseguito era quello di contenere l'estensione e la portata dei conflitti.

L'Agenda per la pace di un successivo Segretario generale delle Nazioni Unite, Boutros Boutros-Ghali, dà del concetto di diplomazia preventiva la seguente definizione: "La diplomatie préventive a pour objet d'éviter que les différends ne surgissent entre les parties, d'empêcher qu'un différend existant ne se transforme en conflit ouvert et, si un conflit éclate, de faire en sorte qu'il s'étend le moins possible"¹⁴.

Vari strumenti diplomatici, quali missioni di buoni uffici, di «rapporteur» e di verifica dei fatti si rivelano idonei ai fini della diplomazia preventiva così come l'istituzione di missioni di controllo e di monitoraggio delle frontiere per segnalare avvenimenti pericolosi per la pace e la sicurezza, e suscettibili di mettere a repentaglio la stabilità di Stati e di aree territoriali. È noto che l'instabilità interna di uno Stato, determinata da situazioni di conflittualità e di contrasto tra gruppi etnici può avere conseguenze negative sulle relazioni con lo Stato confinante in cui uno dei gruppi abbia una base; che una crisi tra due Stati confinanti può mettere a rischio le istituzioni deboli di entrambi e impedirne il rafforzamento e lo sviluppo.

Il processo di dissoluzione della Jugoslavia, con i relativi conflitti interetnici, è all'origine di una intensa cooperazione nel settore della sicurezza collettiva tra l'Organizzazione delle Nazioni Unite e le quattro più importanti organizzazioni governative regionali europee: NATO, OSCE, UEO e Unione europea.

Per quanto concerne l'OSCE (ex CSCE), soprattutto a partire dal settembre 1992 ha visto rafforzarsi il suo ruolo nel settore della diplomazia preventiva, ed ha organizzato missioni anche a lungo termine, cooperando con l'Unione europea, in aree a rischio.

Il coinvolgimento della Conferenza pan-europea (oggi OCSE) nel contesto dell'ex URSS l'ha indotta a partecipare, con missioni e compiti di assistenza, consulenza e supporto alla gestione di parecchi conflitti armati in quell'area (Nagorno Karabakh, Georgia, Moldavia, Tagikistan, Cecenia) e di situazioni tali da richiedere misure di diplomazia preventiva (come in Estonia, Lettonia e Ucraina)¹⁵. Destano ancora una certa preoccupazione certe questioni derivanti dalle linee di confine tra gli Stati scaturiti dalla dissoluzione dell'URSS.

¹⁴ La definizione è riprodotta in PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, Paris, 2000, p. 64.

¹⁵ Vedi BARBERINI (G.), *Sicurezza e cooperazione da Vancouver a Vladivostok*, Torino, 1998, p. 198 e ss.

Un accordo tra sette Stati facenti parte della Comunità degli Stati indipendenti (CSI) per la tutela dei propri confini esterni è stato concluso il 26 maggio 1995. Alcune questioni sono rimaste comunque aperte, e vi sono fenomeni che debbono essere tenuti sotto controllo (migrazioni clandestine, contrabbando di armi, criminalità, traffico di droga ecc.). Tali questioni, come appare dalla Dichiarazione del Ministro degli esteri della Federazione russa in data 19 settembre 1996 in sede di Consiglio permanente dell'OSCE, possono dare luogo a situazioni di instabilità e di tensione nell'area, innescate anche da rivendicazioni etniche, oltre che da contrapposizioni tra gruppi economici, nel consolidamento dell'economia di mercato cui ora è informato il sistema economico della Russia.

Il 15 maggio 1992 era stato concluso a Tashkent un trattato di sicurezza collettiva tra sei Stati membri della Comunità degli Stati indipendenti (Armenia, Federazione russa, Kazakistan, Kirghizstan, Tajikistan e Uzbekistan, cui avevano aderito Azerbaijan, Bielorussia e Georgia). Il trattato, della durata di cinque anni non rinnovabili, prevedeva, nell'art.4-par.1, che l'aggressione contro uno Stato membro doveva essere considerata come un'aggressione contro tutti gli Stati membri. Di conseguenza le parti erano tenute a fornire allo Stato aggredito ogni assistenza, anche di natura militare, nonché un supporto con i mezzi a loro disposizione, in attuazione del diritto di legittima difesa in conformità con l'art.51 della Carta dell'ONU¹⁶.

Tra il giugno 1991 e il marzo 1992 tutti gli Stati dell'ex URSS dichiaratisi indipendenti, che avevano sottoscritto l'Atto di Helsinki, la Carta di Parigi e gli altri Documenti CSCE furono ammessi alla Conferenza pan-europea. Gli Stati dell'area islamica dell'Asia centrale furono ammessi il 30 gennaio 1992, con una decisione del Consiglio ministeriale di indubbia rilevanza sul piano internazionale.

4. La CSCE/OSCE ha svolto un ruolo significativo nei cambiamenti avvenuti. Si è comunque rilevato che "l'eredità del passato resta pesante" e che l'organizzazione pan-europea si trova di fronte "a sfide e opportunità, ma anche a serie difficoltà e delusioni". È quanto è stato rilevato nella Dichiarazione politica dei 52 Capi di Stato e di Governo partecipanti al Vertice del 1992, in cui è stato posto l'accento sul riconoscimento della democrazia da parte di tutti gli Stati come base della vita politica, econo-

¹⁶ Al Trattato di cui sopra si fa riferimento in RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 49.

mica e sociale, e sull'impegno per la fedeltà ai valori comuni a tutti in tema di rispetto dei diritti umani, dei diritti delle minoranze, dello Stato di diritto, della libertà economica, della giustizia sociale, e della responsabilità ambientale (artt. 3 e 6 della Dichiarazione). Il Vertice dei 52 Capi di Stato e di governo dell'organizzazione pan-europea si era comunque limitato a formulare auspici e speranze, nella consapevolezza che tutti i valori non possono essere sempre pienamente accettati e, soprattutto garantiti¹⁷.

Nella Dichiarazione è stata posta in rilievo la necessità di una adeguata prevenzione dei conflitti attraverso un'attività operativa efficace, sviluppando strutture e sistemi per la gestione politica delle crisi. Di qui ha avuto origine un organico progetto operativo fondato sulla diplomazia preventiva e ispirato ai principi dell'indivisibilità della sicurezza e al diretto e legittimo interesse di tutti gli Stati per l'attuazione degli impegni CSCE¹⁸. In quella sede è stato anche enunciato un progetto di cooperazione fra CSCE e Comunità europea, NATO, UEO e Comunità degli Stati indipendenti per attività di "peace keeping".

Sia l'Assemblea generale che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, a più riprese, hanno auspicato una rivitalizzazione della cooperazione tra l'Organizzazione delle Nazioni Unite e le organizzazioni regionali e sub-regionali. Per quanto riguarda i rapporti tra l'ONU e la CSCE/OSCE, sono stati conclusi accordi "ad hoc". Un punto fermo è costituito dal riconoscimento dello "status" di osservatore permanente della Conferenza-organizzazione pan-europea presso le Nazioni Unite, con risoluzione dell'Assemblea generale del 13 ottobre 1993. L'accordo-quadro del 26 maggio 1993, che ha preceduto la risoluzione, prevede tra l'altro il coordinamento e la complementarietà dell'attività, contatti regolari tra la Presidenza OSCE ed il Segretario generale delle Nazioni Unite, consultazioni per la preparazione e la messa in atto di missioni di "peace keeping", e l'assistenza tecnica da parte dell'ONU per le operazioni dell'OSCE.

La Conferenza pan-europea ha avuto una notevole evoluzione dalla prima Conferenza di Helsinki del 1975 alla Conferenza del Vertice di Budapest del 1994, che ha definitivamente consacrato la trasformazione della Conferenza diplomatica con una limitata istituzionalizzazione in una

¹⁷ Vedi BARBERINI (G.), *Sicurezza e cooperazione da Vancouver a Vladivostok*, cit., p. 73.

¹⁸ Op. loc. cit.

vera e propria organizzazione internazionale¹⁹. L'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa è l'unica organizzazione regionale sul piano politico che comprende tutti i paesi d'Europa, del Nord America, oltre che Paesi dell'Asia centrale, con vasti obiettivi nel settore della cooperazione politica, della cooperazione in campo economico e sociale e della dimensione umana.

L'OSCE appare pertanto come una piattaforma particolarmente idonea per consultazioni, scelte decisionali e cooperazione nella sua area di riferimento, e può rivelarsi adeguata a fungere da foro per migliorare e rendere più produttivi i rapporti tra le varie organizzazioni e istituzioni nei settori di sua competenza di fronte alle minacce e alle sfide del mondo globale.

Sino dalle origini della Conferenza per la cooperazione e la sicurezza in Europa, al primo Vertice di Helsinki del 1975, era stato evidenziato il ruolo che la Conferenza avrebbe potuto assumere per prevenire e risolvere situazioni di crisi e conflitti, in collegamento ed in cooperazione con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, senza però disattendere la prevalenza riconosciuta agli obblighi derivanti, per i membri della CSCE, dall'appartenenza all'ONU, in conformità con l'art. 103 della Carta dell'ONU. Tale impostazione è stata successivamente confermata nel quadro dell'OSCE. Restano pertanto inalterati i diritti, i poteri e la responsabilità del Consiglio di Sicurezza della Nazioni Unite in tema di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Al riguardo va d'altronde notato che l'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa (OSCE) scaturita dal Vertice di Budapest del 1994 non possiede una personalità distinta rispetto a quella degli Stati partecipanti, pur non potendosi escludere che ad essa possa venire riconosciuta una vita propria, la quale, nella prassi, è apparsa talora incompatibile con le interpretazioni statocentriche ancora prevalenti nel quadro della politica internazionale.

Vanno inoltre considerate certe debolezze congenite, strutturali e decisionali, della CSCE/OSCE; gran parte del consistente patrimonio decisionale accumulato nel corso degli anni è rimasto privo di concreta attuazione.

¹⁹ Per una esposizione analitica delle origini e dei meccanismi dell'OSCE si rinvia in particolare, nella dottrina italiana, a BARBERINI (G.), op. cit., anche per altre indicazioni documentali e bibliografiche. Molteplici riferimenti all'OSCE sono contenuti in PETT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit.

Nella Riunione di Praga del 30-31 gennaio 1992 il Consiglio ministeriale aveva espresso l'opinione che si sarebbero dovute migliorare le capacità dell'OSCE di impegnarsi nella gestione delle crisi e nella prevenzione dei conflitti. In particolare era stato auspicato il perfezionamento di taluni metodi predisposti all'uopo, quali le inchieste, le missioni di monitoraggio, i buoni uffici, la consulenza e la conciliazione.

Il passaggio della CSCE da Conferenza diplomatica a Organizzazione è stato indicato, nella Dichiarazione di Vertice di Budapest, al par. 3, come un segno per rispecchiare la determinazione degli Stati partecipanti di "imprimere nuovo impulso politico" a tale figura associativa, consentendole pertanto di svolgere un ruolo essenziale di fronte alle sfide future.

5. Un aspetto particolarmente significativo della possibilità dell'OSCE di influire nella gestione delle crisi e nella prevenzione dei conflitti è quello concernente la politica militare della sicurezza, che richiede un'attenta verifica per la sua attuazione, nonché il consenso degli Stati coinvolti in crisi ad accettare le verifiche.

Nel Documento che, insieme alla Dichiarazione sui principi che regolano le relazioni tra gli Stati partecipanti del 1° agosto 1975 (il quale costituisce il pilastro della Conferenza pan-europea) fa parte del primo cesto (relativo alla cooperazione nel settore della politica estera e della sicurezza) gli Stati partecipanti manifestarono il desiderio di "eliminare le cause di tensione" (par. 45-4), rafforzando la fiducia tra gli Stati stessi, in modo da contribuire ad accrescere la stabilità e la sicurezza²⁰.

L'obiettivo di creare un clima di fiducia è all'origine delle prime "misure miranti a rafforzare la fiducia (CBM, Confidence Building Measures), relative ad alcune sfere di attività militare. Tali misure concernevano precipuamente la notifica preventiva di manovre militari di rilievo, lo scambio di osservatori, gli scambi e le visite di delegazioni militari, e si ricollegavano al concetto di "trasparenza" delle attività militari²¹. Nel Documento della Riunione di Madrid del 1983 (che precedette la Conferenza di Stoccolma sulle Misure miranti a rafforzare la fiducia e la sicurezza, CSBM, Confidence and Security Building Measures del 1986) si

²⁰ Cfr. BARBERINI (G.), *Sicurezza e cooperazione in Europa*, cit., p. 89.

²¹ Vedi GHEBALI (Y.), *Mesures de confiance et de désarmement en Europe de l'Acte final d'Helsinki au Document de Stockholm*, Doc. Fr., PPS, n. 557, 1987. In materia vedi anche PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit, pp. 103-104.

esprimeva l'auspicio che la Conferenza di Stoccolma realizzasse progressi nel rafforzamento della fiducia e della sicurezza e nel conseguimento del disarmo, in modo da conferire efficacia ed espressione al dovere degli Stati di astenersi dalla minaccia e dell'uso della forza nelle loro relazioni reciproche.

La filosofia dei Documenti sulle misure di fiducia e di sicurezza si fonda su una riduzione dei rischi di guerra conseguenti a valutazioni erronee di manovre militari, e sulla volontà di porre in essere le condizioni favorevoli per l'instaurazione di un clima di fiducia reciproca e di distensione.

A Stoccolma si adottarono misure vincolanti e militarmente significative, tali da infrangere la cortina tradizionalmente impenetrabile in relazione alle attività militari²².

Con i Documenti delle riunioni di Vienna del 1990, 1992 e 1994, adottati in sede di Foro di cooperazione per la sicurezza venne completato e perfezionato il sistema delle Misure circa lo scambio di informazioni, di visite, di contatti militari e di comunicazioni, ma soprattutto riguardo alla creazione del "meccanismo di consultazione e cooperazione" relativo ad attività militari insolite. Tale meccanismo consiste nell'avvio di una consultazione in tempi stretti in modo da dissipare ogni preoccupazione in tema di sicurezza, che dovesse sorgere in uno Stato in conseguenza di ogni attività militare che si riveli "insolita", "non programmata", "militarmente significativa", come le manovre, gli spostamenti di truppe, le dimostrazioni militari inconsuete suscettibili di provocare incidenti. Il meccanismo è fondato sull'impegno di cooperazione tra gli Stati. Nel par. 16 del Documento di Vienna del 1994 dei negoziati sulle Misure miranti a rafforzare la fiducia e la sicurezza, allegato alle Decisioni della Conferenza di Budapest del 1994, è detto che "Gli Stati partecipanti...si consulteranno e coopereranno tra loro riguardo ad ogni attività insolita e non programmata delle loro forze militari fuori dalle loro normali sedi stanziali del tempo di pace, che sia militarmente significativa, nella zona di applicazione delle CSBM, e riguardo alla quale uno Stato partecipante esprima la sua preoccupazione in materia di sicurezza". Tale Stato può trasmettere una richiesta di spiegazione ad un altro Stato partecipante, dove l'attività sta avendo luogo, specificando le cause della preoccupazione e, nella misura del possibile, tipo e luogo o area dell'attività. Lo Stato richiedente, una volta considerata la risposta fornita, potrà poi richiedere

²² Cfr. BARBERINI (G.), *Sicurezza e cooperazione...*, cit., p. 91.

una riunione per discutere l'argomento; a tale riunione potranno prendere parte altri Stati partecipanti interessati, in particolare quelli che potrebbero essere coinvolti nell'attività. Alla luce della sua valutazione della situazione il Comitato permanente farà uso di tutte le proprie competenze per contribuire ad una soluzione.

Il meccanismo, in realtà, è stato scarsamente attivato; quando è stato attivato²³ si è concluso o con una dichiarazione senza una precisa condanna dello Stato che aveva dato luogo alla sua instaurazione, o con un semplice scambio di note scritte.

Nella Riunione di Budapest del 1994 la questione della sicurezza è stata affrontata con maggiore approfondimento. È stato adottato il Codice di condotta relativo agli aspetti politico-militari della sicurezza, in cui sono stati precisati alcuni principi fondamentali, quali l'indivisibilità della sicurezza (per cui la sicurezza di ogni Stato partecipante è indissolubilmente legata a quella di tutti gli altri); il rifiuto del terrorismo; l'obbligo di astenersi dalla minaccia e dall'uso della forza; il diritto naturale degli Stati alla legittima difesa e il diritto di scegliere liberamente i propri assetti di sicurezza.

Il discorso sulla sicurezza è proseguito con la redazione di vari documenti e decisioni nel corso dei successivi Vertici e Riunioni dell'OSCE. Nel Vertice di Lisbona del 1996 venne abbozzato un nuovo modello di sicurezza. Al termine del Consiglio ministeriale di Copenaghen del 1997 sono state adottate le "Guidelines" del Documento-Carta per la sicurezza europea, in cui è stato precisato che il Documento-Carta "dovrebbe continuare a mantenere il consenso quale base delle scelte decisionali e che la flessibilità dell'OSCE e la sua capacità di rispondere rapidamente ad un mutevole ambiente politico dovrebbero rimanere al centro di un approccio cooperativo e globale alla sicurezza comune e indivisibile". Sul piano pratico si distingue, in primo luogo, una dimensione politica della sicurezza, nella considerazione che gli Stati sono responsabili nei confronti dei loro cittadini del rispetto delle norme e dei principi CSCE/

²³ Il meccanismo è stato reso operativo una prima volta il 27 gennaio 1991, su richiesta di Austria e Italia nei confronti delle prime attività militari nella ex-Jugoslavia. Il 26 agosto 1991 è stato attivato su richiesta dell'Ungheria nei confronti della Jugoslavia per violazioni dello spazio aereo e movimenti di truppe alle frontiere. L'8 aprile 1992 la procedura è stata attivata su richiesta della Jugoslavia nei confronti dell'Ungheria per attività militari ungaro-croate.

OSCE, e che esiste un diretto e legittimo interesse di tutti gli Stati partecipanti all'attuazione di principi e impegni.

La dottrina OSCE è incentrata intorno al convincimento che le istituzioni democratiche, i principi dello Stato di diritto, i diritti della persona considerata individualmente, ma anche in quanto parte di una minoranza sono tutti elementi determinanti per il mantenimento della sicurezza di cui viene particolarmente accentuata la "dimensione umana".

Nel corso del Vertice di Istanbul del novembre 1999 è stata adottata la Carta per la sicurezza europea, la quale costituisce un programma di azione volto a realizzare uno "spazio di sicurezza" in Europa, attraverso la prevenzione dei conflitti e la ricostituzione delle società civili devastate dalla guerra.

Nella prospettiva della prevenzione delle crisi la stabilità politica e sociale è considerata un elemento indispensabile; l'esperienza maturata nel corso degli anni mostra che la pace e la sicurezza internazionale possono essere messe a repentaglio non soltanto da azioni militari. Minacce di natura non militare dipendono spesso dall'instabilità di sistemi politici, dalla cattiva gestione degli affari e dell'amministrazione pubblica, da carenze e insufficienze nel settore economico, sociale, culturale, sanitario ed ecologico.

6. Nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, il cui obiettivo principale è il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale – da realizzarsi principalmente mediante l'intervento conciliativo e coercitivo del Consiglio di Sicurezza – la prevenzione dei conflitti e il contenimento delle situazioni pericolose per la pace e la sicurezza sono spesso affidate ad apposite "Forze di pace", composte di contingenti forniti volontariamente dagli Stati membri di volta in volta disposti a contribuire a tali operazioni. Le quali si distinguono dalle operazioni a carattere coercitivo e si fondano sul consenso delle parti in conflitto; l'uso della forza è di regola ammesso soltanto per legittima difesa. La prassi dell'ONU, sino dai primi tempi di funzionamento dell'Organizzazione, ha posto in essere questo tipo di interventi atipici non previsti espressamente dalla Carta, tra i quali assumono particolare rilevanza i corpi di osservatori impiegati nella vigilanza di tregue e di armistizi.

Ai fini della diplomazia preventiva le funzioni delle Forze di pace si caratterizzano per lo sviluppo di funzioni non strettamente militari, soprattutto a carattere umanitario, che si rivelano particolarmente efficaci per prevenire e circoscrivere conflitti interni. Si fa riferimento allo stan-

ziamento preventivo dei “Caschi blu” dell’ONU in Macedonia per evitare un conflitto in tale Repubblica della ex Jugoslavia, situata ai confini tra la Serbia e l’Albania: ai 1200 Caschi blu, con risoluzione 795 del 1992, era stato conferito il compito di mantenere la pace e la stabilità in quell’area che era stata risparmiata dal conflitto armato nella ex Jugoslavia. Il mandato affidato a tali Forze è consistito in un’azione di sorveglianza delle frontiere serbo-macedoni e macedono-albanesi, per segnalare fatti suscettibili di “saper la confiance et la stabilité en Macédoine ou menacer le territoire macédonien”²⁴. Il Consiglio di Sicurezza, nonostante il costo elevato delle missioni svolte da tali Forze di pace, che si sono succedute negli anni mutando la denominazione, ha prorogato il loro mandato con la risoluzione 1186 del 1998, adottata all’unanimità, sul presupposto che la presenza di esse servisse come mezzo di dissuasione e di prevenzione di attacchi, così come di sorveglianza della situazione nelle zone di frontiera. Tali Forze hanno cooperato con la missione dell’OSCE in Macedonia.

Sarà ora l’Unione europea in cooperazione con la NATO a prendere il testimone dell’operazione “Allied Harmony” nella Repubblica ex-jugoslava di Macedonia. Si auspica che il Parlamento europeo sia informato in tempo utile e in totale trasparenza del mandato e degli obiettivi della missione militare svolta. In effetti, se le Nazioni Unite e le altre Organizzazioni internazionali vogliono stabilire una pace duratura, non possono limitarsi a ripristinare l’ordine perturbato con operazioni militari di “peace keeping” (come il controllo del “cessate il fuoco” o la smobilitazione di truppe), ma debbono promuovere interventi per assistere Paesi distrutti da lunghe e tormentate guerre civili a ricostituire il tessuto connettivo della società civile e delle istituzioni politiche (c.d. “peace building”)²⁵. Nell’Agenda per la pace del Segretario generale le operazioni volte alla ricostituzione dello Stato e al consolidamento della pace (post conflict peace building) sono state definite come le azioni condotte “en vue de définir et d’étayer les structures propres à raffermir la paix afin d’éviter une reprise des hostilités”²⁶.

²⁴ Cfr. PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit, p. 64.

²⁵ Vedi DUPUY (P.M.), *Sécurité collective et organisation de la paix*, in *Revue générale de droit int. public*, 1993, p. 620.

²⁶ L’affermazione è riportata in PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit, p. 65.

La ricostruzione di entità statali, in quanto volta “à rétablir des normes ou institutions endommagées ou détruites”²⁷ viene ovviamente realizzata per tappe successive e con successivi interventi. Negli anni novanta del secolo scorso vari interventi sono stati promossi per favorire la riconciliazione nazionale, il rispetto dei diritti umani, l’organizzazione e la verifica di libere elezioni.

L’Organizzazione delle Nazioni Unite ha posto in essere operazioni di osservazione elettorale in Nicaragua e in Cambogia, e si è impegnata nell’organizzazione di un referendum di autodeterminazione nel Sahara occidentale, la quale ha però incontrato gravi difficoltà tecniche.

Nello svolgimento dell’assistenza elettorale l’Organizzazione delle Nazioni Unite possiede comunque uno stretto margine di manovra; deve infatti operare sotto la copertura dell’art. 2-par. 7 della Carta dell’ONU, nel rispetto della competenza interna dello Stato, e limitarsi a “donner à l’Etat les moyens juridiques qui lui sont nécessaires pour conduire ses actions conformément à la légalité”²⁸. Vale comunque la considerazione, espressa anche dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (oltre che da esponenti politici e da responsabili di istituzioni internazionali), che esiste “un lien entre la paix et le développement et qu’il est indispensable pour la paix et la stabilité à long terme dans le Pays que la communauté internationale et les institutions financières internationales s’engagent à continuer d’aider et d’appuyer le développement économique, social et institutionnel”²⁹ nelle aree in crisi.

7. La costruzione e il consolidamento di una pace effettiva e duratura in Paesi distrutti da conflitti dipende ovviamente dall’individuazione di strumenti operativi adeguati e di strategie efficaci, dall’avvio e dalla conclusione di negoziati e dal contenuto degli accordi conclusi.

In questa ottica e in questa prospettiva assumono un particolare significato gli accordi di Dayton per la Bosnia Erzegovina, conclusi il 21 novembre 1995 e completati il 14 dicembre dello stesso anno. Tali accor-

²⁷ Vedi DAUDET (Y.), *La restauration de l’Etat, nouvelle mission des Nations Unies?*, in *Les Nations Unies et la restauration de l’Etat*, Quatrièmes rencontres internationales de l’IEP d’Aix-en-Provence, 16-17 décembre 1994, Paris, 1995, p. 17.

²⁸ Cfr. DAUDET (Y.), *La restauration de l’Etat...*, cit.

²⁹ Cfr. risoluzione 1063 del 1996.

di rappresentano la svolta finale di uno scontro che è durato molti anni e che ha condotto allo smembramento della Jugoslavia³⁰.

Gli accordi di Dayton sono stati conclusi attraverso l'intervento della NATO, la quale aveva effettuato in Bosnia Erzegovina una operazione di "imposizione della pace". In quella circostanza si è rivelata l'importanza dell'armonizzazione tra l'azione militare e quella civile nella ricostruzione e ricostituzione di uno Stato.

Gli accordi di Dayton constano di un Accordo generale firmato da tre entità, e da una serie di Annessi o Allegati che riguardano il settore militare, i diritti umani e, inoltre, i rifugiati e gli sfollati. Negli Annessi vengono inoltre previste la Commissione per i movimenti, quella per le pubbliche corporazioni in Bosnia e quella per l'esecuzione sul piano civile, ed infine la Task force internazionale di Polizia. Un aspetto particolarmente interessante degli accordi di Dayton è dato dal fatto che non sono stati firmati soltanto dalle parti contraenti, ma anche da una serie di testimoni.

Con gli accordi suddetti è stata creata una Costituzione, che ne rappresenta forse l'aspetto più interessante, nel superamento delle tendenze contrapposte delle etnie che compongono la Bosnia Erzegovina. La Costituzione forma il contenuto dell'Annesso 4. Si tratta di una "strana ingegneria costituzionale", la quale rappresenta addirittura un "paradigma" per altri accordi che potrebbero essere conclusi in altre aree conflittuali, come è stato opportunamente notato³¹. Sempre che nelle zone caratterizzate da conflitti o da situazioni di grave tensione interna (come in Afghanistan, in Israele a motivo dell'annoso conflitto israelo-palestinese) prevalga la volontà politica della pace, e che tale volontà trovi decisa, adeguata ed effettiva realizzazione nell'impegno costante della Comunità internazionale.

Si è rilevato³² che gli accordi di Dayton rappresentano "un grande contenitore all'interno del quale vengono raccolte le richieste avanzate da ogni parte, e attraverso cui si giunge sostanzialmente ad un accomodamento", frutto dell'impegno di coloro che hanno esercitato una reale influenza sulle parti in lotta.

³⁰ Sugli Accordi di Dayton per la Bosnia Erzegovina vedi l'ampia e documentata Raccolta "Gli accordi di Dayton a oltre cinque anni dalla conclusione", a cura di M.R. SAULLE, Roma, La Sapienza Editrice, 2001.

³¹ Vedi "Gli accordi di Dayton", cit., Premessa della Prof. M. R. SAULLE, p. 1.

³² Cfr. "Gli accordi di Dayton", cit., Relazione dell'Ambasciatore MC KINLEY, p. 6.

La previsione, negli accordi di Dayton, di una Costituzione, esprime la capacità di creare un apparato di governo atto ad amministrare una situazione complessa, in cui coesistono tre etnie diverse (serba, croata e musulmana), seppure suddivise in due distinte entità. Il che, sempre che permanga la volontà di pacifica coesistenza, ha consentito di dare una certa stabilità al travagliato contesto bosniaco.

Particolare significato, sul piano internazionale, assume la previsione negli Accordi di Dayton di una Corte costituzionale della quale alcuni membri sono espressione di organi internazionali, quale la Corte di Strasburgo. Attraverso norme internazionali si è inteso promuovere un dialogo anche a livello internazionale, nonché un certo rispetto nell'ordinamento interno delle norme internazionali, tra cui, in primo luogo, quelle poste a tutela dei diritti umani.

Nel processo evolutivo di Dayton si è espresso il ruolo e l'impiego delle organizzazioni internazionali, ed in particolare del Consiglio d'Europa, che ha operato in collaborazione con l'OSCE alla realizzazione degli aspetti civili degli Accordi. Rappresentanti dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa hanno partecipato, con l'OSCE, al monitoraggio di tutte le elezioni in Bosnia Erzegovina, contribuendo a formare un clima di fiducia.

È stato inoltre realizzato un programma per la formazione di coloro che sono stati eletti amministratori e sindaci.

Nel settore dei diritti umani è stata data una particolare assistenza, con approfondimento delle conoscenze e degli "standard" sui diritti umani enunciati nella Convenzione europea da parte dei giudici, degli amministratori, degli avvocati e degli operatori del diritto, anche con l'apporto e il sostegno delle organizzazioni non governative impegnate nella tutela degli stessi. Per garantire il rispetto dei diritti umani nell'area bosniaca è stato previsto un particolare meccanismo mediante l'istituzione, nell'Allegato 6 agli Accordi, di una Commissione dei diritti dell'uomo che si compone di due parti: l'Ombudsperson con ampi poteri investigativi, e la Camera dei diritti dell'uomo, con funzioni giurisdizionali, la quale consta di quattordici giudici, di cui otto nominati dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, e gli altri sei dalle due entità che compongono lo Stato della Bosnia Erzegovina.

Nonostante le inevitabili lacune nel contenuto degli Accordi, e certe insufficienze strutturali e funzionali del sistema da essi creato, che è suscettibile di ulteriori sviluppi e perfezionamenti da realizzarsi con il consenso delle entità interessate, gli Accordi di Dayton sono considerati uno

dei più grandi successi della diplomazia internazionale. Con gli Accordi in questione si è riusciti, bene o male, a far cessare la guerra in un travagliato contesto territoriale, e a creare le premesse per una pace duratura.

8. La possibilità di pervenire ad accordi di pace sulla base di valutazioni condivise incontra inevitabili ostacoli se gli Stati (o le entità) in contesa sono in possesso di un elevato potenziale bellico, sulla cui base la materia del contendere può divenire incandescente.

Una effettiva volontà di pace non può prescindere da una adeguata disciplina degli armamenti in ambito internazionale, attraverso norme giuridiche internazionali.

Lo Statuto delle Nazioni Unite, all'art. 11, prevede la competenza dell'Assemblea generale per esaminare "i principi generali di cooperazione per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, compresi i principi regolanti il disarmo e la disciplina degli armamenti, e può fare riguardo a tali principi raccomandazioni sia ai Membri, sia al Consiglio di Sicurezza, sia agli uni ed all'altro".

A norma dell'art. 26 dello Statuto dell'ONU il Consiglio di Sicurezza "ha il compito di formulare, con l'ausilio del Comitato di Stato maggiore, piani da sottoporre ai Membri delle Nazioni Unite per l'istituzione di un sistema di disciplina degli armamenti".

In base al Preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite l'uso delle armi è consentito soltanto "nell'interesse comune", per cui si pone il problema del rapporto tra il disarmo e la sicurezza collettiva. Lo Statuto lascia a ciascuno degli Stati membri delle Nazioni Unite la libertà di avere la propria politica di difesa, ponendo però a carico degli Stati stessi l'impegno di mettere a disposizione del Consiglio di Sicurezza i mezzi militari necessari al mantenimento o al ristabilimento della pace, su esplicita richiesta. Di conseguenza, alla luce dello Statuto delle Nazioni Unite, "le désarmement n'est praticable que s'il répond à une logique de sécurité"³³.

³³ Vedi SUR (S.), *Les Nations Unies et le désarmement*. L'Observateur des Nations Unies, n. 4, 1998. Nel Codice di condotta sugli aspetti politico-militari della sicurezza, adottato a Budapest nel 1994 dagli Stati membri dell'OSCE, si è posto l'accento sull'impegno politico assunto dagli Stati stessi di mantenere solo il potenziale militare necessario per far fronte alle legittime esigenze di sicurezza individuale o collettiva.

Il problema del disarmo è stato affrontato in sede ONU soprattutto a partire dal 1978, nell'ambito dell'Assemblea generale, la quale è apparsa impegnata ad elaborare una vera e propria dottrina del disarmo. Il Documento finale della decima sessione straordinaria dell'Assemblea, adottato per "consensus", pure nell'affermazione del diritto di tutti gli Stati alla sicurezza (e quindi, di possedere armamenti atti a salvaguardarla), poneva in risalto il "lien étroit entre le désarmement et le développement"³⁴.

Va segnalata anche la risoluzione 46/36 del 6 dicembre 1991 dell'Assemblea generale. Nel punto 1 della risoluzione l'Assemblea "déclare qu'une franchise et une transparence accrues dans le domaine des armements augmenteraient la confiance, favoriseraient la stabilité, aideraient les États à faire preuve de retenue, atténueraient les tensions et renforceraient la paix et la sécurité régionales et internationales».

Il traffico e il commercio di armi rappresentano un rischio notevole ai fini indicati. Pertanto l'Assemblea generale ha istituito un Registro dei trasferimenti internazionali di armi convenzionali, il quale comprende vari tipi di armi: su tale base gli Stati debbono dichiarare le loro importazioni ed esportazioni di armi, fornendo dati precisi. Il Registro non comprende comunque certe armi mortali, quali le mine e le munizioni.

A) La limitazione degli armamenti è un obiettivo che si realizza per tappe successive, attraverso adeguati strumenti normativi internazionali, e con l'impulso e l'apporto di esponenti politici responsabili a livello internazionale, di correnti di pensiero e di istituzioni internazionali.

Le armi nucleari, dato il loro forte potenziale distruttivo, pongono particolari problemi.

La Corte internazionale di Giustizia ha dovuto confrontarsi con la problematica delle armi nucleari. È stato infatti richiesto alla Corte, dall'Assemblea dell'Organizzazione mondiale della Sanità, di dare un parere consultivo circa l'utilizzazione delle armi nucleari da parte di uno Stato in un conflitto armato³⁵, e dall'Assemblea generale dell'ONU di pronunciarsi con un parere consultivo sulla liceità della minaccia o dell'impiego

³⁴ Cfr. PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit, p. 92.

³⁵ Il quesito posto alla Corte dall'Assemblea mondiale della Sanità (cfr. ris. WHA 46-40) poneva il seguente interrogativo: "compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement, leur utilisation par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'OMS?».

di armi nucleari³⁶. Per quanto concerne la richiesta di parere formulata dall'OMS, la Corte ha rilevato che la questione dell'utilizzazione delle armi nucleari non rientra nel quadro delle attività dell'OMS; pertanto, attenendosi ad uno stretto principio di legalità nei rapporti di competenza tra istituzioni internazionali, si è astenuta dal pronunciarsi.

Per quel che attiene alla richiesta di parere formulata dall'Assemblea generale dell'ONU in relazione alla liceità o illiceità della minaccia o dell'impiego delle armi nucleari “dans une circonstance extrême de légitime défense dans la quelle la survie même d'un État serait en cause”, la Corte ha rilevato che “la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicables dans les conflits armés et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire”³⁷.

La Corte non ha però condannato la dissuasione nucleare che è stata definita in termini non giuridici, in quanto «pratique dénommée *politique* de dissuasion”. Tale politica, che avuto soprattutto (ma non solo) nel periodo della guerra fredda tra Est e Ovest significative espressioni, non è comunque priva di effetti giuridici, ricollegabili all'interpretazione ed ai limiti di applicazione del concetto di legittima difesa, per quanto concerne il criterio della proporzionalità rispetto all'entità dell'attacco minacciato ed alle norme di “jus cogens” in tema di diritti umani (in particolare quelle relative al diritto alla vita e al divieto di genocidio), in considerazione dei danni irreparabili provocati dalle armi nucleari alle persone e all'ambiente umano.

La presa di coscienza da parte della comunità internazionale della pericolosità delle armi nucleari per la sopravvivenza stessa del genere umano non ha impedito che prevalenti ragioni di sicurezza di Potenze grandi e piccole inducessero ad una vera e propria corsa per dotare i vari arsenali di armi atomiche sempre più potenti e perfezionate³⁸.

³⁶ La domanda di parere consultivo formulata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risoluzione 49/75 K poneva il seguente quesito: “Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?».

³⁷ Cfr. I.C.J. *Recueil* 1996, par. 47-48. Sul parere della Corte vedi COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), *Armes nucléaires et droit international. À propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice*, in *Annuaire français de droit international*, 1996, p. 337.

³⁸ Per considerazioni di vasta portata, relative alle problematiche del nucleare, vedi, nella dottrina italiana, POLITI (M.), *Diritto internazionale e non proliferazione nucleare*, Padova, 1984.

Allo scopo di frenare l'incremento della produzione delle armi nucleari sono stati stipulati importanti accordi internazionali per disciplinarne e limitarne l'utilizzazione e ridurre quindi il rischio di una guerra nucleare³⁹.

La regolamentazione è stata considerata innanzitutto nell'ottica della non proliferazione nucleare. Il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari – firmato il 1° luglio 1968, entrato in vigore nel 1870 e prorogato per una durata illimitata nel 1995⁴⁰ – consente di porre un freno alla proliferazione delle armi nucleari e di ridurre gli arsenali esistenti. È stato concluso liberamente tra Stati in possesso di armi nucleari e Stati non detentori di tali armi, e rappresenta un importante risultato di cooperazione tra gli Stati per gestire le armi più distruttive.

In considerazione del fatto che la disseminazione e la proliferazione di armi nucleari rappresenta un pericolo per la pace e la sicurezza internazionale sono stati posti a carico degli Stati che vi hanno aderito vari obblighi e adempimenti, in modo da contenere sia la fabbricazione sia il traffico di tali micidiali strumenti bellici.

Nel 1997 l'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA) ha adottato un programma (93 + 2) per rafforzare il sistema di garanzie e di controlli, onde poter accertare eventuali attività clandestine. Molte difficoltà esistono ancora per contenere in modo sicuro ed efficace la proliferazione nucleare. Data la sostanziale interdipendenza ed intercambiabilità tra usi pacifici e usi militari dell'energia atomica, il pericolo della diversione a fini militari della energia nucleare è stato oggetto di alcune preoccupate analisi⁴¹.

In realtà nell'ambito di certi Stati che hanno operato la scelta dell'energia nucleare a fini pacifici (per ridurre i consumi e la dipendenza dal petrolio) esistono situazioni di instabilità politica, la quale pone il rischio dell'appropriazione forzata a scopo militare di materiali ed impianti nucleari da parte di gruppi di opposizione interna o di gruppi terroristici.

³⁹ Per una indicazione di alcuni importanti accordi internazionali in tema di armi nucleari, vedi POLITI (M.), op. cit., p. 19, particolarmente nota 8:

⁴⁰ Su questioni connesse all'applicazione del Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari vedi LEFEBRE (M.), *Les garanties de l'AIEA à l'épreuve des crises récentes du régime de non prolifération nucléaire*, in *Annuaire français de droit international*, 1996, p. 137.

⁴¹ Vedi, anche per alcune indicazioni bibliografiche in materia, POLITI (M.), op. cit., p. 30, nota 25.

B) Gravi minacce per la pace o per la stabilità di Stati e di aree territoriali derivano anche da uno sviluppo incontrollato delle armi classiche e convenzionali che, in conseguenza dei notevoli sviluppi tecnologici nel settore, sono divenute sempre più distruttive. In proposito va segnalato il Codice di condotta dell'Unione europea sull'esportazione di armi, che si fonda su criteri condivisi.

Per quanto concerne il divieto e la limitazione delle armi classiche produttive di effetti traumatici eccessivi, è stata elaborata una Convenzione in data 10 aprile 1981, che è stata successivamente oggetto di riesame nell'ambito di una Conferenza nel 1995, la quale ha consentito l'adozione di un Protocollo sulle armi a "laser" suscettibili di accecare l'avversario, e di un secondo Protocollo volto alla disciplina delle mine anti-uomo⁴². Un accordo relativo alle mine anti-uomo si è avuto soltanto il 3 maggio 1996, con il Protocollo di Ginevra, che è però apparso frammentario e incompleto nonché privo di un sistema di verifiche credibile. Date le insufficienze di tale testo, è stato successivamente negoziato e concluso a Ottawa un Trattato concernente il divieto delle mine anti-uomo, nel corso di una Conferenza diplomatica nel 1997⁴³. Il Trattato è entrato in vigore il 1° marzo 1999. In tale strumento, che si prefigge il divieto totale delle mine e la cooperazione e l'assistenza internazionale per lo sminamento a fini umanitari, è previsto un meccanismo di verifica del rispetto delle sue disposizioni e si autorizza l'invio di esperti con funzioni di controllo "in loco".

Nel quadro della PESC l'Unione europea ha adottato numerose azioni comuni in relazione alle mine, alle mine anti-uomo e al fine di favorire l'assistenza allo sminamento, con obblighi che vanno anche al di là di quelli enunciati nella Convenzione di Ottawa.

C) Il Trattato sulle Forze armate convenzionali in Europa, detto CFE (Treaty on Conventional Armed Forces in Europe), firmato a Parigi il 19 novembre 1990 fra ventidue Stati (nel frattempo era avvenuta l'unifica-

⁴² Vedi BETTATI (M.), *Examen de la Convention sur l'interdiction des armes classiques produisant des effets traumatiques excessifs*, in *Annuaire français de droit international*, 1995, p. 185.

⁴³ Cfr. BETTATI (M.), *La Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Ottawa, 18 septembre 1997)*, in *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 218 e ss.

zione tedesca) è considerato un pilastro nell'architettura di sicurezza europea⁴⁴.

L'ambito di applicazione del Trattato si estende dall'Atlantico agli Urali. Ne sono scaturite alcune obbligazioni fondamentali per gli Stati, concernenti la fissazione di limiti numerici alla dotazione in armamenti ed equipaggiamenti convenzionali; la riduzione degli armamenti che eccedono tali limiti; ed infine la verifica del sistema che prevede metodi particolarmente impegnativi e vincolanti.

La dissoluzione dell'Unione sovietica (che ha dato luogo a problemi strategici nel suo contesto), l'ampliamento della NATO con l'ingresso della Polonia, dell'Ungheria e della Repubblica Ceca hanno posto l'esigenza di riconsiderare forme di accordo e di coordinamento. I Membri della NATO, nel 1999, hanno ribadito che il Trattato sulle Forze convenzionali in Europa resta un elemento essenziale per assicurare la stabilità dell'area regionale euro-atlantica. Un testo revisionato del Trattato è stato discusso e sottoscritto nel corso del Vertice di Istanbul dell'OSCE, nel novembre 1999. Di notevole significato ai fini della prevenzione, della fiducia, della trasparenza e della cooperazione è il Trattato sui cieli aperti del 24 marzo 1992. Tale strumento, che si ricollega ad una idea del Presidente americano Eisenhower, prevede un regime per l'effettuazione di voli di osservazione da parte degli Stati firmatari sui territori di altri Stati parti, ed enuncia i diritti e gli obblighi relativi.

D) Nel quadro della disciplina degli armamenti, anche a fini preventivi, assumono oggi sempre maggiore significato le Convenzioni internazionali sulle armi chimiche e batteriologiche.

La Convenzione sulle armi chimiche, aperta alla firma a Parigi nel gennaio 1993, è stata elaborata nell'ambito della Conferenza sul disarmo⁴⁵. Per armi chimiche si intendono "tous les moyens utilisés ou développés dans le but de tuer par l'action toxique des produits chimiques"⁴⁶.

⁴⁴ Vedi GHEBALI (V.V.Y.), *Le traité sur les Forces armées conventionnelles en Europe* (Paris 19 novembre 1990), in *Revue générale de droit international public*, 1991, p. 833 e ss.

⁴⁵ Per una esposizione analitica delle obbligazioni fondamentali derivanti dalla Convenzione vedi RONZITTI (N.), *La Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du "stockage" et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, in *Revue générale de droit int. public*, 1995, p. 881 e ss.

⁴⁶ La definizione di armi chimiche è contenuta nell'art. II della Convenzione e nell'Annesso sui prodotti chimici.

La Convenzione pone alcune obbligazioni fondamentali. L'impiego delle armi chimiche è proibito definitivamente; pertanto ogni Stato parte della Convenzione ha l'obbligo di distruggere tutte quelle di cui è in possesso o che si trovano in un luogo posto sotto la sua giurisdizione ed il suo controllo; è inoltre proibita la produzione di tali armi.

Nel quadro della Convenzione sulle armi chimiche è stata creata un'organizzazione internazionale delle armi chimiche, l'OIAC, con una propria struttura organizzativa, e con il compito di vigilare sul rispetto delle disposizioni della Convenzione.

Si prevede un regime di verifiche assai minuzioso e cogente, mediante il controllo delle dichiarazioni degli Stati membri, ed ispezioni anche su iniziativa degli Stati medesimi. La verifica delle installazioni include le industrie chimiche e gli stabilimenti privati che fabbricano prodotti a uso civile.

Alcune disposizioni della Convenzione sono comunque volte a salvaguardare lo sviluppo economico e tecnologico. L'applicazione della Convenzione deve infatti effettuarsi in modo da evitare ostacoli allo sviluppo economico e tecnologico degli Stati e alla cooperazione internazionale nel settore, "à des fins non interdites".

In senso analogo rispetto a quanto è disposto nella Convenzione sulle armi chimiche, viene previsto nella Convenzione sulle armi biologiche e batteriologiche, firmata a Londra nel 1972⁴⁷, la quale pone il divieto della fabbricazione, dello "stockage", dell'acquisto e della conservazione degli agenti biologici, delle tossine, e delle armi a vettori che consentono l'impiego degli agenti biologici o tossine a fini offensivi e nel contesto di conflitti armati.

Le uniche attività consentite sono le ricerche di laboratorio. Agli Stati parti della Convenzione è fatto carico di prendere tutte le misure di precauzione necessarie per proteggere la popolazione e l'ambiente.

9. Il mantenimento e il consolidamento della pace nelle aree a rischio sono legati, oltre che all'attuazione di adeguate misure di sicurezza, alla qualità e alla stabilità dei sistemi di governo interni.

In questo senso si è pronunciato anche l'attuale Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, il quale ha posto la qualità dell'ammini-

⁴⁷ Sulla Convenzione, che appare meno completa e perfezionata rispetto a quella sulle armi chimiche, anche perché non prevede adeguate misure di verifica, vedi PATT (Y.), op.cit., p.135.

strazione pubblica, il rispetto dei diritti umani ed il rafforzamento del processo di democratizzazione tra le priorità nella cui realizzazione l'Organizzazione delle Nazioni Unite deve impegnarsi.

A più riprese Kofi Annan ha avuto occasione di sottolineare l'importanza di un potenziamento dell'attività delle Nazioni Unite nell'obiettivo della democratizzazione⁴⁸ e della buona gestione degli affari pubblici. Tale orientamento si ricollega all'opinione variamente espressa dal precedente Segretario generale dell'ONU, Boutros Boutros-Ghali, il quale, superando il limite del riservato dominio degli Stati, ha sostenuto che la "mission globale de démocratisation ne peut...être conduite qu'en agissant à tous les niveaux où s'exercent les pouvoirs dans la société internationale. C'est à dire que l'Organisation des Nations Unies doit conduire son action à l'intérieur des Etatsmais qu'elle doit aussi la conduire *entre les Etats*, ainsi qu'au cœur de cette société globale dans laquelle nous sommes désormais appelés à vivre"⁴⁹.

Il perseguimento di tali obiettivi rappresenta un'evoluzione rispetto alla posizione di neutralità riguardo ai regimi politici mantenuta dall'ONU per tanti anni, la quale ha dato luogo a sostanziali rilievi critici nei confronti dell'Organizzazione mondiale, in quanto è apparsa contraddittoria riguardo alla consistente produzione normativa dell'ONU in tema di diritti umani.

A) In un'ottica evolutiva si è posta la Dichiarazione adottata nell'ambito della prima Conferenza delle democrazie recentemente restaurate, tenuta a Manila dal 3 al 6 giugno 1988, con la partecipazione di tredici Paesi. I rappresentanti degli Stati partecipanti, nel Preambolo della Dichiarazione, hanno affermato il convincimento "de la supériorité morale d'un pouvoir qui est légitimé par la volonté du peuple, exprimé lors des élections libres et honnêtes". La proclamazione della legittimità democratica non può venire disgiunta dall'affermazione per cui "la démocratie signifie l'e-

⁴⁸ Vedi particolarmente il rapporto del Segretario generale relativo all'"*Appui du système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*", doc. A/52/513 del 21-10-1997 e A/53/554 del 29-10-1998. Per considerazioni sulla tematica della democrazia e dello sviluppo in vasta dimensione internazionale, improntate a criteri di buona gestione della cosa pubblica e di condanna della corruzione vedi di recente, ETIENNE (G.), *Le développement à contre-courant*, La Bibliothèque du citoyen, Paris, Presses de science po., 2003.

⁴⁹ Cfr. la prefazione di Boutros Boutros-Ghali al volume di SICILIANOS (L.A.), *L'ONU et la démocratisation de l'Etat*, Paris, 2000.

xercice responsable du pouvoir”, pertanto “la bonne governance (good governance) et le respect de tous les droits de l’homme, y compris des droits économiques et sociaux” costituiscono elementi fondamentali di un regime democratico.

Si è inoltre rilevato, nel quadro della Conferenza di Manila, che “les formes de nos gouvernements varient, car la démocratie porte l’empreinte de nos cultures respectives”⁵⁰. L’idea delle diversità dei sistemi democratici ha certamente condizionato l’approccio delle Nazioni Unite in materia.

La seconda Conferenza internazionale delle democrazie nuove o ricostituite, tenuta a Managua dal 4 al 6 luglio 1994, con la partecipazione di 74 Stati⁵¹, è un indice dell’espansione rapida dei movimenti di democratizzazione dopo la guerra fredda. L’idea fondamentale che ne è scaturita è l’esistenza di un “lien indissoluble entre la paix, la démocratie et le développement”.

La terza Conferenza internazionale delle democrazie nuove o ricostituite, tenuta a Bucarest dal 2 al 4 settembre 1997⁵², ha segnato una ulteriore evoluzione nel processo di democratizzazione. La Conferenza, cui hanno partecipato ottanta delegazioni di Stati d’Europa, America latina, Asia e Africa, era dedicata al tema “democrazie e sviluppo”. Il documento scaturito da tale Conferenza contiene l’affermazione per cui “un régime démocratique constitue le meilleur moyen d’asseoir un cadre de liberté offrant des solutions durables aux problèmes politiques, économiques et sociaux”. Di qui la necessità di riflettere sul ruolo dello Stato e sulla buona gestione degli affari pubblici. Le direttive miranti a rafforzare le istituzioni politiche e i principi democratici comprendono vari settori: in particolare, oltre alla tutela dei diritti umani, la riforma giudiziaria, la lotta contro il crimine organizzato e la corruzione, le elezioni e il pluralismo politico, la riforma della funzione pubblica, la responsabilità e la trasparenza nell’esercizio del potere, l’eguaglianza dei sessi, l’educazione civica. In un ampio contesto è stata considerata la gestione della mondializzazione e il decentramento.

⁵⁰ Vedi SICILIANOS (L.A.), *L’ONU et la démocratisation de l’Etat*, cit., p. 15. Sulla Conferenza cfr. N.U., doc. A/43/538, 16-8-1988.

⁵¹ La dichiarazione e il Piano di azione adottati dalla Conferenza sono contenuti in N.U. doc A/49/713, 23-11-1994, annessi I e II, richiamati da SICILIANOS (L.A.), *L’ONU et la démocratisation de l’Etat*, cit., p. 16.

⁵² Il Documento della Conferenza di Bucarest è contenuto in NU, doc. A/52/334, 11-9-1997.

B) A livello più particolare e regionale, nel quadro europeo, si è rilevato l'impegno della CSCE/OSCE, la quale ha ampliato il suo raggio di azione nel settore della "dimensione umana". La dimensione umana in sede OSCE ha registrato un'evoluzione passando dalla considerazione di casi personali e questioni umanitarie a questioni politiche di più ampio respiro, quali la costruzione e la stabilità di società democratiche.

Il Consiglio d'Europa, estendendo ai Paesi dell'Est il suo ambito di azione, ha forse perduto la sua omogeneità originaria, preservando però l'essenza dei principi formulati nel suo Statuto, in modo che i nuovi Membri si impegnino effettivamente e "de manière irréversible" nel senso di una "démocratie véritable". In tale ottica sta ponendosi anche l'Unione europea, la quale è in procinto di allargare la sua sfera di azione a Stati dell'Europa dell'Est, che dovranno completare il processo di maturazione necessario. A tale proposito vale la considerazione espressa da Badinter per cui "la nature hybride de l'Union conduit à inscrire les principes de la démocratie dans une architecture institutionnelle originale"⁵³.

Nel quadro universale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, che comprende ormai centonovanta Stati, in gran parte di recente indipendenza e in via di sviluppo, il concetto di democrazia sfugge ad un preciso inquadramento.

Nell'opinione di Boutros Boutros-Ghali, la democrazia "est susceptible de s'incarner dans des formes multiples afin de mieux s'inscrire dans la réalité des peuples. La démocratie n'est pas un modèle à copier sur certains Etats, mais un objectif à atteindre par tous les peuples"⁵⁴.

In realtà, come ha fatto rilevare di recente anche Sergio Romano, la democrazia è un fenomeno complesso che "richiede lunghe maturazioni storiche oltre che favorevoli condizioni economiche"⁵⁵.

La decolonizzazione ha portato nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, quali Stati indipendenti, un numero considerevole di Stati dell'Africa, dell'Asia, del Medio Oriente, i quali hanno dovuto confrontarsi con nuove priorità e con l'impegno di avviare le loro società sulla strada dell'indipendenza e della modernizzazione sociale ed economica.

Per fare fronte alla mutate situazioni sono apparsi, talora con sangui-

⁵³ Cfr. *Une constitution européenne*, Paris, 2002, p. 27.

⁵⁴ Vedi la Dichiarazione enunciata nell'ambito della Conferenza mondiale sui diritti dell'uomo, doc.A/CONF. 157/22, p. 12.

⁵⁵ Cfr. "Democrazia impossibile senza modernizzazione", in *Corriere della Sera*, 17 febbraio 2003, p. 11, per alcune interessanti considerazioni sui riflessi di recenti vicende in dimensione planetaria.

nosi colpi di stato, i Vertici militari (colonnelli e generali), i quali si sono assunti l'onere di gestire l'organizzazione di governo in contesti spesso caratterizzati da una miscela instabile di etnie. I nuovi "leaders", anziché alle democrazie di impronta occidentale, hanno preferito ispirarsi a modelli autoritari o totalitari.

Dall'ideologia nazionalsocialista (ispiratrice del partito Baath) sono scaturite dittature come quelle di Saddam in Irak e di Assad in Siria, le quali sono apparse tese ad imporre, in modo anche arbitrario e dispotico (come nel caso della dittatura di Saddam Hussein), la forza dello Stato in contesti condizionati dall'instabilità etnica e dal fondamentalismo islamico.

In realtà l'evoluzione e il passaggio da regimi autoritari o totalitari a sistemi di governi più rappresentativi e partecipativi segna una svolta nella concezione stessa dello Stato di diritto nell'affermazione del primato della democrazia e del rispetto dei diritti umani. A tale proposito merita un'attenta riflessione l'opinione espressa da Raymond Aron, per cui "Les Etats ne sont pas sortis, dans leurs relations mutuelles, de l'état de nature". Lo «stato di natura» prevale talora nell'ambito di contesti statuali, come si desume dai conflitti in Bosnia Erzegovina, a Timor Est, e, più di recente, nella sanguinosa area israelo-palestinese.

Un mondo senza violenza e conflitti resta comunque una speranza.

Il principio 24 della Dichiarazione di Rio del 1992 enuncia esplicitamente che "la guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable"⁵⁶. Tale principio non viene però adeguatamente considerato. Così come la consacrazione del diritto alla pace di ogni essere umano, quale corollario del diritto alla vita, rischia ancora oggi di restare un'utopia.

L'ultimo conflitto in Irak ha segnato una sconfitta per l'ONU e per la diplomazia internazionale, anche in considerazione delle polemiche suscitate a vari livelli in ambiti interni e internazionali circa la presunta possibilità di evitare il conflitto.

In questa circostanza varie manifestazioni a favore della pace si sono tenute in varie aree del mondo; assai significativa è stata la posizione – chiara ed incisiva – assunta dal Pontefice Romano a difesa della pace e contro gli orrori della guerra.

Coerentemente con gli orientamenti dei movimenti per la pace, con le dichiarazioni responsabili di vari esponenti politici e religiosi e con le in-

⁵⁶ Il richiamo alla Dichiarazione di Rio è contenuta in PETIT (Y.), *Droit international du maintien de la paix*, cit, p. 210.

vocazioni del Pontefice Romano si pone l'esigenza e l'urgenza di un rafforzamento delle istituzioni e delle strutture internazionali competenti per la soluzione dei conflitti, promovendo una maggiore coesione tra gli Stati che ne fanno parte e rendendo più efficaci e operativi gli organismi di controllo costituiti nell'ambito delle istituzioni medesime; ciò al fine di garantire una effettiva applicazione della normativa internazionale volta a disciplinare i comportamenti reciproci nel contesto internazionale nel rispetto dei principi di giustizia e di legalità internazionale⁵⁷.

⁵⁷ Una visione realistica e disincantata del mondo contemporaneo, "déjà à demi désagrégé par les guerres dites et non dites, déclarées et inconnues", emerge dalle "Reflections sur la Guerre, le mal et la fin de l'Histoire (précédé de les Damnés de la Guerre)" di BERNARD-HENRI LÉVY, Paris, Grasset, 2001.

ENRICO GABRIELLI

*RIMEDI GIUDIZIALI E ADEGUAMENTO
DEL CONTENUTO DEL CONTRATTO
ALLE MUTATE CIRCOSTANZE DI FATTO**

1. Il tema dei rimedi giudiziali per l'adeguamento del contratto alle mutate circostanze di fatto, come è noto, comprende numerosi e molteplici profili che vanno: dal problema della presupposizione a quello della sopravvenienza; a quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione a quello di più ampia portata del rischio contrattuale, e così via dicendo; e quindi dev'essere in primo luogo necessariamente circoscritto, al fine di una sua più precisa individuazione.

2. Nel diritto dei contratti disciplinato nel sistema italiano si afferma ad opera della dottrina l'esistenza e la legittimità di un «principio giuridico della revisione del rapporto, desunto da inequivoche disposizioni del nostro diritto positivo»¹.

L'affermazione sembra peraltro trovare ulteriore fondamento anche nella tendenza, espressa dal nostro sistema in una pluralità di luoghi normativi, alla conservazione del contratto e quindi del sottostante rapporto.

Nella prospettiva di un discorso ordinato la revisione del contratto e le conseguenti sue tecniche di adeguamento si possono rappresentare secondo diversi piani di valutazione: **a)** quello degli ambiti concreti di applicazione, e quindi distinguendo secondo che agiscono nel quadro del diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali ovvero in quello del diritto dei singoli contratti; **b)** quello delle forme mediante le quali tali tecniche possono presentarsi, e quindi distinguendo tra tecniche di revisione e di adeguamento del contratto legali, convenzionali e giudiziali.

* Relazione presentata al convegno internazionale «*Il contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Basi per un codice latinoamericano tipo*», svoltosi a Bogotà dal 3 al 6 settembre 2001». Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Ugo Majello*.

¹ TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 110.

La diversità degli ambiti di collocazione delle singole fattispecie comporta significative conseguenze sistematiche ed interpretative.

2.1. Sul primo piano di valutazione occorre fin d'ora segnalare che la dottrina italiana negli ultimi tempi ha discusso con notevole impegno il tema della distinzione tra parte generale e parte speciale dei contratti, i cui termini generali meritano di essere, seppur sinteticamente, richiamati per una miglior definizione del quadro generale di riferimento del discorso che si sta svolgendo.

La distinzione tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti ha conosciuto una prima sistemazione in epoca immediatamente successiva alla codificazione del 1942, nel senso che tra i due gruppi di norme si individuava un rapporto sistematico, secondo cui le norme generali acquistavano il loro significato come «di cornice alle norme particolari (secondo gruppo), che sono esclusive a ciascuna figura di contratto in specie; il che spiega (in concorso con altre ragioni) come e perché quel primo gruppo precede l'altro, nella distribuzione della materia». La coesistenza di tali norme veniva giustificata e spiegata nel senso della combinazione (e non della reciproca esclusione) fra esse: il primo gruppo costituisce, secondo quella dottrina, un «indispensabile, anche se non sempre avvertito, presupposto, o addentellato per il secondo gruppo»².

La classificazione, e la conseguente distinzione, così costruita³, negli

² La sistemazione all'epoca proposta da MESSINEO nella *Dottrina generale del contratto*, del 1944, si ritrova ora in ID., *Il contratto in generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1973, t. I, p. 11.

³ Secondo MESSINEO, (*op. loc. ult. cit.*) la portata della locuzione “norme generali” può significare, in primo luogo, norme che preludono alle “norme particolari”, le quali ultime sarebbero quelle che costituiscono la disciplina peculiare di ogni singolo tipo di contratto; sicché in tal senso la locuzione “norme generali” denoterebbe una schema generico, di per sé compiuto, che si contrappone, collocandosi su un piano normativo sopraordinato, ai numerosi schemi corrispondenti ai singoli tipi, ed in tal guisa non sarebbe soggetto a confondersi con questi.

In un secondo senso la locuzione “norme generali” potrebbe significare norme “comuni”, cioè tali da apparire “suscettibili di essere applicate ad ogni singolo contratto in concreto: epperò, *in concorso* (e non in antitesi) con le norme particolari, che sono, invece, dettate *ratione materiae*; e, in tale ulteriore significato, quella locuzione sta sul *medesimo piano* normativo di queste ultime. Ora, sembra che sia il secondo, il significato preminente della locuzione in esame”.

ultimi tempi, è stata sottoposta a revisione critica, sull'idea che il rapporto sistematico in tal modo disegnato «non esisteva ieri, nel confronto tra norme generali e norme particolari sui contratti nel codice civile. Tanto meno esiste oggi, nel confronto tra norme del codice civile e norme delle leggi speciali» ed ancor meno condivisibile sarebbe la concezione, alla quale si ispirava «di una parte generale del contratto quale disciplina idonea a regolare il contratto come figura unitaria»⁴.

Si è sostenuto infatti che le tendenze presenti in dottrina al fine di spiegare il rapporto tra norme di parte generale e norme di parte speciale testimoniano che la parte generale sul contratto non è più considerata centrale. Sarebbe viceversa rinvenibile un “fenomeno centrifugo” ascrivibile a più circostanze, fra le quali: l'intervento del legislatore, attuato mediante leggi organiche di settore a contratti da sempre oggetto di interventi episodici; la fioritura di nuovi contratti, affidati all'analitica disciplina delle parti, con vocazione dell'auto sufficienza⁵.

La parte generale sul contratto non potrebbe più essere considerata come la disciplina di una figura unitaria, dato che «si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa», «si è aperta la forbice tra contratti tra imprese e contratti con il consumatore. Si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali», sicché «il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale»⁶.

L'idea del declino del contratto come categoria generale, unitamente ad una tendenziale sfiducia verso l'attuale persistenza ed utilità delle cate-

⁴ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 328

⁵ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., p. 333. Segnala la “perdita di centralità” e la “perdita di unitarietà” della figura del contratto in generale, anche ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 12.

⁶ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., p. 333, il quale osserva come il legislatore, in questo contesto sia stato assente, non intervenendo a disciplinare, ad esempio, né le condizioni generali di contratto, né i singoli contratti, quali sembrano affidati per la loro disciplina più agli usi o ai codici deontologici.

gorie generali, viene comunque respinta con fermezza da una importante parte della dottrina⁷.

In particolare si rileva che la centralità delle norme generali sui contratti trova il suo fondamento sia nella storia delle codificazione, la quale avrebbe dimostrato «un movimento centripeto: istituti “particolari” divenuti figure “generali” e comunque un arricchimento della disciplina generale», sia nella storia delle idee e della prassi⁸.

Il discorso critico verso la parte generale del contratto non sarebbe condivisibile neppure «quando sembra svolgersi sul piano tecnico: se riesce ad evitare le secche del nominalismo, non giunge tuttavia a soluzioni convincenti»⁹; sicché, respinta la logica della frantumazione, «parte speciale e parte generale costituiscono gli ineliminabili poli di una dialettica feconda»¹⁰.

L'utilità ed il valore di uno schema unitario astratto, che si risolve nella categoria generale del contratto, risulta dunque riaffermata¹¹ e ribadita¹², poiché la categoria generale del contratto non sembra aver perso il suo ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata, quale cate-

⁷ Cfr. G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec., p. 428; VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 805 ss.; BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 669; in *Il contratto. Silloge* in on. di G. Oppo, Padova, vol. I, 1992, p. 51 ss., ed ora anche in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 2a ed., 1996, p. 31 ss.; cfr. anche IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 560.

⁸ BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 670.

⁹ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 673. La critica è direttamente rivolta a CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, p. 62 ss.

¹⁰ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 674. Sul punto cfr. però la garbata replica critica di DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 2a ed., p. 11.

¹¹ Ancor di recente da RESCIGNO, voce *Contratto*. In generale, cit, p. 2, e da G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Pietro Rescigno, Torino, 1999, t. I, p. 12 ss.; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss.

¹² A sostegno della tesi esposta nel testo, BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 675, indica un “esempio sintomatico del valore della parte generale del contratto, ma che svela anche certi sottintesi della dottrina sulla c.d. fuga dalla parte generale”. Si tratta del compito, che il legislatore avrebbe assegnato alla parte generale del contratto, consistente nel “governare lo sviluppo dei nuovi tipi contrattuali ad opera della attività creatrice dei privati, al di fuori dei rigidi schemi precostituiti della legge”.

Anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, 2° ed., vol. II, t. 1, dopo aver ricordato che «nella realtà fattuale il contratto in generale non è neppure pensabile; pensabili sono solo i tipi contrattuali, siano essi tipi legali o tipi sociali (i cosiddetti

goria logica, formale, ovvero, secondo altra formulazione, quale «referente gnoseologico comune»¹³.

Da qui l'ulteriore opportunità di distinguere tra tecniche di revisione e rimedi di adeguamento del contratto che operano nella parte generale e tecniche e rimedi che operano nella parte speciale del diritto dei contratti.

2.2. Nel quadro generale in modo così approssimativo delineato, si può dunque osservare che i rimedi per la revisione e l'adeguamento del contratto presenti nella parte speciale risultano peraltro distribuiti e articolati in modo disordinato e non omogeneo, anche se, come anticipato, si presentano caratterizzati da un elemento in comune: essi operano all'interno del singolo tipo legale e quindi risentono della connotazione e della caratterizzazione strutturale di ciascuna singola fattispecie.

Il tipo contrattuale infatti rappresenta, se non l'unico, certamente il migliore criterio di selezione del rischio contrattuale, e quindi rappresenta un punto di riferimento affidabile da cui prendere le mosse per operare la revisione del contratto mediante l'adeguamento del contenuto dello stesso alle mutate circostanze di fatto.

Il tema, ovviamente, ripropone anche l'antica *querelle* su quale sia l'elemento (o gli elementi) idoneo ad individuare il tipo: se la causa (come sostiene da tempo la dottrina prevalente) ovvero se, accogliendo la tendenza al ripudio di tale strumento, si debba far riferimento (mediante l'applicazione del metodo cd. tipologico) ad una pluralità di dati individuanti, in tal modo, rinunciando ad individuare un unico elemento tipizzante dotato di operatività generale, e facendo ricorso ad una serie di tratti distintivi¹⁴, classificati a seconda che attengano: al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto del contratto, al fattore tempo, al modo di perfezionarsi del contratto¹⁵.

contratti atipici o innominati)», riafferma l'opportunità di una "parte generale" sui contratti.

¹³ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 683, ed ivi p. 684 sul *valore euristico* della categoria generale del contratto; cfr., anche dell'A., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 8 ss.

¹⁴ DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. p. 70.

¹⁵ Si tratta in ogni caso – avverte DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 111 – di un elenco da non considerare esauriente, «perché si è avuto cura di mettere in evidenza le differenze fra i tipi solo quando l'affinità induceva all'analisi differenziale, mentre si sono trascurati i tratti distintivi che potevano risultare dal confronto fra tipi tra loro lontani.

Dal punto di vista logico, con riferimento ad un dato ordinamento positivo, e quindi

Il riferimento alla causa, quale elemento di individuazione del tipo – e quindi, secondo il linguaggio del codice anche alla “natura del contratto” o “alla natura dell’affare”, cioè dell’operazione economica – rimane in realtà l’unico criterio in materia ancora affidante, e come tale può servire da base per la valutazione dei criteri di revisione e delle tecniche di adeguamento del singolo contratto, sia quando esso sia riguardato nella dimensione offerta dalla parte generale, sia quando sia riguardato in quella offerta dalla parte speciale, del diritto dei contratti.

Nel quadro dei dati di riferimento offerti dal sistema potrebbe in realtà sembrare che anche l’oggetto del contratto – (segnatamente se inteso quale elemento esterno allo stesso e compreso nel contenuto del contratto mediante la sua rappresentazione descrittiva) e quindi identificato, secondo il linguaggio del codice, nella prestazione¹⁶ – ad una prima ed approssimativa lettura potrebbe porgere uno spunto di riflessione al fine di assumere tale elemento come criterio di riferimento per un’indagine sul tema dell’adeguamento contrattuale.

In tal senso potrebbe infatti risultare utile la considerazione delle vicende a cui l’oggetto, nel senso sopra inteso, potrebbe andare incontro tra il momento della conclusione e quello della esecuzione del contratto, come avviene nel caso della disciplina dei vizi e delle difformità nella vendita, quale paradigma normativo delle ipotesi di alterazione tra quanto pattuito nel programma negoziale e quanto consegnato in esecuzione dell’assetto di interessi, particolarmente quando la modificazione dell’oggetto sia il risultato di fatti o di circostanze verificatisi in un tempo successivo alla conclusione del contratto.

Indagini recenti, intese proprio a valorizzare l’adeguamento come principio generale nei contratti a lungo termine, hanno posto in evidenza, per quello che qui interessa, che la figura dell’oggetto del contratto, in qualunque accezione essa si intenda, non si presta ad offrire un utile ambito per operare l’inquadramento sistematico del tema dell’adeguamento¹⁷.

ad un dato catalogo di tipi legali, potrebbe ben essere formulato un elenco di tratti distintivi dotato di completezza».

¹⁶ E. GABRIELLI, *L’oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* dir. da Schlesinger, Milano, 2001, p. 28 ss

¹⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 93 ss.

Al contrario anche da tali indagini – seppure risulta pressoché impossibile, o comunque ardua, una rassegna esaustiva delle singole ipotesi di disciplina legislativa della modificazione dell’originario contenuto del contratto, a seguito del mutamento di circostanze di fatto, o al sopravvenire di circostanze diverse – sembrerebbe trovare conferma l’idea che nei contratti tipici l’adeguamento legale del contratto, quale espressione sia dell’interesse dei contraenti a mantenere in vita il contratto, sia del carattere flessibile del regolamento contrattuale, è la manifestazione di un principio generale di disciplina dei rapporti di durata¹⁸.

Se ne deve dunque dedurre che le tecniche “legali” di revisione e di adeguamento del contratto non sembrano poter fare a meno quale referente principale del tipo contrattuale, poiché esse operano sempre all’interno del tipo legale, secondo modelli e paradigmi che è lo stesso ordinamento a prevedere nella definizione della disciplina del singolo tipo.

3. Le tecniche di revisione e di adeguamento rimesse all’autonomia dei privati operano invece in via preventiva rispetto al verificarsi di un evento che possa realizzare un effetto traumatico sull’assetto di interessi dettato dalle parti, e si esprimono, già nella fase di conclusione del medesimo, mediante l’inserimento di apposite clausole di adeguamento automatico del contenuto del contratto.

Tali clausole producono l’effetto di far sorgere un vero e proprio obbligo di rinegoziazione del contenuto in capo alle parti del contratto.

Si tratta di clausole che ovviamente assumono vesti e connotazioni delle più varie, coerentemente con la variabilità e mutevolezza degli interessi di volta in volta concretamente dedotti in contratto¹⁹.

¹⁸ MACARIO, *op.cit.*, p. 103 ss., cui si rinvia per la rassegna e l’esame di alcune di tali disposizioni.

¹⁹ Cfr. al riguardo i contributi raccolti nel volume, AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, e segnatamente il contributo di RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, p. 299 ss., il quale ribadisce che nel sistema italiano non è rimesso al giudice un potere di adeguamento del contratto alle mutate circostanze di fatto, e che il potere accordato al contraente convenuto in giudizio per la risoluzione per eccessiva onerosità è un potere «che non può estendersi al giudice, pertanto non abilitato a proporre e ancor meno a imporre una modificazione riduttiva del contratto ad equità».

4. Un diverso discorso deve svolgersi per le tecniche giudiziali di revisione e di adeguamento; segnatamente quando tali tecniche si muovano nel quadro del diritto comune dei contratti.

Una recente indagine comparatistica ha posto in luce che, al pari di altre esperienze giuridiche, la nostra giurisprudenza, pur in presenza nel sistema di casi in cui è consentito giungere a revisione del contratto, ha costantemente respinto tale tentativo, soprattutto quando esso operi attraverso l'intervento del giudice²⁰.

Nell'ordinamento italiano il paradigma normativo che per la sua connotazione sembra meglio presentarsi per progettare *de iure condendo* tale estensione è quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

4.1. L'introduzione dell'art. 1467, nel codice civile del 1942²¹, ha co-

²⁰ GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 378 ss., il quale assume un atteggiamento critico nei confronti di questa tendenza.

²¹ Nella Relazione al codice civile si afferma che «In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso; ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno».

«La rigorosa limitazione dell'efficacia della clausola ad eventi che non possono assolutamente farsi rientrare nelle rappresentazioni che ebbero le parti al tempo del contratto, esclude il pericolo di eccessi; ma garantisce contro tal pericolo anche la rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità, che per il nuovo codice non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma) o quando il contratto è essenzialmente o convenzionalmente aleatorio (art. 1469: vendita a termine di titoli di credito, rivendita)» (sul pensiero di Filippo Vassalli, in merito all'opportunità di introdurre nel codice tale norma v. G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, p. 37; v. anche DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 44).

L'esperienza maturata sotto il precedente codice aveva infatti dimostrato che né le direttive di amministrazione del rischio contrattuale elaborate dalla giurisprudenza, né le configurazioni prospettate dalla dottrina riuscivano a supplire alla mancanza di un principio generale e codificato; sul punto v. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 14 ss.

dificato la regola – conforme ad un principio generale²² rinvenibile anche in altri ordinamenti²³ – secondo cui, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, l'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento, quando sia in grado di determinare l'eccessiva onerosità²⁴ di una delle prestazioni, rappresenta una causa

²² Così Cass. 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, 2177; in *Giust. civ.*, 1987, I, 1499, con nota di COSTANZA, *Oneri reali e adeguatezza del corrispettivo*.

Il principio risponderebbe alla tutela «del debitore contro il rischio di un eccezionale e imprevedibile aggravio della sua prestazione» (così BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 385).

Osserva GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1988, p. 468 ss., che nella risoluzione del contratto per eccessiva onerosità si manifesta con tutta evidenza il principio di proporzionalità tra le prestazioni.

²³ Per alcuni riferimenti, cfr. di recente, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 19 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 56 ss.

²⁴ Il concetto di eccessiva onerosità è un concetto elastico, sicché il dibattito sulla sua delimitazione è ancora oggi assai acceso: cfr., fra gli altri, BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946, p. 67; AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 170; OSILIA, *Sul fondamento delle risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 15; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; OSTI, voce «*Clausola rebus sic stantibus*», in *Nuoviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 344; BOSELLI, voce «*Eccessiva onerosità*», in *Noviss. dig. it.* IV, Torino, 1960, p. 331; GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 415; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 7 e ss.; ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1239; TURNATURI, *Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità*, *ivi*, 1973, p. 125; E. QUADRI, *Questioni giuridiche sull'inflazione*, Bari, 1981, p. 148 e ss.; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979, p. 152 e ss.; TARTAGLIA, voce «*Onerosità eccessiva*», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 155; ID., *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 19 e ss.; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 721; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, I, 573 (ora in: ID., *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997, *passim*); CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1987, t. II, p. 836; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimeste*, 1988, p. 54 ss.; F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dir. comm. intern.*, 1988, p. 1 ss.; TOMMASINI, voce *Revisione*

di giustificazione della risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.²⁵.

La disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità – sul cui fondamento esistono ancora gravi incertezze – non si esaurisce comunque nell'art. 1467, ma prosegue nell'art. 1468 con la regola secondo cui «nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità», e, finalmente, si chiude con la previsione dell'art. 1469 nel senso che le norme dei precedenti articoli «non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti».

Le regole richiamate sono tuttavia soltanto quelle che il codice enuncia nella parte dedicata al diritto comune dei contratti: la disciplina dell'istituto trova viceversa ulteriori e significative applicazioni nella parte speciale del diritto dei contratti (v. ad es. art. 1664 c.c., in tema di appalto;

del rapporto (diritto privato), cit., p. 114 ss.; VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in ALPA – BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1991, vol. IV, t. II, p. 980; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto Disc. priv. sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 235 ss.; ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 182; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1993, t. II, p. 677 ss.; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario dir. da SCHLESINGER*, Milano, 1995, p. 109 ss.; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 399 ss.; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. II., p. 1559 ss.

²⁵ L'eccessiva onerosità ovviamente non deve essere confusa con l'impossibilità sopravvenuta, che può derivare anche da un eccessivo sacrificio economico del debitore, ma unicamente se il sacrificio sia tale da superare «lo sforzo diligente dovuto in quanto del tutto anormale rispetto al risultato dovuto»; con la conseguenza che l'eccessiva onerosità non vale di per sé ad esonerare il debitore dalla responsabilità per inadempimento. Il debitore potrà evitare di incorrere in tale responsabilità, ottenendo l'estinzione del rapporto obbligatorio, mediante la proposizione della domanda di risoluzione nei contratti a titolo oneroso, ovvero, in quelli a titolo gratuito, proponendo la domanda di riduzione della prestazione; poiché la domanda costituisce esercizio del diritto del debitore alla rideterminazione giudiziale della prestazione, rendendo così il debito illiquido durante il processo, l'adempimento potrà essere sospeso dal momento della domanda.

L'eccessiva onerosità – intervenuta successivamente al ritardo nell'adempimento, o che abbia dato causa al suo verificarsi – non può essere fatta valere dal debitore (BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., p. 386-387; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, 2a ed., vol. II, t. I, p. 468, n. 51).

nonché la disciplina degli appalti di opere pubbliche; artt. 1897 e 1898 c.c., in tema di contratto di assicurazione).

4.2. La disciplina sulla risoluzione o sulla modificazione del contratto eccessivamente oneroso può dunque applicarsi se il contratto è a prestazioni corrispettive; se il contratto è viceversa con obbligazioni di una sola parte l'unica via da seguire è quella della modifica.

La spiegazione di tale differenza di trattamento andrebbe ricercata nella circostanza che la categoria cui appartiene il contratto di cui all'art. 1468 c.c. coinciderebbe con la categoria menzionata nell'art. 1333 c.c., e quindi se il legislatore consentisse la risoluzione dei contratti di cui all'art. 1333, questo rimedio eliminerebbe l'obbligo di una parte, senza che l'altra possa ottenere un corrispondente trattamento²⁶.

La delimitazione dell'ambito di applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità investe quindi anzitutto la definizione dei confini della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive²⁷, per la quale, peraltro, sorgono notevoli dubbi e contrastanti opinioni sia sulla stessa nozione, sia sulla delimitazione in riferimento al contratto bilaterale ed a quello oneroso.

In realtà, se a fondamento della categoria si accoglie non il principio

²⁶ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 633; SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 16. Occorre ricordare che in dottrina si discute sulla applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità ai contratti di cui all'art. 1333 cod. civ. (sul punto v. CARRESI, *Il contratto*, cit., t. II, p. 840; in senso negativo v. da ultimo, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. 1. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 884).

²⁷ Per la delimitazione della categoria e l'esame dei suoi profili e problemi, cfr., BARRASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 262; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 8ª ediz., p. 234; ID., *Il contratto in generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO Milano, 1972, p. 915; OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 490; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 68; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 184; DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 48; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 6 ss.; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 455; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, *passim*; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966 (rist. 1974), p. 307 ss.; ID., *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Studi senesi*, 1968, p. 144; e in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, p. 225; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 339; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei*

della proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, ma quello della libera determinazione da parte degli stessi della fissazione della misura dello scambio²⁸, appare chiara la funzione che il legislatore ha voluto attribuire alla risoluzione e alla modificazione del contratto colpito dall'eccessiva onerosità.

Essa, infatti, interviene, al di fuori delle ipotesi normali nelle quali il contratto tende a realizzare il reciproco scambio delle prestazioni, quando la fissazione del metro di scambio risulti viziata e debba essere sottoposta agli effetti dell'azione di risoluzione ovvero, in senso alternativo, debba essere rivalutata ad opera dell'interprete.

4.3. Il dibattito sul fondamento dell'istituto ha largamente impegnato – e ancora oggi impegna – la dottrina²⁹. Il pensiero degli interpreti può sostanzialmente ricondursi ad una concezione di carattere soggettivo ed una concezione di carattere oggettivo.

La teoria soggettiva fa leva sul momento volontaristico per spiegare la disciplina del contratto e si ricollega alla rilevanza di una clausola tacita (*clausola rebus sic stantibus*), ovvero a valutazioni in chiave di presupposto o di fondamento dell'affare o di presupposto comune; quella oggettiva, viceversa, muove prevalentemente dalla considerazione della causa del negozio e quindi si fonda su un difetto funzionale dello scambio, ovvero sulla equivalenza economica delle prestazioni³⁰.

La teoria soggettiva troverebbe un grave ostacolo nelle obiezioni che

contratti. Il problema della donazione mista, Napoli, 1984, p. 12 ss.; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 50 ss.

²⁸ Le parti del contratto a prestazioni corrispettive non fanno riferimento all'uguaglianza dei valori delle prestazioni scambiate (tesi dell'equivalenza oggettiva), o all'uguaglianza dei valori di mercato delle prestazioni, così come sono valutate dalle parti (tesi dell'equivalenza soggettiva), ma alla circostanza che ciascuna parte offre la propria prestazione per riceverne un'altra, così che ciascuna è causa dell'altra (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, 9ª ediz., p. 224; DE SIMONE, *o.c.*, p. 48; MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 90; SCALFI, *o.ult.c.*, p. 57; PINO, *o.c.*, p. 159; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 319; ID., *Bilateralità*, cit., p. 336), e l'intento è di dare e ricevere le prestazioni in scambio (A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 320; sul tema v. anche LANZILLO, *Il problema dell'equivalenza tra le prestazioni*, in *Studi Parmensi*, Milano, 1983, p. 161 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, p. 471 ss.).

²⁹ Sul punto v. ora C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 25 ss.

³⁰ Per un esame critico delle varie configurazioni (teoria soggettiva, oggettiva, teoria della presupposizione, della sopravvenienza, ecc.) v., di recente, G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 64 ss.; SCALFI, voce

incontra la nozione di clausola tacita presunta, con cui «si può mascherare a piacimento qualsiasi intervento legale nel settore degli effetti del contratto»³¹. Per quanto, invece, riguarda la rilevanza della presupposizione o del fondamento negoziale, essa, per un verso, rischierebbe di confondere l'eccessiva onerosità della prestazione con l'errore di previsione comune ad entrambi i contraenti, per un altro, quando non creasse confusione con la teoria della sopravvenienza, introdurrebbe comunque un problema di interpretazione, mentre sopravvenienza e presupposizione inciderebbero su effetti diversi del contratto³².

La teoria causalistica, che sembra quella più seguita, viene a sua volta criticata in quanto sposterebbe il problema del fondamento dell'istituto senza risolverlo³³; mentre quella fondata sull'equilibrio economico delle prestazioni non chiarirebbe che l'equilibrio originario esiste soltanto in

Risoluzione del contratto, cit., p. 12 ss.; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 235 ss.; ID., *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., pp. 103 ss., 182 ss.; VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 972 ss.; SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, cit., t. II, p. 660.

Per BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., p. 389, fondamento della norma sull'eccessiva onerosità è «l'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, e precisamente l'esigenza di salvaguardare la parte contro il rischio di un eccezionale aggravamento economico della prestazione derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici». Se la situazione di mercato pertanto permane invariata, o si evolve secondo criteri di prevedibilità, allora ciascuna parte sopporta l'alea normale del contratto; se, viceversa, l'economia del contratto è sconvolta da eventi straordinari e imprevedibili, la parte può liberarsi dal suo impegno nei contratti a titolo oneroso, ovvero si giustifica, in quelli a titolo gratuito, l'equa riduzione della prestazione dovuta.

³¹ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661-662.

³² SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., p. 13.

³³ Per SACCO, *op. ult. cit.*, p. 660, dicendo che, aggravata la situazione del debitore per fatto prevedibile, la causa del contratto è intatta, mentre quella stessa causa sarebbe compromessa da una onerosità determinata da un fatto imprevedibile, si direbbe semplicemente che il legislatore accolla al debitore il maggior onere dipendente da eventi prevedibili, e non gli accolla il maggior onere causato da circostanze imprevedibili. In tal modo si parafraserebbe la legge.

Dicendo, infatti, che, sopravvenuta l'eccessiva onerosità della prestazione, la causa (intesa come funzione economico-sociale) del contratto verrebbe a mancare o a viziarsi si potrebbero dire due cose: «che il contratto non ha più una funzione economico-sociale qualsiasi; che il contratto non ha più la funzione economico-sociale che le parti gli avevano assegnato».

La frase, assunta nel primo significato, sarebbe grossolanamente falsa, perché la fun-

quanto le parti stesse lo hanno sancito sicché un giudizio di sopravvenuta disparità delle prestazioni equivarrebbe ad un'interpretazione di ciò che le parti hanno voluto o avrebbero voluto³⁴.

In alternativa alle indicate teorie, nella ricerca del fondamento dell'istituto, si suggerisce di tener presenti varie circostanze: anzitutto che il legislatore, con gli artt. 1467 ss. «non protegge un contraente, ma un debitore, tale in virtù di contratto; il che è diverso»³⁵. Il legislatore pertanto avrebbe fissato il contenuto e i limiti dell'obbligazione da contratto, e nel fissarli avrebbe dato rilevanza non solo al contenuto, ma anche al valore economico della prestazione; con l'art. 1467 avrebbe distribuito il rischio concernente le variazioni del valore della prestazione dovute tenendo conto dell'entità e del segno di tale variazione, dell'eventuale previsione fatta dalle parti, della prevedibilità della variazione stessa. Il legislatore avrebbe cioè compiuto una normale distribuzione di rischi in modo «equo», vale a dire «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro valore»³⁶.

zione di scambio, di garanzia, ecc., si conserva anche quando il rapporto tra i valori economici delle prestazioni si altera: tanto che le parti sono libere di concludere, dopo la sopravvenuta onerosità, un nuovo contratto perfettamente identico a quello diventato oneroso.

La frase, assunta nel secondo significato, sta a significare che la funzione economico-sociale che le parti hanno assegnato al negozio si deve individuare in base ai prevedibili valori delle prestazioni, e non solo in base al contenuto giuridico di queste prestazioni.

La nozione di causa diverrebbe così il medio logico attraverso cui acquistano rilevanza oggettiva gli scarti imprevedibili dei valori delle prestazioni. Si noti la tecnica concettuale: si utilizza un medio logico superfluo e fumoso per giustificare – occultandola – una tautologia», SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661, nota 2.

³⁴ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661, per il quale questa dottrina, come quella causalistica, perderebbe mordente quando si constatasse che il rimedio dell'art. 1467 limita il suo ambito al caso in cui il contraente su cui il danno incombe sia debitore, mentre non scatta se egli ha adempiuto ed è, a sua volta, creditore. Se infatti fosse vero che il venir meno dell'equivalenza rende il contratto risolubile, occorrerebbe allora inferirne «che l'equivalenza economica si conserva, quando la prestazione ancora da adempiere si svilisce cento volte; e si perde, quando quella stessa prestazione rincara dieci volte». Il confronto con l'art. 2058 c.c. confermerebbe, per altro verso, la tendenziale ritrosia del legislatore ad imporre a taluno una prestazione che per le sue caratteristiche potrebbe rovinarlo, se viceversa si può regolare con equità il rapporto tra le parti, e ciò anche al di fuori di qualunque problema di equilibrio sinallagmatico.

³⁵ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 662.

³⁶ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 662, il quale rileva che, con le norme sull'eccessiva onerosità, il legislatore «ha bilanciato *gli interessi privati* delle parti». Tali regole non sono norme

Il che – si è osservato³⁷ – significherebbe dire che, una volta che il contratto non abbia prodotto i propri effetti, sparisce di scena, cedendo il passo al rapporto corrispettivo che dal contratto ha preso vita. I contraenti assumono il ruolo reciproco di creditori e debitori del sinallagma³⁸. La ricostruzione del fenomeno in termini di causa dell'obbligazione, anziché di causa del contratto andrebbe pertanto respinta.

La regolamentazione d'interessi che il contratto esprime sarebbe infatti in funzione del concreto sinallagma cui dà vita, ovvero, il sinallagma altro non sarebbe che «la proiezione effettuale del contenuto della regola posta dal contratto»³⁹.

4.4. I poteri connessi con l'eccessiva onerosità (risoluzione del contratto e offerta di riduzione ad equità) operano quando la prevedibilità e la normalità degli eventi siano superate sicché non rientrino nel contenuto del singolo e concreto contratto⁴⁰ e nella sua alea normale.

L'interprete pertanto – al fine di valutare se gli eventi esterni abbiano alterato l'originaria economia del contratto, determinando così i presupposti per la sua risoluzione – deve ricostruire ed identificare l'equilibrio economico che le parti hanno voluto assegnare all'assetto degli interessi⁴¹.

In questa prospettiva, è necessario elaborare criteri di giudizio che non sarebbe realistico pensare di poter enucleare una volta per tutte in

di diritto pubblico, sicché le parti possono escluderne pattiziamente l'applicazione; in tal caso, si potrebbe pensare ad una esclusione del rimedio legale, ma la regola riprende il suo corso se la variazione del prezzo in base ai parametri contrattuali non esclude un'ulteriore sopravvenienza.

³⁷ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 66.

³⁸ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 66.

³⁹ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 67. Il sinallagma, secondo l'A., trae la propria fisionomia dal contratto ed è con questo un tutto inscindibile, per cui se il sinallagma non si realizza nei termini previsti dai contraenti, questo starebbe a significare che la regola contrattuale stessa non si realizza e che il fine concreto perseguito dai contraenti, con quella medesima regola, non può essere raggiunto.

⁴⁰ Cfr., per tutti, NICOLÒ, voce «Alea», cit., p. 1026.

⁴¹ Sul punto, v. G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 74-75., C. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 128.

astratto⁴², dato che devono tener conto della varietà e variabilità delle fattispecie che l'esperienza giuridica concreta continuamente presenta⁴³.

Nella ricerca di tali criteri la considerazione del tipo contrattuale fornisce un sicuro strumento di interpretazione, poiché ogni tipo di contratto è al medesimo tempo «un piano di distribuzione di rischi»⁴⁴, sicché la scelta del tipo contrattuale rappresenta una tecnica per distribuire i rischi all'interno del contratto e consente di valutare, rispetto alla sua complessiva economia, la compatibilità tra l'originario assetto di interessi e quello presente al momento dell'adempimento⁴⁵.

La distribuzione del rischio contrattuale segna il limite entro il quale si possono sopportare oscillazioni in grado di incidere sulla misura dello scambio senza, al medesimo tempo, operare modificazioni tali da impedire la realizzazione di tale funzione⁴⁶.

La misura fissata dalle parti per ripartire il rischio contrattuale – dato

⁴² Nella ricerca delle tecniche e dei criteri di amministrazione del rischio contrattuale un ruolo importante riveste il raffronto con le esperienze giurisprudenziali di altri ordinamenti (sul punto, anche per le indicazioni, v. E. GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, cit., p. 637 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 25 ss).

⁴³ Ogni contratto ha infatti l'equilibrio economico che le parti gli conferiscono, di modo che nella sua «economia», intesa come la ripartizione del rischio di sopravvenienza che risulta di volta in volta conforme al regolamento di interessi contrattualmente previsto (ALPA, BESSONE, ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 383 ss.; ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1983, p. 3), ogni prestazione ha sempre e soltanto il valore del corrispettivo concesso dal contraente interessato al fine di ottenerla e non un astratto e oggettivo valore di mercato (sul punto v. anche le riflessioni di ATIYAH, *An Introduction to the law of contract*, Oxford, 1981, 3rd edn. p. 119 ss.).

⁴⁴ FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, KARLSRUHE, 1960, p. 147; ID., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 2 ed., 507 e ss.

⁴⁵ È certo che l'adozione di un certo tipo di contratto è indice della scelta che i contraenti hanno voluto compiere in merito alla ripartizione dei rischi che possono derivare dal contratto, così che in base al modello negoziale, al quale le parti hanno fatto riferimento, si può desumere quale dei contraenti deve sopportare le conseguenze che inevitabilmente vengono ricollegate allo schema giuridico formale nel quale l'intera operazione economica rientra (sul problema della funzione globale dell'operazione economica, come regola creata da tutti i contraenti, e che, come tale, ha un valore comune per tutti i contraenti, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 387 ss.).

⁴⁶ E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1706.

che l'evento sopravvenuto può incidere sulla misura del metro di scambio, e quindi sulla funzione in concreto di scambio⁴⁷ – può rappresentare dunque un indice di enucleazione e valutazione dei vizi di questa funzione, poiché consente di accertare le eventuali alterazioni della stessa.

Da qui la necessità di un controllo sulla funzione concreta del negozio.

Il controllo dell'ordinamento sulla causa in concreto consente infatti di scoprirne gli eventuali vizi, sulla base del fatto che spetta solo alle parti di fissare e determinare in che misura una prestazione debba essere scambiata.

Si può in questo modo agevolmente comprendere come l'ordinamento possa intervenire sulla causa di scambio, quale fissata dalle determinazioni delle parti, quando questa risulti viziata.

L'interprete deve allora indagare, subordinatamente alla proposizione della domanda di risoluzione ad opera del contraente svantaggiato, se il rapporto di scambio, nonostante i nuovi eventi, sia in grado di permettere ancora in concreto la realizzazione di una funzione di scambio.

L'accertamento circa la risolubilità delle singole fattispecie deve pertanto operare mediante criteri di valutazione qualitativi, quantitativi e temporali⁴⁸, in quanto il superamento dell'alea normale del singolo tipo contrattuale non giustifica ancora l'ammissibilità, sul piano dei presupposti sostanziali, dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità.

L'ordinamento, infatti, prescrive per il suo esperimento (e correlativamente per ricondurre il contratto ad equità), che questo limite non sia ristretto all'imprevedibilità della sopravvenienza, ma sia ampliato a tutto il contenuto del contratto, con particolare riferimento alla causa del tipo contrattuale ed al contratto in concreto⁴⁹.

⁴⁷ In tal senso, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 341; ID., *I contratti, Parte generale*, Torino, 1994, p. 110.

⁴⁸ I due criteri (eccessiva onerosità e superamento dell'alea normale) si collocano su due piani diversi: il primo è un requisito di natura quantitativa e tende a determinare l'eventuale onerosità della prestazione. L'altro è di natura quantitativa e qualitativa, e tende ad accertare, relativamente al programma contrattuale nel suo insieme, se sia stata superata l'alea normale del tipo di contratto posto in essere (cfr. R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1026; GAMBINO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 430; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 181). C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 157.

⁴⁹ Riferiscono l'alea normale al tipo contrattuale e al contratto in concreto, fra i più recenti, CAGNASSO, *op. cit.*, p. 182; MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, cit., p. 46; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 658; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 724; DI GIANDOMENICO,

Occorre, cioè, esaminare se il tipo (o il sotto-tipo) di contratto posto in essere, per il suo contenuto o per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionarsi vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato all'eventuale verificarsi di avvenimenti e vicende che normalmente incidono sullo svolgimento «di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire»⁵⁰.

La valutazione qualitativa e quantitativa del limite entro il quale opera il rischio normale del contratto⁵¹, va comunque rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁵², vista, da un lato, la varietà degli avvenimenti⁵³ che possono incidere attraverso un collegamento esterno sulla re-

Il contratto e l'alea, cit., p. 301; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 70; v. anche BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 7 ss.; ritiene, invece, che l'alea normale debba giudicarsi «nei confronti del contratto in concreto e non nei confronti del tipo di contratto», ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 488.

⁵⁰ NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1026.

⁵¹ La giurisprudenza tende ad identificare il concetto di eccessiva onerosità con lo squilibrio delle prestazioni dedotte nell'ambito del singolo rapporto contrattuale v. ad es. fra le più recenti Cass. 11 giugno 1991, n. 6616, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2826; Cass. 5 novembre 1992, n. 11992, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in genere*, n. 412; Cass. 21 febbraio 1994, n. 1649, in *Rep. Foro it.*, 1994, I, voce *Contratto in genere*, n. 504, secondo cui l'eccessiva onerosità è presa in considerazione in quanto produca al debitore della prestazione un sacrificio che altera l'economia del contratto e l'equilibrio originariamente esistente tra le corrispettive prestazioni.

⁵² Cfr., da ultimo, Cass. 9 aprile 1994, n. 3342, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 503, secondo cui l'accertamento, da parte del giudice di merito, della sussistenza o meno dei caratteri di straordinarietà ed imprevedibilità adottati dalla parte è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi; Cass. 20 giugno 1996, n. 5690, in *Rep. Giust. civ.*, 1996, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 197.

⁵³ Cfr. Cass., 13 marzo 1970, n. 666, in *Riv. not.*, 1971, II, p. 1062; App. Milano, 23 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 403, «non costituisce un evento straordinario ed imprevedibile la variazione in discesa del prezzo del nichel dovuta ad avvenimenti normali di mercato»; Cass., 18 ottobre 1978, n. 4675, in *Mass. Foro it.*, 1978, 919, che parla di «abnormi cause di natura economica e finanziaria, non importa se di carattere generale o particolare che incidano sui prezzi in maniera straordinaria e imprevedibile ed il cui apprezzamento è riservato al giudice di merito»; ed ancora, Cass., 16 marzo 1981, n. 1465, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, c. 642, n. 345; Trib. Sondrio, 14 gennaio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 554; Trib. Monza 29 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 916, per il quale un incremento del prezzo di mercato della materia prima, oggetto del contratto, pari al 30% del prezzo di vendita pattuito, non dà luogo ad eccessiva onerosità

alizzazione funzionale del negozio, dall'altro, che la valutazione del giudice deve operare mediante una considerazione in termini economici dei parametri di riferimento a cui l'alea deve essere commisurata per rientrare entro limiti di normalità⁵⁴.

della prestazione; Cass., 13 dicembre 1980, n. 6464, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, c. 628, n. 355, che mette in rilievo la connessione tra eccessiva onerosità della prestazione e comportamento colpevole della parte che deve adempiere. Sul problema, fra gli altri, cfr., E. QUADRI, *Il comportamento del debitore nella dinamica della risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 333 ss.; C. ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento doveri di correttezza e rischio contrattuale*, nota a Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 373; Cass., 6 febbraio 1979, n. 782, in *Mass. Foro it.*, 1979, c. 173; Trib. Siena, 8 novembre 1978, in *Arch. civ.*, 1979, p. 666; Cass., 7 maggio 1976, n. 1598, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, c. 687, n. 320, sui limiti di incidenza temporali dell'avvenimento straordinario ed imprevedibile; Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1343; Cass., 27 maggio 1981, n. 3474, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, c. 643, n. 351; Cass., 4 marzo 1981, n. 1258, *ivi*, 1981, voce cit., c. 643, n. 350.

⁵⁴ Non a caso negli orientamenti della più recente giurisprudenza sembra possibile rinvenire la tendenza a considerare, ai fini dell'ammissibilità dell'azione per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, quegli squilibri che vadano oltre un normale criterio di prevedibilità delle fluttuazioni e delle variazioni dei costi che rientrano nelle normali oscillazioni dei prezzi di mercato, sia riguardo al tipo di contrattazione posto in essere, sia riguardo alla misura dell'incidenza di un avvenimento, quand'anche esso fosse stato in una certa misura prevedibile (cfr., variamente orientati, Cass., 13 marzo 1970, n. 666, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 692; Cass., 14 dicembre 1971, n. 3632, in *Riv. not.*, 1973, II, p. 298; *Coll. arb.*, 26 gennaio 1971, cit.; su cui E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim.*, 1973, p. 1239 ss.; *Coll. arb.*, 28 febbraio 1972, in *Dir. maritt.*, 1972, p. 420; Cass., 7 maggio 1976, n. 1598, cit.; Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, c. 587, n. 169; Cass., 8 marzo 1978, n. 1158, *ivi*, 1978, voce cit., c. 571, p. 300; Cass., 18 ottobre 1978, n. 4675, cit.; Cass., 6 febbraio 1979, n. 782, cit.; Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, cit.; Cass., 4 marzo 1981, n. 1258, cit.; Cass., 27 maggio 1981, n. 3474, cit.; Cass., 16 marzo 1981, n. 1465, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 345; Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota di PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6867, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 292; Cass. 5 gennaio 1983, n. 1, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 718; Cass. 16 marzo 1984, n. 1799, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 279; Cass. 9 giugno 1987, n. 5036, in *Foro it.*, 1988, I, 2934; Cass. 7 giugno 1991, n. 6452, in *Rep. Foro it.* 1991, voce *Contratto in genere*, n. 401; App. Milano, 23 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 403; Trib. Monza, 29 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 916, con nota di DI PAOLA, Arbitro unico, 12 agosto 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 481, con nota di CAVANNA, *Mutato contesto normativo e risoluzione per eccessiva onerosità*).

Cfr., di recente, in materia di mutui fondiari in Ecu, Trib. Napoli, 1° marzo 1997, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 814, con *Commento* di PETRAGLIA, che ha escluso l'applicabilità del

4.5. L'applicabilità dei rimedi contro l'eccessiva onerosità e la sopravvenienza è limitata dal legislatore ai contratti nei quali almeno una delle prestazioni debba essere eseguita dopo che sia trascorso un intervallo di tempo dalla conclusione del contratto. La prestazione dovuta cioè deve essere differita nel tempo⁵⁵ e soprattutto non ancora eseguita⁵⁶. L'obbligazione già estinta non può diventare onerosa in un momento successivo e quindi il contraente che ha già adempiuto non potrà chiedere l'applicazione dei rimedi contro la sopravvenienza.

In termini speculari vale la regola per cui lo svilimento della prestazione, verificatosi successivamente al suo adempimento, non rende onerosa la controprestazione ancora da eseguire⁵⁷. Mentre, per quanto la legge non lo menzioni esplicitamente, il sopravvenuto svilimento della controprestazione viene equiparato alla sopravvenuta onerosità della prestazione del debitore⁵⁸.

Il legislatore vuole infatti che l'onerosità sia eccessiva con riguardo alla prestazione considerata nella sua oggettività e non con riguardo alla situazione soggettiva in cui versa il debitore. L'ordinamento valuta infatti i valori dello scambio e non la situazione (o il comportamento) dei contraenti (in tal modo, ad es., potrà premiare la previdenza di chi si sia

rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità al mutuo fondiario indicizzato alla valuta estera, in quanto il contratto sarebbe «aleatorio per volontà delle parti».

In senso contrario all'applicabilità ai mutui in Ecu della disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità, v. anche Trib. Torino, 15 ottobre 1996 e Trib. Treviso 26 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 135; Trib. Roma 1 aprile 1997 e Trib. Napoli 10 febbraio 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 446, con nota di MANGANO, *Prestiti in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*. Sul tema in generale cfr. DEL BENE, *Mutuo in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*.

⁵⁵ Cfr., di recente, Cass. 16 maggio 1991, n. 5480, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1021; nel senso che può rilevare il differimento anche di una parte della prestazione, v. Cass. 5 aprile 1974, n. 966, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, n. 303.

⁵⁶ Cass. 22 novembre 1985, n. 5785, in *Rep. Foro it.* 1985, voce *Contratto in genere*, n. 285.

⁵⁷ La dottrina ha analizzato la questione se, ai fini della definizione del concetto di eccessiva onerosità della prestazione, abbia rilievo esclusivamente «l'aumento di valore o di costo della prestazione, o possa anche avere importanza la diminuzione di valore o di costo della controprestazione». Per la definizione del problema e delle soluzioni prospettate, cfr. O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 156 ss.; TOMMASINI, *op. cit.*, p. 115; BIANCA, *Diritto Civile.V.La responsabilità*, cit., p. 393.

⁵⁸ Sul punto, v. l'acuta analisi di SACCO, *op. ult. cit.*, p. 677 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 69; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 393.

messo al riparo dal pericolo della sopravvenienza e ciò nonostante potrà invocarne gli effetti sulla prestazione ancora da eseguire).

Il criterio di raffronto per la valutazione dei termini effettivi dell'eccessiva onerosità della prestazione va infatti espresso attraverso una considerazione comparativa tra l'iniziale rapporto tra le prestazioni e quello oggettivamente presente al momento dell'adempimento del contratto, così da avere, in termini chiari e concreti, la visione dell'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale.

In questo raffronto tra prestazione e controprestazione, da un lato, e l'alterazione verificatasi e verificabile nel nesso di interdipendenza tra le prestazioni, mediante un aumento dell'onerosità della prima o una diminuzione del valore della seconda, dall'altro lato, risulta con chiarezza se l'intervenuta svalutazione monetaria sia stata tale, nella sua concreta incidenza, da alterare il nesso di corrispettività tra le contrapposte prestazioni⁵⁹.

In effetti, è dal raffronto tra il contratto, così come concretamente si sottopone all'integrale revisione del valore delle contrapposte prestazioni, ed il tipo di rischio, connesso alla causa del contratto posto in essere dalle parti, che il giudice deve trarre gli elementi valutativi per determinare se nella fattispecie il venir meno, ovvero il modificarsi o prodursi *ex novo*, di determinate circostanze non presenti al momento della conclusione del contratto (come nel caso della svalutazione monetaria), intervenute tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, siano state tali da superare quella che è la naturale alea del contratto concluso dalle parti.

Tale giudizio, tuttavia, dev'essere mantenuto entro criteri flessibili ed elastici di valutazione ad opera dell'interprete.

Nel caso della svalutazione monetaria, ad esempio, non potrebbe, infatti, essere significativa e rilevante l'incidenza, seppur espressa in termini quantitativamente notevoli, del deprezzamento della moneta in un tipo di contratto in cui tale rischio, per quanto maggiormente elevato rispetto alla generalità dei contratti, rientra nella normale e complessiva considerazione che le parti hanno avuto delle ragioni dello scambio.

Al tempo stesso in periodi storici in cui l'inflazione non costituisce un elemento patologico, ma fisiologico della struttura del mercato degli

⁵⁹ Sul punto v. di recente Cass. 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 163; Cass. 13 gennaio 1995, n. 369, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 296.

scambi, il giudice, al fine di risolvere il contratto e correlativamente di ricondurlo ad equità, non potrà tenerne conto come di un fattore rilevante, o quanto meno tanto rilevante da giustificare una complessiva ed integrale riconsiderazione dei termini del rapporto di scambio tra le contrapposte prestazioni, in quanto la svalutazione monetaria rientra, in questi casi, entro normali criteri di prevedibilità dei rischi connessi con ogni pattuizione contrattuale.

5. Nel quadro del discorso sulla revisione e sull'adeguamento «giudiziale» del contratto alle mutate circostanze di fatto, la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità offre dunque uno spunto di grande interesse, la cui dimensione normativa – come si è cercato di proporre con la bozza di articolo sopra formulata – potrebbe essere estesa al fine di trarne una regola di più ampia portata.

Tale spunto è dato dalla formula contenuta nell'art. 1467, comma 3, c.c.: «*La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*».

5.1. A favore della possibilità di estendere tale rimedio anche al di fuori dell'ambito riservato alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta milita anche la considerazione che analoga fattispecie è prevista (art. 1450 c.c.) – e con l'identica *ratio legis* di natura, si potrebbe dire, “rimediabile” – per la differente ipotesi della rescissione per lesione⁶⁰, ove fondamento e presupposti dell'istituto sono diversi.

La rescissione presuppone nelle sue due forme di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo e nell'azione generale di rescissione per lesione un turbamento nel processo di determinazione attraverso il quale le parti sono giunte a fissare la misura dello scambio. Il turbamento riguarda tutti i soggetti, sebbene in maniera diversa, poiché lo stato di bisogno o di pericolo esercita un'incidenza psicologica sia sul soggetto che si trova in stato di pericolo, sia sul soggetto che si trova avvantaggiato dallo stato di pericolo. Tale turbamento del processo di determinazione da parte dei contraenti impedisce di poter fare concreto affidamento sulla valutazione da loro operata per stabilire la misura dello scambio; ciò

⁶⁰ Cfr. ora CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Schlesinger, Milano, 2000, p. 95 ss.

impone un riesame della fattispecie anche sotto questo aspetto per accertare l'esistenza o meno della concreta funzione di scambio⁶¹.

Il riesame va effettuato sulla base di un metro oggettivo⁶², al quale conseguirà la negazione della funzione concreta di scambio qualora la sproporzione tra le prestazioni oltrepassi determinati limiti, e cioè raggiunga proporzioni inique nel caso di contratto concluso in stato di pericolo, ovvero superi la metà, nel caso che sia stata determinata dallo stato di bisogno di uno dei contraenti del quale l'altro abbia approfittato⁶³.

Nell'offerta di riduzione ad equità del contratto rescindibile, pertanto, la determinazione del metro di scambio (cioè del nesso di interdipendenza tra le prestazioni scambiate) va misurato su una base oggettiva⁶⁴.

La determinazione della misura dello scambio stabilita dal giudice è infatti sostitutiva di quella dei contraenti, e sarà fissata sulla base di un criterio flessibile e discrezionale di valutazione che, caso per caso, cercherà di ristabilire l'equa ripartizione delle prestazioni tra le parti, ricostruendo quell'originario metro di scambio venuto a mancare e determinando, in tal modo, l'eliminazione di macroscopiche sproporzioni.

Il fine dell'istituto è di ricostruire in presenza delle condizioni richieste dall'ordinamento (cioè la concreta rescindibilità del contratto impugnato) la conformità, tra funzione astratta e funzione concreta di scambio tutelata dall'ordinamento, sicché la modificazione non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, ma potrà

⁶¹ Per più ampi riferimenti su tale configurazione, cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 332 ss.; in senso critico cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 105.

⁶² E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 718; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 110.

⁶³ La reazione dell'ordinamento si verifica solo nel caso in cui la sproporzione oggettiva tra le prestazioni risulti macroscopica. Accanto a tale requisito quantitativo è necessaria la presenza di un apprezzamento soggettivo da parte del contraente leso, che si manifesta con la presentazione della domanda di rescissione. Tutto ciò è nella logica del nostro sistema, poiché l'interprete non può valutare ed apprezzare in pieno le utilità che i singoli contraenti possono ricavare dallo scambio, poiché dipendono da una valutazione (o meglio da una serie di valutazioni) eminentemente soggettive e, pertanto, rimesse ai contraenti; così che l'interprete non può determinare neppure i confini della misura dello scambio, collegati con la funzione del contratto.

Per tali motivi la reazione dell'ordinamento, concretantesi nel rifiuto di ricollegare alla fattispecie gli effetti propri del contratto di scambio, è subordinata alla proposizione della domanda di rescissione esercitata dal contraente leso.

⁶⁴ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 310; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione*, cit., p. 1240; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit.

esplicarsi mediante qualunque variazione della prestazione ovvero delle sue modalità, purché sia idonea a mutare il rapporto dei valori tra le prestazioni⁶⁵.

L'ultimo criterio risulterà, a maggior ragione, adeguato nel caso di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, ove l'eventuale iniquità della stipulazione pur incidendo sul suo contenuto economico potrà non riguardare il prezzo ma le modalità di esecuzione della prestazione⁶⁶.

6. Il legislatore, mediante la previsione dell'offerta di modificazione del contratto, di cui agli artt. 1450 e 1467, comma 3, c.c., ha inteso predisporre – sia pure modulando l'unitarietà dell'istituto in coerenza con la funzione assoluta nel contesto delle differenti ipotesi in cui esso opera –

⁶⁵ MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., 227; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, cit., p. 1236; CARPINO, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶ Nel caso dell'offerta di modificazione del contratto rescindibile, secondo la giurisprudenza (Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.), si pone il problema se «... sia necessario fare un'offerta tale da eliminare del tutto lo squilibrio tra le prestazioni ovvero se basti ridurre la lesione al di sotto della metà, sempre che il giudice ritenga congrua l'offerta a questi fini. La seconda soluzione non trova fondamento nelle norme di diritto positivo».

La Corte esamina con particolare ampiezza ed analiticità la questione e, dopo aver operato un raffronto con l'art. 1534 c.c. abrogato, osserva che "... il riferimento che l'art. 1450 fa alla equità, a differenza del precedente art. 1534, non sta a significare che è demandato all'apprezzamento discrezionale del giudice determinare l'entità dell'offerta in una somma tale che possa variare da un minimo superiore di qualche frazione alla metà del valore della controprestazione a un massimo che importi la scomparsa totale della sproporzione tra le due prestazioni.

Rilevasi al riguardo che nel codice abrogato l'azione di rescissione per lesione rappresentava un mezzo particolare di impugnazione concesso al venditore nella compravendita di immobili (art. 1529 ss.) – oltre che al condividente (art. 1038 cpv ss.) –, mentre nel nuovo codice l'istituto assume la figura di rimedio di carattere generale applicabile a tutti i contratti con prestazioni corrispettive, esclusi quelli aleatori – con la salvezza delle disposizioni relative alla rescissione della divisione (ex art. 1448 comma 5). Potendo la prestazione ricevuta dalla parte danneggiata essere diversa dal denaro, non avrebbe senso che il legislatore nell'art. 1450, al pari dell'art. 1534, avesse fatto riferimento al giusto prezzo.

Pertanto possono servire alla rilevata modificazione del contratto tanto il supplemento della prestazione, quanto la rinuncia a parte della controprestazione o la variazione di una qualsiasi modalità del negozio che influisce sul sinallagma contrattuale in guisa tale da evitare lo squilibrio economico tra le prestazioni"; nello stesso senso Cass. 8 febbraio 1983, n. 1046, cit. Sul punto, cfr. ora GITTI, *op. cit.*, p. 317.

uno strumento di conservazione del rapporto⁶⁷, per la soluzione dei problemi suscitati, da un lato, dalla particolare posizione di svantaggio nella quale viene a trovarsi una delle parti contraenti, e della quale l'altra o le altre approfittandone traggono vantaggio (art. 1450 c.c.); dall'altra, dalle variazioni dei costi e dei valori negli scambi nel periodo corrente tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, sia pure limitatamente al verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrino nell'alea normale del contratto⁶⁸ (art. 1467, comma 3, c.c.).

L'ordinamento richiede, in presenza di tali circostanze, che la parte avvantaggiata, al fine di mantenere in vita il rapporto, si offra di modificare il regolamento contrattuale *ab origine* viziato, o successivamente alterato, in modo da ricondurlo nei giusti termini equitativi, tramite una modificazione del rapporto implicante l'assunzione di nuove e più onerose condizioni da parte dell'offerente.

6.1. La natura dell'offerta, fin dall'apparizione della figura, ha rappresentato nell'analisi della fattispecie uno dei capitoli più ricchi di idee e di discussioni ed un terreno particolarmente felice per il colloquio ed il confronto tra dottrina e giurisprudenza, in ragione del vivace dibattito che si è svolto tra coloro che ne affermavano la natura sostanziale e quelli che, al contrario, ne riconoscevano quella processuale⁶⁹.

La natura sostanziale dell'offerta, e la sua conseguente configurazione

⁶⁷ L'affermazione è costante in dottrina, fra i più recenti, TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 112; CATAUDELLA, *I contratti in generale*, Torino, 2a ed., 2000, p. 273; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 197.

In giurisprudenza, cfr. tra le sentenze che con continuità si richiamano al principio di conservazione, Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 320, con nota di FORTUNATO, *Natura dell'offerta di reductio ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*; Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1886.

⁶⁸ Sul profilo del rapporto tra offerta di riduzione ad equità e alea normale del contratto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 710 ss. (ora in E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997).

⁶⁹ Sul problema, anche per una rassegna delle varie opinioni fornite in materia, v. da ultimo, E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 710 ss.; PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, p. 144 ss.; E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 479 ss.; SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Sacco*, Torino, 1993, t. II, p. 684; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 181 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 264 ss.; MARES, *L'offer-*

negoziale, venne avanzata, in epoca immediatamente successiva alla sua introduzione nel nostro sistema, da un'autorevole dottrina⁷⁰ alla quale sembrava indubitabile che l'offerta «debba consistere fondamentalmente in una dichiarazione di volontà di carattere negoziale diretta all'altra parte, anche se formalmente inserita in un atto processuale destinato in pari tempo al giudice. L'altra parte, infatti, può dichiarare a sua volta di accettarla; e, se, concorrano *hinc et inde* i requisiti di legge, potrà, nascerne un accordo contrattuale perfetto a norma dell'art. 1326. Se, l'altra parte non accetti, dissenta o resista, l'offerente potrà ottenere dal giudice *causa cognita* una sentenza che «produca gli effetti» dell'accordo non concluso, analogamente a quanto disposto nell'art. 2932. In ogni caso egli (offerente) ne resterà in definitiva «vincolato», come da una clausola contrattuale che lo obbliga a prestazioni maggiori o diverse da quelle di cui al contratto originario. E ciò non può farsi risalire, secondo i principi, se non alla volontà dispositiva da lui manifestata».

Le prime decisioni della Suprema Corte sembrano suggestionate da tale opinione quando affermano che l'istituto deve considerarsi «... come un mezzo concesso al convenuto per evitare rispettivamente la rescissione del contratto per lesione o la risoluzione di esso per eccessiva onerosità. Detta offerta, come autorevolmente è stato rilevato in dottrina, ha il carattere di una dichiarazione di volontà negoziale diretta all'altra parte, che può essere accettata da questa ovvero imposta dal giudice, in quanto riconosciuta rispondente ad equità»⁷¹.

ta di riduzione ad equità del contratto eccessivamente oneroso, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 53 ss.; DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, in *Giur. mer.*, 1997, p. 205; E. MINERVINI, *La rescissione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit. t. II, 1999, p. 1462; CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 95 ss.

⁷⁰ Cfr. E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 576 ss.

Affermano la natura negoziale fra gli altri R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*³, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1977, p. 267; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1241; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 126; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, p. 913; COSTANZA, *Sulla reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1091; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 70; BIANCA, *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2a ed., 2000, p. 694; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁷¹ Cass. 16 aprile 1951, n. 431, cit., secondo cui l'offerta «non può considerarsi come una eccezione, ma deve configurarsi invece come una contro-domanda, non equiparabile neppure alla riconvenzionale, giacché non si basa sulla situazione giuridica preesistente, bensì sull'assunzione di nuove condizioni contrattuali e, in caso di rifiuto, si chie-

La soluzione in quei termini accolta dalla Cassazione⁷² venne tuttavia sottoposta, proprio sotto il profilo dell'incidenza processuale dell'offerta,

de al giudice di fungere da arbitratore per ristabilire l'equilibrio economico delle prestazioni. Questa funzione viene esercitata o con l'accertamento dell'idoneità dell'offerta a ricondurre il contratto ad equità, qualora essa sia del tutto determinata nel suo contenuto, ovvero con la precisa determinazione delle nuove condizioni del contratto, qualora l'offerta sia formulata in termini tali da richiedere un adeguamento alla specie o comunque un'opera di concretizzazione.

È ovvio, infatti, che l'offerta, se non può essere puramente generica, ben può riferirsi ad altri elementi che ne consentano agevolmente la determinazione.

Ciò posto, devesi ritenere che una siffatta contro-domanda, che presuppone il fondamento di quella avversaria di risoluzione o di rescissione e che tende solo a paralizzarne gli effetti in virtù della creazione di un rapporto sostanziale nuovo, sia sottratta alle regole processuali sulle preclusioni. Queste riguardano le eccezioni o le riconvenzionali, le quali mirano al rigetto della domanda o alla condanna dell'attore, non possono riguardare, invece, una figura *sui generis* di istanza con la quale si vuole porre in essere un'obbligazione nuova con diverso oggetto, la quale importi l'estinzione per novazione di quella originaria su cui verte la lite. L'offerta, come può essere fatta stragiudizialmente, così è sempre ammissibile nel corso del giudizio, anche in grado di appello, fino a che non sia formato il giudicato sulla rescissione e la risoluzione (esclusa, s'intende, la proponibilità della Cassazione per il particolare carattere del relativo procedimento).

Né ha rilievo in contrario la circostanza che verrebbe a mancare il doppio grado di giurisdizione su detta istanza; l'esigenza del doppio grado non sussiste in quanto il giudice esercita una funzione di arbitratore, come non sussiste in genere per le decisioni emesse secondo equità (art. 114 e 339 c.p.c.).

Può aggiungersi che un'altra ragione milita a sostegno della esposta tesi, e cioè quella che la valutazione delle modificazioni del contratto per la *reductio ad aequitatem* deve essere fatta con riferimento alla situazione esistente al momento della pronuncia, poiché solo in tal modo è possibile raggiungere il fine cui l'istituto è preordinato. Pertanto, se sia mutata la situazione nel corso del giudizio ed anche successivamente alla sentenza di primo grado, deve esser sempre consentito di modificare le nuove condizioni proposte per adeguarle alla mutata situazione ovvero di apprezzarle diversamente in relazione alla situazione medesima. Il che postula l'inapplicabilità alla materia delle ordinarie preclusioni processuali.

Sulla proponibilità in appello dell'offerta di modificazione del contratto, si è del resto ripetutamente pronunciata questa suprema Corte per l'ipotesi di rescissione per lesione con le sent. 20.5.1947, n. 830 e 31.1.1949, n. 150. Il principio non può non applicarsi nell'ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità che è perfettamente analoga per la sua struttura e per la regolamentazione⁷³.

Cass. 5 gennaio 2000, n. 46, in *Gius*, 2000, p. 752, ribadisce che la modifica delle condizioni del contratto può essere proposta soltanto dalla parte convenuta in giudizio.

⁷² Cfr. anche Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1405; in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, t. 1, p. 217, con nota di PIETRANGELI, *Dell'azione generale di rescissione per lesione*; in *Riv. dir. proc.* 1953, II, p. 108, con nota di CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*.

alle critiche di altro autorevole studioso⁷³, secondo il quale «è manifesto, in primo luogo, l'errore in cui è caduta la Corte Suprema ammettendo che l'offerta possa farsi in appello; se essa, infatti, determina un mutamento della lite, chi non vede che così si viola il principio del doppio grado? Quanto al primo grado è altrettanto manifesto che l'offerta è preclusa nel momento in cui sono fissati irrevocabilmente i termini della lite, che è il momento della rimessione al Collegio».

Negli svolgimenti della giurisprudenza successiva, l'offerta mantiene in ogni caso «il carattere di una dichiarazione di volontà negoziale diretta alla controparte, e, ove questa non l'accetti, al giudice».⁷⁴

La sottrazione dell'offerta dalle segnalate preclusioni processuali – quale diretta conseguenza della sua natura sostanziale – viene ribadita fino a quando la Corte Suprema⁷⁵, ancora una volta riprendendo l'opinione di autorevole dottrina⁷⁶, afferma che “... lo svincolo dalle preclu-

⁷³ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁴ Cass. 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, c. 755. La Corte di Cassazione respingendo dunque le critiche di Carnelutti tende a ribadire che l'offerta “... appunto per il suo contenuto negoziale, è sottratta alle preclusioni processuali stabilite dagli artt. 183, 184, 354 cod. proc. civ., e alla decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ., e trova limite alla sua proponibilità solamente nel passaggio in giudicato della sentenza. Lo scopo dell'offerta è infatti quello di evitare la rescissione; è quindi chiaro che esso può essere raggiunto fin quando, con il passaggio in giudicato, la sentenza che ha pronunciato la rescissione operi definitivamente gli effetti costitutivi che le sono propri.

La natura negoziale dell'offerta comporta, secondo le regole generali sulla conclusione dei contratti, che, una volta formulata, resti salva e operante sino a quando sia espressamente rinunciata dall'offerente, allo stesso modo che la rinuncia è inammissibile quando sia stata accettata dalla controparte o definitivamente accolta dal giudice, salvi ovviamente gli effetti del mutuo dissenso di entrambe le parti” (Cass. 24 marzo 1954, n. 837, cit., e già prima Cass. 28 maggio 1953, n. 1594, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 1771).

⁷⁵ Cass. 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 562, secondo la quale “rimangono irrilevanti i profili processuali che hanno portato a qualificare processualmente l'offerta come controdomanda proprio in quanto diretta a fare assumere alle parti una nuova situazione giuridica di diritto sostanziale, dopo le varie opinioni che portarono a classificarla come istanza processuale, eccezione sostanziale e semplice strumento di difesa, domanda riconvenzionale costitutiva. Certo il termine controdomanda meglio mette il rilievo il carattere sostanziale della fattispecie”.

⁷⁶ REDENTI (*op. cit.*, p. 580) – alla quale si era uniformato anche CARNELUTTI (*op. cit.*, p. 111) – secondo il quale «la legge consente anche un'offerta di contenuto in tutto o in parte indeterminato, purché determinabile dal giudice», il cui intervento, «si ridurrà in questo caso a funzione di *arbitrator*» (cfr., con particolare riferimento a tale funzione, anche Cass., 16 aprile 1951, n. 431, cit.).

sioni deriva dal carattere negoziale della proposta e dalla sua natura sostanziale che rimane anche se essa sia formulata in un processo, perché resta sempre assoggettata alle regole proprie del diritto sostanziale con assoluta prevalenza su quelle di diritto processuale. È una dichiarazione di volontà diretta all'altro contraente per la modifica del contratto con assunzione di nuove obbligazioni ed al giudice, nel caso che quello non l'accetti. Solo accidentalmente è formulata nel processo, ma potrebbe utilmente avanzarsi ed operare anche stragiudizialmente ed ottenere successo anche indipendentemente dal provvedimento del giudice. La sua effettuazione rimane nel piano negoziale e non contrasta con l'interesse dello stesso attore che ha agito in giudizio, di cui può importare la realizzazione e la soddisfazione mantenendo in vita il contratto in attuazione del ben noto principio della conservazione del contratto.

E il giudice funge piuttosto da arbitratore, sempre che si debba continuare ad operare, perché determina le condizioni per l'accoglimento della proposta con equità piuttosto che con la applicazione di norme giuridiche”.

I profili processuali dell'offerta continuavano ad influenzare la considerazione della natura dell'istituto, poiché parte della dottrina da tempo aveva segnalato che uno dei problemi più rilevanti consisteva nel chiedersi in che modo, e per quale ragione, si producesse mediante la proposizione dell'offerta l'effetto di evitare la rescissione o la risoluzione del contratto.

In tale prospettiva si sosteneva⁷⁷ che se l'attore (in rescissione o in risoluzione) accetta l'offerta il contratto ne esce modificato, poiché un nuovo contratto è sostituito al precedente, ma anche se non l'accetta la legge dispone che il giudice non può più pronunciare la rescissione purché l'offerta sia sufficiente a ricondurre il contratto ad equità. Vale a dire che il giudice, al fine di pronunciare la rescissione, non può più giudicare dell'equità del contratto secondo il contenuto originario, ma secondo il contratto come risulta modificato dall'offerta. Pertanto se l'offerta è equa basta da sola a modificare il contratto, di modo che se il giudice riconosce l'equità deve respingere la domanda dell'attore.

In senso contrario, tuttavia, si osservava che il preventivo accertamento della rescindibilità del contratto è senz'altro necessario e rilevante quale presupposto logico dell'accertamento dell'equità dell'offerta, anche se

⁷⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 110.

non può mai culminare in una pronuncia di rescissione, perché in tal modo renderebbe definitivamente impossibile una successiva riduzione ad equità del contratto⁷⁸.

Il problema era stato affrontato anche dai giudici, ma soltanto di riflesso, sul piano della forma processuale di manifestazione dell'offerta, intesa come "... un mezzo concesso alla parte per evitare la rescissione, con una controdomanda che presuppone il fondamento dell'azione avversaria e tende a paralizzarne gli effetti con la creazione di un rapporto implicante l'assunzione di nuove e più onerose condizioni da parte dell'offerente"⁷⁹.

6.2. Alla tesi negoziale parte della dottrina contrappose, fin dall'inizio del dibattito in materia, l'opinione secondo la quale la *reductio* consisterebbe in una variazione del rapporto contrattuale operata, subordinatamente all'esito favorevole per l'attore della lite principale relativa all'esistenza o meno della rescissione o risoluzione, d'accordo tra le parti, se l'attore accetta l'offerta del convenuto, oppure a mezzo della sentenza del giudice – che in tal modo si sovrappone alla volontà contraria dell'attore che non l'accetti – ma sempre fondandosi sulla proposta del convenuto di cui sia stata accertata la legittimità.

In tal caso, la sentenza ha una portata costitutiva e adempie la funzione di attuare il diritto del convenuto a introdurre la modifica considerata sufficiente a ricondurre ad equità il contratto, evitandone la rescissione o la risoluzione; l'iniziativa della revisione è dunque sempre rimessa alla

⁷⁸ M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, cit., p. 1243; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ Cass. 24 marzo 1954, n. 837, cit.; sul punto la giurisprudenza è costante, cfr.: Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, cit.; Cass. 9 dicembre 1958, n. 3854, cit.; Cass. 12 marzo 1965, n. 407, cit.; Cass. 6 marzo 1969, n. 711, cit.; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit., in cui si parla di "condizione di rescindibilità"; Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1493; Cass., 24 marzo 1976, n. 1037, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 271, ove si fa riferimento alla «accertata rescindibilità del contratto»; Cass., 30 marzo 1979, n. 1850, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 289, nella quale il richiamo è alla «concreta rescindibilità del contratto impugnato» e si ribadisce che l'offerta "... opera soltanto nel caso di verificata ricorrenza di tutti gli estremi per la pronuncia di rescissione, che mira ad impedire"; sul tema cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 99, per il quale l'offerta «è idonea ad incidere immediatamente ed unilateralmente sul contenuto del contratto; la singolarità è che tale efficacia ha carattere provvisorio».

parte ed il giudice interviene solo per attuarla come risultato dell'esercizio di un diritto⁸⁰.

L'incidenza della teoria processualistica sugli orientamenti della Corte Suprema in ordine alla definizione della natura dell'offerta cominciò a manifestarsi nei primi anni settanta, quando nell'opinione dei giudici si affermò l'idea della natura processuale dell'offerta di modificazione.

Il percorso interpretativo, suscitato da una fattispecie in tema di rescissione, si muove da una considerazione della lettura e della formula impiegata dalla norma (art. 1450 c.c.): "può evitare la rescissione", per dedurre che la legge conferisce alla parte "il potere di evitare la rescissione del contratto attraverso una modificazione sufficiente per ricondurlo ad equità. E se si tratta di un potere, la controparte si trova, di fronte ad esso, in situazione di soggezione, nella situazione di dover subire la modificazione del contratto, con il conseguente impedimento della rescissione.

Nell'interpretazione della norma dell'art. 1450 c.c., deve darsi rilievo essenziale alla proporzione principale della frase, al «può evitare la rescissione», e cioè al potere; mentre l'altra proposizione connessa e subordinata – «offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità» – viene a significare il modo in cui il potere deve essere esercitato, viene a significare, cioè, che la parte deve esercitare il potere dichiarando di essere disposta ad addossarsi quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità"⁸¹.

⁸⁰ A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 139; per la prospettiva processuale v. anche MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2^a ed., Napoli, 1962, p. 353 ss.

⁸¹ Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit., secondo cui "sembra inconcepibile che il legislatore abbia inteso ricollegare l'effetto sostanziale, anziché alla sola iniziativa della parte (ricollegamento indiretto, come si vedrà in seguito), anche alla cooperazione discrezionale della controparte (accettazione di una proposta di contratto modificativo di quello rescindibile), e solo subordinatamente alla mancanza di questa cooperazione discrezionale abbia inteso valorizzare l'iniziativa della parte". Da qui l'ulteriore argomento (tratto dal raffronto con l'art. 1534 c.c. abrogato – ove si attribuiva al compratore una *facultas solutionis*, valorizzando così soltanto la sua iniziativa) secondo cui "...non si vede per quale motivo il nuovo legislatore, istituendo il diverso sistema dell'art. 1450 c.c., vigente, invece di continuare a valorizzare soltanto l'iniziativa della parte che si è avvantaggiata dello stato di necessità o dello stato di bisogno della controparte, abbia richiesto quel macchinoso *iter*: macchinoso perché, anche in mancanza della cooperazione discrezionale (accettazione) della controparte, l'effetto sostanziale si verificherebbe ugualmente, ricollegato (indirettamente) alla sola iniziativa della parte;

Il nuovo indirizzo acquista rapidamente consensi⁸² e apre la via anche alla soluzione, in senso affermativo, del problema della costitutività del provvedimento giudiziale e quindi a consolidare la convinzione⁸³ dell'ammissibilità di un'offerta generica, in quanto formulata come domanda proposta in via subordinata, per cui il giudice, ove richiesto dalle parti, può determinare giudizialmente l'entità dell'offerta sulla base di elementi oggettivi accertabili in giudizio.

L'ammissibilità di un'offerta generica, in contrapposizione all'opinione

per cui, in base al principio dell'economia e della semplificazione degli strumenti giuridici, si dimostra più opportuna la valorizzazione di questa sola iniziativa.

Data questa interpretazione della norma dell'art. 1450 c.c., deve escludersi la configurabilità dell'offerta di *reductio ad aequitatem* come proposta di contratto modificativo di quello rescindibile, e, perciò, deve escludersi che sia necessaria un'accettazione della controparte”.

Il ragionamento dei giudici prosegue nel senso che il potere conferito dalla legge al soggetto, che si è avvantaggiato dello stato di necessità o dello stato di bisogno della controparte, una volta che sia stato esercitato, non ha immediata incidenza nella realtà giuridica sostanziale, poiché “... la parte esercita, bensì, un potere, ma dichiarando di essere disposta ad addossarsi («offrendo») quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità: dichiarazione, questa, che, consistendo in una semplice disposizione della parte ad addossarsi quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità, non è di per sé idonea ad incidere nella realtà giuridica sostanziale”.

Muovendo dal presupposto che il potere si esercita nel processo, e che l'effetto del suo esercizio è esclusivamente processuale, ne deriva, secondo la Corte, che “...l'esercizio del potere si traduce, allora, in proporzione di una domanda giudiziale: negozio processuale e con effetti processuali. Domanda giudiziale la cui *causa petendi* è, insieme alla condizione di rescindibilità, la dichiarata disponibilità («offerta») della parte ad una modificazione del contratto, ad opera del giudice, sufficiente per ristabilire l'equità nel sinallagma, ed il *petitum* è, appunto, la richiesta di un provvedimento del giudice che ha soltanto esso incidenza nella realtà giuridica sostanziale, che soltanto esso produce l'effetto di modificare il contratto rescindibile riconducendolo ad equità: dunque un provvedimento costitutivo”.

I giudici, nella motivazione della sentenza, escludono che si abbia violazione del principio dispositivo, e precisano che “... non si oltrepassano i limiti del potere del giudice, quando la parte chiede che sia modificata una determinata clausola del contratto rescindibile e si rimette al giudice perché, in base ad elementi oggettivi accertabili in giudizio, sia stabilita l'entità della proposta modificazione sufficiente per ricondurre il contratto ad equità”.

⁸² Cfr. Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit.; Cass. 24 marzo 1976, n. 1037, cit.; e, seppur non esplicitamente, Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.

⁸³ Sul punto cfr. già Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, in *Rep. Foro it.* 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 446; Cass. 12 marzo 1965, *ivi*, 1965, voce *cit.*, n. 459.

che la richiedeva concreta in tutti i suoi elementi⁸⁴ venne puntualmente riproposta, sostenendo che "... solo se il contraente offre una determinata somma, senza altra richiesta, il giudice – come esattamente deduce per tal verso la ricorrente – non ha alternative: deve cioè valutare l'offerta e, a seconda che la ritiene sufficiente o non, deve accogliere o rigettare la domanda relativa. Se invece il contraente, anche se indica una somma a suo giudizio congrua, chiede la determinazione del giudice (il che deve riconoscersi legittimo, trattandosi di un'offerta fatta non già come proposta contrattuale in via stragiudiziale – che se accettata dalla controparte dà luogo al contratto modificativo – ma in via stragiudiziale, sotto forma di domanda giudiziale, onde la possibilità di determinazione anche da parte del giudice), allora il giudice può, qualora la ritenga inadeguata, integrarla"⁸⁵.

Questa linea interpretativa si è successivamente consolidata nell'orientamento della Corte Suprema⁸⁶.

⁸⁴ Cass. 14 ottobre 1947, n. 1607, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 337; Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 820; Cass. 24 ottobre 1958, n. 3470, *ivi*, 1958, 245; Cass. 29 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, c. 453; in dottrina, A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 136; Id., *L'offerta di riduzione, ad equità del contratto divenuto eccessivamente oneroso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, I, p. 351; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 108.

⁸⁵ Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit., nella quale la Corte Suprema ha ammesso che correttamente la Corte di merito "in base ai dati obiettivi acquisiti nel giudizio a mezzo della consulenza tecnica di ufficio, ha determinato in una somma maggiore di quella indicata il maggior prezzo per la compravendita in oggetto, accogliendo così la domanda di modificazione del contratto proposta dall'acquirente".

⁸⁶ Cfr. Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564, con nota di MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564, secondo cui "... Con il terzo motivo si denunciano ancora violazione e falsa applicazione degli artt. 1450 e 1467 c.c. per avere la corte del merito rigettato la domanda di riduzione ad equità sul rilievo che l'offerta del nuovo prezzo era manifestamente inadeguata e senza considerare che i proponenti si erano in ipotesi rimessi alla determinazione giudiziale, il che imponeva alla Corte d'Appello di integrare l'offerta secondo equità.

Anche questo motivo merita accoglimento. La Corte del merito ha invero correttamente rilevato, in conformità alla natura e alla funzione della domanda di riduzione ad equità delle condizioni di contratto, ed in aderenza, altresì ai canoni fondamentali del processo stabiliti dagli artt. 99 e 112 c.p.c., che l'offerta è necessariamente rimessa all'iniziativa della parte e deve essere concreta nei suoi elementi, così che il giudice cui non è dato di integrare con una propria determinazione le eventuali deficienze della proposta né di superarne la portata, deve limitarsi a stabilire se le modificazioni offerte siano idonee a normalizzare il rapporto contrattuale.

Dopo tale corretta premessa, la Corte d'Appello, nel rigettare l'offerta come palese-

6.3. Nelle linee dell'evoluzione giurisprudenziale, con il passaggio ad una configurazione in chiave processuale dell'offerta di modificazione, sembra di poter intravedere un costante e progressivo riconoscimento al giudice di un più penetrante potere di incidenza nella riduzione ad equità del contratto.

In tal senso trova fondamento l'ammissibilità di un'offerta generica; ed è altresì possibile formulare un'ipotesi di ricostruzione della fattispecie in chiave procedimentale, quale struttura più adeguata alla funzione perseguita.

Nel procedere all'esame del problema è in ogni caso opportuno sottolineare che: altro è l'offerta di modificazione del contratto, proposta dal convenuto nel giudizio di rescissione o di risoluzione, la quale presuppone l'interesse del medesimo al mantenimento del contratto, seppur modificato nei suoi termini; altro, è la riduzione ad equità del rapporto operata dal giudice, la quale, per un verso, presuppone la richiesta di caducazione degli effetti del contratto proposta dall'attore con la domanda giudiziale, per un altro, risponde anche al suo interesse alla produzione degli effetti divisati con il contratto, seppur modificati.

La distinzione tra i due momenti dell'istituto è infatti fondamentale per comprenderne la struttura formale.

L'affermazione della natura processuale dell'offerta conduce infatti a sostenere la costitutività del provvedimento giudiziale conseguente e quindi ad affermare la possibilità, da una parte degli interpreti tuttavia negata, di un'offerta generica, in quanto formulata come domanda proposta in via subordinata, la cui concreta determinazione verrebbe così rimessa al potere discrezionale del giudice. Egli infatti qualora richiesto dalla parte offerente può determinare l'entità dell'offerta sulla base di

mente esigua, ha, tuttavia, mancato di considerare che l'appellato Valentini, nelle sue conclusioni, aveva chiesto dichiararsi che la residua somma da lui dovuta alla controparte a saldo del prezzo rivalutato ammontava a lire 97.246.520 o, nella peggiore delle ipotesi, a lire 138.000.000 «o quella somma minore o maggiore» che la corte avesse ritenuto «equa», somma che egli offriva agli appellanti».

Con il che, osserva la Corte, doveva intendersi proposta una domanda subordinata di determinazione giudiziale dell'equo prezzo dovuto ai promittenti la vendita ed in forza della quale domanda il giudice era legittimamente investito del potere-dovere di integrazione dell'offerta sulla base degli elementi di giudizio già acquisiti al processo.

Per la discussione critica degli orientamenti della giurisprudenza, cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 97.

elementi oggettivi accertabili in giudizio⁸⁷, senza per questo violare il principio dispositivo⁸⁸, né dar corso ad un intervento del giudice negli atti di autonomia privata.

L'ammissibilità di un'offerta generica⁸⁹ induce, per altro verso, a prospettare quale struttura adeguata alla funzione perseguita con l'offerta quella procedimentale, articolata mediante una sequenza di atti finalisticamente e strutturalmente collegati fra loro e dotati di un differente potere determinante nei confronti degli effetti finali.

Sequenza che sul piano descrittivo si è scandita in tre fasi: preliminare, costitutiva, determinativa dell'efficacia⁹⁰.

La fase preliminare – ove si inquadra la proporzione, ad opera di uno dei contraenti, di una domanda di rescissione o di risoluzione – è destinata a produrre l'effetto della nascita a favore del convenuto di un potere di azione al fine di contrastare la richiesta di caducazione del contratto.

Tale fase determina un presupposto sostanziale per l'esercizio dell'offerta. Il contesto degli artt. 1450 e 1467 c.c. prospetta, infatti, l'offerta come atto o attività del convenuto per opporsi alla domanda altrui e per evitarne l'accoglimento, quindi come fenomeno o episodio che si attua nel processo⁹¹.

La possibilità di un'offerta effettuata al di fuori del processo non tocca peraltro il problema della configurazione della fattispecie, poiché rientra comunque nell'autonomia delle parti il potere di modificare in qualunque momento, e quindi anche nel corso del giudizio, l'assetto dato ai loro rapporti economici⁹².

⁸⁷ E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, cit., p. 494; Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

⁸⁸ Cass., 9 dicembre 1958, n. 3854, cit.; Cass., 7 giugno 1957, n. 2109, cit.; Cass., 14 ottobre 1947, n. 1607, cit.; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit.; Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.; Cass., 24 marzo 1976, n. 1037, cit.; Cass., 12 marzo 1965, n. 407, in *Mass. Giust. civ.*, 1965, p. 192.

⁸⁹ Sulla quale v. da ultimo, C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 190 ss.; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁰ E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, cit., p. 494 ss.

⁹¹ Rileva SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. II, p. 684, che, al pari di quanto è avvenuto in materia di rettifica di contratto viziato da errore anche in tal caso ha prevalso l'idea dell'offerta come negozio civilistico.

⁹² Sul punto, cfr. da ultimo GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 315 ss.; MONTICELLI, *Rescissione per lesione e transazione*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 960.

Sostiene al riguardo la Cassazione (Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit.) che «... se

L'offerta indirizzata al giudice, e pertanto inserita nel processo, assume la forma della controdomanda.

È questo il momento della sequenza procedimentale che può definirsi costitutivo: il giudice deve previamente accertare l'effettiva presenza di un contratto rescindibile o risolubile.

La correlazione processuale, fra giudizio sulla rescissione – risoluzione e giudizio sulla congruità dell'offerta a produrre la riduzione ad equità del rapporto, opera del resto nel senso che la proposizione dell'offerta si può avanzare fino a quando non si sia formato il giudicato sulla rescissione – risoluzione⁹³.

Se il contratto non è rescindibile o risolubile il giudice respinge la domanda attrice; in caso contrario non emette la relativa pronuncia, poiché l'offerta, se ritenuta adeguata al riequilibrio delle prestazioni, si pone come fatto impeditivo della pronuncia di caducazione del contratto, determinando l'assunzione di un maggior onere per la parte offerente⁹⁴.

L'offerta, in quanto dà luogo ad una situazione per la quale non sono più ravvisabili gli estremi per la pronuncia, impedisce che il giudice pronunci immediatamente la rescissione o la risoluzione, che potrà semmai essere oggetto di un provvedimento successivo al negativo accertamento dell'idoneità dell'offerta.

A questa fase segue un ulteriore accertamento dell'organo giudicante, che valuta l'adeguatezza dell'offerta al fine del riequilibrio delle prestazioni.

Quest'accertamento è senza dubbio un raffronto tra l'equilibrio delle prestazioni com'era originariamente strutturato e come invece risulterebbe a seguito della modifica proposta.

fatta in via stragiudiziale, l'offerta è una proposta contrattuale, e precisamente una proposta di contratto modificativo di quello rescindibile, che la parte avvantaggiatasi dallo stato di necessità o dallo stato di bisogno della controparte rivolge a quest'ultima. Quale proposta contrattuale, è dichiarazione di volontà nell'ambito sostanziale, che se interviene l'accettazione della controparte, coordinatasi con questa, dà luogo alla formazione di un contratto modificativo di quello rescindibile in modo da ristabilire l'equità nel sinallagma. Si tratta di proposta contrattuale e non di un negozio giuridico unilaterale, perché il vigente ordinamento non concede alla parte avvantaggiatasi dello stato di necessità o di bisogno della controparte di modificare il contratto direttamente con una propria dichiarazione precettiva, cioè, appunto, con un negozio unilaterale avente incidenza nella realtà giuridica sostanziale».

⁹³ Cass., 16 aprile 1951, n. 931, cit.; Cass. 9 giugno 1952, n. 1653, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 450; Cass., 24 marzo 1954, n. 837, cit.; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁴ Cfr. Cass. 24 marzo 1954, n. 837, cit.

L'intervento giudiziale rende pertanto operanti gli effetti che erano maturati a seguito della proposizione dell'offerta e immette il procedimento nella fase dell'efficacia.

Nella prospettiva così delineata il giudice sembra abbandonare quel ruolo di arbitratore, che dottrina e giurisprudenza come si è visto gli avevano assegnato, per assumerne uno più diretto ad incidere sul contenuto del contratto. L'effetto modificativo, conseguente alla proposizione dell'offerta, si ricollega infatti all'iniziativa della parte avvantaggiata, in quanto veicolo privilegiato di trasmissione al giudice di un potere di valutazione del contenuto del rapporto.

L'intervento del giudice in questo caso non assume in effetti un valore in senso proprio integrativo, né contrasta con i principi del sistema, in quanto la discrezionalità che in materia l'ordinamento gli riconosce deve essere esercitata con esclusivo riferimento all'equo temperamento degli interessi in gioco. Si tratta di un intervento solidale, e non antagonistico, con l'autonomia contrattuale⁹⁵.

Sul piano della valutazione e soluzione del conflitto degli interessi contrapposti il legislatore, a tutela dell'interesse del convenuto a non perdere la controprestazione, ha voluto attribuire al giudice il potere di modificare il contratto attraverso il procedimento della *reductio*.

Il convenuto formulerà pertanto un'offerta concreta e specifica se il suo interesse alla conservazione del rapporto sarà quantificabile nella misura rappresentata dal contenuto dell'offerta, con il rischio che – qualora il giudice non la ritenga equa – pronunci la rescissione o risoluzione del contratto. L'interessato proporrà, viceversa, un'offerta generica, rimettendone la determinazione al giudice, se valuterà comunque per lui opportuna la conservazione dell'affare, qualunque sia la misura fissata dal giudice.

Se è vero infatti che l'offerta generica «previene il rischio di veder respinta l'offerta perché troppo bassa, e previene il rischio di offrire inutilmente più di ciò che il giudice avrà considerato come la soglia minima del supplemento sufficiente. Ma sottopone la parte al pericolo di una fis-

⁹⁵ CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Torino, 1979, cit., p. 198; precisa GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 467, n. 49, che non sarebbe sufficiente la generica domanda della parte rivolta alla determinazione della sua prestazione secondo equità, poichè in questo caso il giudice deve decidere se la prestazione offerta sia tale da ripristinare l'equilibrio di cui parla l'art. 1467, 3° comma c.c. e quindi l'equità «è criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, non criterio per adeguare giudizialmente il contenuto del contratto all'evento sopravvenuto».

sazione giudiziale imprevidamente ed inaccettabilmente alta»⁹⁶, è altrettanto vero che un'eventuale determinazione esorbitante ad opera del giudice potrà sempre essere impugnata successivamente dal convenuto.

Del resto, se si ammette che nel caso di offerta specifica sia il giudice a doverne valutare la congruità, non si comprende per quale motivo al medesimo tempo – in presenza di un'offerta generica, che in via subordinata lo richieda – non sia consentito alla parte legittimata di rimettere all'organo giudicante anche il potere di determinarne l'entità.

In presenza di un'offerta generica, il giudice diviene quindi un mediatore di interessi particolarmente qualificato, in quanto non interviene *sul* contratto, integrandone il contenuto, ma interviene per la salvezza e composizione del conflitto degli interessi regolati *nel* contratto.

La sua determinazione, pertanto, quando è costitutiva di quella del contraente legittimato, trova fondamento nell'autonomia della parte e «rientra nel contenuto della decisione che definisce il giudizio»⁹⁷.

6.4. Un diverso problema concerne i criteri ai quali ci si deve attenere nella riduzione ad equità del rapporto nella fattispecie della risoluzione per eccessiva onerosità, nella quale manca un oggettivo metro di riferimento quantitativo fissato dal legislatore⁹⁸.

L'eccessiva onerosità rileva infatti in quanto dovuta ad un evento straordinario ed imprevedibile; così che per la presenza del fenomeno della sopravvenienza si determina nei contraenti un apprezzamento incompleto della situazione, perché essi non prevedono il verificarsi di determinati eventi e l'omissione che ne consegue, incidendo sul processo di determinazione, comporta una fissazione del metro di scambio viziata da un'inesatta rappresentazione, che produce un'incompleta visione della realtà⁹⁹.

Il problema che si pone all'interprete è nell'indagare, subordinatamente alla proporzione della domanda di risoluzione ad opera del contraente leso, se il rapporto di scambio, nonostante i nuovi eventi sia in grado di permettere ancora in concreto la realizzazione di una funzione di scambio¹⁰⁰.

⁹⁶ SACCO, *op. cit.*, p. 915.

⁹⁷ BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 695.

⁹⁸ E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. II, p. 1571.

⁹⁹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 341.

¹⁰⁰ A. CATAUDELLA, *o.l.u.c.*

Nell'offerta di riduzione ad equità del contratto risolubile, pertanto, mancando un oggettivo metro di riferimento quantitativo, l'interprete dovrà valutare, con prudente ed elastico apprezzamento, se l'equilibrio tra le prestazioni sia stato alterato oltre il segno dell'alea normale del contratto fissato dalla legge quale limite per l'eccessiva onerosità¹⁰¹.

In questo senso l'indagine dell'interprete se, per un verso, presuppone la soluzione del problema del significato da attribuire al termine equità, per un altro verso, finisce per segnare i confini dell'ambito di intervento del giudice.

Il termine equità impiegato dalla norma potrebbe infatti indurre a pensare che in questo caso il giudice operi mediante il ricorso all'equità integrativa; sicché occorre precisare quale sia il regolamento dei poteri che il legislatore ha voluto attribuire all'interprete con il richiamo a tale concetto.

L'art. 1467 (al pari dell'analoga disposizione di cui all'art. 1450) c.c. si riferisce all'equità come ad un criterio tecnico¹⁰² e non attribuisce all'organo giudicante alcun tipo di discrezionalità¹⁰³, di modo che nella fattispecie non è possibile rinvenire un vero e proprio giudizio di equità¹⁰⁴, né tanto meno un'ipotesi di equità integrativa, poiché il termine in questo caso non significa «giustizia in rapporto al caso singolo, ma equilibrio fra le prestazioni»¹⁰⁵.

In tal senso, una volta accertato in quale accezione il legislatore abbia inteso il richiamo all'equità nell'art. 1467 c.c., appare agevole rinvenire i criteri ai quali deve ispirarsi il contenuto dell'offerta di modificazione, dato che, nel procedimento di riduzione, l'interesse del convenuto se da un lato costituisce il presupposto per poter attivare il meccanismo con-

¹⁰¹ E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 719; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁰² CARPINO, *op. cit.*, p. 103.

Nella lettura della Corte Suprema le condizioni del contratto devono essere riportate ad un «giusto rapporto di scambio, con la conseguenza che il corrispettivo dev'essere uniformato, in quanto possibile, ai valori di mercato, così che venga eliminato lo squilibrio economico e le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva» (Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 994, con nota di SICA).

¹⁰³ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 102; in senso critico, cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 104, nota 16.

¹⁰⁴ Così, Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

¹⁰⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1975, p. 60; cfr., anche COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 139 ss.

servativo, per l'altro ne indica i limiti: soltanto al convenuto in risoluzione spetta infatti il potere di offrire la modificazione¹⁰⁶.

L'offerta dovrà essere pertanto di tale natura da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico ovvero – secondo il linguaggio delle Corti – «da ricondurre ad equità l'economia del rapporto»¹⁰⁷.

Nella fattispecie del contratto risolubile per eccessiva onerosità, l'offerta rappresenta infatti uno strumento di amministrazione del rischio contrattuale, in quanto, mediante il recupero della misura della funzione di scambio, è diretta a ripristinare l'originaria economia del contratto, riconducendolo entro i confini segnati dall'alea normale¹⁰⁸.

Tale riconduzione opera mediante il ricorso, ad opera del giudice, a criteri che non possono essere unicamente oggettivi¹⁰⁹, poiché in questa fattispecie si tende a ricreare la proporzione originariamente fissata dalle parti¹¹⁰ e quindi esiste un metro soggettivo attendibile cui va ricondotta la proporzione tra le prestazioni, a meno che gli eventi imprevedibili sopravvenuti siano stati tali da alterare non solo l'originario rapporto tra le prestazioni, ma addirittura da modificare le stesse ragioni dello scambio. In quest'ultimo caso, in relazione alla nuova situazione, il riferimento do-

¹⁰⁶ In tal senso, nel segno dell'uniformità dell'impostazione, v., Cass. 30 aprile 1953, n. 1199, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 1467; Cass. 27 gennaio 1959, n. 224, cit.; Cass. 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 296; Cass., 11 luglio 1978, n. 3492, *ivi*, 1978, voce cit., n. 299; Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, cit.

¹⁰⁷ Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

¹⁰⁸ E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 724; nello stesso senso BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 399; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 114 -115.

Rileva COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, p. 155, che anche nella definizione dell'alea normale del contratto emergerebbe un problema interpretativo che implicherebbe, anche se in modo non esclusivo, il ricorso al canone dell'art. 1366 c.c.

SACCO, *op.ult.cit.*, p. 684, considera equo «il parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità. La sproporzione tollerabile dipende da un'alea normale che non ha connotati di anti-giuridicità, e cui le parti si sono liberamente sottoposte concludendo il contratto».

Per Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not.*, 1992, 548; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2018 con nota di MAGNI, *Ancora sull'offerta di riduzione ad equità*; in *Corr. Giur.*, 1992, 662 nota DI MAJO, ... «l'offerta deve essere tale da riportare il contratto esattamente all'equilibrio *quo ante*».

¹⁰⁹ Nel senso che l'indagine del giudice deve essere condotta attenendosi a «criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico», v. Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, cit.

¹¹⁰ In tal senso, da ultimo, BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 399, nota 48.

vrà necessariamente essere rivolto alla considerazione di criteri oggettivi¹¹¹.

Un diverso profilo di analisi della fattispecie riguarda la valutazione del momento al quale va commisurata la congruità dell'offerta, al fine di produrre la modificazione del rapporto.

Tale problema si pone in particolare quando si tratti di considerare l'incidenza della svalutazione monetaria ai fini della risoluzione del contratto ovvero della sua riduzione ad equità: ci si deve chiedere, infatti, se il momento da prendere in considerazione sia quello in cui il contratto fu stipulato (per cui l'attore si accolla il rischio della svalutazione), oppure quello in cui l'offerta viene effettuata dal convenuto (così che è il convenuto ad assumere l'incidenza del rischio della svalutazione), oppure, da ultimo, quello in cui il giudice opera la rivalutazione del rapporto.

Il dilemma, di antica origine, ha dato luogo ad un cospicuo ed assai articolato dibattito. Superato l'ostacolo opposto dal preteso contrasto tra rilevanza della svalutazione monetaria e vigenza del principio nominalistico¹¹² la Corte Suprema, con indirizzo costante sostiene che " ... le modificazioni del contratto divenuto eccessivamente oneroso, e come tale, da ridurre ad equità, vanno valutate con riferimento alla situazione esistente al momento della pronuncia.

Pertanto, qualora muti la situazione nel corso del giudizio ed anche successivamente alla sentenza di primo grado, il giudice deve anche d'ufficio valutare se le modificazioni offerte dalla parte interessata appaiono eque con riferimento alla normalizzazione del rapporto, tenuto ovviamente conto anche dell'intervenuta svalutazione monetaria, la quale – siccome si riferisce ad un debito di valore (quale il supplemento del prezzo) – è rilevabile anche d'ufficio: la questione può quindi essere oggetto di discussione per la prima volta anche in sede di rinvio"¹¹³.

L'offerta deve dunque essere commisurata al valore assunto dai beni al momento della pronuncia giudiziale, poiché è a quel tempo che si opera la normalizzazione del rapporto e quindi l'offerta di modificazione

¹¹¹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 310 ss.

¹¹² Per la ricostruzione degli itinerari argomentativi percorsi dalla giurisprudenza mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 725 ss., cui ora adde PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 116 ss. spec. p. 130.

¹¹³ Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 362, con nota di MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità*; Cass. 9 ottobre 1989, n. 1989, cit.; cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 104.

deve tenere conto di quel parametro di riferimento per risultare adeguata. Di conseguenza, qualora al momento della stipulazione del contratto fosse stato previsto il versamento in un tempo successivo di un prezzo residuo, l'offerta per essere congrua va considerata anche con riferimento all'ammontare della rimanente parte di prezzo dovuta¹¹⁴.

7. L'offerta di modificazione del contratto, sulla cui struttura e funzione, ricostruita in termini procedurali e quindi con una caratterizzazione fortemente segnata dall'intervento del giudice, è parso opportuno, proprio in chiave di comparazione, soffermarsi, rappresenta dunque un modello di rimedio giudiziale per l'adeguamento del contratto e quindi, in definitiva, per la sua conservazione.

Si tratta di uno strumento che è peraltro già presente in alcuni codici dell'area culturale latino – americana. Segno evidente della sua duttilità e della sua capacità di operare anche in esperienze giuridiche diverse da quella italiana.

8. Il raffronto comparatistico mostra infatti una differente capacità di adattamento e di ampliamento dell'istituto, proprio in chiave di strumento di revisione e di adeguamento del contratto, in relazione alle singole esperienze giuridiche latino – americane.

In alcuni ordinamenti infatti l'ipotesi del rimedio nei termini esposti non è contemplata (cfr. codice civile colombiano, messicano, brasiliano, i quali sembrano seguire l'impostazione del codice civile spagnolo, ove è prevista nel titolo II (*De los contratos*) unicamente l'ipotesi della rescissione, e non quella della risoluzione per eccessiva onerosità), al pari, altresì, di quanto prevedeva anche il codice civile cubano del 1889; in altri la figura è presente ma con modulazioni differenti (cfr. ad esempio l'art. 1890 del codice civile del Cile, per l'ipotesi del versamento del supplemento del prezzo in tema di rescissione del contratto di vendita per lesione enorme), ovvero con formulazioni di chiara ispirazione dal codice civile italiano (cfr. art. 1198 del codice civile dell'Argentina, ove, peraltro, il riferimento al rimedio impeditivo della pronuncia di risoluzione viene indicato con riguardo a «*los efectos del contrato*»); in altri ancora, l'istituto si presenta con un ambito di applicazione più ampio di quello riservatogli dal legislatore italiano.

¹¹⁴ L'indicazione in tal senso è confermata anche dalla giurisprudenza: Cass., 18 luglio 1989, n. 3348, cit.; sul punto v. comunque ora CARPINO, *op. cit.*, p. 105.

Esemplare in tal senso è la posizione del codice civile peruviano del 1984, che si colloca in una posizione particolarmente avanzata nel tentativo di elaborare tecniche di adeguamento giudiziale: nel titolo VIII “*Excesiva onerosidad de la prestación*” all’art. 1440 in tema di contratti commutativi ad esecuzione continuata, periodica o differita, nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari e imprevedibili espressamente previsto l’intervento del giudice: «*la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la controprestacion, a fin de que cese la excesiva onerosidad*». Nel caso in cui tale riduzione non sia possibile per la natura della prestazione o per le circostanze, o «*si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato*».

Nello stesso codice va segnalata l’analoga previsione per l’ipotesi della rescissione per lesione (cfr. artt. 1450 e 1451).

9. L’idea di uno strumento giudiziale di amministrazione del rischio contrattuale, quale ipotesi legislativa per la creazione di un codice latino-americano dei contratti, appare dunque diretta ad ampliare – su esplicita richiesta della parte legittimata ad offrire la modificazione del contratto per recuperare l’economia dello scambio – il potere di intervento del giudice sul contenuto del contratto, e si propone come un modello generale di revisione e di adeguamento dell’assetto di interessi fissato nel contratto.

L’efficacia dello strumento non dovrebbe infatti rimanere limitato o circoscritto soltanto all’ipotesi della risoluzione per eccessiva onerosità, ma dovrebbe essere esteso anche alle ipotesi di inefficacia del contratto derivanti dall’alterazione della sua originaria economia, a causa del venir meno di quelle circostanze di fatto, o a causa della modificazione delle medesime, che erano state poste a fondamento della costruzione dell’operazione economica e tali da incidere sull’esecuzione del contratto.

Una moderna teoria del contratto, del resto, dovrebbe tentare di superare la concezione del contratto, come atto isolato, per muovere la propria riflessione verso l’idea del contratto come operazione economica¹¹⁵.

9.1. Nella prospettiva indicata, l’ordinamento italiano ha introdotto nella recente disciplina sui contratti dei consumatori un’importante novità –

¹¹⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. I, p. 48 ss.

che rappresenta una vera e propria “*spia normativa*” della rilevanza dell’operazione economica quale unità logica e formale – offerta dall’inserimento nella disciplina generale dei contratti di una nuova categoria: i contratti dei consumatori (capo XIV-bis – artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies*), ed in particolare dell’art. 1469-*ter* (accertamento della vessatorietà delle clausole).

La vessatorietà di una clausola, afferma l’art. 1469-*quater*, è valutata, fra l’altro, “facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”.

La norma segna un superamento del tradizionale ambito delineato dai limiti dello schema e della funzione tipica, e rappresenta un anello di passaggio verso la considerazione normativa del contratto come operazione economica. La logica che ormai presiede le scelte dell’ordinamento sembra essere quella diretta a favorire la dimensione del contratto come operazione economica.

Nel precetto che, in termini di disciplina, assegna valore all’apprezzamento delle “circostanze” ed al nesso di collegamento o di dipendenza tra i vari segmenti dell’operazione economica, c’è infatti il riconoscimento dell’inegabile rilievo che nella costruzione del regolamento contrattuale assume la causa in concreto.

La dottrina più attenta e sensibile del resto, aveva già prefigurato il fenomeno indicando, per un verso, che “è lo stesso proiettarsi nel tempo dell’operazione economica che, impedendo l’identificazione della stessa con un singolo atto, rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti (...) che concorrono a costituirla”¹¹⁶, e, per un altro, la necessaria rilevanza che nel sistema deve essere accordata alle “circostanze”, le quali “senza entrare a far parte del negozio, in sé considerato, sono state tenute presenti dalle parti e che dunque attengono non già all’atto in sé, ma alla complessiva situazione di fatto in cui questo si inserisce”¹¹⁷.

Nella prospettiva di una corretta disciplina del contratto risulta dunque contrario a qualunque criterio di gestione e di amministrazione del

¹¹⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 290.

¹¹⁷ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 78; cfr. anche PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l’interesse perseguito*, cit., p. 659 ss.; IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, p. 28 ss.

rapporto contrattuale che alcuni contraenti sopportino, in ragione del non prevedibile modificarsi delle originarie circostanze dell'operazione economica o del venir meno, in tutto o in parte, delle stesse, un danno e una perdita per eventi di cui essi, rispetto all'originaria economia del contratto, non sono in alcun modo né artefici, né responsabili.

FERNANDO M. MACHADO PELLONI e
M. SOLEDAD PENNISE IANTORNO DE MACHADO

*EN LA BÚSQUEDA DE UN MODELO ADAPTADO
DE COMPETENCIA PARA LA CORTÉ SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION*¹

SOMMARIO

1. *Estado de situación y determinada visión del rol de la Corte.* 2. *Modelo original. Apartamiento.* 3. *Modelos alternativos. Tendencias.* 4. *Recapitulación. Algunas propuestas.* 5. *Síntesis. Ponencia*

1. *Estado de situación y determinada visión del rol de la Corte.*

Para el tema que nos hemos propuesto analizar, es menester hacer un pequeño repaso sobre los elementos normativos que guían la competencia de la Corte. De este modo podremos acercarnos al estado de situación y observar si se compadece con una determinada visión del rol del Tribunal.

La Corte, como es sabido, cuenta con una competencia apelada y otra originaria (arts. 116 y 117 C.N.)². Dentro de la primera se encuentra el recurso extraordinario federal, reglado por el artículo 14 de la Ley 48 – con sus característicos “tres” incisos – que “[...] tiene por meta principal asegurar la supremacía de la Constitución Nacional”³, al tiempo que se suman otras variantes, bastante más complicadas de sistematizar. Así tenemos como agregados extra-normativos, un “cuarto inciso” que indica una apertura para atacar sentencias arbitrarias⁴ y otro más, para la consideración de asuntos de gravedad institucional⁵, los cuales

¹ Al Prof. Adolfo A. Rivas, por su constante apoyo.

² Originalmente, arts. 100 y 101 del texto anterior a la Constitución reformada en 1994.

³ Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, 1992, pp. 27 y las citas que allí se hacen.

⁴ Cfr. G. CARRIÓ-A. CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, T.I, Buenos Aires, 1983, pp. 27.

⁵ En realidad estos dos incisos materiales del recurso extraordinario fueron escritos por la propia Corte y consolidados por su autoridad. El primero en el famoso caso “Rey c/Rocha” – Fallos: 112, 384 de 1909 – donde el Tribunal abrió una puerta a “casos ex-

como puntos de apertura, llevarían a la necesidad de una herramienta purificadora o de cerrojo y ahí se hizo presente el requisito de la trascendencia (art. 2, Ley 23.774).

Siempre dentro del grupo enunciado, contamos además con la coexistencia de medios ordinarios de impugnación como vías alternas de acceso al Alto Tribunal – art. 24 Decreto-Ley 1285/58 inc. 6 “a” y “c” – pero el objeto procesal difiere del caso anterior (causas en donde la Nación sea parte y exista determinado monto en pugna y causas concernientes a operaciones marítimas en tiempos de Guerra y buques, respectivamente). Hemos omitido el inc. “b” pues ha sido trastocado por la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, Ley 24.767 de 1997 – art. 33 –, y no porque en función de esta última la Corte carezca de competencia por apelación ordinaria, sino por cuanto deja de ser una tercera instancia federal para ser segunda. En efecto, si algo caracterizaba al recurso ordinario era su tránsito por las Cámaras Federales, asunto eliminado por la última ley *in comento*.

Por otra parte, el citado Decreto-Ley – art. 24, incs. 3, 4, 5 y 7 –, abre a la competencia de la Corte el conocimiento de los recursos de revisión y también de peticiones aclaratorias respecto de sus propios pronunciamientos, de recursos directos por apelación denegada, de recursos de queja por retardo de justicia contra las Cámaras Nacionales de Apelaciones y, por último, de contiendas de competencia en donde no exista un órgano superior jerárquico. Finalmente debemos rescatar dentro de esta competencia, el remedio previsto en la Ley 24.463 de 1995, en donde cobró vida, dentro del proceso contencioso-previsional federal – art. 19 –, una nueva intervención amplia de la Corte.

Queda retomar la competencia originaria que el Alto Tribunal posee por directa asignación constitucional. Fundamentalmente, y expuesto acotadamente como presentación, la Corte entiende con exclusividad en las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y también en aquellos en que sea parte una provincia ⁶.

traordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces”, la que no fue traspasada sino hasta casi 1940 *in re* “Storani de Boidanich c/Ansaldi” – Fallos: 184, 137 –. La gravedad institucional, tras tibias señales, irrumpió en el famoso caso “Antonio, Jorge s/interdicción” de 1960 – Fallos: 248, 189 – cuando la determinación de su existencia justificaba la intervención del Tribunal en punto a las “condiciones pertinentes para la eficacia del control de constitucionalidad”.

⁶ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, 1992, pp. 430.

Bajo estos puntos cardinales, el orden normativo adelanta una gran diversidad de tareas, a la vez que permite hacer dos revelaciones. Mientras la competencia originaria procede con carácter excepcional y su interpretación es restrictiva, de imposible modificación por normas legales, aquella por apelación ha sido sensiblemente ampliada en la variante de los recursos ordinarios librando a la responsabilidad del Tribunal, la contención del recurso extraordinario con el requisito de la trascendencia. De este modo, hay un gran tercera instancia federal (y una segunda más reducida en procesos especiales de extradición) e importantes vías para el reaseguro de la supremacía constitucional matizadas por una delicada selección.

El estado de situación en el que nos deja el conjunto normativo repasado, es el de un sistema en apuros. Tal afirmación reposa sobre la cantidad de causas en trámite ante la Corte Federal. Eduardo Oteiza – en un estudio sobresaliente⁷ – lo expuso histórica y estadísticamente, lo que nos permite hacer el siguiente repaso:

1949	1963	1991 (*)	1997-1998 (**)	2000 (***)
1018	1930	8435	54662	35459

(*) Se destaca la presencia de la “daga” (Morello) de los arts. 280/285 C.P.C.C, cfr. art. 2, Ley 23.774.

(**) El número se ve inflado producto de los casos previsionales – art. 19, Ley 24.463 –.

(***) Las causas previsionales eran 18851, siendo 16608 del resto de la competencia del Tribunal.

Del esquema anterior, valga como adelanto, que si lo que se ha buscado es preservar a la Corte como intérprete final de la Constitución, como Tribunal de Garantías⁸, por vía del requisito de la trascendencia en el

⁷ Cfr. E. OTEIZA, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación: el recurso extraordinario, la sobrecarga de tareas y la falta de una política judicial superadora*, en AA.VV., *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*, sobre la experiencia de las “Ias Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” celebradas los días 5 y 6 de setiembre de 2002, Universidad del Salvador, Buenos Aires, en prensa. En sentido análogo, para los últimos datos, A.B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, T. II, Buenos Aires, 2002, pp. 314, nota 134.

⁸ La visión del Alto Tribunal sea como intérprete final de la Constitución, como último de control de constitucionalidad o de Garantías es indistintamente utilizada en este estudio. Para ulteriores aclaraciones sobre los términos empleados y sus alcances, A.B. BIANCHI, *Control cit.*, T. II, *op. cit.*, pp. 297-298 o *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, L.L. 19-3-1997, pp. 2-3.

delicado recurso extraordinario, esa visión es incompatible con resignarla irremediabilmente a una tercera instancia federal.

2. Modelo original. Apartamiento.

Se ha destacado que el régimen del remedio excepcional, en cuanto a la competencia apelada de la Corte, fue tomado casi en forma literal de la *Judiciary Act* de 1789 cuya Sección 25 se refleja en el art. 14 de la Ley 48 de 1863⁹. También es bastante claro que la existencia de una competencia originaria tiene fuente indiscutida en la Segunda Sección del art. III de la Constitución Americana¹⁰, de forma tal que, al menos, tuvimos un punto de partida referencial. Por esta razón analizaremos la evolución de la competencia del modelo histórico, procurando observar el paralelo nacional.

Entre nosotros, Bianchi ha distinguido cuatro etapas en el ámbito de la competencia apelada de la Corte americana¹¹, a saber: I. - desde la *Judiciary Act* de 1789 hasta la *Evarts Act* de 1891, donde se establecía jurisdicción a través del *writ of error* en casos civiles contra sentencias definitivas de los tribunales inferiores en orden a un monto que superaba lo establecido (Sección 22) y también por *writ of error* se confería competencia para revisar las sentencias de los superiores tribunales estatales en cuanto se acreditara un planteo federal (Sección 25); II. - la etapa *Evarts* por la que por primera vez se introdujo el *writ of certiorari* aunque limitado, como respuesta a la sobrecarga del Tribunal, posibilitando el rechazo discrecional contra quienes no acudían por vía del *writ of error*; III. - el período desde la *Judiciary Act* de 1925, que implantó el “gran” *certiorari*, esto significó que la Corte actuaba, por norma, según su discreción y IV. - la etapa actual, comprensiva de la reforma de 1988 que definitivamente elimina casi totalmente la apelación reglada al Tribunal como reacción a la criticada acumulación de causas. Este repaso ba-

⁹ Cfr. N.P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, 1992, pp. 245 y especialmente 257 donde el autor transcribe comparativamente los dos textos. En idéntico sentido e incluso con remisión al anterior, A.B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1994, pp. 26 y 115 y R. HARO en *La competencia federal*, Buenos Aires, 1989, pp. 69.

¹⁰ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1988, pp. 107 y sigts; también pp. 140.

¹¹ Cfr. A.B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos* cit., pp. 112 y sigts.

sta para destacar, como lo reconociera la Corte de los Estados Unidos, que “[...] los poderes de apelación a la Corte no le son dados por la *Judiciary Act*, vienen dados por la Constitución”, pero ellos son, antes bien, ‘limitados y regulados por cada *Act* [...]’¹².

Así visto, se está ante un Tribunal que posee una discrecionalidad casi absoluta para darle salida a todos los asuntos que le son presentados. Por esta razón, al no ejercer el monopolio del control de constitucionalidad como las Cortes del modelo europeo-continental, “[...] alrededor de las 7000 causas que se le elevan cada año, los jueces seleccionan menos de un centenar de casos”¹³. Más aún, la competencia reglada (*mandatory jurisdiction*) es pura historia, expresión que puede abarcar – incluso – el tema de la competencia originaria, atento al casi nulo volumen de procesos que tramitan íntegramente ante el Tribunal. Al respecto, Henry Abraham apunta que hasta el período de los años 1995-1996, la Corte se tuvo que expedir bajo su jurisdicción exclusiva en tan sólo 170 casos, contabilizados desde la primera oportunidad en 1789¹⁴. Por todo es que pode-

¹² Cfr. *in re “Ex Parte McCordle”*, 7 Wall. (74 U.S.) 506, 19 L.Ed. 264 (1869). En este importantísimo precedente, el *Chief Justice* Samuel Chase, deliverando por el Tribunal, también dijo: “Nosotros no estamos con la libertad de indagar sobre los motivos de la legislación. Solamente podemos examinar su poder bajo la Constitución; y el poder de hacer excepciones a la jurisdicción apelada de la Corte le fue dado con expresas palabras[...]”.

¹³ Cfr. W.J. NARDINI, *Strumenti di Self-Restraint nella Corte Suprema degli Stati Uniti e nella Corte Costituzionale italiana*, pp. 741-767 (la transcripción responde a la pp. 749) en AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2000-I. Respecto de las orientaciones del *certiorari*, la cuestión es difícil de presentar aún para los *justices* de la Corte, cuestión que excede este trabajo. Temas importantes o de especial importancia pueden ser patrones de ayuda aunque también lo es la urgencia (*compelling reasons*). Consultar también U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, en *Rivista Diritto Civile*, 1990, pp. 131.

¹⁴ Cfr. H.J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, London, 1998, pp. 188. Podemos hacer esquemas parciales de esta *original jurisdiction* con base a dos referencias. De un lado, la nota 7 del Profesor de la Universidad de Virginia, que marca 123 casos hasta junio de 1959 y, del otro, la cita que hace A. BIANCHI en *Jurisdicción y procedimientos* cit., pp. 113, nota 169-2do. párrafo. Este último utilizó para su excelente obra una edición anterior de la fuente que se consulta – 5ta. edición, 1986 en lugar de la 7ma. de 1998 –, de modo que el recuento desde 1789 hasta 1985, donde llegaba aquella versión, contabilizaba 156 causas. En síntesis:

1789-1959	1959-1985	1985-1996
123	33	14

mos afirmar que la tarea realmente importante, como intérprete final de la Constitución, no podría pasar inadvertida frente a la atenta mirada de sus integrantes.

Constatemos, al tiempo que podemos comparar los números presentados en el cuadro volcado *ut supra* I, las causas que entraron en este Tribunal ¹⁵:

1948	1958	1968	Octubre 1983	Octubre 1987 (*)
1426	1763	3117	4162	4401

(*) Nos detenemos aquí justamente porque la reforma de 1988 no incidirá significativamente en el volumen de trabajo del Tribunal, al contrario fue introducida para alivianarlo. Si la Corte opinaba en 150 casos por período en la década del '80 – p. ej. 150 sobre 4000 casos –, en 1995 alcanzó uno de los registros más bajos desde 1950: solamente 75 causas.

De nuestro lado y volviendo sobre los primeros pasos dados para introducirnos en el nudo del trabajo, nada más distinto. Esto obedece a diversas razones.

Quizás en donde exista menor crítica sea en la competencia originaria. Alberto Bianchi le asigna importancia en este punto a la Enmienda XI (de 1798), de la cual carecemos ¹⁶. En cualquier caso, aquella se volvió más estrecha mostrando la adaptación a una determinada visión del Tribunal – o simple conveniencia, no es lugar de discutirlo aquí ¹⁷ –, tornando evidente – como contrapartida – la petrificación en nuestro sistema del modelo original, pasado de moda. La salida posible ha sido trazada por la jurisprudencia de la Corte avalando una prórroga de su competencia originaria – en razón de las personas – pero ello sigue siendo incomparable, en

¹⁵ Cfr. G. GUNTHER-K.M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, The Foundation Press, University Casebook Series, NYC, 1997 (13ra edición, actualizada al año 2000), pp. 69. También puede consultarse a ABRAHAM *The Judicial* cit., pp. 199. La evolución del período comprendido entre 1991-1996 puede verse con más detalle en el cuadro de la obra de A.M. MORELLO, *Constitución y Proceso – La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata, 1998, pp. 140 o *Las Cortes Supremas al final de la centuria (el Congreso Int. de Tesalónica, Grecia, 21-25 de mayo de 1997)*, E.D. 11-9-1997, pp. 2.

¹⁶ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria* cit., pp. 122.

¹⁷ Basta decir que a raíz del caso “*Chisholm v. Georgia*” – 2 Dall. (2 U.S.) 419, 1793 – que era un evidente caso originario pero que encerraba temas delicados respecto a la confiscación de bienes en época de la Guerra, la Corte fue preservada para el futuro de los celos estatales.

cuanto a una sensible disminución en los asuntos originarios que tramitan con exclusividad, tomado esto comparativamente con su par americano¹⁸.

Desde otro lugar, las exploraciones respecto de los recursos ordinarios de tercera (o segunda) instancia federal deben dar un golpe de timón y cesar. Quienes fueran redactores del proyecto que terminara siendo la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, por mencionar un caso, omitieron cualquier análisis sobre el punto de que la nueva impugnación, contra lo que decidieran en suerte los jueces en lo criminal federal, se lleve a cabo directamente ante una Corte Federal (evitándose una instancia) ya sobrepasada de apelaciones previsionales¹⁹. A ello se suma que, en una opinión bastante generalizada entre constitucionalistas y procesalistas, no termina de cerrar, como por otra parte resulta desajustado a la visión de intérprete final de la Constitución, esta existencia de la tercera instancia federal²⁰. Adolfo Rivas bien dice que “[...] no se explica que se recargue a la Corte con más tarea de la que tiene, ni que se considere que las Cámaras no tienen la prudencia y capacidad jurídica como para resolver los m* s arduos problemas que se les presenten [...]”²¹.

¹⁸ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria* cit., pp. 155. El autor formula reservas sustantivas al respecto; también comentará luego la idea que tuviera al respecto el Consejo para la Consolidación de la Democracia. A favor de mayor elasticidad, R. HARO, *La competencia* cit., pp. 92, 230-231. Desde otra consideración, la Procuradora María Reiriz intentó cuestionar la competencia orginaria en casos donde la demanda a una provincia y la distinta vecindad – por otra –, en material civil, bien podría volver el asunto como de derecho público local (p. ej. *in re* “Miguel Héctor c. Provincia de Buenos Aires”, rta. 27/10/1995 y las citas que allí se hacen). Sin embargo la Corte nunca aceptó esa postura, declarando y manteniendo la intervención del Tribunal.

¹⁹ Cfr. A.J. D’ALESSIO-G.A. DE PAOLI-A. LUIS TAMINI, *La nueva Ley de Extradición y Cooperación en material penal*, L.L. 21-5-1997.

²⁰ Al respecto ni Genaro CARRIÓ pudo anticiparse cuando suscribió: “La Suprema Corte no puede ser caracterizada en modo alguno como un tribunal de tercera instancia, pues en la gran mayoría de los casos ejerce una jurisdicción excepcional o, mejor dicho, extraordinaria”. Para peor, el ex Presidente del Tribunal terminaría afirmando, sobre la jurisdicción apelada ordinaria, que “[...] no incide significativamente en el recargo de tareas de la Corte”; Cfr. su *Don Quijote en el Palacio de Justicia (la Corte Suprema y sus problemas)*, L.L. 1989-E-1131.

²¹ Cfr. A.A. RIVAS, *Tratado de los recursos ordinarios*, T. II, Buenos Aires, 1991, pp. 743-744. No escapa a esta nota la efímera vida del art. 195 *bis* que introdujo la Ley 25.561 derogada por la Ley 25.587 y herido de muerte por el *holdin’* de “Smith” (C.S.J.N. B.32 XXXVIII, “Banco Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos

‘Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo’“ del 1 de febrero de 2002). Sin perjuicio de que su naturaleza fue la de un recurso extraordi-

La competencia marcada por el recurso extraordinario está más acorde al modelo original. Ello no implica, como lo cantan los números, que el problema de la competencia de apelación reglada sea una simple contradicción con aquél: es un definido apartamiento e incompatible, como tal, con una Corte *final* de control de constitucionalidad.

3. Modelos alternativos. Tendencias.

De un tiempo a esta parte el modelo original, por decirlo de algún modo, ha cedido en cuanto a los sistemas de control de constitucionalidad. Ello ocurrió por dos vías. De un lado, porque aumentaron los países que crean Tribunales Constitucionales cuya competencia está esencialmente llamada para atender la supremacía constitucional; del otro, porque se preserva el control difuso con matices del control concentrado²².

En nuestra opinión, el control difuso debe ser preservado, debiendo reposar en todos los jueces el control de constitucionalidad sobre leyes y normas que se aplican en el ejercicio del poder. Además es característico del derecho procesal constitucional latinoamericano²³. Sin embargo, respecto del último también está su sello por el control de tipo concentrado. En este punto Allan Brewer-Carías aclara que lo caracterológico es el

nario “salteando instancias”, tenía algo de ordinario (Cfr. E. FALCÓN, en AA.VV., *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Enrique Falcón coordinador, Santa Fe, 2002, pp. 215). Ahora bien, su expresa mención es porque también cae en la crítica apuntada por Rivas.

²² Cfr. E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, “Apuntes sobre la jurisdicción constitucional hoy y sus principales tendencias y desafíos”, en AA.VV., *Estudios* cit., en prensa. En su nota 15, el profesor del Perú destaca el ejemplo, en la última reforma, de la Constitución – art. 105 – y Ley Orgánica del Poder Judicial – art. 10 – de los Estados Unidos Mexicanos en donde le reconocen una competencia característica de control concentrado a la Suprema Corte por las acciones de inconstitucionalidad. Nosotros agregamos que la última vía exige una mayoría calificada del Pleno (8 de 11) cuando sea del caso votar la inconstitucionalidad de normas.

²³ Cfr. A.B. BREWER-CARIAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, 2001, pp. 34. Siguiendo al Profesor venezolano podemos observar como, en efecto, Argentina (*leading case* “Sojo”, Fallos: 32:120 de 1887), México (1847, a partir del juicio de Amparo), Brasil (Const. de 1891), Venezuela (C.P.C. de 1897 – hoy Const. 1999 –) y en el Siglo XX, Colombia (Const. Ref. 1910), Guatemala (Const. 1921), Honduras (Const. 1982), Perú (Const. 1993), Bolivia (Const. 1994) y Ecuador (Const. 1996) lo han adoptado.

alcance del poder de control y no el órgano competente a tal efecto²⁴. Siguiéndolo podemos esquematizar lo dicho²⁵:

Tribunal Constitucional	Bolivia-Colombia-Chile-Perú Guatemala-Ecuador
Corte Suprema con Sala Constitucional (*)	Paraguay-Salvador-Costa Rica-Venezuela
Cortes Supremas	México-Brasil-Panamá-Honduras Uruguay-Nicaragua-Rep. Dominicana

(*) Por ejemplo, el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, art. 334: “[...] Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”.

De la fusión presentada emerge entonces una suerte de sistema mixto del que la Argentina – a nivel federal y hasta el momento – parece sustraerse²⁶. Sin embargo, la realidad – tras la experiencia recogida en el año 2002 – exige cambios o adaptaciones sistémicas, las que deben repercutir necesariamente sobre la competencia del Alto Tribunal.

En atención a cambios, la creación de un Tribunal Constitucional se presenta difícil. Esto no implica ni su imposibilidad como así tampoco que resulte inconveniente pero, en nuestra opinión, no es necesario al control de constitucionalidad. En efecto, siguiendo al profesor de Urbino, con la importante experiencia argentina en supremacía constitucional,

²⁴ Cfr. A.B. BREWER-CARIAS, *Reflexiones* cit., pp. 35 y 96-99. Esta afirmación es coincidente con los estudios europeos en la materia, desde el momento que el control de tipo político es materia del pasado con excepción de Cuba; así E. ROZO-ACUÑA, *Controllo di costituzionalità e difesa dei diritti fondamentali in America latina*, en *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000-IV, pp. 1829 y 1848.

²⁵ Puede consultarse también a A.B. BIANCHI, *El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires*, E.D. 19-10-2000, pp. 6 y sigts.

²⁶ Por lo que anotamos el sistema mixto, con excepción del caso de Panamá, es distinto a lo que llaman en Europa un tercer grupo de justicia constitucional, por la remisión que los jueces ordinarios hacen a los Tribunales constitucionales, de aquellas causas donde las normas inferiores se enfrentan con la Ley Fundamental. Para una presentación de estos temas, F. FEDE, *La giurisdizione costituzionale nelle repubbliche europee della ex Unione sovietica*, Padova, 2001, pp. 13. En lo referente a Panamá, E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1857-1858.

no tendría demasiada justificación la aparición de una Corte especializada, a no ser que directamente quiera romperse con el pasado y, como en el caso colombiano, se mire directamente al sistema europeo tradicional²⁷.

Respecto de adaptaciones posibles, nuestro Tribunal podría dividirse en Salas (de modelo europeo, p. ej. *Senat* alemán) o contener una Sala Constitucional (de modelo latinoamericano). Mientras la Corte Federal, en dos momentos distintos, opinó a favor y en contra de esta posibilidad y la doctrina también²⁸, respetuosamente, creemos que es constitucionalmente posible la adaptación aunque no se nos presenta como necesaria y aún menos conveniente. Si bien, en cuanto al modelo costarricense, la experiencia de la jurisdicción constitucional recaída en una Sala de la Corte ha sido exitosa, el contexto de la Corte – en su actual composición – nos impide intuitivamente volcarnos en favor de esta salida. En líneas generales, Costa Rica comprime en la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema todo lo atinente al amparo como garantía de tutela en los derechos fundamentales, así como toda declaración de inconstitucionalidad²⁹. Trasladar ese panorama a la Argentina implica afrontar un tema político de difícil consenso: decidir quienes han de ocupar ese sitio.

Distinto es el modelo europeo (salvando que tratamos con Cortes de jurisdicción constitucional propias de un sistema concentrado), donde por caso, en Alemania, el *Bundesverfassungsgericht* se divide totalmente

²⁷ Cfr. E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1842. Cuestiones de espacio nos impiden decir mucho más del tema.

²⁸ Al respecto, E. OTEIZA, *La Corte Suprema de Justicia* cit., en prensa; G. R. CARRIÓ, *Don Quijote* cit., pp. 1144-1145 también trató el tema como posible respuesta a la recarga de tareas. Para Néstor P. SAGÜES las cosas siguen como antes y en ese punto marca la relación entre dos trabajos de su autoría, *Recurso extraordinario: ampliación o reducción?*, E.D. 115-953 y “Arbitrariedad v. Certiorari”, L.L. Supl. Decho. Constitucional, 15-5-1998, pp.1-6. Allí en primer lugar se pronuncia sobre la constitucionalidad de la división en Salas para luego preguntarse porque se aumentó el número de jueces sin resolver el punto anterior.

²⁹ De similares características, y por tanto objeto de nuestra crítica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, sólo ella, tiene competencia para formular declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, procesos de amparo y habeas corpus; las de Paraguay y Venezuela tienen una competencia importante, aunque menor, Cfr. E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1851-1858-1863, respectivamente.

en Salas, las que para dar cumplimiento a los casos individuales de *konkrete Normenkontrolle* se subdividieron además en mini-salas o *Kammern*, siendo su normal función el cerrar la vía, denegándola. Ahora bien, en lo que aquí nos interesa, además de que el tema de la división en Salas también fue objeto en Alemania de consensos políticos³⁰, el desacuerdo entre la jurisprudencia del Tribunal lleva a la competencia del pleno la resolución de los puntos. Por ello, a fin de evitar contradicciones en el control de constitucionalidad³¹ y diferir para una etapa de mayor madurez política la posible división de la Corte, ambas razones nos llevan a despedir por ahora a este modelo.

Lo que resta es analizar que ocurre con el control de constitucionalidad por acción directa ante las Cortes, salvando – desde luego – la facultad de los jueces de grado inferior de custodiar la supremacía constitucional en los casos concretos³².

La última propuesta podría calificar como posible, conveniente y, a nuestro juicio, además necesaria. Excede – estamos convencidos – la reducción de tareas del Alto Tribunal puesto que, como en el caso de las leyes para situaciones fácticas de emergencia como las sufridas durante el año pasado, su oportuna implementación colaboraría a destrabar el sistema de justicia en conjunto³³. En efecto, con una nueva competencia

³⁰ La búsqueda de consenso también es tarea del propio Tribunal como cuando colaboró combinando “activismo” y “restricción” – según cuenta Peter HÄBERLE – ante la unificación; con remisión a dos casos antagónicos, Cfr. “*Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Transformationsforschung*” en aa.vv. “*Europäische Rechtskultur*”, Baden-Baden, 1994, pp. 149.

³¹ No obstante que se ha escrito ya que bajo nuestro sistema difuso eramos anárquicos en cuanto a control de constitucionalidad; Cfr. E. VÉSCOVI, *El proceso de inconstitucionalidad de la Ley*, Cuaderno Nro. 18, Ftad. Dcho. y Ccias. Sociales, Montevideo, 1967, pp. 61.

³² El caso peruano – *exemplo docit*, bien que con órgano especializado – presenta a la competencia de los jueces ordinarios la resolución de las acciones de garantía constitucional (habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento), las que siendo denegadas pueden acudir por recurso extraordinario de revisión al Tribunal Constitucional en la llamada Jurisdicción Negativa de la Libertad; Cfr. A. QUIROGA LEÓN, *El derecho procesal constitucional peruano*, en Aa.Vv., *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Domingo García Belaunde coordinador, U.N. Mayor de San Marcos, A.P.D.C., Lima, 2002, pp. 187.

³³ Si tenemos en cuenta que se activaron más de 120.000 amparos contra las normas de regulación de la emergencia económica que atravesaba – y todavía atraviesa el país – y que debían ser atendidos por sólo 12 jueces con competencia en lo contenciosoadministrativo y esto únicamente por la ciudad de Buenos Aires, caemos en la cuenta de la

originaria para la Corte, con una legitimación activa especial con relación a aquellos que pudieran demandar por la inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, y por cierto también para aquellos interesados en defender la constitucionalidad de las normas atacadas, un proceso de inconstitucionalidad sería la contracara de cientos o miles de recursos extraordinarios que jamás serían presentados.

Lo expresado hasta aquí, si bien demanda ajustes complementarios y otras reflexiones que seguidamente formularemos, nos evita caer – sin mayor gasto público – ante la tentación de nuevas estructuras, propias de cambios radicales, o bien permite sortear adaptaciones profundas – sin mayores conflictos –³⁴. No obstante, como surge del repaso de modelos latinoamericanos, tomar el camino propuesto sería un paso adelante en miras a un control de constitucionalidad integral, el cual marca la tendencia.

4. Recapitulación. Algunas propuestas.

Ciertamente no somos originales en cuanto a algunas conclusiones que estamos en condiciones de practicar. Al menos la primera parte de esta ponencia, coincide bastante con un núcleo de reflexiones arrimadas por Morello algún tiempo atrás³⁵. En este orden, vemos una amplísima discreción en la admisibilidad de casos y una acentuada reducción de

necesidad de contar con una decisión judicial *final*, de efectos *erga omnes* y además en tiempo *real* u oportuno. Sobre la situación del contencioso apretada en esta nota. Cfr. A. GORDILLO, *Corralito, Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia*, L.L. Supl. Dcho. Administrativo, 26-4-2002, pp. 1-6.

³⁴ No estamos seguros si la idea de un Tribunal de Casación Federal u otro intermedio para los casos del “cuarto” inciso de la Ley 48 responde a un gran cambio o a una profunda adaptación. Sobre sus problemas, ya Genaro R. CARRIÓ en su *Don Quijote* nos advertía. Ocurre que toda la idea de casación es superada por la falta de competencia para atender la arbitrariedad de sentencias, a no ser que se la regule – v. gr. el caso mendocino –; y en el caso de un tribunal para las últimas, aún quienes alegaran arbitrariedad al contestar la arbitrariedad, no podrían ser obstaculizados en su camino a la Corte. En tanto, remitimos al lector a la prudencia de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Un tribunal nacional de casación para la República Argentina*, L.L. 8-8-2001, o para un enfoque más optimista, Augusto MORELLO, *La casación un modelo intermedio eficiente*, La Plata, 2da. Edición, 2000, pp. 548.

³⁵ Cfr. A.M. MORELLO, *Constitución y Proceso* cit., pp. 150 o *Las Cortes Supremas* cit., D. 11-9-1997, pp. 4.

competencias, especialmente la originaria. No obstante, como se pudo adelantar, el asunto es más que eso.

Una competencia marcada por la trascendencia, análoga al modelo original, requerirá como “piso”, de la aplicación de algunas reglas que gobiernan la competencia por *writ of certiorari* de la Corte de los Estados Unidos³⁶. De todas ellas, y esto también se ha dicho, probablemente la regla de cuatro (*rule of four*) se nos presenta como impostergable. En efecto, su incidencia practica es alta por cuanto elimina uno de los más graves problemas del Alto Tribunal en su competencia excepcional: la falta de consenso en el estudio de los casos. Sea por una mínima mayoría inclinada en favor de la inadmisibilidad o una amplia minoría en contra de la admisibilidad, la decisión judicial que de allí resulte adolece del poder inherente a la Corte³⁷. Entonces la variación radicaría en la mutación de que “[...] obviamente, la desestimación de un recurso con la sola desestimación del art. 280 no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Implica, en cambio, que esta Corte ha decidido no pronunciarse [...] por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho [...]”³⁸ por cuanto “[...] una denegatoria simplemente significa que menos de cuatro miembros de esta Corte no han deseado la revisión de una corte inferior como materia de su discreción [...] la Corte ha insistido con rigor que la dene-

³⁶ Puede seguirse la utilidad de esto, por la experiencia de ese Tribunal: p. ej. la regla 10 citada por Eduardo OTEIZA, *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*, J.A. 4-2-1998, pp. 4 o *Revista Jurídica U.P.*, abril de 1998, Buenos Aires, año 3, número 1, pp. 71 y sigts. La última cuando menos dice: “Una revisión por writ of certiorari no es materia de derecho sino de discreción judicial, la cual se concederá únicamente cuando los existan especiales e importantes razones para esto” (*A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion, and will be granted only when there are special and important reasons therefor*). Como sea, no existe en verdad mucha distancia de esta regla y la trascendencia.

³⁷ Lo apuntado hace a la cuestión más preocupante. Otras falencias, sin que pretendamos agotar lo discutible pueden encontrarse en Fallos: 316: 177, donde una aplicación del art. 280 es complementado con “[...] costas por su orden, atento a que los apelantes pudieron considerarse con derecho a recurrir”; en tanto en Fallos: 320: 1463 – consid. 3ro. – la Corte selecciona que responder, por ejemplo “Que en cuanto al primero de los agravios, el remedio federal es inadmisibile [...]”, entre muchos otros.

³⁸ Fallos: 316: 64 voto de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano, reiterado *in re* “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios v. Set Sociedad Anónima” – consid. 3ro. y sus citas – (rta. 21-12-1999) e *in re* “Operto, Francisco O. v. Comuna de Lehmann” (rta. 15-2-2000), transcriptos en J.A. 6-12-2000, pp. 75 y 78, respectivamente.

gatoria no implica una visión de ella sobre los méritos del caso cuya revisión declina”³⁹.

Si la implementación de esta ingeniería procesal constitucional no va acompañada de la pronta supresión de la competencia por apelación ordinaria⁴⁰, además de resultar impotente, terminará por volverse inconstitucional aún cuando no lo es. Tomamos esta posición por cuanto compartimos el razonamiento de Sagüés; el gran problema del art. 280 es el principio de igualdad⁴¹ pero no sólo ante la contingencia de dar trato desigualitario a los remedios con bases intrascendentes sino porque, como destacara el Tribunal, si la trascendencia por medio de la norma le permite cumplir con mayor eficacia con el control de constitucionalidad, es un absurdo que lo obstruyan convirtiéndolo en tercera instancia reglada. La compensación entre un grifo “abierto” sin mayores límites y otro “casi cerrado” con recurrentes que – en su mayoría –⁴² no escaparán de su irremediable destino podría ser inconstitucional.

No obstante, adoptar medidas como las anteriores no cubre todas las demandas existentes pues ya hemos dicho que se necesitan decisiones finales, con efecto *erga omnes* y con celeridad, sin perjuicio del control difuso para casos puntuales de todos los demás jueces. Esto nos lleva a propiciar una modificación de la competencia originaria, si bien sabemos

³⁹ Así, el *Justice Frankfurter in re “Maryland v. Radio Show”* (338 U.S. 912, 1950). Por otro lado, la admisibilidad por acuerdo de cuatro miembros, autores como Lino Palacio y Elías Guastavino reconocen aquí una de las diferencias entre ambas Cortes; ver, *Recurso extraordinario federal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 28-29 y *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Buenos Aires 1992, pp. 464-465. No es aquí el lugar para tomar partido por mayores elementos que vuelvan más “objetivo” el juicio de admisibilidad.

⁴⁰ El juez Boggiano ha intentado, sin éxito, colocar el art. 280 dentro de la competencia del remedio ordinario, p. ej. *in re “Ana Teresa Scheffer v. Nación Argentina y otro”*, Fallos: 323: 2131, entre otros. Nosotros no aceptamos la tesis por cuanto implica que el recurso deje de ser ordinario y entonces no tendría razón de existir la distinta naturaleza y alcances entre uno y otro. Santiago Legarre analiza el tema y deja una puerta abierta en “Una puesta al día en materia de ‘certiorari’” en AA.VV., *Estudios cit.*, en prensa. Su libro ya lo anticipaba: *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Baires 1994, pp. 93-94. Contrario a esto HÉRCULES en *Aplicación del certiorari en el ámbito del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Lexis-Nexis J.A., pp. 74-75.

⁴¹ Cfr. Néstor P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. II, Buenos Aires, 1992, pp. 525.

⁴² Es SANTIAGO LEGARRE quien cuenta con los datos exactos en esto, ver *Una puesta cit.*, en prensa.

que esa reforma implica movimientos políticos profundos, excediendo la regulación legal de competencia de la función legislativa de gobierno. Los jueces federales, lo decimos a sabiendas de la necesidad de un análisis ulterior más profundo, pueden sustanciar los juicios originarios que hoy transitan por la Corte. Con esa transferencia, la misma estructura del Alto Tribunal – la de asuntos originarios – puede colaborar con el trámite de las acciones de inconstitucionalidad. Con estricta remisión a esta vía de control de constitucionalidad abstracta, que extendería el control de constitucionalidad a la condición de pleno, la legitimación calificada – pensamos tentativamente – puede ser de un tercio de los miembros de una de las Cámaras del Congreso o bien fijarse otro número, extenderse al Presidente, al Defensor del Pueblo, gobernadores u otras autoridades de provincia, etc.⁴³. Podría, incluso, extenderse esta posibilidad a determinada cantidad de habitantes, principalmente ante la desconfianza que pueda presentarse por variables en las composiciones de los órganos políticos con capacidad procesal para actuar y sus relaciones con la Corte Suprema. Es de esperar que esta reformulación de la competencia, de ocurrir, no sea alterada por los actores aunque esa..., esa es otra historia.

5. Síntesis. Ponencia.

– La competencia de la Corte en apelaciones ordinarias debe cesar por cuanto ello es incompatible con la visión del Alto Tribunal Federal como supremo intérprete de la Constitución;

– En consecuencia, se expandirá la competencia por vía del recurso extraordinario con la discreción por norma del art. 280 la que, sin embargo, debe ser reglada en miras a sentencias consensuadas, proponiendo como antes lo hicieran otros, de mínima, una *rule of four*; y

– Se debe modificar la actual competencia originaria, retrayéndose hacia los jueces federales la que denominaremos “histórica” y promoviéndose un control de constitucionalidad pleno en Argentina, instituyendo uno de tipo concentrado por vía de una acción de inconstitucionalidad (con especial legitimación), el que coexistirá con el actual control difuso para casos concretos de los restantes jueces de la República.

⁴³ Cfr. redacciones análogas, Art. 93 *Grundgesetz* de Alemania, art. 161 Constitución de España, arts. 127/sigs. *Costituzione* de Italia, arts. 119/21 Const. de Bolivia, etc., aunque se trata de jurisdicción constitucional especializada pero también se observa en Cortes Supremas: art. 103 en el caso de Brasil, art. 105 de los Estados Unidos Mexicanos, etc.

SIMON LUCA MORSIANI

RECENTI LINEE EVOLUTIVE DELLA CONFLITTUALITÀ
TRA AUTONOMIE REGIONALI E STATO
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO

1. *La dimensione del conflitto Stato-Regioni innanzi alla Corte costituzionale nella prospettiva della riforma del Titolo V.* 2. *Le specializzazioni del conflitto nel quadro della giurisdizione costituzionale: a) i conflitti di attribuzione intersoggettivi; b) il giudizio di legittimità in via d'azione; c) il giudizio di legittimità in via incidentale.* 3. *Le innovazioni del quadro costituzionale di riferimento: la riforma del Titolo V.* 4. *La gestione della fase transitoria da parte della Corte costituzionale.* 5. *Attualità e prospettive del contenzioso Stato-Regioni.*

1. La dimensione del conflitto Stato – Regioni innanzi alla Corte costituzionale nella prospettiva della riforma del Titolo V.

Non vi è dubbio che la portata del contributo dato, nel corso di quasi cinquanta anni di attività, da parte della Corte costituzionale italiana, alla definizione del ruolo delle autonomie territoriali regionali così come previste sin dalla definizione della Costituzione del 1948, sia stata determinante e significativa dell'evoluzione, giuridica ed istituzionale, dell'ordinamento repubblicano. È chiaro che tale contributo può essere utilmente e sistematicamente ricostruito attraverso l'evidenziazione di una serie di fasi che si sono distinte per diversi orientamenti ed alterni contenuti nella portata qualificatoria della qualità e della quantità del grado di autonomia regionale. È opportuno ricordare, in questo senso, come ancora nel corso degli anni Sessanta la Corte costituzionale manifestasse, evitando di dare concreta risposta alle istanze delle autonomie regionali, un condizionamento legato anche all'indirizzo governativo poco incline ad un riconoscimento del ruolo delle Regioni (si pensi ai ritardi nella fase di adozione dei decreti attuativi degli Statuti speciali), privilegiando la funzione di garanzia dell'unità (nella prospettiva dell'art. 5 della Costituzione) ascrivibile all'ordinamento statale (è il caso della pronuncia n. 9 del 1957), e dando rilievo quindi all'entità regionale come elemento e cardine di decentramento funzionale piuttosto che ente autonomo espressivo degli in-

teressi di una comunità territoriale. Ancora all'inizio degli anni Settanta, nella fase di attuazione delle Regioni a statuto ordinario, la Corte ha mantenuto una posizione scarsamente sensibile alle esigenze di un effettivo decentramento funzionale, in concomitanza con un panorama istituzionale che si distingueva per il ritardo nella adozione delle leggi cornice, nella attuazione della tecnica di ritaglio delle competenze a favore dello Stato centrale, nell'affermazione dei limiti dell'interesse nazionale. Restava salvo, però, il graduale instaurarsi di una progressiva aspirazione a caratterizzarsi quale arbitro più consapevole ed imparziale, anche attraverso un indubbio affinamento della tecnica di giudizio, tale da distinguersi in una migliore caratterizzazione dello schema del conflitto di attribuzione rispetto al giudizio di legittimità. Non è infatti trascurabile, in un approccio alla definizione del modello regionale italiano attraverso l'analisi del contributo della Corte costituzionale, il richiamo delle diverse tipologie di giudizio che, integrando l'insieme delle competenze riservate alla giurisdizione costituzionale, offrono distinti campi di confronto alla dialettica Stato-Regioni. È noto infatti che, sulla scorta della ampia riflessione della dottrina tedesca nella prima parte del XX secolo inerente alle 'controversie costituzionali'¹, la competenza della Corte delineata dall'art. 134 della Costituzione viene ad isolare la decisione sui conflitti di attribuzione come settore distinto rispetto all'ambito del controllo di legittimità, ciò anche in considerazione del ruolo *tout court* assunto dalla Corte, arbitro dell'equilibrio tra poteri e custode della coerenza dell'ordinamento legislativo. Dal dibattito costituente, non immune da oscillazioni che come noto hanno variamente orientato la sensibilità dei membri dell'Assemblea talora verso una predominanza della natura politica piuttosto che costituzionale della Corte, emerge comunque l'esigenza della caratterizzazione del conflitto di attribuzione – altro dal giudizio sulle leggi – come modalità ben distinta da confrontabili tipologie quali quelle dei conflitti interni di competenza (tra organi dello stesso potere), e di quei conflitti che, tipicamente giurisdizionali, hanno effetto nella sfera di applicazione del regolamento della Corte di Cassazione. L'esigenza di una giurisdizionalizza-

¹ Utile qui fare riferimento alla nota distinzione tra *Staatsgerichtbarkeit* e *Verfassungsgerichtsbarkeit*, ovvero giurisdizione inerente ai conflitti tra le istituzioni dell'apparato statale e giurisdizione inerente alla legittimità costituzionale delle leggi. Sul punto, HAEBERLE, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in AA.VV., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, a cura di HAEBERLE, Darmstadt, 1976; KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", 1929, in AA.VV., *Verfassungsgerichtsbarkeit* cit.

zione dei conflitti costituzionali, e l'esclusione della ipotesi della loro composizione in sede esclusivamente politica, veniva specificamente giustificata nella logica di un pluralismo istituzionale volto alla migliore garanzia della dialettica democratica. Il dato sostanziale della articolazione del potere politico su base territoriale e l'opportunità di creare per la Corte una via di accesso e verifica anche in quei settori normativi disciplinati da fonti non legislative convergevano nella direzione di mediazione tra esigenze dell'unità del governo centrale e pulsioni autonomistiche degli enti territoriali. Evidentemente, peraltro, anche la rigidità della Carta costituzionale concorreva nell'esigere idonei meccanismi di tutela dei soggetti coinvolti nella applicazione, e nella eventuale contestazione delle modalità operative, inerenti alla organizzazione e ripartizione delle competenze statali e regionali. In questa ottica, si inserisce coerentemente quella che può essere definita come via privilegiata di accesso alla giurisdizione costituzionale di legittimità e rimane affidata all'iniziativa dello Stato o della Regione, concretizzandosi nella modalità di attivazione in via diretta o principale del giudizio di legittimità.

La definizione di accesso 'privilegiato' però, pur giustificabile nell'ottica di una generale prospettiva di analisi dei canali di accesso alla giustizia costituzionale, potrebbe portare a sopravvalutare l'intento garantistico insito nella previsione costituzionale; infatti, è facile osservare come il fine della architettura del giudizio costituzionale rispondesse più immediatamente alla esigenza di mantenere un controllo giurisdizionale sufficiente sulla neonata potestà legislativa regionale piuttosto che non a tutelare le Regioni rispetto ad una ipotetica invasione di competenza da parte della legislazione statale. È questa la prospettiva che può più plausibilmente giustificare la differenziazione di una tipologia di ricorso c.d. preventiva rispetto ad una c.d. successiva, così come derivava dalla formulazione letterale dell'art. 127 Cost. prima della stagione di riforma che ha interessato l'impianto dell'intero Titolo V, Parte seconda della Costituzione. Detta riforma, come noto, ha, quindi, sul punto innovato sia tramite la nuova formulazione dell'art. 123 come modificato dalla l. cost. n. 1/1999 quanto alla impugnazione degli Statuti regionali entro trenta giorni dalla loro pubblicazione, sia attraverso il disposto della l. cost. n. 3/2001, con l'intento manifesto di una parificazione tendenziale delle prerogative dei contendenti nella dialettica Stato – Regioni².

² Rimane peraltro significativo osservare come quello del ricorso diretto da parte del Governo disciplinato nel quadro dell'art. 127 della Costituzione ante-riforma fosse l'unico

Nel contesto delle attività di controllo sulla potestà legislativa regionale deve essere, per completezza, inserito anche lo strumento del ricorso per questione di merito innanzi alle Camere, secondo la previsione originariamente contenuta nell'ultimo comma dell'art. 127 Cost. (nella ipotesi del 'contrasto di interessi'). Se il meccanismo può essere con un certo rigore definito desueto (tanto da essere senza incertezze rimosso nel riformato Titolo V), occorre aggiungere che proprio la valutazione del rapporto tra limiti di merito e limiti di legittimità ha condotto la Corte ad avallare quella evoluzione che, attraverso il contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni, ha portato nel tempo al superamento della tradizionale prospettiva ortogonale della ripartizione di competenza ed autonomia. Proprio in relazione ad una interpretazione evolutiva dell'interesse nazionale come referente dal contenuto in astratto non determinabile (sentenza n. 177 del 1988), ha trovato luogo la tendenziale conversione della prospettiva del limite di merito in limite di legittimità, anche in relazione alla valutazione della tecnica del ritaglio di competenze in determinate materie in occasione del trasferimento delle funzioni amministrative (in riferimento al d.P.R. n. 616 del 1977), nonché la qualificazione della funzione di indirizzo e coordinamento (come introdotta dalla legge n. 281/1970 e riconosciuta dalla Corte nel 1982 come risolto positivo dello stesso limite dell'interesse nazionale) ed il percorso di legittimazione dei poteri sostitutivi, inizialmente preventivati in relazione al rispetto degli obblighi comunitari³. Non a caso, quello del rapporto multilaterale coinvolgente Regioni, Stato, ed ordinamento comunitario⁴, attraverso il con-

mezzo di impugnativa costituzionale direttamente disciplinato dalla Carta fondamentale, mentre il ricorso delle Regioni restava affidato alla legge cost. n.1/1948 (art. 2) ed alla l. 87/1953 (art. 32). Nell'impianto dell'art. 127 riformato, invece, la formulazione della possibilità del promovimento della questione di legittimità costituzionale viene condotta in modo sostanzialmente simmetrico per lo Stato (primo comma) e per la Regione (secondo comma).

³ Sul punto del ruolo dell'interesse nazionale nella definizione degli assetti autonomistici regionali, è opportuno confrontare BARBERA, *Regioni ed interesse nazionale*, Milano, 1973, e PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1992. Si può osservare che il limite dell'interesse nazionale, lungi dal trovare una concreta sede di discernimento in occasione di quel ricorso nel merito alle Camere di cui alla lettera dell'art. 127 Cost., sia in concreto stato posto in osservazione quando venuto a costituire elemento sostanziale di una legge dello Stato eventualmente incisiva di competenze regionali, e quindi sottoposto al giudizio di legittimità della Corte come elemento dell'impianto formale legislativo.

⁴ Per il quale si rinvia alla trattazione di CALIFANO, *Argomenti di diritto costituzionale*, Napoli, 2000, pp. 14 e ss.

tributo dato dalla Corte costituzionale in una significativa serie di sentenze (tra le altre, la n. 304/1987 e la n. 408/1998, in apertura e chiusura del percorso della Corte) alla organica e coerente ricostruzione del sistema delle fonti, rappresenta un tema paradigmatico per misurare l'incidenza del rilievo della materia regionale tra i settori di interesse principale della giurisprudenza regionale, e, viceversa, un elemento imprescindibile per la qualificazione di un sistema di autonomie quale quello italiano. È questo lo scenario giuridico ed istituzionale nel quale una panoramica sui tratti salienti della conflittualità Stato-Regioni innanzi alla Corte costituzionale risulta elemento complementare e chiarificatore per il migliore inquadramento delle potenzialità collegate alla applicazione della riformata disciplina costituzionale.

2. Le specializzazioni del conflitto nel quadro della giurisdizione costituzionale.

a) i conflitti di attribuzione intersoggettivi;

È quindi possibile tentare una ricognizione che abbia aspirazioni di sistematicità rispetto ai tratti più caratterizzanti emersi nella evoluzione della dialettica tra Stato e Regioni che ha ricevuto visibilità attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale. Per quanto concerne la materia del conflitto di attribuzione, esso si incentra inequivocabilmente, come noto, su un atto della Regione che invade la competenza di altra Regione o dello Stato, oppure, viceversa, su un atto dello Stato che venga ad invadere una competenza regionale. È tendenzialmente residuale la suscettibilità di un atto legislativo di potere essere presupposto di un conflitto intersoggettivo, proprio per la nota organicità e specializzazione del sistema delle tutele giurisdizionali innanzi alla Corte⁵. L'originale concezione del

⁵ Sul punto, si può osservare che la Corte, traendo le mosse da una concezione tendenzialmente negativa della possibilità che un atto legislativo possa essere presupposto per un conflitto di attribuzione (sentenza n. 406/1989), è poi transitata verso una posizione di potenziale apertura collegata alla tutela di diritti fondamentali concretamente minacciati (sentenza n. 161/1995), per poi assumere un atteggiamento più disponibile a potenziali estensioni dell'oggetto verso la materia legislativa (sentenza n. 457/1999). Sul punto, cfr. RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, pag. 347. È vero però che tale apertura, ragionevolmente plausibile nel quadro dei conflitti c.d. interorganici (con l'opportunosamente ribadita restrizione della ipotesi della percorribilità preferenziale del giudizio di legittimità in via incidentale ad opera di un giudice *a quo* inte-

modello del conflitto di attribuzione radicato nello schema della *vindictio potestatis*, sulla base, quindi, della vigorosa rivendicazione di un abuso di competenza (nella logica della sentenza n. 11/1957), è stato, come noto, tendenzialmente superata e si è evoluta verso la acquisizione di una modalità di controllo che abbia ad oggetto non solo la menomazione di competenza (nei distinti risvolti della omissione, della invasione o della interferenza), ma anche la considerazione qualitativa del suo esercizio, con una spiccata sensibilità, nella materia in esame, destinata proprio alla valorizzazione del principio di leale cooperazione e del coordinamento delle procedure. Il conflitto si fonda tipicamente su fattispecie reali e non ipotetiche, non quindi attraverso intenzioni informalmente espresse o astrattamente prevedibili, ma su atti formali o comportamenti dotati di concreta lesività⁶. Non si può, naturalmente, prescindere dalla esigenza che il conflitto risponda alla necessità della definizione costituzionale delle competenze controverse⁷, e cioè sia confermato il tono costituzionale della contesa giurisdizionale. Il fondamento costituzionale del conflitto, come noto, risiede, nella disciplina dello stesso contenzioso⁸, la quale richiede che le norme regolative della competenza attengano al grado costituzionale, e l'ambito della lesione lamentata attenga al settore definito in Costituzione, dal che discende l'originalità tipica di tale schema di giudizio. Vero è che, nel quadro del conflitto di attribuzione intersoggettivo, la Corte ha ampliato l'ambito delle competenze suscettibili di tutela⁹, riconducendovi, nel quadro costituzionale del previgente Titolo V, oltre a quelle 'proprie', anche quelle 'delegate' alla Regione ai sensi del risalente

ressato, come, tra le altre, indicato nella ord. n. 211/2000 della Corte), risulta meno suscettibile di trovare spazio nella sede del conflitto intersoggettivo, data la specificità del rimedio del ricorso in via d'azione in questo caso disponibile. Conformemente a questo rigoroso orientamento, è opportuno però segnalare come attività prodromiche alla adozione dell'atto legislativo (come la promulgazione della legge regionale prima del termine di quindici giorni a disposizione della verifica governativa secondo la risalente formulazione dell'art. 127 Cost., nel caso della sent. 40/1977) siano state ritenute fattispecie idonee a fondare un conflitto.

⁶ Il che peraltro corrisponde alla necessità di riconoscere nel conflitto in corso il fondamento di un legittimo interesse al ricorso, come diritto dell'ente a ricevere una specifica garanzia per la tutela dell'"integrità delle attribuzioni ad esso costituzionalmente spettanti", così CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pag. 398.

⁷ Così ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pag. 347.

⁸ Non solo, come noto, l'art. 134 Cost., ma anche l'art. 39 l. 87/1953 e l'art. 98 c.2 dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige.

⁹ Come osserva CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, pag. 374.

art. 118 c. 2 Cost.¹⁰. Esiste un aspetto problematico della dialettica Stato-Regioni in sede di conflitto intersoggettivo, per quanto concerne la possibilità di una apertura del contraddittorio a soggetti diversi dalle parti in contrasto: salvo le sporadiche concessioni riconosciute dalla Corte in relazione all'accesso al giudizio di Regioni ed enti locali 'terzi' ed interessati¹¹, la Corte ha costantemente negato la possibilità dell'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto, rivendicando peraltro la individuazione dell'organo interessato in quanto titolare della produzione dell'atto in riferimento al quale si ricorre. In relazione alle considerazioni sulla ipotesi di estensione del contraddittorio in questa sede, peraltro, è opportuno dare conto delle possibili interferenze nel coordinamento tra la tipologia dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e le altre giurisdizioni, specificamente la giurisdizione amministrativa (nella quale, al di là della definizione delle reciproche competenze, si può verificare una sovrapposizione dei soggetti interessati, in quella sede a tutela di interessi legittimi): ciò è vero anche in considerazione del rinvio che gli artt. 37 c. 5 e 41 l. 87/1953 fanno all'art. 23, suscettibili di fondare un (irragionevole?) dubbio di percorribilità di una sorta di ricorso incidentale per conflitto di attribuzione, peraltro sempre disatteso dalla Corte (sent. 39/1968).

b) il giudizio di legittimità in via d'azione;

Premesso quanto sopra a riguardo della dialettica Stato-Regioni in sede di conflitto di attribuzioni, è giusto allargare la panoramica alla tipologia della giurisdizione di legittimità, con particolare riferimento alla ipotesi del ricorso in via d'azione. Si è già sopra accennato alla destinazione specifica di questo ricorso, con riferimento alla esperibilità da parte di Stato e Regioni (e, non si dimentichi, delle Province autonome di Trento e Bolzano, spesso implicitamente 'assorbite' nella indicazione univoca delle autonomie territoriale), secondo modalità, anteriormente alla riforma del Titolo V, radicalmente differenti¹². Peraltro, non sono mancate variazioni 'in corsa' all'impianto essenziale di questa tipologia di giu-

¹⁰ Come nel caso, tra le altre, delle sentenze n. 441/1992, 245/1996, e 422/1998.

¹¹ In questo senso, CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003, pag. 18 e ss.

¹² Si tenga conto del fatto che al generale schema bipartito, ricorso preventivo dello Stato prima che la legge regionale sia entrata in vigore con facoltà di sospendere l'effica-

dizio, anche attraverso un intervento diretto della Corte costituzionale: si tratta del significativo caso della ammissione di una riserva di impugnazione da parte dello Stato per le leggi regionali entrate in vigore prima della operatività della Corte costituzionale (sent. 6/1956), o del caso della individuazione del termine *a quo* per l'impugnazione di leggi statali previgenti l'attivazione dell'ordinamento regionale, da parte delle Regioni, nell'epoca della loro effettiva acquisizione di funzionalità. È il caso di evidenziare, solo di passaggio, quanto rilevante sia la componente di politica nella attivazione di tale strumento giurisdizionale, come corollario nonché presupposto della deliberazione del Governo o della Giunta regionale nella propria collegialità (sentenza n. 39/1995). Il modello del ricorso in via d'azione pare rispondere poi ad una ambivalente qualificazione sistematica, tale cioè da coordinare i contrastanti aspetti di un confronto soggettivo e di un accertamento obiettivo, il che si riflette nella originaria differenziazione dell'esperibilità preventiva piuttosto che successiva, e, soprattutto, nella qualità del vizio sindacabile. È noto infatti che la Corte (sin dalla sentenza n. 30/1959) ha inteso valorizzare la diversa terminologia utilizzata nella disposizione di cui al risalente art. 127 Cost., tale per cui il ricorso dello Stato era legittimato ad intervenire nel caso in cui la legge regionale eccedesse le competenze assegnate, e quella presente nell'art. 2, l. cost. 1/1948, a proposito della esperibilità del ricorso della Regione nel caso di una presunta invasione della legge dello Stato rispetto alle proprie competenze. La lettura della Corte ha inteso così riconoscere una più ampia legittimazione alla censura di legittimità in capo allo Stato, per il fatto che esso avrebbe potuto impugnare un atto legislativo per qualsiasi presupposto di incostituzionalità, ivi compreso il difetto di competenza. Alcuni profili problematici nell'approccio a questa modalità di giudizio, concernono poi il sistema di controllo preventivo legato (nel testo del previgente art. 127 Cost.) alla necessità del visto del Commissario del Governo, al potere di rinvio per eccesso di competenza o per contrasto con l'interesse nazionale o di altra Regione, ed al promovimento della questione di legittimità costituzionale a seguito

cia sino alla decisione della Corte e ricorso successivo da parte dell'ente regionale che opera nei confronti di leggi già promulgate e pubblicate, ha conosciuto, in relazione alla Sicilia, alla Valle d'Aosta ed al Trentino Alto-Adige, alcune peculiarità, tra cui si segnala la disposizione di cui all'art. 29 dello Statuto siciliano, sulla base della quale esiste un limite all'effetto sospensivo del ricorso statale, ove si consente promulgazione e pubblicazione della legge impugnata se il ricorso non è deciso nel termine di trenta giorni dalla proposizione.

della riapprovazione del Consiglio regionale¹³. In alcune sentenze (è il caso della sentenza n. 153/1976), è emersa una impostazione incerta rispetto all'esatto contenuto della riapprovazione da parte del Consiglio regionale sulla base della quale si sarebbe potuto ravvisare il presupposto della esperibilità del ricorso preventivo: si è inizialmente aderito, infatti, ad un criterio sostanziale, che precludeva un nuovo rinvio nel caso di riapprovazione con modifiche insignificanti da un punto di vista della portata logica del dispositivo risultava dirimente; con la sentenza n. 40/1977 la Corte è parsa però propendere verso un più rigoroso formalismo, rispetto al quale ogni modifica del dispositivo, autorizzando un nuovo rinvio momentaneamente rinviando il termine di accesso alla giurisdizione costituzionale; più recentemente, tuttavia, la Corte (con le pronunce nn. 181/1990 e, significativamente, 158/1988) ha operato una decisa svolta verso il criterio sostanziale del riconoscimento delle eventuali modifiche.

La giurisprudenza della Corte nell'ambito della giurisdizione di legittimità in materia regionale è valsa a costituire un fondamento imprescindibile per il coordinamento operativo di una sistema delle fonti che, al momento della attivazione regionale, non ha potuto nascondere alcune incertezze attuative qualificabili come difetti di gioventù. In questa impostazione, l'orientamento della Corte, generalmente rivolto a favorire un modello di integrazione cooperativa piuttosto che di separazione competitiva nei rapporti tra Stato e Regioni, incontra una più significativa espressione in quelle occasioni in cui la Corte sia chiamata a valutare la legittimità di interventi statali indirizzati ad incidere sulla materia regionale, e, per altro verso, in quei casi nei quali essa debba prendere posizione sulla qualificazione dei limiti interni posti alla operatività della competenza legislativa regionale. Si tratta, in questo secondo caso e come anche sopra accennato, di un delicato trasferimento che sul piano logico porta determinati limiti concepiti come 'esterni' rispetto alla potestà delle Regioni, su un piano interno, e quindi suscettibili di una valutazione di legittimità. È il caso (già richiamato) dell'interesse nazionale, degli obblighi internazionali, delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali. Peraltro, il limite dei principi fondamentali risulta per propria natu-

¹³ Si è già accennato allo scarso riscontro incontrato dallo schema del ricorso per motivo di lesione da "contrasto di interessi", e quindi per questione di merito, che prevedeva un ricorso alle Camere parlamentari (e rispetto al quale la Corte costituzionale avrebbe conservato la titolarità, ove richiesta, della definizione del tipo di competenza).

ra suscettibile di una individuazione discrezionale da parte della Corte, specialmente in relazione alla ipotesi – formulata dall’art. 17 della legge n. 281 del 1970 – in cui i principi debbano essere desunti dalla legislazione previgente, in sostituzione o attesa di apposite leggi cornice. Non sfugge all’osservatore la difficoltà, in un quadro normativo e giurisprudenziale disponibile ad un rinvio della definizione sistematica della competenza alla fase eventuale e patologica della verifica pragmatica in sede giurisdizionale, incontrata dalla autonomia regionale a difendere propri spazi di autonomia legislativa. Tale prospettiva non può essere che complicata dalla considerazione del fatto che la stessa giurisprudenza di legittimità ha talora avallato l’orientamento volto a legittimare la presenza, in materia di competenza regionale – in base, si badi, ad una lettura contestualizzata nel quadro del previgente Titolo V – di atti normativi statali di rango non legislativo: atti ricompresi nella categoria dell’attività di indirizzo e coordinamento, ad esempio, ovvero atti effetto di una disciplina transitoria suscettibile di superamento da parte di una successiva normativa regionale, oppure regolamenti che intervengano a dare attuazione a normativa comunitaria (sentenza n. 304 del 1987). Accanto però ad orientamenti nella giurisprudenza di legittimità che incidono pesantemente sui margini di autonomia degli enti regionali (è appena il caso di richiamare la vicenda dell’approccio alla funzione di indirizzo e coordinamento)¹⁴, non mancano fattispecie nelle quali l’intervento della Corte in sede di giurisdizione di legittimità sollecitata in via d’azione è risultato

¹⁴ Introdotta dalla legge 281/1970, fu poi giustificata dalla Corte costituzionale come risolto positivo del limite degli interessi nazionali nella sentenza n. 39/1971, nella quale la Corte giustificava l’attribuzione di tale potere al Governo sulla base della necessità di una contropartita all’imminente trasferimento “organico” delle funzioni nelle materie. Sul punto, PALADIN, *Sulle funzioni statali di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza regionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 189 e ss.; CAMMELLI, *Indirizzo e coordinamento del nuovo assetto dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Pol. dir.*, 1976, pag. 573 e ss.; BIN, *Legislazione di principio e funzioni di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1987, pag. 207 e ss.

È giusto però ricordare (sul punto, BIN, *La legge regionale*, in *Saggi e materiali di diritto regionale*, a cura di BARBERA-CALIFANO, Rimini, 1997, pag. 99 e ss.) come la Corte, a partire dalla sanzione della necessità di una riserva legislativa intesa come legalità sostanziale dell’atto, operata con la sentenza n. 150/1982, abbia poi proseguito il proprio ragionamento nel definire i criteri essenziali della legittimità dell’atto di indirizzo che aspirasse ad essere compatibile con i propri presupposti funzionali, in un crescendo giurisprudenziale che (salvo episodiche battute d’arresto, quali il caso delle sentenze nn. 340/1983 e 357/1985) è rimasto teso alla garanzia delle legittime prerogative della Regione.

salvifico per gli spazi funzionali delle Regioni: si pensi al caso della sentenza n. 562 del 1988 così come ha sancito la facoltà delle Regioni di destinare risorse proprie ad azioni anche non rientranti nelle competenze riservate ma collegate ad interessi connessi alla sfera regionale, od alla sentenza n. 179/1987 che ha riconosciuto alle Regioni la possibilità di operare sul piano dello svolgimento di attività di rilievo internazionale.

Come si vedrà a breve (cfr. *infra* par. 3), lo schema del giudizio in via d'azione incontra, nella recente riforma costituzionale, una serie determinante di innovazioni, il cui significato complessivo, lungi dall'arenarsi ad una formale parificazione dell'accesso, incide sul sistema complessivo dei rapporti Stato-Regioni, influenzando, potenzialmente, nuovi direttrici di individuazione dei rispettivi ambiti di competenza.

c) *il giudizio di legittimità in via incidentale.*

Difficilmente può sfuggire all'occhio dell'osservatore il fatto che questo ambito giurisdizionale, a differenza dei due precedentemente richiamati, non offre a Stato e Regioni la possibilità della promozione di un confronto spontaneo e diretto, rientrando in uno schema che riconosce nella previa esistenza di un giudizio pendente il presupposto per il sorgere di una questione che è 'accidente' del processo pendente, e come tale interrompe il normale corso degli eventi per richiedere alla Corte costituzionale di prendere posizione su una questione di rilievo costituzionale indispensabile per la risoluzione del giudizio *a quo*. Alla luce della premessa considerazione, può dunque sorgere il legittimo dubbio che l'analisi delle tematiche ricorrenti nell'ambito del giudizio di legittimità in via incidentale possa trovare, nella circoscrizione del campo di indagine alla sola materia regionale, una sede di specifica originalità scientifica, o costituisca al contrario un mero vezzo metodologico. Una risposta convincente può probabilmente dedursi da una ricognizione che valga ad evidenziare un parametro, cioè quello della valutazione del carattere della rilevanza nella casistica disponibile, consentendo di riconoscere conferme ad orientamenti più generali e consolidati, ma offrendo anche l'occasione per l'individuazione di peculiarità strettamente attinenti alla natura del settore di indagine.

In particolare, con riferimento alla materia regionale ed alle problematiche relative determinazione del carattere della rilevanza della questione, ed in particolare in relazione alla motivazione in punto alla "plausibi-

lità” della stessa, è di interesse la sent. n. 286 del 30 luglio 1997¹⁵, con la quale la Corte ha deciso per la infondatezza di questioni di legittimità costituzionale inerenti gli artt. 19, 20, 21 l. reg. Sicilia 6 marzo 1986, n. 9, in riferimento all’art. 15 dello statuto speciale e agli artt. 5, 97, 128 Cost. In conclusione del punto 3) delle motivazioni in diritto, la Corte valuta i criteri di motivazione adottati dal giudice *a quo* in punto di rilevanza, e, condividendone i presupposti, ricorda che “la valutazione di rilevanza effettuata dal giudice rimettente si può disattendere solo quando risulti del tutto implausibile”. Di ulteriore interesse anche la sentenza n. 196/1999, nella quale la Corte, escluso il difetto di rilevanza per una questione inerente l’art. 13 comma 6 della l. 443/1985, distingue il piano della non implausibilità della motivazione da quello della (non parallela) condivisione della interpretazione sostanziale della questione (nella specie, gli ambiti di competenza delle Regioni a Statuto speciale in relazione alla disposizione impugnata in materia di artigianato in rapporto agli artt. 3 comma 1, 38 comma 4, e 116 della Costituzione), potendo la Corte rimanere indipendente dalla interpretazione fornita dal giudice *a quo* in prospettiva della successiva fase dell’esame del merito.

Per quanto concerne il più ampio tema del limite “esterno” del controllo della Corte sulla valutazione della rilevanza operata dal giudice che propone la questione, nella ordinanza n. 305 del 30 luglio 1997¹⁶, la Corte, decidendo per la manifesta inammissibilità della questione inerente l’art. 93 d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570, distinguendo i casi di applicazione della legge elettorale statale dalla tipologia specifica per la condizione della Regione Sicilia, ravvisa “nell’assenza di qualsiasi motivazione” di riferimento per giustificare l’applicabilità della normativa al contesto della Regione Sicilia il presupposto per una dichiarazione di inammissibilità che si fonda sulla impossibilità logica e giuridica di integrare in alcun modo le lacune inerenti all’ordinanza introduttiva. Talora, poi, la Corte ripercorre le linee logiche della motivazione proposta, per distinguere la valutazione del percorso logico e della attinenza della motivazione, rispetto alla sussistenza del quale pare riservarsi un margine di discrezionalità. È il caso della sentenza 21 novembre 1997, n. 345¹⁷, in cui la Corte dichiara la illegittimità della l. reg. Abruzzo 27 aprile 1996 n. 23 (in materia di impianti pubblici e di pubblico interesse): al punto 2) delle moti-

¹⁵ In *Giur. Cost.*, 1997, pag. 2587 e ss.

¹⁶ In *Giur. Cost.*, 1997, pag. 2711 e ss.

¹⁷ In *Giur. Cost.*, 1997, p. 3398 e ss.

vazioni in diritto, essa, solo apparentemente supera i presupposti di “estraneità” ai fatti di causa, nel momento in cui pur rilevando che il rimettente non ha specificato la tipologia degli usi civici nelle zone interessate ai fatti per cui era causa (assecondando in ciò una eccezione formale sul punto proposta da una delle parti in giudizio), evidenziando però una impermeabilità della adeguatezza della motivazione della rilevanza, che viene a conservare un oggetto sostanziale diverso.

Per raffronto, è utile però citare la ordinanza 1 dicembre 1999, n. 440¹⁸, nella quale si osserva, in relazione ad una questione inerente l’art. 92 comma 4 legge regionale Veneto 27 giugno 1985, n. 61, un intervento più permeante della Corte rispetto alla ricostruzione del fatto oggetto del giudizio e della conseguente motivazione della rilevanza. La Corte, osservando che l’ordinanza introduttiva non contiene alcuna descrizione degli elementi della fattispecie oggetto del giudizio principale ed è del tutto priva di motivazione in ordine alla rilevanza della questione, affermata quindi apoditticamente, senza l’esplicitazione, pure soltanto sommaria, delle ragioni che diano conto dell’effettuata verifica di siffatto profilo preliminare, ritiene che non sussistano le condizioni minime per le valutazioni di sua competenza in ordine al requisito della rilevanza impedendo il necessario controllo sul previo apprezzamento del giudice rimettente. Nella sentenza 8 maggio 1995, n. 154¹⁹, la Corte torna sul tema della valutazione della motivazione della rilevanza interessando sia l’aspetto dell’interpretazione normativa che quella della inammissibilità di questioni che risultino meramente ipotetiche od eventuali, e quindi lungi dal necessario carattere di concretezza nella applicabilità. Nella specie si denunciava l’art. 22 l. reg. Sicilia 5 aprile 1952, n. 11, nella parte ripresa dall’art. 18 u.c. d. Pres. reg. Sicilia n. 3 del 1960. La difesa della Regione siciliana eccepeva in giudizio che la questione veniva a concernere l’oggetto di un conflitto interpretativo tra due distinti giudici (Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia e Consiglio di Stato, in merito ai termini del ricorso contro la proclamazione degli eletti), in relazione al quale una declaratoria di incostituzionalità non avrebbe potuto produrre l’effetto auspicato, cioè rendere ammissibile il ricorso di cui all’oggetto del giudizio pendente, stante la già intervenuta pronuncia del giudice di appello sulla legge statale, applicabile nella ipotesi che fosse venuta meno la legge regionale, nel senso di attribuire a quella legge lo stesso significato di

¹⁸ In *Giur. Cost.*, 1999, pag. 3845 e ss.

¹⁹ In *Giur. Cost.*, 1995, pag. 1288 e ss.

quella impugnata. La Corte rigetta l'eccezione, in quanto costruita sul presupposto uno scenario del tutto ipotetico. Come ribadito in altre sedi (si cita il precedente della sentenza n. 58/1995), non può riconoscersi rilievo alla discordanza della interpretazione fornita dal giudice *a quo* rispetto a quella di altri magistrati, poiché compito del giudice è individuare con chiarezza la sola disposizione obiettivamente ritenuta applicabile e suscettibile di incostituzionalità, attraverso l'esposizione di argomentazioni non implausibili "se pure a uno stadio del tutto iniziale del processo" (punto 3) della motivazione in diritto).

Le possibili sfaccettature del meccanismo che, attraverso le vicende processuali proprie del giudizio *a quo*, può portare, in sede di giudizio sulla rilevanza, ad una considerazione della intervenuta carenza di tale requisito, meritano di essere a questo punto più attentamente specificate: l'ambito di studio qui in esame, e cioè il particolare riferimento alla materia regolata da leggi regionali, offre allo scopo significativi spunti. Ciò è, per inciso, particolarmente vero quando la vicenda viene ad intersecare problematiche inerenti il rapporto tra il giudizio *a quo* ed il giudizio di legittimità in considerazione di aspetti inerenti alla successione temporale degli eventi (elementi che possano determinare una irrilevanza sia *ab origine* sia sopravvenuta) con i temi specifici del controllo di costituzionalità in relazione ad atti normativi secondari ed agli stessi capisaldi della competenza legislativa regionale. In questo senso, si può segnalare l'ordinanza 9 luglio 1998, n. 264, con la quale la Corte ha dichiarato la inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale promossa dal TAR per la Regione Friuli Venezia Giulia (in materia di aucupio e prelievo venatorio) in relazione all'art. 3 l. reg. F.V.G. 1 giugno 1993, n. 29 a fronte dell'art. 4 l. 11 febbraio 1992, n. 157 e dell'art. 4 l. cost 31 gennaio 1963, n.1 (lo statuto di autonomia della Regione). La Regione Friuli-Venezia Giulia risultava, agli atti, titolare di competenza legislativa di tipo esclusivo nella materia della caccia ex art. 4 dello Statuto (e che di tale competenza la l.r. 29/1993 era espressione), e che detta materia era altresì regolata dalla l. 157/1992, nella quale, facendo riferimento all'"interesse della comunità nazionale" (art.1, c.1) si disponeva un obbligo di armonizzazione in capo alle Regioni a statuto speciale alla legislazione di principio posta dal legislazione nazionale (art. 36, c.7), realizzando così un preciso vincolo alla competenza esclusiva regionale.

Considerato che l'art. 4 dello Statuto della Regione F.V.G. indica il generale limite del "rispetto degli interessi nazionali", il giudice rimettente ha con ordinanza promosso la questione paventando l'illegittimità dell'art. 3 l. reg. n. 29/1993 per il mancato rispetto dei principi posti dalla

legislazione nazionale, ravvisando che l'accoglimento della questione avrebbe determinato "pressoché inevitabilmente" (e la "delicatezza" di tale espressione non sfugge all'interprete) l'annullamento delle norme regolamentari (il d.P.Reg. oggetto dell'istanza di annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere) esecutive della "norma legislativa presupposta".

Inaspettatamente, con provvedimento in data 11 gennaio 1997, il giudice *a quo*, con sentenza parziale, ha deciso su tutti i motivi di gravame proposti, giudicandoli infondati.

Ciò che merita particolare attenzione è la posizione assunta a questo punto dalla Corte costituzionale nel senso della risoluzione della vicenda: alla decisione parziale assunta nel procedimento *a quo* viene infatti attribuito un significato specifico, e cioè quello di avere, giudicando infondati i motivi di gravame, "evidentemente" stabilito la conformità delle disposizioni del regolamento di esecuzione alla citata l. reg. 29/1993, "facendo così applicazione, in particolare, della norma dell'art. 3 della stessa legge, da cui appunto le predette disposizioni dipendono". In realtà, la forma della conclusione non convince del tutto. L'osservazione, proposta dalla Corte, volta ad evidenziare che, secondo il giudice *a quo*, la questione era rilevante poiché rappresentativa dell'unica parte del "*thema decidendum*" non ancora definito dalla sentenza parziale, nonché l'ulteriore accertamento dell'intervenuta impossibilità di rimettere in discussione la disposizione censurata "e di sollevare l'eccezione di legittimità costituzionale", possono risultare ingannevoli: in questo caso, la decisione parziale foriera delle problematiche esaminate segue, e non precede, il promovimento della questione. Se la forma, dunque, lascia qualche dubbio (data la non coerente scansione dei piani temporali nella costruzione della motivazione), la sostanza non si presta a fraintendimenti, ribadendo la pregressa applicazione della norma in esame quale inoppugnabile condizione preclusiva del giudizio di legittimità, nella misura in cui viene a mancare l'elemento della rilevanza della questione sotto il profilo della necessità di una presa di posizione, da parte della Corte, affinché il giudice possa conoscere in concreto la possibilità di applicare la norma esaminanda nel corso del procedimento di provenienza. Per raffronto, si citano l'ord.za n. 167/1997, per una questione inerente diritti delle parti nel processo e mera potenzialità, e non attualità, della lesione degli stessi, o le ordd.ze n. 59/1999 e n. 94 /1999 con le quali si censura la tardività ed inattualità della proposizione della questione.

Un originale approccio alla materia in esame distingue la sentenza 21 luglio 1995, n. 342. In essa, la Corte costituzionale affronta nuovamente

una questione fondata sul meccanismo di successione nel tempo di fonti statali e regionali, in riferimento alla materia della regolamentazione dei trasporti pubblici in concessione. Nella specie, il T.A.R. del Lazio sollevava questione di illegittimità costituzionale dell'art. 13, u.c., l. reg. Campania 26 maggio 1975, n. 40, in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost.. La norma, intendendo operare nell'ottica del trasferimento di funzioni alle regioni disposto con il d.P.R. n. 5 del 1972, superando il previgente disposto dell'art. 46, u.c., d.P.R. 28 giugno 1955, n. 771, prevedeva, per il caso della nuova istituzione di autolinee di interesse regionale, una trasformazione del prescritto parere del Ministero dei trasporti in una forma di silenzio-assenso. Nel redigere la motivazione della rimessione, il giudice *a quo* evidenziava il persistere della rilevanza della questione, stante la convinzione che la successiva legge 10 aprile 1981, n. 151, venuta a disporre i principi fondamentali della materia in parola al fine di consentire la loro attuazione da parte delle regioni, risultasse "inidonea ad abrogare la norma regionale" preesistente. L'intervenuto trasferimento di funzioni non pareva, ad opinione del rimettente, peraltro, valere al fine di legittimare la modifica, nel contenuto sostanziale, della norma statale che era idonea a tutelare, con la previsione del parere menzionato, le esigenze dell'interesse ultraregionale alla salvaguardia dei trasporti statali, e si prestava ad essere compatibile con la possibilità, peraltro costituzionalmente garantita ad ogni Regione, di adottare una disciplina procedurale autonoma. La Regione Campania interveniva in giudizio a sostegno della pacifica competenza regionale in materia, stante l'intervento della l. n. 151/1981, che era ritenuta idonea ad abrogare ogni disposizione statale di riferimento preesistente (tra cui l'art. 46 d.P.R. n. 771/1955), e che, ribadendo l'esclusione del trasferimento dei soli trasporti di competenza statale, più non menzionava l'ipotesi dell'assenso ministeriale per il caso di specie. Contrariamente, si nota nelle osservazioni del ricorrente poi costituitosi innanzi alla Corte, si poteva ritenere che il previsto mantenimento in vigore della disciplina statale (legge 28 settembre 1939, n. 1822, come modificata dal d.P.R. 28 giugno 1955, n. 771) fino all'entrata in vigore delle singole leggi regionali, operato attraverso il richiamo posto all'art. 4 c. 4 della l. 151/1981, non potesse sul piano logico rappresentare clausola idonea ad evitare l'abrogazione della l. 40/1975, essendo tale ultimo contributo normativo cronologicamente precedente alla novella del 1981. Tale rilievo legittimava un'istanza di inammissibilità della questione sul presupposto della irrilevanza derivante dalla intervenuta abrogazione della norma impugnata.

La Corte, decidendo nel merito per l'accoglimento della questione, affrontava preliminarmente il rigetto della adombrata eccezione di inammissibilità. In tal senso, è possibile riscontrare un nuovo riferimento alla valutazione della modalità "non implausibile" con la quale il giudice *a quo* è sembrato ricostruire i fondamenti della rilevanza della questione, nonché un richiamo alla più recente giurisprudenza costituzionale (sent. n.153/1995) nella quale la Corte ritiene aver chiarito che "nel dubbio circa l'avvenuta abrogazione di una legge regionale ad opera di una legge quadro statale sopravvenuta, ragioni di certezza del diritto inducono ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che risulti in contrasto con i parametri invocati", quasi a voler ammettere l'esperibilità di una motivazione per cautela dei presupposti della rilevanza.

Sulla base delle sentenze esaminate ed in relazione alle modalità di giudizio riscontrate, è dunque possibile evidenziare il condizionamento che alcuni specifici elementi processuali inerenti alla materia del giudizio di legittimità, quale è massimamente la linearità e la coerenza della motivazione sul carattere della rilevanza affidata al giudice *a quo*, restino influenzati dalle caratteristiche della materia particolare trattata, nel caso di specie il reciproco condizionamento degli ambiti di competenza legislativa di titolarità statale e regionale.

3. Le innovazioni del quadro costituzionale di riferimento: la riforma del Titolo V.

Si è sopra accennato ad alcuni dei più caratteristici elementi di un contenzioso, quello tra Regioni e Stato, che ha visto detti soggetti istituzionali impegnati nella ricerca di un soddisfacente equilibrio di unità ed autonomie, sulla base di direttrici di confronto fortemente caratterizzate rispetto ad un quadro istituzionale di riferimento costituzionalmente posto. È quindi opportuno accennare ai tratti salienti della riforma costituzionale operata tra il 1999 ed il 2001, al fine di poter meglio comprendere quali saranno gli attuali e futuri presupposti di un dialogo a distanza che, come visto, trova le proprie radici nei fondamenti culturali, giuridici e sociali dell'ordinamento repubblicano italiano.

In questo contesto, si può immediatamente osservare che la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione viene ad incidere sia sul profilo del modo sia su quello del contenuto rispetto ai termini del contenzioso tra Stato e Regioni. Quanto al profilo del modo, infatti, dato

di immediato rilievo è la riformulazione dell'art 127 della Costituzione²⁰. In relazione a questo punto, si può qui evidenziare che, come già sopra accennato, la Carta disciplina ora in modo parallelo sia il ricorso dello Stato sia quello della Regione, in un quadro sistematico nel quale l'abolizione della previsione del visto del Commissario del Governo rappresenta una innovazione dal peso, anche politico, non irrilevante. Da un punto di vista terminologico, la nuova formulazione, eliminando il riferimento "agli interessi nazionali o di altre Regioni" quanto alla individuazione dei vizi censurabili dallo Stato, mantiene invece la differenziazione, non solo concettuale, tra 'eccesso' rispetto alla competenza (comma primo) e 'invasione' della competenza (comma secondo). Ciò lascia intuire che la parità sia più tendenziale che non sostanziale, lasciando campo libero ad eventuali prese di posizione chiarificatrici da parte della Corte costituzionale.

Accanto a questa decisiva innovazione formale dal punto di vista procedurale, si prospettano però ora ulteriori considerevoli novità a proposito del contenuto del contenzioso tra Stato e Regioni.

In particolare, la nuova formulazione dell'art. 123 Cost.²¹, prevedendo l'adozione di Statuti regionali che rispettino il requisito della "armonia con la Costituzione", e non più, espressamente, con le leggi dello Stato, affida alle Regioni la determinazione della propria forma di governo e di elementi essenziali del proprio assetto organizzativo e di funzionamento, anche in considerazione della nuova formulazione dell'art. 122 Cost.²² Rimane da appurare quale sia il punto di equilibrio del delicato coordinamento tra ambito statale ed ambito regionale attraverso il raffinato, ma potenzialmente debole, parametro della armonia. Ma l'ambito di probabile ambiguità non si arresta al primo comma dell'art. 123 Cost. innovato, coinvolgendo anche il secondo e terzo comma.

È possibile infatti rilevare che viene introdotta una duplice forma di controllo sulla adozione dello Statuto regionale, l'una da parte della Cor-

²⁰ Sulla base del testo modificato introdotto dall'art. 8 della l. cost. n. 3/2001.

²¹ Ad oggi risultante dal combinato disposto dell'art. 3, l. cost. 1/1999 e dell'art. 7, l. cost. n. 3/2001.

²² Il quale, nella formulazione derivata dall'applicazione dell'art. 2, l. cost. 1/1999, prevede (al primo comma) una disciplina regionale coordinata dal limite dei principi fondamentali statali del sistema di elezione del Presidente e degli altri componenti della Giunta e del Consiglio, posta la modalità (comma quarto) della elezione diretta del Presidente della Giunta, ad eccezione dei casi in cui sia lo Statuto regionale a disporre diversamente.

te costituzionale sullo spunto della attivazione del ricorso governativo, e l'altra da parte del corpo elettorale attraverso il ricorso alla consultazione referendaria. La incertezza risiede essenzialmente nella utilizzazione, comune ai due commi, del riferimento ad una 'pubblicazione' dello Statuto regionale, sia come termine *a quo* utile al computo dei trenta giorni entro i quali è garantita al Governo la possibilità di inoltrare un ricorso alla Corte costituzionale, sia per il calcolo dei tre mesi a disposizione di un cinquantesimo degli elettori della Regione o di un quinto dei membri del Consiglio regionale per la richiesta del *referendum*²³. È ragionevolmente plausibile osservare che possa essere la Corte costituzionale, sul punto, a fornire le eventuali indicazioni processuali necessarie, in considerazione del fatto che esisterebbe una sostanziale alternativa tra la possibilità di disporre la sospensione del procedimento referendario fino al momento della definizione del giudizio di costituzionalità, o piuttosto, viceversa, di sospendere il giudizio di costituzionalità dal momento in cui dovesse essere materialmente indetto il *referendum*: è evidente, però, anche da questa prospettiva, la farraginosità di un meccanismo di controllo introdotto con una formulazione infelice che, in mancanza di integrazioni legislative, offre il fianco a significative opportunità di contrasto.

Il quadro dei possibili ambiti di confronto innovati dalla riforma del Titolo V si completa però con il meccanismo di coordinamento comple-

²³ Come osserva D'AMICO (*Il giudizio in via principale: con riferimento all'impugnazione degli statuti regionali*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002, pag. 40 e ss.) la pubblicazione da cui decorre il termine per il *referendum* è quella notiziale, poiché la promulgazione e la conseguente successiva pubblicazione possono avere luogo, qualora sia stata legittimamente proposta la richiesta referendaria, dopo che lo Statuto sottoposto alla consultazione sia stato approvato dalla maggioranza dei voti validi. Il dubbio interpretativo viene dunque a concernere la natura della pubblicazione dalla quale iniziano a decorrere i trenta giorni a disposizione per il ricorso governativo, cioè se si tratti di quella notiziale, così che da assistere ad una attivazione parallela dei due meccanismi di controllo, o quella che segue la promulgazione. Si è sostenuto infatti che il controllo da parte della Corte costituzionale debba precedere l'entrata in vigore dello Statuto, TOSI, *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, in *Le Regioni*, 3-4, 2000, come pure DE SIERVO, *I nuovi statuti delle regioni ad autonomia ordinaria dopo la modifica dell'art. 123 (e la l. cost. 2/2001)*, in *Id.*, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, 2001. Contrariamente, però, argomenta RUGGERI, *Nota minima in tema di statuti regionali (con particolare riguardo al piano dei controlli governativi), alla luce della riforma costituzionale del '99*, in FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle Regioni? Problemi di interpretazione della Legge costituzionale 22 novembre 1999, n.1*, Milano, 2001.

tamente nuovo ideato ed applicato in relazione al sistema delle fonti, a cominciare, in primo luogo, dalla inversione della clausola di riparto contenuta nell'art. 117 della Costituzione. Si tratta di una innovazione che, intervenendo in un sistema nel quale la definizione delle potestà procedeva parallelamente al coordinamento dei limiti di competenza, implica una completa rivisitazione del sistema, anche in considerazione della ridefinizione del sistema di governo della autonomia finanziaria (art. 119 Cost.), della disciplina dei poteri sostitutivi (art. 120 Cost.), e la introduzione di un principio di sussidiarietà non solo inteso in senso verticale (art. 118 Cost, primo comma), ma anche orizzontale (art. 118 Cost., quarto comma). Evidente, in questa impostazione, la direzione verso un esercizio di funzione legislativa a livello regionale che sia parificata, anche concettualmente, alla attività legislativa di livello statale. Tanto è vero che si assiste ad una statuizione parificata dei limiti all'esercizio della potestà, tramite il disposto del primo comma dell'art. 117 Cost. che ha indicato espressamente il rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali quale criterio per il riconoscimento della legittimità della competenza in materia legislativa. Discende, da questo riferimento alla portata innovativa della riforma, l'immediata osservazione volta a giustificare la delicatezza del passaggio, nella prospettiva del giudizio della Corte, dall'uno all'altro sistema di riferimento. Il rinvio a nuovo ruolo delle questioni pendenti in materia di diritto regionale per l'approfondimento dello *ius superveniens*, ovvero, dove possibile (è il caso della ord. 416/2001), la restituzione al giudice *a quo* per la verifica della sussistenza della questione rispetto al parametro modificato, sono state soluzioni cui la Corte è tempestivamente ricorsa onde fare chiarezza su uno scenario operativo, quello del coordinamento logico e funzionale del rinnovato sistema delle fonti, che ha subito un rinnovamento tempestivo quanto impetuoso. Al di là della portata letterale delle disposizioni rinnovate, infatti, si pongono parallelamente questioni di non secondaria importanza, quale quella del ruolo del limite sempre definito come relativo all'interesse nazionale, materialmente scomparso nella disposizione testuale della riforma. Posto che tale elemento si pone come cardine di coordinamento logico presente in tutti i sistemi articolati su un decentramento di autonomie territoriali, e soprattutto considerato che esso è stato – come in precedenza osservato – concepito in relazione alla portata dell'art. 5 della Cost. (non toccato dalla riforma) e trova peraltro oggi implicita applicazione attraverso il meccanismo di chiusura del sistema individuato dall'art. 120 Cost. per il tramite dell'in-

tervento sostitutivo, è improbabile sancirne la scomparsa sostanziale, ed anzi è ragionevole valutarne la nuova portata, alla luce della prospettiva asimmetrica che tende a differenziare il possibile contrapposto interesse di altre Regioni (nell'ottica dell'art. 116, terzo comma, Cost.), e nell'ottica del riformato art. 114 Cost., il quale lascia intendere che un interesse nazionale difficilmente potrebbe coincidere con un mero interesse dello Stato, dovendosi intersecare con un complesso impianto competitivo e collaborativo nel quale Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato concorrono alla funzionalità dell'ordinamento repubblicano.

4. La gestione della fase transitoria da parte della Corte costituzionale.

Come si è già sopra accennato, la Corte costituzionale ha mantenuto, nella fase di transizione collegata alla attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione, un atteggiamento tendenzialmente prudentiale, volto al rinvio a nuovo ruolo delle questioni pendenti in materia concernente l'autonomia regionale. Significative, però, sono le decisioni che la Corte ha assunto al fine di risolvere il contenzioso pendente in materia sottoposta alla giurisdizione di legittimità attivata in via incidentale²⁴. In questi casi, la Corte, ricollegandosi alla disciplina progressivamente elaborata in materia di *ius superveniens*, ha ritenuto di restituire al giudice *a quo* gli atti di causa, al fine di consentire una nuova valutazione sulla non manifesta infondatezza e, soprattutto, sulla rilevanza della questione, alla luce della possibile variazione del parametro di legittimità costituzionale²⁵. Nel diverso caso (sentenza n. 17 del 2002 ed ord. n. 65 del 2002)

²⁴ Si tratta delle ordinanze 382, 397, 416 del 2001; nonché delle ordinanze nn. 9, 26, 72, 73, 76 e 96 del 2002.

²⁵ Sul punto, osserva PETTINARI, *Brevi note sulla restituzione degli atti al giudice a quo per sopravvenuta modifica del parametro*, in *Giur. cost.*, 2002, pag. 1161, che il caso in esame offre nuovi spunti per la considerazione della portata dell'art. 22 delle N.I., in relazione alla impermeabilità del giudizio di legittimità costituzionale rispetto alle vicende inerenti il giudizio principale, successive alla instaurazione del procedimento (in materia, cfr. SALAZAR, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice a quo e le pronunce di inammissibilità*, in AA.VV., *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*, in *Foro it.*, 1998, V, 146. In particolare, è condivisibile la prospettiva secondo la quale la modifica sopravvenuta di una norma costituzionale potrebbe trascendere la dimensione del singolo giudizio *a quo*, così da ridimensionare l'esigenza della formale indipendenza tra i due giudizi come stabilita dall'art. 22 delle N.I. citato.

della impugnazione di una delibera legislativa regionale prima della sua promulgazione e pubblicazione (e cioè secondo le modalità particolari concesse al ricorso governativo nella prospettiva della risalente formulazione dell'art. 127 Cost.), la Corte ha optato per una sentenza declaratoria di improcedibilità, giustificata dal venir meno dei presupposti normativi di riferimento per l'esperimento del rimedio processuale. A margine, tuttavia, la Corte ha ammesso e garantito la facoltà del Presidente del Consiglio dei Ministri di proporre una impugnativa conforme alla nuova disciplina di cui al 127 Cost.

Si può osservare, nel caso di specie, come in realtà, in questa tipologia, si assista ad uno specifico mutamento della regola processuale, tale da poter essere, sulla base di un approccio logico-giuridico, idonea a salvaguardare la procedura legittimamente condotta sulla base delle regole vigenti al tempo dell'atto: viceversa, è spontaneo rilevare che nel caso del ricorso preventivo, il parametro rispetto al quale valutare la legittimità dell'atto (prodromico) impugnato, risulterebbe essere quello rinnovato.

Resta da determinare quale sia l'opportuno criterio di approccio alla transizione che incida su giudizi inerenti conflitti di attribuzione intersoggettivi. L'ampio margine operativo a disposizione della Corte costituzionale nella individuazione della strategia per la risoluzione del contenzioso²⁶, dovuto certamente alla mancata coordinazione della modifica del Titolo V con l'adozione di una disciplina transitoria, ed i possibili tentativi di razionalizzazione legislativa, rischiano però di scontrarsi con la previsione del Titolo VI della Costituzione²⁷, laddove si assegna alla legge costituzionale il compito di determinare condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, affidando alla legislazione ordinaria solo il compito di individuare le residue norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte.

È peraltro possibile osservare che, per quanto concerne la materia del conflitto di attribuzione, è plausibile la necessità della prosecuzione del

²⁶ Rispetto al quale è opportuno ricordare il tentativo di razionalizzazione operato dal c.d. disegno di legge La Loggia, il quale, per la materia dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, ha previsto l'eventualità della estinzione del processo pendente in mancanza di una specifica attivazione da parte del ricorrente nel senso di una tempestiva richiesta di trattazione quale esplicito riscontro alla comunicazione di pendenza del procedimento effettuata da parte della Cancelleria della Corte.

²⁷ Come osserva MANGIAMELI, *Corte costituzionale e Titolo V: l'impatto della riforma*, in *Giur. cost.*, 2002, pag 458 e ss.

giudizio in applicazione del principio *tempus regit actum*, e cioè riconoscendo l'opportunità di risolvere la questione in materia di violazione di competenza in applicazione della normativa vigente all'epoca dei fatti, e cioè secondo la previgente disciplina costituzionale, per il fatto che la violazione si assume esistita nel quadro di riferimento costituzionale previgente, ed in esso astrattamente denunciata quale illegittima, mentre da essa può ragionevolmente essere scaturito un atto sostanziale destinato, come congruo rispetto alle finalità ed ai modi del conflitto, all'annullamento da parte della Corte, nell'ottica della salvaguardia dell'ordine delle competenze.

Nel distinto ambito della impugnazione di leggi statali da parte delle Regioni, si assiste in realtà ad una situazione suscettibile di una duplice interpretazione logica: da un lato, si potrebbe dare privilegiata attenzione all'interesse della parte che propone il ricorso e, conseguentemente, attende un pronunciamento nel senso dell'annullamento della disposizione sulla base della incompatibilità con il quadro costituzionale vigente al momento della adozione dell'atto e della proposizione del ricorso; dall'altro lato, sarebbe forse condivisibile anche l'approccio logico volto, nell'ottica della salvaguardia della economicità degli strumenti processuali, ad evitare la dichiarazione di illegittimità di una norma legislativa sulla base di un parametro non più vigente.

5. Attualità e prospettive del contenzioso Stato-Regioni.

Allo stato attuale, il panorama della giurisprudenza costituzionale intervenuta in nel quadro del confronto istituzionale tra Stato e Regioni alla luce della riforma del Titolo V offre una casistica ancora limitata²⁸. Significativa, per l'analisi delle dinamiche strettamente processuali inerenti la fase di transizione, è l'ordinanza n. 189 del 2002, con la quale la Corte dichiara l'estinzione di un processo relativo a questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dal Governo, per rinuncia

²⁸ Alcune sentenze (106/2002, 304/2002, 306/2002, e 49/2003) fanno riferimento a questioni inerenti la forma di governo regionale; altre (sentenze nn. 407/2002 e 536/2002, nonché 88/2003) riguardano competenze esclusive statali; la sentenza n. 282 del 2002 interviene in modo particolarmente incisivo sulla definizione degli ambiti di materia concorrente, mentre la sentenza 505/2002 è inerente al principio della libera circolazione di cose.

al ricorso accettata dalla controparte²⁹. Volgendo però l'attenzione agli aspetti sostanziali delle decisioni della Corte, tra le sentenze ricomprese in questo nuovo filone giurisprudenziale della Corte, è opportuno indicare alcuni passaggi particolarmente indicativi per consentire di definire in modo compiuto l'attualità del ragionamento della Corte costituzionale sull'attuale assetto delle autonomie. È, ad esempio, il caso della sentenza n. 106/2002, nella quale la Corte risolve il conflitto di attribuzione inerente alla delibera del Consiglio regionale della Liguria (n. 62, 15 dicembre 2000), in materia di "Istituzione del Parlamento della Liguria", annullando la deliberazione impugnata³⁰. In tale pronuncia, la Corte, esclude che la denominazione di "Parlamento" – per definizione il luogo nel quale si manifesta la rappresentanza politica nazionale ai sensi dell'art. 67 della Costituzione – possa essere estesa ai Consigli regionali, assemblee rappresentative non certo estranee all'ambito della sovranità popolare, ma limitate da un carattere di parzialità non emendabile: quello costituito dall'essere rappresentazione di corpi elettorali regionali ("frazioni autonome parziali", secondo la definizione utilizzata nella sentenza n. 496 del 2000 sul tema della rappresentanza politica nazionale e delle procedure referendarie regionali), non paragonabili al popolo arbitro della unità politica di una Nazione³¹.

Nella sentenza n. 304/2002, invece, la Corte ha occasione di prendere posizione sulla soluzione pragmatica che aveva indotto la Regione Marche ad adottare una cosiddetta "legge statutaria", ovvero approvata secondo il procedimento di cui al comma 2 dell'art. 123 nella nuova formulazione, non per l'obiettivo fisiologico della adozione di un nuovo Statuto, bensì per la pretesa di un superamento pragmatico della sola

²⁹ Nella ordinanza, in *Giur. cost.*, 2002, pag. 1489 e ss., la Corte ha potuto dichiarare estinto il processo in applicazione dell'art. 25 dell'N.I.. Vi è da evidenziare, quindi, un tendenziale scostamento rispetto alla giurisprudenza (richiamata nel testo al par. 4) che tendeva ad applicare *ictu oculi* la radicale soluzione della improcedibilità (alternativa al caso, se possibile, della restituzione al giudice *a quo*) nella ipotesi in cui si vertesse in materia condizionata dalla applicazione della l. cost. 3/2001. In questo caso, come osserva GIANFRANCESCO, *La rinuncia al ricorso nel giudizio in via principale all'indomani della riforma del titolo V. Alcune brevi considerazioni.*, in *Giur. cost.*, 2002, pag. 1495 e ss., la Corte pare dare rilievo preferenziale alla dimensione di dialettica conflittuale insita nello schema del ricorso in via d'azione, cogliendo l'opportunità della estinzione con priorità rispetto all'ipotesi di improcedibilità sostanziale.

³⁰ La sentenza richiamata è reperibile in *Giur. cost.*, 2002, pag. 872.

³¹ La sentenza n. 306/2002 ripropone analoga soluzione a simile vicenda indirizzata all'abuso del *nomen* Parlamento da parte della Regione Marche.

clausola del *simul stabunt, simul cadent* (in riferimento all'art. 126 Cost.), con l'obiettivo di svincolare la dissoluzione del Consiglio nel caso di dimissioni volontarie del Presidente, morte o impedimento. La soluzione che la Corte adotta, nel rispetto della norma dell'art. 5 della legge cost. n.1/99, è quella della salvaguardia del sistema transitorio di riferimento, nell'attesa di una riforma, organica e complessiva, della forma di governo, non suscettibile di commistioni *in itinere*³².

Suggestivo è il percorso logico sviluppato dalla Corte, nella prospettiva di una definizione analitica delle competenze legislative, nel quadro di insieme che unisce la sentenza n. 282 del 2002 e la sentenza n. 407 del 2002. Nella prima pronuncia, infatti, resa nel senso della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge della Regione Marche 13 novembre 2001, n. 26 (*Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichiatria*), la Corte ha chiarito che i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti sull'intero territorio nazionale, e che l'articolo 117 Cost., nella nuova formulazione, individua tra le materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, non costituiscono una "materia" in senso tecnico, ma individuano una competenza trasversale del legislatore nazionale in grado di legittimare un intervento in tutte le materie, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter indicare le norme necessarie per garantire a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni irrinunciabili, come effetto immediato della tutela di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa indebitamente condizionarle o limitarle. Successivamente, nella sentenza n. 407/2002 la Corte, richiamandosi al diretto precedente, ha ritenuto che anche nell'ambito della tutela dell'ambiente non possa parlarsi di una 'materia' in senso stretto, dovendosi fare riferimento ad un 'valore' costituzionalmente protetto, tale, così concepito, da avere effetto come settore di competenza trasversale³³.

³² La sentenza è reperibile in *Giur. cost.*, 2002, pag. 2345 e ss.

³³ Con la pronuncia n. 536/2002, la Corte, al punto 7 delle motivazioni in diritto, riprende e prosegue l'argomentazione, osservando che l'117, secondo comma, lettera s), della Costituzione esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali. La Corte, citando espressamente il precedente della sentenza n. 407/2002, ricorda che la tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una "materia", essendo invece l'ambiente da considerarsi come un "valore" costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle regioni di competenze legi-

Sul tema dei rapporti tra legislazione regionale e limite dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, è interessante richiamare la pronuncia n. 201/2003, concernente la disciplina dettata dalla legge regionale lombarda in tema di incompatibilità dei consiglieri regionali, secondo quanto disposto nell'art. 1, comma 4, della legge della Regione Lombardia 6 marzo 2002, n. 4 (*Norme per l'attuazione della programmazione regionale e per la modifica e l'integrazione di disposizioni legislative*).

La Corte, accogliendo il ricorso governativo e dichiarando la illegittimità della norma impugnata, rileva che la legge regionale, prevedendo l'incompatibilità della carica di consigliere regionale esclusivamente con riguardo alle cariche di sindaco e assessore di Comuni capoluogo di Provincia e di Comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti, ribalta, anziché attuare, la scelta di principio effettuata dalla norma statale di riferimento, che la Corte individua, ai sensi dell'art. 122 Cost., nei principi generali indicati dall'art. 97 Cost., piuttosto che nella disciplina specifica di cui al d.lgs. n. 267/2000, art. 65.

In relazione al tema della individuazione dei settori di competenza, con la sentenza n. 94/2003, la Corte, dichiarando non fondata una questione addotta sul presupposto della invasione della riserva esclusiva statale in tema di tutela dei beni culturali e della pretesa lesione della competenza statale in tema di proprietà pubblica e privata sugli immobili per mezzo di vincoli di destinazione d'uso, in carenza dei principi fondamentali dettati dalla legge statale, (è il caso della Legge della Regione Lazio 6

slative su materie (governo del territorio, tutela della salute, ecc.) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo. Conclude la Corte riconoscendo che, in funzione di quel valore, lo Stato può dettare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali ex art. 117 della Costituzione.

La Corte osserva poi che anche precedentemente alle recenti riforme costituzionali inerenti alla materia del Titolo V, la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore (sentenza n. 356 del 1994), configurandosi l'ambiente come bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che va pertanto salvaguardato nella sua interezza (sentenza n. 67 del 1992).

La natura di valore trasversale, idoneo ad incidere anche su materie di competenza di altri enti nella forma degli *standards* minimi di tutela, già ricavabile dagli artt. 9 e 32 della Costituzione, viene così a riconoscere una conferma, nella prospettiva della Corte, nella previsione contenuta nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, che affida allo Stato il compito di garantire la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

dicembre 2001, n. 31, artt. 1, 2, 3, 4, 6 primo comma, 7 e 9), chiarisce l'importante distinzione concettuale tra tutela (individuazione formale di strumenti di riconoscimento e garanzia, riservata alla competenza statale) e valorizzazione dei beni culturali, anche in relazione al disposto degli artt. 148, 149, 152 del d.lgs. 11 marzo 1998, n. 112, nonché della disciplina di cui al d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490.

Quanto poi alla intervenuta modifica del parametro costituzionale di giudizio, la Corte, nella pronuncia n. 96/2003 (coerentemente con l'immediato precedente della n. 93/2003), dichiarando in parte infondata ed in parte inammissibile la questione proposta sulla base dell'art. 10, comma 5, della legge 23 marzo 2001, n. 93 (norma denunciata dalla Regione Veneto nella parte in cui impone alle Province di istituire degli osservatori provinciali sui rifiuti, senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica), rileva che essendo il ricorso stato proposto anteriormente alla entrata in vigore della l.cost. n. 3/2001, gli artt. 117 e 118 Cost., come già affermato in precedenti quali la sent. n. 422/2002 e la sent. n. 376/2002³⁴, devono essere applicati nella loro originaria formulazione.

L'applicazione del criterio della *armonia* quale parametro risolutivo della verifica del coordinamento ritorna con la sentenza 196/2003, in cui

³⁴ Con la pronuncia n. 376/2002, che interviene a seguito della riunione di distinte giudizi proposti in via principale, la Corte, richiamando espressamente il precedente della sentenza n. 408/1998 in materia di ammissibilità di regolamenti statali 'cedevoli' in materia (nel caso di specie, procedimentale) riservata alla competenza regionale, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1, 2, 3 e 4, lettera a della legge 24 novembre 2000, n. 340 (*Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999*); dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4, lettera a, della predetta legge n. 340 del 2000, sollevata, in riferimento agli articoli 117, primo comma, e 118, primo comma, della Costituzione, nonchè ai principi costituzionali relativi all'esercizio del potere regolamentare, dalla 2001); ed infine dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della predetta legge n. 340 del 2000.

Nella progressione della elaborazione delle motivazioni in diritto, la Corte ha l'opportunità di osservare (al punto 8 delle motivazioni) che la questione esaminata deve essere valutata alla luce delle norme costituzionali, invocate dalla ricorrente, come risultanti dal testo anteriore alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione recata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. L'eventuale incidenza delle nuove norme costituzionali, in termini di modifiche delle competenze rispettive di Stato e regione, sarebbe infatti suscettibile di tradursi solo in nuove e diverse possibilità di intervento legislativo della regione o dello Stato, senza che però venga meno, in forza del principio di continuità, l'efficacia della normativa preesistente conforme al quadro costituzionale in vigore all'epoca della sua emanazione (con espresso richiamo alla sentenza n. 13 del 1974).

la Corte, riuniti i pendenti giudizi, prende posizione sulla materia della forma di governo regionale e della sua regolamentazione su base statutaria, giudicando due ricorsi governativi inerenti rispettivamente la legge della Regione Calabria 15 marzo 2002, n. 14 (*Disposizioni sulla prorogatio degli organi regionali*) e la legge della Regione Abruzzo 19 marzo 2002, n. 1 (*Disposizioni sulla durata degli Organi e sull'indizione delle elezioni regionali*). Nelle motivazioni in diritto (punto 13) la Corte osserva che con l'intervento della legge cost. n. 1/1999 la disciplina della organizzazione di governo delle Regioni è stata modificata nel senso di attribuire ai nuovi Statuti, approvati con legge regionale, la facoltà di determinare, in *armonia* con la Costituzione, la forma di governo delle Regioni ed i principi fondamentali della loro organizzazione e del loro funzionamento (art. 123, comma 1, Cost.).

Occorre considerare che la legge regionale della Calabria trattava il caso dello scioglimento del Consiglio regionale, disponendo che non soltanto la Giunta regionale ed il suo Presidente, ma anche il Consiglio regionale, continuassero ad esercitare le loro funzioni fino all'insediamento del nuovo Presidente della Regione e del nuovo Consiglio regionale, recando quindi una disciplina integrativa dell'art. 126 Cost. Per quanto concerne la legge regionale della Calabria, essa ha innovato, in parte, l'attribuzione al Presidente della Giunta regionale della competenza ad emanare atti del procedimento elettorale, che la legge statale collocava in capo al Commissario del Governo; in parte, ha posto la disciplina della durata in carica del Consiglio ed i termini per la nuova elezione e gli adempimenti successivi; in parte, infine, ha regolato l'esercizio delle funzioni degli organi regionali dopo la scadenza o lo scioglimento, stabilendo, in determinate ipotesi, il principio della *prorogatio*. La Corte rileva peraltro che con la riforma introdotta dalla l. cost. 1/1999 risulta attribuita alla legge elettorale una competenza a disciplinare il rispettivo sistema di elezione del Presidente regionale, della Giunta e del Consiglio, con l'osservanza dei limiti posti dai principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che determina anche la durata degli organi elettivi (art. 122, comma 1 e 5, Cost.). A seguito della riforma, le leggi statali in materia conservano la propria efficacia in ragione del principio di continuità, fino a quando non siano superate dalle leggi regionali (sentenza n. 14/1973, ordinanza n. 269/1974, sentenza n. 376/2002³⁵, ordinanza n. 383/2002. La Corte conclude osservando che la legge regionale resta pri-

³⁵ Per la quale si rimanda al richiamo di cui alla nota n. 34.

va di competenza in materia di disciplina dell'esercizio dei poteri degli organi regionali dopo la loro scadenza o scioglimento o rimozione, o dopo l'annullamento della elezione, almeno fino a quando lo statuto, o rispettivamente la legge statale, abbiano fissato principi e regole fondamentali: da ciò discende la declaratoria di illegittimità costituzionale per tutte le disposizioni impugnate inerenti la *prorogatio* degli organi elettivi regionali.

Con la sentenza n. 88/2003, la Corte³⁶ ha dichiarato che non spetta allo Stato determinare ulteriori limiti organizzativi e funzionali in materia di servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali, con forme e modalità non riconducibili alla speciale procedura di determinazione dei livelli essenziali di assistenza nel settore sanitario legislativamente stabilita, e di conseguenza annulla il decreto ministeriale 14 giugno 2002, recante "*Disposizioni di principio sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali – Ser.T., di cui al decreto ministeriale 30 novembre 1990, n. 444*". La motivazione elaborata dalla Corte³⁷ tende ad accogliere le censure volte ad evidenziare il realizzarsi di una compressione della sfera di autonomia degli enti ricorrenti ad opera di un decreto ministeriale fondato su una previsione regolamentare contenuta in una disposizione legislativa suscettibile di essere considerata inutilizzabile dopo la riforma del Titolo V, escluso che si possa ritenere inerente la competenza statale relativa alla determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" riconosciuta dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma secondo, lettera m), della Costituzione.

³⁶ La Corte decide con la sentenza in esame due distinti conflitti di attribuzione, previa riunione dei giudizi, sollevati dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dalla Regione Emilia Romagna, nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri in relazione agli artt. 1 e 2 del decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, del 14 giugno 2002 (*Disposizioni di principio sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali – Ser.T., di cui al decreto ministeriale 30 novembre 1990, n. 444*).

³⁷ "Il contenuto del decreto ministeriale adottato comprime indubbiamente la sfera di autonoma organizzazione delle Regioni e delle Province autonome in relazione ai servizi preposti alle tossicodipendenze e pone l'obbligo di erogare livelli assistenziali diversi ed ulteriori rispetto a quanto determinato in materia dal d.P.C.m. 29 novembre 2001 (*Definizione dei livelli essenziali di assistenza*), adottato sulla base dell'art. 6 del decreto legge 18 settembre 2001, n. 347 (*Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria*), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405", come si legge al punto 2) delle motivazioni in diritto.

Con la sentenza n. 49/2003, la Corte costituzionale, affrontando, in relazione alla materia della legge elettorale regionale valdostana (legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3), il tema della introduzione della garanzia della pari opportunità di accesso nella regolamentazione della previsione elettorale, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 2, comma 1, e 7, comma 1, della legge regionale della Valle d'Aosta 13 novembre 2002, n. 21, sollevata, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione, dal Governo.

In particolare, il nuovo art. 3-bis della legge sull'elezione del Consiglio, inserito dall'art. 2 della legge impugnata, stabilisce, al comma 2, che le liste elettorali devono comprendere "candidati di entrambi i sessi"; a sua volta il nuovo art. 9, comma 1, lettera a della legge elettorale, sostituito dall'art. 7, comma 1, della legge impugnata, prevede che vengano dichiarate non valide dall'ufficio elettorale regionale le liste presentate che non corrispondano alle condizioni stabilite, tra le quali rientra quella di garantire la presenza di candidati di entrambi i sessi³⁸.

Affrontando il tema della circolazione dei materiali e della tutela ambientale, con la sentenza n. 505/2002 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, commi 3 e 4, della legge della Regione Veneto 21 gennaio 2000, n. 3 (*Nuove norme in materia di gestione dei rifiuti*), nella parte in cui dispone che i rifiuti speciali di provenienza extraregionale possano essere conferiti in discariche ubicate nel Veneto e già in servizio all'entrata in vigore della legge regionale, solo entro il limite del quindici per cento della loro capacità ricettiva residua a quella data esistente³⁹.

³⁸ La Corte costituzionale (al punto 4) delle motivazioni in diritto) osserva che la legge costituzionale n. 2 del 2001, integrando gli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, ha espressamente attribuito alle leggi elettorali delle Regioni il compito di promuovere "condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali", e ciò proprio "al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi" (art. 15, secondo comma, secondo periodo, statuto Valle d'Aosta; e nello stesso senso, anche testualmente, art. 3, primo comma, secondo periodo, statuto speciale per la Sicilia, modificato dall'art. 1 della legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 15, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per la Sardegna, modificato dall'art. 3 legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 47, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol, modificato dall'art. 4 della legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 12, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per il Friuli-Venezia Giulia, modificato dall'art. 5 della legge costituzionale n. 2 del 2001).

³⁹ Incidentalmente, nel procedimento in esame la Corte ha occasione (con la ordinanza pronunciata nella udienza dell'8 ottobre 2002, allegata alla sentenza in esame) di

L'impugnata legge regionale poneva allo smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale un divieto non assoluto, ma relativo, commisurato cioè ad una percentuale della capacità ricettiva delle discariche, peraltro calcolata secondo criteri differenti qualora si trattasse di discariche nuove piuttosto che già esistenti. Questa caratteristica, però, ad opinione della Corte, non giustifica una valutazione diversa da quella operata nelle precedenti sentenze, inerenti a norme di confrontabile portata, che imponevano tuttavia un divieto assoluto⁴⁰.

Per quanto riguarda la competenza legislativa di Regioni a Statuto speciale e l'esistenza di *standards* di tutela da garantire sull'intera estensione del territorio nazionale, con la sentenza n. 536/2002⁴¹, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna 7 febbraio 2002, n. 5, recante "*Modifica dell'art. 49 della legge regionale 29 luglio 1998, n. 23 – Norme per la protezione della fauna selvatica e per l'esercizio della caccia in Sardegna -, concernente il periodo di caccia*".

La Corte rileva che La legge della Regione Sardegna, privilegiando un

affermare in modo rigoroso il principio in base al quale, nell'ambito dei procedimenti scaturiti da ricorsi attivati in via incidentale, l'intervento spiegato da chi non è stato parte del giudizio *a quo* è inammissibile, a nulla rilevando l'eventuale partecipazione ad altri giudizi di identico o analogo oggetto nei quali la questione non sia stata rimessa alla Corte costituzionale. Sul punto, si confrontino i precedenti delle sentenze nn. 90/1992, 395/1992, 226/1993, 323/1993.

⁴⁰ Come osserva la Corte (punto 3 delle motivazioni in diritto), in tema di limiti imposti dalla legislazione regionale allo smaltimento dei rifiuti di provenienza, è già stato in passato precisato che il principio dell'autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti in ambiti territoriali ottimali vale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lettera a) del decreto legislativo n. 22 del 1997, per i soli rifiuti urbani non pericolosi (ai quali fa riferimento l'articolo 7, commi 1 e 4, dello stesso d.lgs.) e non anche per altri tipi di rifiuti, per i quali vige invece il diverso criterio della vicinanza di impianti di smaltimento appropriati, per ridurre il movimento dei rifiuti stessi, correlato a quello della necessità di impianti specializzati per il loro smaltimento, ai sensi della lettera b) del medesimo comma 3: a siffatto criterio sono stati ritenuti soggetti i rifiuti speciali (definiti dall'articolo 7, commi 3 e 4), sia pericolosi (sentenza n. 281 del 2000) che non pericolosi (sentenza n. 335 del 2001).

Prosegue la Corte osservando che sulla base di questi rilievi, una legge della Regione Friuli-Venezia Giulia che vietava lo smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale è stata, nella parte relativa a rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi, ritenuta dalla citata sentenza n. 335 del 2001 in contrasto con l'art. 120 della Costituzione, sotto il profilo dell'introduzione di ostacoli alla libera circolazione di cose tra le regioni (considerando la Corte di giustizia delle Comunità europee ha qualificato i rifiuti come "prodotti"), oltre che con i principi fondamentali delle norme di riforma economico-sociale introdotte dal decreto legislativo n. 22 del 1997.

⁴¹ In merito alla quale si veda anche il richiamo alla precedente nota n. 33.

preteso “diritto di caccia” rispetto all’interesse della conservazione del patrimonio faunistico che è stato più volte riconosciuto come prevalente (sentenze n. 1002 del 1988; n. 35 del 1995; n. 169 del 1999), non rispetta lo standard di uniforme tutela sul territorio nazionale (di cui all’art. 18 della legge 11 febbraio 1992, n. 157 – *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio* –, che determina i periodi di caccia vietando l’attività venatoria oltre il termine del 31 gennaio) e lede, pertanto, i limiti stabiliti dallo Statuto della Regione Sardegna (art. 3, primo comma, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3).

Alla luce delle significative pronunce sopra richiamate, si può affermare il chiaro permanere del ruolo della Corte costituzionale quale arbitro qualificato della dialettica che unisce, e al tempo contrappone, l’aspirazione regionale alla garanzia delle autonomie e la tensione statale al mantenimento ed alla garanzia delle prerogative vincolate ai generali interessi nazionali. Nello specifico, come visto, la Corte è impegnata sia nel definire il quadro della operatività delle nuove dimensioni delle facoltà normative regionali, il cui radicamento è stato predisposto dalla recente riforma costituzionale del Titolo V, alla luce dei principi fondamentali di riferimento ed alla corretta individuazione dei settori di materie di competenza, sia nel contribuire alla più coerente elaborazione dei contenuti sostanziali dei nuovi Statuti regionali, con particolare riferimento alle problematiche connesse alla forma di governo.

Non deve però essere trascurata una prospettiva che caratterizza fortemente il senso delle osservazioni sopra proposte, e cioè il fatto che la mancanza di una idonea normativa di coordinamento che possa efficacemente governare il passaggio di ampi settori di materie alla competenza regionale (spesso da verificare direttamente sul campo applicativo) e regolare l’ampliamento delle autonomie con adeguato parallelismo di compiti e risorse, si unisce, allo stato attuale, alla mancanza di una efficace struttura di coordinamento e confronto tra gli enti preposti. L’utilità e l’impegno della soluzione pragmatica che la Corte costituzionale persegue attraverso il contributo delle proprie pronunce, non deve dunque far perdere di vista quello che dovrebbe essere inseguito quale obiettivo primario nella gestione della conflittualità – in sé politica, ancorché giuridica – tra centralismo e garanzia delle autonomie. In questo senso, l’intervento di una razionalizzazione del sistema delle conferenze intergovernative, ovvero la realizzazione di una effettiva rappresentatività della dimensione regionale nella sede parlamentare, debbono necessariamente restare al centro del perdurante dibattito sulle riforme, rispetto al quale le pronunce della Corte valgono ad evidenziare le problematiche correnti da porre

al centro dell'attenzione (con particolare riferimento alla definizione delle competenze), ma non possono assorbire né sostituire la volontà politica, necessariamente consapevole delle esigenze dei contendenti ed auspicabilmente non meramente compromissoria, necessaria ad effettuare scelte di campo che si possano affermare come durevolmente sostenibili, e la cui urgenza pare, allo stato dei fatti, non ulteriormente differibile.

