

ANNO LXXXI - 2014

NUOVA SERIE A - N. 65,2-3

# 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, *Le sfide poste dall'applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli e dagli opposti nazionalismi in ambito internazionale*, 197

LAURA DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, 227

LANFRANCO FERRONI, *Diritto civile, legalità costituzionale e comunitaria, superamento della tecnica della sussunzione ed evoluzioni giurisprudenziali in materia di causa del contratto*, 267

LUIGI MARI, *Le droit international privé dans l'espace européen dénationalisé*, 293

VITTORIO PARLATO, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, 303

GIANPIERO SAMORÌ, *Nomina degli organi sociali di banche popolari tra principio di collegialità e c.d. centri di voto: la esasperata protezione della autoreferenzialità in un sistema bancocentrico*, 323

FRANCESCO SEBASTIANELLI, *Liti giudiziarie e conciliazioni medievali nelle carte di Fonte Avellana*, 363

**Direttore responsabile:** Vilberto Stocchi

**Comitato scientifico:** Laura di Bona, Marco Cangiotti, Gabriele Fattori, Lanfranco Ferroni, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Lucio Monaco, Vittorio Parlato, Paolo Pascucci

**Redazione:** Victor Crescenzi, Anna Maria Giomaro

**Direzione e redazione:** Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

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 LXXXI - 2014

NUOVA SERIE A - N. 65,2-3

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



ANNA MARIA DEL VECCHIO

*LE SFIDE POSTE DALL'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI  
AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI E DAGLI OPPOSTI  
NAZIONALISMI IN AMBITO INTERNAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. La fine degli Imperi. – 2. Gli Imperi territoriali e gli Imperi coloniali. I c.d. Imperi ideologici. – 3. La legittimazione – interna ed esterna – del potere di imperio. A) Il nazionalismo esasperato in quanto causa di eventi modificativi del quadro statale territoriale. B) Il travaglio, con le relative conseguenze, del contesto sociale europeo. L'esperienza politica dell'URSS. – 4. L'URSS, in quanto fonte di speranze e di disillusioni. A) Il coinvolgimento dell'Unione Sovietica nel Secondo Conflitto mondiale. B) I due grandi cicli della politica europea. Il modello europeo. – 5. Il percorso della “sovranità condivisa”. A) Il ruolo della Gran Bretagna. B) La “memoria storica”. La politica della memoria. Il ruolo della cultura. – 6. L'area del Caucaso, quale zona di sfide e di contese. – 7. La cooperazione organizzata nel contesto asiatico. – 8. Il confronto tra Oriente e Occidente. Il Medio Oriente. La “questione palestinese”. – 9. La questione petrolifera. A) Gli approvvigionamenti energetici. B) La questione del nucleare. L'ipocrisia nucleare. – 10. Il concetto di autodeterminazione dei popoli. A) L'autodeterminazione esterna ed interna. Il problema delle minoranze. B) I contenuti e le motivazioni del principio di autodeterminazione. C) Il rapporto Stato-popolo. Il problema degli equilibri strategici dello Stato. – 11. L'area dei Balcani. A) La definizione dell'area dei Balcani. B) La nascente Jugoslavia derivante dal Regno di Serbia. L'antagonismo serbo-croato. – 12. La Jugoslavia di Tito. A) Il regime di Tito. B) Le prospettive future dopo il crollo della ex-Jugoslavia.

**1.**

L'aspirazione ad un governo mondiale, tale da dare risposte coerenti e condivisibili ai problemi ed alle sfide posti dal mondo contemporaneo in continua trasformazione, viene evidenziata da più parti e a vari livelli. Tale aspirazione è perseguita soprattutto nel mondo Occidentale, che tende a prevalere nell'affermazione dei principi di democrazia internazionale, elaborati nel quadro dell'Occidente più progredito. L'attuazione concreta di questa tendenza è però ostacolata e condizionata da tendenze e ideologie che si pongono in antitesi ed in contraddizione rispetto al “modello occidentale”, nonché da certi nazionalismi risorgenti, dalle mafie, dall'estremismo religioso, dai conflitti interetnici, e da certi localismi poco inclini ad aprirsi ad istanze internazionali.

A partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, che fu siglato dalla creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (oggi in crisi di crescita

e di funzionalità), la proliferazione degli Stati di nuova indipendenza, derivanti dalla decolonizzazione di territori prima sottoposti alla dominazione coloniale, nonché dallo smembramento di vaste entità territoriali prima sottoposte ad un governo estremamente accentrato, è divenuta un dato costante negli sviluppi della politica e della vita di relazione internazionale<sup>1</sup>.

Il XX secolo ha sancito la fine degli Imperi che avevano dato un'impronta fondamentale ai secoli precedenti. La decadenza prima, e poi il crollo delle compagini accentrate con gestione autocratica ed "imperiale", di valenza storica, hanno caratterizzato gran parte del secolo ventesimo.

In seguito alla Prima Guerra mondiale si ebbe l'estinzione di Imperi monarchici storici, quali l'Impero zarista russo, l'Impero austro-ungarico e quello germanico, ed infine l'Impero ottomano.

Successivamente alla Seconda Guerra mondiale si è avuta la sparizione (graduale e progressiva), sostenuta dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, degli Imperi coloniali storici delle Potenze europee in conseguenza dell'affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli proclamato nella Carta dell'ONU e riaffermato con la Dichiarazione dell'Assemblea Generale dell'ONU del 1960 sul conferimento dell'indipendenza ai Paesi e ai popoli coloniali.

In realtà, considerando l'evoluzione delle ideologie politiche, giuridiche ed economiche, il concetto stesso di "Impero" appare incompatibile con certi principi esistenti nella società internazionale contemporanea, quale il principio di sovranità e dell'eguaglianza giuridica degli Stati, in primo luogo. Tale principio si pone infatti in antitesi rispetto al concetto di dominazione e di subordinazione proprio della "potestà imperiale" nel quadro della "dimensione imperiale"<sup>2</sup>.

La "dimensione imperiale" viene comunque evocata ancor oggi, a proposito di certi ambiti territoriali governati in precedenza da istituzioni con connotazione "imperiale ed accentrata", in quanto possa venire considerata un ambito di contenimento di abusi e di eccessi derivanti dall'applicazione

---

<sup>1</sup> Per una esposizione, per quanto sintetica, dei fenomeni di cui sopra vedi S. SUR, *Un monde en miette. Les relations internationales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, La documentation Française, Paris, 2010.

<sup>2</sup> Sul concetto di Impero, nelle sue varie forme, vedi P. GROSSER, *Les empires et l'histoire: entre condamnation et réhabilitation*, in *Les Empires, Questions internationales*, La documentation Française, n. 26, 2007, p. 15 e ss., e per quanto concerne la considerazione della connessione, peraltro talora ambigua e apparente, tra "Impero" e modernità, p. 21 ss.

del principio di autodeterminazione dei popoli. Gli Imperi, in effetti, hanno costituito spesso la “matrice della civilizzazione” di popoli, segnando una evoluzione tra barbarie e civiltà, in contesti territoriali in condizioni di degrado e di sotto-sviluppo, non ancora dotati di una sufficiente capacità e coscienza di autogoverno.

## 2.

Va comunque rilevato che gli Imperi scomparsi, sia in epoca precedente che in epoca successiva, hanno lasciato tracce importanti tanto nell'architettura urbana (come l'Impero russo zarista di Pietro il Grande, il quale fu il fondatore e l'artefice di S. Pietroburgo), che nel settore culturale. Ciò vale anche per gli Imperi coloniali, come l'Impero britannico e la dominazione coloniale francese, e in epoca più lontana, quello Spagnolo e Portoghese, nei cui ambiti sono state veicolate le lingue della Potenza colonizzatrice, che ha così lasciato un'impronta indelebile, anche per quanto concerne gli scambi internazionali.

Se si risale agli antecedenti storici del fenomeno della dominazione imperiale, emergono varie forme di Impero; si distinguono gli Imperi territoriali e gli Imperi coloniali.

Gli Imperi territoriali hanno riunito popoli diversi per cultura e per tradizione storica; l'aggregazione è stata facilitata dalla prossimità territoriale, che rende possibile anche una gestione unitaria e accentrata del potere. Così l'Impero ottomano, l'Impero russo zarista e l'Impero austro-ungarico, in cui il potere è stato esercitato in ampi spazi territoriali. Gli Imperi coloniali erano invece caratterizzati dalla dispersione territoriale e dalla eterogeneità delle popolazioni, spesso in condizioni di sottosviluppo. La Potenza colonizzatrice doveva pertanto assumersi le responsabilità dello sviluppo e del progresso dei Paesi e delle popolazioni sotto dominazione coloniale, avviandoli a forme di autogoverno, e promuovendo in tali Paesi un livello di istruzione e di preparazione politico-economica tale da rafforzare la loro presenza e la loro partecipazione alla vita internazionale.

L'Organizzazione delle Nazioni Unite, in conseguenza della decolonizzazione e della fine degli Imperi coloniali, ha accolto nel proprio ambito, in qualità di membri, più di cento Stati decolonizzati, molti dei quali, in realtà, non avevano ancora maturato e assorbito i principi di civiltà e di pacifica coesistenza che dovrebbero ispirare e guidare l'odierna comunità internazionale. Nel quadro della “dimensione imperiale” vengono ricompresi anche i c.d. “Imperi ideologici”, con riferimento a certe ideologie politiche o religiose che tendono ad espandersi al di là dei confini territoriali in cui sono state elaborate.

Sul piano più propriamente politico, un significativo esempio di “impero ideologico” tendente a coinvolgere popoli di varia estrazione e cultura per uniformarli ad un modello unitario di dominazione politica è stato l’Impero comunista sovietico, oggi formalmente estinto<sup>3</sup>.

L’Impero del Cristianesimo, dell’ideologia cristiana in quanto ispiratrice e guida di relazioni internazionali, è tutt’ora forte nel mondo contemporaneo, anche al di là delle considerazioni prettamente teologiche e religiose. Il c.d. “genio” del Cristianesimo, del messaggio cristiano, resiste ancora in questo mondo dispersivo e convulso<sup>4</sup>.

### 3.

Gli Imperi rappresentano comunque la più antica forma di organizzazione politica della società umana. Essi non possono però prescindere dalla ricerca di una legittimazione – interna ed esterna – del loro potere di imperio.

Di conseguenza i poteri effettivi della dominazione imperiale si sono rivelati spesso fragili, mancando all’interno della “dimensione” imperiale la coesione e la coscienza dell’appartenenza collettiva, e, all’esterno, la volontà del riconoscimento dell’esplicazione del potere di imperio nelle relazioni internazionali. Particolarmente difficile e sofferto, su piano delle relazioni internazionali, fu il potere dell’Impero sovietico di Lenin.

Nel cuore della “dimensione” imperiale, nelle varie esplicazioni del potere imperiale nel corso dei secoli, si sono spesso manifestate tendenze e istanze atte a preconstituire l’implosione. Un esempio proviene dall’Impero romano, come si fa notare<sup>5</sup>. Il Cristianesimo si manifestò e si sviluppò nel contesto dell’Impero medesimo, sovvertendone con tenacia, se pure con grande sofferenza, le fondamenta. Il Cristianesimo oppose infatti il monoteismo ed il principio della eguaglianza degli uomini dinanzi a Dio al politeismo e al culto degli Imperatori romani.

**A)** Il nazionalismo accentuato e portato all’exasperazione – che è spesso alla base di fermenti indipendentisti di nazioni e di popoli – è una delle

---

<sup>3</sup> Vedi S. SUR, *L’empire ou le pouvoir comme monstre*, in *Les Empires, Questions internationales, La documentation Française*, n. 26, 2007, p. 4 ss.

<sup>4</sup> Vedi S. SUR, *Le christianisme dans le monde*, in *Questions internationales*, n. 29, 2008.

<sup>5</sup> Cfr. S. SUR, *Un monde en miette*, cit., p. 27.

cause più frequenti del crollo di Imperi territoriali e ideologici. L'autodeterminazione violenta di gruppi politici costituisce un pericolo costante anche nel quadro di compagini statali apparentemente stabili, e spesso è favorita da rivalità e competizioni all'interno del sistema che si vuole abbattere, oltre che da interventi esterni.

Nel percorso storico numerosi sono gli esempi di competizioni tra "leaders" e tra gruppi politici anche a base etnica, tali da dare luogo a secessioni da compagini statocentriche, con conseguenti annessioni in altre compagini territoriali. Le guerre, che in Europa sono state frequenti e distruttive, hanno notevolmente influito sulla collocazione geo-politica e geo-strategica degli Stati, che nei Trattati di pace conclusivi, sono stati spesso oggetto di "patteggiamenti" da parte dei vincitori a danno dei vinti. Il Secondo Confitto mondiale, in particolare, ha avuto esiti che hanno sostanzialmente modificato la posizione di alcuni Stati dell'Europa centrale, con conseguenze anche a livello mondiale. Il ricordo della "ferita" del muro di Berlino è ancora vivo e bruciante nella memoria storica dell'Europa.

La modificazioni territoriali ed i conseguenti trasferimenti di popolazioni da un territorio all'altro, pongono inevitabilmente questioni di "memoria collettiva", anche sul piano più propriamente "ereditario" di culture, di lingue, di religioni. Ovviamente la "memoria collettiva" è destinata ad affievolirsi con il tempo, in seguito al mutamento degli scenari e all'affermazione di nuove tendenze.

**B)** Ciò vale anche per le ex-dominazioni coloniali. Il contesto mondiale antecedente la Prima Guerra mondiale era dominato ed egemonizzato dalle Potenze coloniali europee, tra cui, in primo luogo, la Gran Bretagna e la Francia, le quali apparvero però divise ed incapaci di gestire la stabilità e la sicurezza del continente europeo.

Il 1914 segnò la fine di un'epoca. Dopo la Grande Guerra il mondo non fu più lo stesso<sup>6</sup>. Una grave crisi morale e civile travagliò profondamente il contesto sociale degli Stati d'Europa. Un'idea di Stato forte prevalse a discapito dei principi liberali, aprendo la strada all'affermazione di totalitarismi di destra e di sinistra, quali l'Unione Sovietica di Stalin, l'Italia fascista di Mussolini, la Germania nazista di Hitler. Tali regimi, tenuti insieme con la forza, erano però antitetici sul piano dei contenuti ideologici e politici,

---

<sup>6</sup> Sulla Grande Guerra vedi particolarmente H. STRACHAN, *La Prima Guerra Mondiale*, A. Mondadori Editore, Milano, 2005.

oltre che delle tendenze geo-strategiche. Ebbero pertanto origine contrasti e contrapposizioni anche territoriali, che sfociarono nello scoppio del Secondo Conflitto mondiale. La vittoria contro le Potenze dell'Asse – Germania, Giappone, Italia – concluse, nel 1945, il conflitto che aveva assunto proporzioni e dimensioni mondiali.

Tra i principali vincitori – Stati Uniti d'America e Unione Sovietica – si delineò poi un confronto ed un contrasto che si trasformò in breve tempo in una vera e propria opposizione reciproca, che ebbe momenti di acuta tensione. L'Unione Sovietica, che è stata considerata da storici e da politologi l'esperienza politica forse più significativa del XX secolo – se pure nella consapevolezza degli errori che l'hanno profondamente caratterizzata e segnata – è da considerarsi ormai un'esperienza conclusa e non più riproponibile<sup>7</sup>.

In realtà la Rivoluzione bolscevica del 1917 ebbe sostenitori anche nel contesto europeo occidentale.

#### 4.

Le popolazioni europee, traumatizzate dal Primo Conflitto mondiale, erano alla ricerca di ideali e di punti di riferimento, data la lacerazione, anche politica, conseguente alla Grande Guerra. L'annuncio della avvenuta Rivoluzione dell'ottobre 1917 in Russia – che distrusse l'Impero zarista – suscitò speranze in coloro che la condivisero, e fu salutata anche da alcuni intellettuali europei come “la grande luce all'Est”<sup>8</sup>.

Fermenti rivoluzionari si manifestarono in vari Paesi d'Europa – in particolare in Ungheria e in Germania – che furono però repressi nel sangue.

Nel 1924 Stalin proclamò la costruzione del socialismo bolscevico soltanto nell'Unione Sovietica. Da allora l'interferenza dell'Unione Sovietica in ambito internazionale si esplicò mediante il “Komintern”, e gli interessi del proletariato mondiale furono ricollegati all'Unione Sovietica la quale, se pure con critiche e opposizioni provenienti da varie parti, andava affermandosi. Nel 1934 l'URSS aderì alla Società delle Nazioni, da cui in seguito fu espulsa.

---

<sup>7</sup> Sull'esperienza politica dell'URSS vedi particolarmente M. KAHN, *Une expérience du XX<sup>e</sup> siècle: l'URSS (1917-1991)*, in *Un bilan du XX<sup>e</sup> siècle, Questions internationales, La documentation Française*, n. 52, 2011, p. 19 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. M. KAHN, *Une expérience du XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 19.

Nonostante la collettivizzazione forzata delle terre, attuata attorno agli anni '30, la quale dette luogo a terribili carestie, e gli anni del "terrore rosso in Russia", la propaganda sovietica influenzò intellettuali come George Bernard Shaw e Romain Rolland, i quali, in seguito, mutarono però opinione.

A) Il coinvolgimento dell'Unione Sovietica nel Secondo Conflitto mondiale fu determinato dalla politica espansionistica e aggressiva della Germania di Hitler, decisa a conquistare l'Europa. In violazione del Patto di non aggressione reciproca stipulato tra Stalin e Hitler, in un'alternanza di politiche del "doppio gioco", il 22 giugno 1941 la Germania attaccò l'Unione Sovietica, la quale venne pertanto a trovarsi nel novero delle Potenze alleate contro la Germania aggressiva ed i suoi sostenitori alleati, tra cui l'Italia fascista di Mussolini.

Dopo aver riportato enormi perdite umane e l'occupazione di gran parte del suo territorio, l'Unione Sovietica riuscì, grazie anche alla abilità strategica di Stalin<sup>9</sup>, a riprendere il controllo della situazione. La capitolazione della Germania nazista a Stalingrado, il 2 febbraio 1943, fu determinante per gli esiti della guerra e per i destini del mondo.

I tre Grandi Alleati – Roosevelt, Churchill, e Stalin – si incontrarono a Teheran alla fine del mese di novembre 1943 per tracciare un primo bilancio degli esiti e delle conseguenze del conflitto, e del mondo del dopo – guerra. Alla successiva Conferenza di Yalta, in febbraio 1945<sup>10</sup>, Stalin venne a trovarsi in posizione di forza, poiché l'Armata sovietica stava avvicinandosi a Berlino. L'URSS entrò "in extremis" in guerra contro il Giappone; ciò consentì alla Unione Sovietica di annettere il sud dell'Isola di Sakhalin e le Isole Kurili.

Avendo rafforzato la sua posizione internazionale l'URSS riuscì ad ottenere tre seggi nell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; oltre al seggio dell'URSS si aggiunsero quelli della Bielorussia e dell'Ucraina, allora federate all'Unione Sovietica. Nell'ambito del Consiglio di Sicurezza l'URSS,

---

<sup>9</sup> Vedi F. KERSAUDY, *Staline*, Paris, Perrin, 2012. Per una appassionata testimonianza sul conflitto, da parte sovietica, vedi V. GROSSMAN, *Vita e destino*, Ed. Adelphi, Milano, 2008, in cui viene evidenziata la tragedia di quell'epoca di follie e di terrore, commessi nel nome della gloria di Stati e di nazioni, in cui l'umanità fu travolta e fu come "la pietra che frana".

<sup>10</sup> Vedi S.M. PLOKHI, *YALTA. The price of Peace*, Penguin Books, 2011.

come gli Stati Uniti, la Cina, la Francia e la Gran Bretagna, fu considerata tra i membri permanenti dotati di potere di veto.

In violazione degli accordi di Yalta – per cui l'URSS si era impegnata ad organizzare elezioni democratiche nei Paesi liberati dall'Armata sovietica – l'URSS estese il suo dominio sull'Europa centrale e orientale. Ebbe pertanto origine la “guerra fredda” e la politica dei due blocchi contrapposti dell'Ovest (dominato dagli Stati Uniti d'America) e dell'Est (dominato dall'Unione Sovietica). In tale quadro di contrapposizione si delineò il c.d. “equilibrio del terrore”, con la minaccia dell'uso dell'arma atomica e la “dissuasione nucleare”.

La firma, nel 1975, delle intese di Helsinki – le quali, pur non possedendo forza vincolante integrativa, furono salutate come un notevole passo avanti nel processo di distensione tra Est e Ovest – segnò una tappa importante e significativa anche per quanto concerne la tutela dei diritti umani e delle minoranze.

**B)** Nel quadro storico europeo si possono distinguere due grandi cicli. Il primo (che va all'incirca dal 1866 al 1943-1945), coincide con la fase storica delle Potenze europee del Concerto delle Nazioni europee, con i vari grandi giochi di potere, e con le aspirazioni e competizioni egemoniche delle Potenze prevalenti<sup>11</sup>. È l'epoca della politica di potenza, e quindi dei conflitti tra le maggiori potenze, che confluirono nel grande bagno di sangue del Secondo Conflitto mondiale.

Il secondo ciclo ha impegnato le nazioni europee nella costruzione politica ed economica dell'Europa post-bellica. I percorsi che l'hanno caratterizzata e le motivazioni che l'hanno ispirata si sono conformati a valori liberal-democratici, nell'affermazione del concetto di “sovrànità condivisa”.

Caratteristica prevalente del moderno Stato europeo è la pienezza della sovranità che, nel sistema di integrazione costituito con la Comunità-Unione europea, ha accettato e condiviso limitazioni poste dall'appartenenza al sistema comunitario e a beneficio delle Istituzioni comunitarie, per l'attuazione degli obiettivi comunitari, cui debbono adeguarsi anche gli Stati d'Europa di recente ingresso. In realtà il ruolo dell'Europa e della “solidarietà” europea è assai importante nel mondo attuale, travagliato da crisi e tensioni aventi profonde radici storiche.

---

<sup>11</sup> Vedi G.E. RUSCONI, *Germania, Italia, Europa. Dallo stato di potenza alla potenza civile*, Torino, G. Einaudi Editore, 2003.

Il ruolo dell'Europa futura era stato particolarmente evidenziato dall'ex-Presidente francese Nicolas Sarkozy, secondo cui "l'Europa dovrebbe divenire il primo continente al mondo capace di inventare un modello di crescita atto a conciliare il progresso con la tutela dell'ambiente"<sup>12</sup>.

Prioritaria, per la stabilità della coesione europea, è, nell'opinione di Sarkozy, l'attuazione concreta di una politica europea responsabile e condivisa anche in tema di immigrazione. Soltanto un'Europa veramente unita, secondo Sarkozy, è in grado di fare fronte alle sfide colossali che vengono poste all'Europa dai flussi migratori. Senza una politica migratoria comune e condivisa l'Europa accumula inevitabilmente debolezze e fragilità. Le carenze e le imperfezioni nella legislazione degli Stati d'Europa in materia di immigrazione costituiscono una pericolosa porta d'accesso nel territorio europeo per le filiere criminali dell'immigrazione.

La questione della "pressione migratoria" va risolta anche con una adeguata politica di sviluppo coinvolgente i Paesi da cui i flussi migratori provengono, ed i loro governanti. Ciò premesso, viene posta in rilievo l'esigenza di un "patto europeo" in tema di immigrazione<sup>13</sup>. Negli auspici della politica estera francese, che aveva trovato sostenitori anche in Italia, aveva assunto rilevanza l'idea di una politica di sicurezza e di difesa europea, in modo da poter tutelare la sicurezza dell'Europa in condizioni di indipendenza e prescindendo dal "veto" delle Grandi Potenze mondiali. Per l'attuazione concreta di questo fondamentale obiettivo è però mancata, almeno sinora, una precisa volontà politica da parte degli Stati d'Europa, i quali sono apparsi distratti da altre sollecitazioni e priorità, nel quadro mondiale della globalizzazione

## 5.

In realtà il percorso della "sovranità condivisa" è stato lento e travagliato, nonché segnato da notevoli asimmetrie, e sovraccaricato di riserve, e di cose "non dette".

Il grande gioco diplomatico internazionale ha come protagoniste le Potenze vincitrici del Secondo Conflitto mondiale; l'Alleanza Atlantica è l'arbitra della sicurezza occidentale.

---

<sup>12</sup> Vedi *Un Traité pour l'Europe*, présenté par Nicolas Sarkozy, Dalloz, 2008, p. 21 ss.

<sup>13</sup> Cfr. *Un Traité pour l'Europe*, cit., p. 22.

A) Problematica e contraddittoria, nel quadro europeo e mondiale, appare la posizione della Gran Bretagna, la quale ha suscitato nei “partners” europei sentimenti sia di “ammirazione” che di “esasperazione”<sup>14</sup>.

Le Istituzioni britanniche rappresentano indubbiamente un modello di stabilità democratica, oltre che di azione collettiva e rappresentativa. Nel quadro mondiale la Gran Bretagna aveva acquisito, grazie al passato coloniale, una potenzialità di azione, per cui la sua influenza sul piano internazionale è indiscutibile. Nel passato il Regno Unito ebbe una affermazione ed una consistenza senza pari sul piano mondiale, ed apparve come l’arbitro della guerra e della pace tra le nazioni, in quanto al livello più elevato delle nazioni più civilizzate e progredite. Aveva infatti saputo cumulare potenza e libertà, supremazia e progresso.

Il XX secolo è stato però fatale per la potenza britannica. In conseguenza della Prima Guerra mondiale perdette il dominio dell’Irlanda, e per effetto della Seconda Guerra mondiale, in seguito all’affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli, venne privata, progressivamente, dell’intero Impero. Ciò è andato a vantaggio soprattutto degli Stati Uniti d’America, la cui potenza ed influenza nel contesto mondiale si sono in gran parte sostituite alla potenza e all’influenza britannica, anche nei confronti di Paesi già colonizzati dalla Gran Bretagna, come il Kenya ed altri Paesi africani facenti parte in precedenza dell’Impero coloniale britannico.

Nella c.d. “Eurasia”, già in parte integrata nell’Impero russo, poi sovietico, il ruolo della Cina è determinante negli sviluppi della politica e delle relazioni internazionali, nel quadro del regionalismo multipolare asiatico.

Nel processo di modernizzazione successivo all’epoca coloniale, il Regno Unito ha compiuto, più rapidamente di altri Paesi d’Europa, riforme di notevole portata. Margaret Thatcher prima, e Tony Blair poi, sono divenuti non solo per l’Europa, ma per il mondo intero, precisi punti di riferimento di strategie di sviluppo e di azione politica.

In un’ampia dimensione mondiale il “Commonwealth” britannico assume un preciso significato e costituisce una vitale esplicazione, tale da mantenere e facilitare i legami con Paesi, più o meno lontani, un tempo sottoposti all’Impero coloniale britannico.

La costruzione europea, e l’Unione europea integrata costituiscono tut-

---

<sup>14</sup> Vedi, per considerazioni, anche critiche, sul Regno Unito, S. SUR, *Le Royaume Uni, puissance du XX<sup>e</sup> siècle*, in *Questions internationales*, n. 20, 2006; ID., *Un monde en miette*, cit., p. 185 ss.

tora una “sfida” per il Regno Unito di Gran Bretagna, il quale viene presentato nel mondo contemporaneo come un “alleato docile della Potenza americana in Europa e nel mondo”<sup>15</sup>.

**B)** Nella “memoria collettiva” delle nazioni e dei popoli l’iter storico percorso dalle comunità statali territoriali costituisce indubbiamente un termine di confronto per la valutazione di eventi successivi, più o meno incisivi e traumatici.

Si parla in proposito di “politica della memoria”, di “politica della storia”, e di “uso politico della storia”, che spesso non sono esenti da manipolazioni della storia stessa.

La “memoria storica” in realtà, continua ad avere significato per coloro che hanno subito certe vicende storiche; viene comunque stemperata nell’evoluzione successiva di nuovi fatti e situazioni. Dopo la tragedia del nazismo, un ruolo significativo nella formazione e nel consolidamento di nuove ideologie ed intese culturali nell’area germanica è stato svolto dal “Goethe Institut”, con vari Centri anche in Italia – a Roma, a Torino, a Milano – che si ripromise di rilanciare l’immagine della Germania e del suo patrimonio filosofico, letterario e musicale, onde evidenziare la rinnovata vitalità tedesca.

A differenza della cultura tedesca, la cultura russa – che pure ha avuto ed ha espressioni di alto significato politico e morale – non ha trovato una canalizzazione uniforme e coesa, ed è stata spesso utilizzata e strumentalizzata dalla “geo-politica” del dissenso, che ha spesso alterato e distorto la connotazione identitaria russa nel quadro europeo e mondiale.

## 6.

Luogo denso di incognite e di dilemmi, anche per l’Europa, è la regione montagnosa e marittima del Caucaso, su cui esiste una vasta letteratura storica.

Posta ai margini di Imperi scomparsi, tra il Mar Caspio e il Mar Nero, la regione caucasica si trovava alla periferia dell’Impero ottomano ed al limite meridionale dell’Impero russo; è stata segnata anche dalla prossimità all’Impero persiano.

Divisa tra cristianesimo e islam, nelle varianti relative, con tutte le sue

---

<sup>15</sup> Vedi S. SUR, *Un monde en miette*, cit., pp. 187-189, in cui si evidenzia l’impegno della Gran Bretagna ad evitare che l’Unione europea si trasformi in un “blocco continentale” tale da porsi in competizione con gli Stati Uniti d’America.

vicende storiche e le sue contraddizioni, non può considerarsi semplicemente una espressione geografica ed una zona di confine. Possiede infatti proprie caratteristiche identitarie, difficili peraltro da omogeneizzare e da canalizzare, date le diversità delle culture e delle etnie che vi sono ubicate.

L'area del Caucaso viene considerata un'area territoriale troppo esigua per contenere popolazioni di matrice ed estrazione diversa; di qui la difficoltà di realizzare nell'area una integrazione effettiva, in grado di fronteggiare componenti etniche rivali, in competizione ed in conflitto tra loro. È ancora vivo e bruciante il conflitto tra l'Azerbaijan e l'Armenia per il possesso dell'Alto Karabagh.

La storia turbolenta e complessa del Caucaso<sup>16</sup> condiziona tuttora la situazione delle aree limitrofe in uno scenario di tensioni e di confronti geostrategici (animati anche da Potenza straniera), e di ambizioni concorrenti e ricorrenti di "leaders" politici, anche nell'obiettivo dell'acquisizione del controllo delle risorse energetiche provenienti o veicolate nell'area caucasica.

Gli Stati che compongono l'area del Caucaso del Sud (Armenia, Azerbaijan, Georgia) cui può essere ricollegata anche la Cecenia con altri territori del Caucaso del Nord, possiedono in realtà caratteristiche identitarie profondamente dissimili, e culture e tendenze difficilmente assimilabili. Viene proclamato da più parti e a vari livelli sul piano internazionale l'auspicio di promuovere e sviluppare la democrazia e lo Stato di diritto nell'area caucasica, anche per facilitare gli scambi internazionali nel settore economico, commerciale e degli idrocarburi. Un compito arduo, in quel contesto, è quello di consolidare e di render effettiva la fiducia tra governanti e governati, data l'eterogeneità delle popolazioni.

La sfida fondamentale resta quella della modernizzazione dell'area del Caucaso, onde rendere compatibile l'identità di Paesi posti ai margini di antichi Imperi con i principi e gli orientamenti di aggregazioni di recente conio.

L'Unione europea tende ad estendere la sua influenza nella zona del Caucaso, secondo gli auspici dei governanti europei. La logica interrelazionale nel quadro caucasico appare peraltro antitetica, in ogni caso non conforme rispetto ai principi e ai valori europei, anche in relazione all'uti-

---

<sup>16</sup> Vedi S. SUR, *Le Caucase: un espace de convoitises*, in *Questions internationales, La documentation Française*, n. 37, 2009; ID., *Le monde en miette*, cit., p. 128 ss.

lizzazione delle risorse in idrocarburi, presenti o veicolate attraverso la zona del Caucaso. Di conseguenza anche il processo di sviluppo subisce ostacoli e condizionamenti.

Il conflitto tra la Georgia e la Russia, scoppiato nel 2008 a proposito delle secessioni dell'Abkazia e dell'Ossezia del Sud, è stato percepito con preoccupazione da parte degli Stati d'Europa i quali, in precedenza, avevano considerato l'area del Caucaso semplicemente come una "zona periferica", priva di una fondamentale rilevanza internazionale.

L'area del Caucaso presenta significato e rilevanza in relazione al problema dello Statuto particolare del Mar Nero. In seguito alla Convenzione di Montreux del 1936 venne riconosciuta la preponderanza strategica degli Stati rivieraschi.

Le amputazioni subite dall'Impero russo-sovietico in conseguenza dello smembramento dell'Impero medesimo hanno mutato gli equilibri strategici nella zona, anche in considerazione del posizionamento nel Mar Nero dell'Ucraina (per cui si pone la questione della penisola di Crimea, un tempo appartenente alla Russia, e poi donata simbolicamente nel 1954, quale testimonianza di amicizia, all'Ucraina federata alla Russia). Attualmente è la Turchia a godere di una posizione preponderante nel Mar Nero.

Varie sono le soluzioni proponibili per far fronte alle sfide che di volta in volta si presentano per pacificare la zona, esposta al rischio di nuove frammentazioni e di conflitti.

## 7.

Dopo lo smembramento dell'URSS assume particolare rilevanza la cooperazione internazionale nel continente asiatico, che si manifesta oggi attraverso una molteplicità di forme associative, prevalentemente economiche, atte a preconstituire identità collettive multiple, accomunate da motivazioni varie, culturali e politiche, oltre che economiche. Tali motivazioni vanno però tradotte in precisi impegni giuridici. Le forme associative in Asia sono in genere caratterizzate da una certa fluidità, che prescinde da impegni vincolanti e stringenti.

Gli Stati dell'Asia centrale appaiono particolarmente attenti alla tutela della sovranità nazionale<sup>17</sup>. Pure nell'adesione al rapporto associativo rifug-

---

<sup>17</sup> Vedi in particolare P. PENNETTA, *Il regionalismo multipolare asiatico*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 11 ss., anche per riferimenti bibliografici.

gono infatti da una integrazione limitativa della sovranità interna, e dalla subordinazione ad autorità sovranazionali.

La cooperazione associativa in Asia si è espressa attraverso la creazione di molteplici forme e figure associative e organizzative, di cui si è avuta una nutrita esplicazione a partire dal crollo dell'Unione Sovietica, con la creazione di Stati indipendenti nel contesto asiatico dell'ex-URSS.

Nello spazio territoriale asiatico ex-sovietico sono state create, mediante intese ed accordi, organizzazioni quali l'Organizzazione del Trattato di sicurezza collettiva (OTSC), costituita, sotto l'egida russa, nel 2002. L'OTSC riunisce, in un quadro multilaterale limitato agli Stati dell'ex-URSS, la Russia, la Bielorussia, il Kazakistan, il Tajikistan, l'Uzbekistan e l'Armenia. Tale forma associativa tende alla cooperazione nel settore militare e si prefigge di rendere più effettiva la lotta contro il terrorismo.

Nel quadro russo-asiatico opera anche la Comunità economica euro-asiatica.

Sempre con riferimento alla cooperazione organizzata nell'Asia centrale, viene richiamata la forma di cooperazione sub-regionale denominata "Organizzazione di cooperazione centro asiatica – OCCA", che raggruppa quattro repubbliche ex-sovietiche: Kazakistan, Uzbekistan, Kirghizistan, e Tajikistan. Tale organizzazione ha avuto origine dall'evoluzione della cooperazione sorta nel 1994 come "Central Asian Economic Union – CAEU".

Soprattutto dopo gli eventi successivi all'11 settembre 2001 è emersa la volontà di promuovere in un'area geografica, quale quella asiatica, caratterizzata da forti tensioni politico-militari, una certa stabilità politico-istituzionale, oltre che strategica<sup>18</sup>.

Il quadro ordinamentale derivante dalla fine della storica contrapposizione dei rapporti tra il mondo occidentale e quello orientale dell'Est dell'Europa e della Russia, ha dato luogo alla tendenza alla costituzione di organizzazioni c.d. euro-asiatiche, ma anche allo sviluppo di organizzazioni "di frontiera" rispetto ai confini dell'ex-Impero sovietico, in conseguenza della rinascita di un'autonomia politico-organizzativa nel continente asiatico<sup>19</sup>. In questa ottica si pone la nascita di un sistema di organizzazioni internazionali asiatiche "in quanto espressione di rapporti economici fra i Paesi in via di sviluppo tra loro, e di Paesi in via di sviluppo con Paesi industrializzati".

---

<sup>18</sup> Cfr. P. PENNETTA, *Il regionalismo multipolare asiatico*, cit., p. 11 ss.

<sup>19</sup> Cfr. P. PENNETTA, *op. cit.*, p. 34.

In ampia dimensione europea il fenomeno organizzativo euro-asiatico va coordinato con il fenomeno di integrazione continentale europea che l'ha preceduto, e considerato in relazione alla esperienza pan-europea dell'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa (OSCE), oltre che, ovviamente, alla luce del modello organizzativo universal-regionale definito nel sistema dell'ONU<sup>20</sup>.

## 8.

Nel passato il mondo orientale era apparso agli occidentali soprattutto come un terreno di conquista.

Gli eventi succedutisi nel tempo hanno posto – anche drammaticamente – all'attenzione dell'opinione pubblica europea e mondiale sfide tali da indurre ad una presa di coscienza dei pericoli derivanti da contrapposizioni e tensioni, e dalla lacerazione del tessuto sociale nell'Oriente il quale, dopo avere superato la “memoria storica”, si è in gran parte rivelato incapace di immaginarsi un futuro, nel dilemma tra modernità e tradizione.

Il Medio Oriente, in particolare, ha suscitato sfide e dilemmi. La memoria storica, in quell'area, è densa di eventi inquietanti. Basti ricordare, tra l'altro, l'invasione israeliana del Libano nel 1982, l'inizio dell'Intifada nel dicembre 1987, la crisi del Golfo con la guerra del 1990-1991, e la convocazione della Conferenza di pace per il Medio Oriente tra l'ottobre ed il novembre dello stesso anno. A tali eclatanti eventi vanno aggiunti, se pure con la percezione della indipendenza totale degli eventi, i grandi mutamenti verificatisi nell'Europa dell'Est, la crisi e la dissoluzione dell'Unione Sovietica, la guerra in Afghanistan, la rivoluzione Khomeinista in Iran, con le relative conseguenze nel mondo musulmano.

Il mondo è entrato in una nuova era; per la politica mondiale si sono poste nuove opportunità, ma anche nuove difficoltà, in un quadro complesso e pericoloso per la pace e per la sicurezza mondiale.

Anche la c.d. “questione palestinese” non ha trovato una adeguata soluzione. Restano enigmi e laceranti polemiche che oppongono il mondo degli arabi palestinesi a quello degli ebrei israeliani.

---

<sup>20</sup> Vedi A. GIOIA, *The United Nations and Regional Organizations*, in *The maintenance of peace and security*, in M. BOTHE et al., *The OSCE in the maintenance of peace and security*, Hague, 1997, p. 191.

Più di quattro decenni sono ormai trascorsi dal settembre nero del 1970. La vita dei palestinesi è stata segnata da vicende tragiche, dall'esilio, dalla dispersione per il mondo, dalla mancanza di diritti politici sotto l'occupazione militare israeliana, ed anche da una ostinata resistenza.

Nei mesi che seguirono la guerra del Golfo vennero effettuati, da parte dell'allora segretario di Stato americano Baker, otto viaggi nella regione, in seguito ai quali vennero posti i fondamenti di una Conferenza di pace, il cui obiettivo era la soluzione del conflitto arabo-israeliano in generale, e, più precisamente, di quello israelo-palestinese<sup>21</sup>.

La "questione palestinese" si pose così al centro di dibattiti e di interventi diplomatici a favore dell'uno o dell'altro dei contendenti. Il problema centrale era costituito dal rifiuto di Israele di riconoscere (e trattare) con la realtà costituita dal nazionalismo palestinese; i non pochi ebrei – israeliani e non –, in Israele e nella diaspora, – che hanno tentato di opporsi alla politica di Tel Aviv, non sono riusciti ad essere altro che una voce minoritaria, anche se coraggiosa.

Come rilevava Edward Said<sup>22</sup> "se gli israeliani e i palestinesi avranno mai un futuro, questo dovrà essere in comune, e non si potrà basare sull'annullamento di uno dei due popoli".

Si è detto che il conflitto israelo-palestinese presenta metastasi diffuse e imprevedibili, tali da trasformare la zona in una zona di "parossismi" unica al mondo<sup>23</sup>. Parossismi dati dalla contrapposizione ideologica tra religioni, tale da veicolare e convogliare ideali e ideologie in apparenza pacifiste, in un crogiuolo e in groviglio inestricabile di azioni confliggenti.

Vanno anche evidenziati, in ampio raggio, i parossismi cagionati da ricchezze e capitalismi spesso illusori, da rivalità per il governo di spazi territoriali (come ad es., la "striscia di Gaza"), e dalla violenza che anima gruppi e fazioni, in un Medio Oriente agitato da ingiustizie vere o presunte, in contrasto con un Occidente animato e ispirato da un capitalismo dominante, ma spesso cieco.

---

<sup>21</sup> Sulla "questione palestinese" resta di fondamentale importanza, in quanto testimonianza di un mondo, per certi aspetti ancora sconosciuto in Europa, E.W. SAID, *La questione palestinese*, con prefazione di Robert Fisk, Milano, il Saggiatore, 2011.

<sup>22</sup> Vedi *La questione palestinese*, cit., pp. 292-293.

<sup>23</sup> Vedi S. SUR, "Un monde en miette", cit., p. 121.

9.

La questione dell'approvvigionamento petrolifero è da tempo all'attenzione della comunità internazionale; la dipendenza energetica è divenuta una condizione determinante per lo sviluppo di aree territoriali che ne sono prive o carenti.

Molteplici sono le questioni innescate dalla disponibilità del petrolio quale fonte di energia, in quanto venga utilizzato direttamente come carburante e come combustibile, o indirettamente come produttivo di altre forme di energia, come l'elettricità.

L'importanza della disponibilità di risorse petrolifere si desume dalla mancanza – o dalla difficoltà di utilizzazione – di risorse sostitutive rispetto alle risorse petrolifere, e dalla diffidenza nei confronti della utilizzazione dell'energia nucleare a fini pacifici e civili<sup>24</sup>.

**A)** Un problema fondamentale, per la sopravvivenza stessa di imprese e di comunità umane, è dato dall'alto costo delle risorse energetiche – petrolio e idrocarburi – le quali costituiscono in genere “una merce di scambio” per ottenere altri beni e servizi. In realtà le emergenze energetiche possono mettere a dura prova l'economia anche di aree altamente sviluppate e civilizzate, ma anche – e soprattutto – l'economia di Paesi in sviluppo non dotati di risorse energetiche.

La “questione petrolifera” è stata di interesse prioritario e prevalente nel corso del XX secolo, ed ha trovato nell'instabilità del Medio e Vicino Oriente ostacoli riscontrabili tuttora.

È anche d'uopo rilevare che, prima o poi, le risorse petrolifere e in idrocarburi si esauriranno. Ci si interroga pertanto sul “dopo petrolio”, sotto vari aspetti: scientifici, economici, politici e ideologici.

Sul piano più propriamente scientifico, l'utilizzazione dell'energia nucleare appare la soluzione più congrua, trattandosi di energia relativamente poco costosa, poco inquinante (se bene utilizzata e gestita), nonché tale da garantire meglio degli idrocarburi l'indipendenza e la continuità degli approvvigionamenti energetici.

**B)** Le prime ricerche in materia di fisica nucleare, intraprese a partire

---

<sup>24</sup> Sul problema del nucleare nel quadro delle relazioni internazionali a partire dal 1945, vedi P. BONIFACE – B. COURMONT, *Le monde nucléaire*, Paris, A. Colin, 2006, anche per la bibliografia ivi indicata.

dalla fine del XIX secolo, erano destinate ad una utilizzazione civile, segnatamente al fine di scoprire una nuova fonte di energia. Le prime scoperte concernenti l'energia nucleare aventi una certa valenza scientifica risalgono alla fine del XIX secolo. I primi ricercatori non potevano immaginare che le loro scoperte, meno di un mezzo secolo più tardi, sarebbero servite per mettere a punto l'arma di distruzione di massa più terribile. Gli obiettivi allora perseguiti dagli scienziati erano pacifici e intesi a ricercare una nuova fonte di energia utilizzabile anche a fini terapeutici. Nel 1896 Henri Becquerel scoprì la radioattività, e nel 1898 Pierre e Marie Curie scoprirono il radium<sup>25</sup>.

L'utilizzazione del nucleare, in quanto fonte di energia, presenta indubbiamente pericoli dati dallo "stoccaggio", ed anche dal rischio che si innesci una corsa al nucleare anche a fini di dissuasione. A detta di Mohamed El Baradei, ex-Direttore generale dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica, occorrerebbe "scegliere di investire in scienze e tecnologie avanzate per soddisfare i fabbisogni dello sviluppo" e "dare molta più importanza a scoperte scientifiche e innovazioni tecnologiche tese a combattere la fame e le malattie", senza peraltro disattendere i pericoli derivanti da una malaccorta politica energetica e tecnologica<sup>26</sup>.

Si è parlato di "ipocrisia nucleare", multilaterale e sfaccettata, nel quadro internazionale. Un pericolo è certamente dato dal riarmo nucleare, soprattutto in certe zone come il Medio Oriente, che dovrebbe presentarsi come una zona libera da armi nucleari. Il coinvolgimento di Israele, nell'attuazione dell'obiettivo del disarmo nucleare, appare determinante nel contesto medio-orientale, sempre che esista però una precisa volontà di tale Stato in questo senso.

## 10.

Nel quadro mondiale, nell'evoluzione più recente, il concetto di autodeterminazione dei popoli ha assunto una rilevanza tale da mettere in crisi l'integrità territoriale di Stati e di nazioni.

Con il concetto di "autodeterminazione dei popoli" si fa in genere riferimento alla capacità che popolazioni sufficientemente definite etnicamente, o comunque in grado di esprimere la loro volontà, hanno di

<sup>25</sup> Cfr. P. BONIFACE – B. COURMONT, *Le monde nucléaire*, cit., p. 14.

<sup>26</sup> Vedi M. EL BARADEI, *L'età dell'inganno. Le minacce nucleari e l'ipocrisia delle Nazioni*, Roma, A. Castelvechi Editore, 2011, pp. 343 e ss.

disporre di sé stesse, per cui si parla anche di “libera disposizione dei popoli”<sup>27</sup>.

A) In dottrina l'autodeterminazione viene distinta in “interna” ed “esterna”. L'autodeterminazione esterna sta a significare la possibilità, per un popolo o per una minoranza etnica, di operare una scelta autonoma sul piano internazionale acquistando l'indipendenza rispetto allo Stato di cui faceva parte, anche per entrare a fare parte di altra entità statale mediante annessione, o incorporazione, le quali incidono sostanzialmente sull'identità e sulla rilevanza dello Stato che subisce il distacco, ma anche sulle caratteristiche identitarie dello Stato incorporante.

Nella prassi internazionale si sono riscontrati anche vari casi di fusione o unificazione di due entità politiche per dare vita ad una unica entità statale di più vasta dimensione e portata. Un tipico esempio di unificazione di due entità politiche statali si ebbe con l'unificazione delle due Germanie, in relazione alla quale si è parlato sia di annessione della Repubblica democratica di Germania nella Germania Federale, sia di una trasformazione fondamentale della Germania unificata, tale da determinare la estinzione delle due entità precedenti e la creazione di un nuovo, grande Stato federale. Il dilemma delle “due Germanie” non è stato ancora del tutto risolto, anche ai fini della successione nei Trattati internazionali stipulati in precedenza dalle due entità statali unificate.

L'autodeterminazione interna comporta essenzialmente il diritto di un popolo, nell'ambito di uno Stato sovrano, di cui possiede la cittadinanza, di scegliere liberamente e mantenere, il governo che ritiene rappresentativo della sua volontà e delle sue esigenze.

Nel caso di presenza, nell'ambito statale, di minoranze nazionali etniche, religiose e linguistiche, la tutela dei loro diritti e della loro identità culturale e religiosa si impone alla luce della normativa internazionale in materia<sup>28</sup>. Il trattamento delle persone appartenenti a gruppi di minoranze,

---

<sup>27</sup> Vedi M. PANEBIANCO, *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, Salerno, EDISUD, 1993, p. 132 ss., e bibliografia ivi indicata.

<sup>28</sup> Vedi particolarmente M. SCALABRINO, *Codice internazionale dei diritti dell'uomo*, Milano, 1991. In tema di diritti umani esiste una bibliografia sterminata, in Italia e all'estero. In Italia la tematica dei diritti umani è stata magistralmente e appassionatamente trattata, con numerosi scritti ed interventi, dalla Professoressa Maria Rita Saulle.

pure comportando il riconoscimento di diritti specifici connessi alla loro condizione (quali i diritti culturali, i diritti relativi all'uso della lingua, i diritti afferenti la pratica religiosa) si innesta nella più ampia tematica della tutela dei diritti umani, in quanto riconosciuti ad ogni individuo, quali che siano la razza e l'etnia da cui proviene, la sua lingua e la sua religione, da una serie di Atti internazionali. Dei diritti fondamentali inerenti alla dignità della persona umana sono egualmente partecipi sia i membri della maggioranza che i membri della minoranza.

**B)** Il principio dell'autodeterminazione dei popoli ha suscitato inevitabilmente questioni e dispute dottrinali, anche in relazione al quesito se l'autodeterminazione sia materia di diritto positivo, o soltanto un principio morale o politico<sup>29</sup>. Ci si chiede anche se il suo contenuto si sostanzia nel conseguimento dell'indipendenza o anche “nel diritto di scelta e di modifica del regime politico, economico e sociale”.

Il concetto di autodeterminazione, pur essendo intuibile già in teorie politiche risalenti all'indipendenza nazionale della seconda metà dell'800, è più evidente alla fine delle Prima Guerra mondiale. È stato infatti espresso nel Quinto dei quattordici Punti proclamati dal Presidente americano Wilson nel suo messaggio dell'8 gennaio 1918 al Congresso, in cui venne sostenuto che l'autodeterminazione, pur applicandosi ai Paesi coloniali, implicava la necessità di tenere in debito conto gli interessi – anche politici – delle Potenze coloniali, ovvero le “eque pretese” dei governi sul cui titolo giuridico si discute.

Successivamente, nel periodo compreso tra le due Guerre, il principio di autodeterminazione trovò applicazione precipuamente in Europa, assumendo una connotazione fortemente nazionalistica in quanto posto a fondamento dei nuovi Stati che accedevano all'indipendenza.

La necessità di regolamentare il principio di autodeterminazione si prospettò alla fine della Seconda guerra mondiale, onde realizzare una ristrutturazione delle relazioni internazionali nel periodo post-bellico.

Il concetto di autodeterminazione fu tenuto presente nel redigere la Carta delle Nazioni Unite, considerandolo – come nota Massimo Panebianco<sup>30</sup> – “non come l'oggetto di un preciso obbligo da attuare immediatamente”.

---

<sup>29</sup> Vedi M. PANEBIANCO, *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., p. 132.

<sup>30</sup> ID., *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., p. 133.

La sua formulazione, nella Carta delle Nazioni Unite, fu il risultato di un compromesso tra l'Unione Sovietica di Stalin (che premeva in senso anti-colonialista poiché si prefiggeva di espandere l'ideologia comunista sovietica nei Paesi colonizzati del Terzo mondo) ed i Paesi colonialisti, quali la Francia, il Belgio e, soprattutto, la Gran Bretagna. A tale proposito il "premier" britannico Churchill, dopo l'inserimento del principio di autodeterminazione nella Carta dell'ONU, si affrettò a dichiarare che tale principio non riguardava tanto le Potenze coloniali, quanto piuttosto il recupero della sovranità e dell'autogoverno per i popoli già sottoposti al giogo nazista.

Al momento di redigere la Carta dell'ONU vi fu uno scontro durissimo sul Testo del Documento da presentare alla Conferenza di S. Francisco. Infine il principio di autodeterminazione dei popoli fu iscritto nell'art. 1 – 2° cpv. della Carta delle Nazioni Unite, in cui è detto che uno degli obiettivi dell'ONU è quello di "sviluppare tra le nazioni relazioni amichevoli fondate sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodecisione dei popoli". L'autodeterminazione è stata pertanto considerata non tanto come un "valore autonomo", ma piuttosto come un "valore strumentale" rispetto alla promozione di relazioni pacifiche ed amichevoli tra gli Stati ed i popoli. Pertanto l'applicazione del principio di autodeterminazione avrebbe potuto assumere una rilevanza secondaria qualora la sua attuazione avesse fatto sorgere tensioni e conflitti tra gli Stati ed i popoli<sup>31</sup>.

**C)** Considerando il principio dal punto di vista precipuamente interno, si può distinguere tra lo Stato, da una parte, ed il popolo dall'altra, nella considerazione che il diritto internazionale classico è, in primo luogo, un diritto tra Stati, per cui, in caso di contrasto tra il principio di autodeterminazione e quello di conservazione dello "status quo" di una entità statale, il primato spetterebbe allo Stato.

Le evoluzioni e gli sviluppi realizzati nel mondo attuale in seguito ad importanti modifiche territoriali comportanti frammentazioni tali da pregiudicare l'unità e l'integrità territoriale di Stati e di comunità umane, impongono riflessioni e una attenta valutazione degli eventi, alla luce di una interpretazione "ragionevole" del principio di autodeterminazione dei popoli.

---

<sup>31</sup> Cfr. M. PANEBIANCO, *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., pp. 133-134.

La tragedia della frammentazione e della distruzione della Jugoslavia, ove popoli ed etnie diverse si sono contrapposti ed uccisi, costituisce un eloquente esempio di interpretazione distorta del principio in questione, in conseguenza di comportamenti convulsi e irrazionali.

Anche la dissoluzione, con conseguente estinzione, della Grande Federazione Sovietica accentrata (sancita formalmente nel 1991) può essere considerata nell'ottica dell'autodeterminazione degli Stati e dei popoli federati. Taluni hanno parlato in proposito, di una vera e propria "decolonizzazione", poiché, in realtà, l'Unione Sovietica si era tramutata in un Impero, mascherato da Federazione.

Il processo evolutivo che ha condotto alla fine dell'URSS, come hanno rilevato politologi russi e stranieri, è stato forse troppo rapido e dirompente, tale da mettere in crisi gli equilibri strategici nell'area – come è provato anche dalla recentissima tragedia dell'Ucraina, in bilico tra opposte fazioni – e da porre in difficoltà le relazioni internazionali tra la Russia, l'Europa ed il mondo asiatico, in cui l'URSS era in gran parte posizionata.

Conseguenze si riscontrano anche sul piano del disarmo nucleare, e della gestione della politica di sicurezza e di difesa.

Quello che è stato l'ultimo Presidente dell'URSS, Mikail Gorbačëv, si espresse formalmente contro la "dissuasione nucleare" nel suo discorso all'Assemblea nazionale, a Parigi, nel 1985. Il 15 gennaio 1986 lo stesso Gorbačëv propose un piano di liquidazione totale delle armi nucleari, da attuarsi entro l'anno 2000, in risposta a un discorso del Presidente americano Ronald Reagan<sup>32</sup>.

L'attuale Federazione russa, che costituisce l'entità statale più ampia e significativa nel quadro dell'ex-URSS, di fronte agli attacchi terroristici subiti ad opera di gruppi islamisti ribelli, è apparsa intesa a salvaguardare la difesa della sovranità nazionale con l'esercizio della dissuasione nucleare, ed anche con l'impiego dell'arma nucleare. Ciò, ovviamente, in caso di situazioni estreme, in cui possa essere messa a repentaglio l'esistenza stessa (o gli interessi vitali) della Russia, in quanto attaccata (o fortemente minacciata) da un'altra Potenza nucleare, o da gruppi terroristici di notevole portata e consistenza<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Vedi P. BONIFACE – B. CONURMONT, *Le monde nucléaire*, cit., pp. 76-77.

<sup>33</sup> Cfr. P. BONIFACE – B. CONURMONT, *Le monde nucléaire*, cit., p. 153.

## 11.

L'area dei Balcani, nell'evoluzione storica, ha suscitato al contempo aspettative e preoccupazioni nel contesto europeo.

I Balcani hanno inglobato nel loro ambito un mosaico frammentato di popoli, di territori, di etnie e di religioni, tra il Mare Adriatico, il Mar Nero e il Danubio, senza potersi però avvalere, nella formazione di ideologie politiche, dei grandi movimenti di pensiero formati nel Rinascimento all'epoca della Riforma e dei Lumi<sup>34</sup>.

Ciò ha dato luogo alla formazione di nazionalismi estremi, privi di un adeguato supporto culturale, tali, comunque, da sfociare nella violenza e nella sopraffazione da parte di gruppi ed etnie rivali. L'area dei Balcani rappresenta ancora una ferita aperta nel cuore dell'Europa.

A) Il termine "Balcani" designa "strictu sensu" una zona dell'Europa la quale, circa duecento anni addietro, faceva parte dell'Impero ottomano. Oggi, però, non viene più ricollegata alla Turchia, almeno in apparenza. Con il "Patto militare dei Balcani", voluto da Tito ma ormai estinto, il quale aggregò alla Grande Federazione Jugoslava la Grecia e la Turchia, si evidenziò una tendenza a realizzare una solidarietà "militare" nell'area dei Balcani.

Nel contesto balcanico possono venire ricomprese, alla luce delle situazioni createsi nel XX secolo, la Grecia, l'Albania, la Bulgaria, la Romania e gran parte della ex-Jugoslavia: Bosnia, Serbia, Montenegro, Macedonia, Kosovo. L'area balcanica "latu sensu" comprende la parte della ex-Jugoslavia posta più a Nord, come la Voivodina serba, la Croazia e la Slovenia. Tali territori facevano parte, prima del 1918, dell'Impero austro-ungarico.

Ciò che distingueva, all'incirca due secoli addietro, gran parte dell'area dei Balcani dal resto dell'Europa, era l'arretratezza culturale, economica, amministrativa<sup>35</sup>.

L'Impero ottomano soprattutto nella fase di decadenza – che si fa risalire tra il XVIII° e il XIX° secolo – si caratterizzava per la sua arretratezza rispetto alla vicina Austria. Non vi erano industrie, se non artigianali; anche l'agricoltura era primitiva. La gestione dell'Impero ottomano era corrotta e arbitraria, la violenza endemica e l'analfabetismo assai diffuso. Una ulterio-

---

<sup>34</sup> Vedi *Les Balkans et l'Europe, Questions internationales*, n. 23, 2007.

<sup>35</sup> Vedi G. PRÉVÉLAKIS, *Un espace européen*, in *Les Balkans et l'Europe*, cit., p. 21 ss. Dello stesso autore vedi *Les Balkans. Cultures et géopolitique*, 1994, Nathan, Paris.

re carenza dell'Impero ottomano consisteva nella pessima organizzazione del territorio: di conseguenza i contrasti concernenti la ripartizione territoriale ed il tracciato delle frontiere hanno avuto una cadenza continua, con difficoltà di definire l'ambito delle varie nazionalità.

Gli Europei, a parole, hanno cercato di promuovere il progresso delle popolazioni balcaniche, e di comporre le loro controversie territoriali e nazionali. In realtà la diplomazia europea non ha giovato granché all'evoluzione dell'area balcanica.

Ogni Potenza europea ha cercato di esercitare un'influenza nel contesto balcanico. La Russia ha sostenuto i "fratelli slavi": Serbi e Bulgari, ed anche i Montenegrini.

L'indipendenza della Grecia è stata fatta valere in nome del panellenismo.

L'area balcanica è stata teatro del "grande gioco" delle Potenze europee. La guerra di Crimea, che si svolse dal 1853 al 1856, oppose l'Impero russo all'Impero ottomano, sostenuto dalla Francia e dal Regno Unito; un Trattato di pace sottoscritto a Parigi il 30 marzo 1856 pose fine al protettorato russo sui Principati romeni. L'Unione tra la Valacchia e la Moldavia, nel 1859, dette origine alla creazione della Romania, che avvenne nel 1878.

Il 28 giugno 1914 l'erede al Trono degli Asburgo, l'arciduca Francesco Ferdinando, fu assassinato da un nazionalista serbo a Sarajevo; il sanguinoso evento dette luogo allo scoppio della Prima Guerra mondiale, i cui antecedenti e le cui motivazioni avevano peraltro complesse radici<sup>36</sup>.

È noto che la Bosnia, annessa dall'Impero austro-ungarico e la cui popolazione era in maggioranza serba, era rivendicata dalla Serbia. In conseguenza dell'assassinio dell'arciduca erede al trono d'Austria a Sarajevo, in seguito ad una congiura ordita dalla Serbia, l'Austria prese a pretesto l'evento – che suscitò molto scalpore in Europa – per aggredire la Serbia, ed in breve tempo, nel gioco delle alleanze, l'Europa intera si trovò coinvolta nella Grande Guerra. Dopo un anno di resistenza, la Serbia fu occupata.

Nei sovvertimenti bellici scomparvero quattro Imperi: quello Germanico, quello russo-zarista (travolto dalla rivoluzione bolscevica in Russia), quello ottomano e quello austro-ungarico.

I Trattati di pace che seguirono, nel 1919, rappresentarono, in teoria, l'affermazione del principio di nazionalità, inteso in modo da soddisfare i

---

<sup>36</sup> Sulla Grande Guerra, e le sue motivazioni e le sfide che ne furono all'origine, vedi H. STRACHAN, *La Prima Guerra mondiale*, cit.

vincitori. I tre Paesi balcanici alleati – Grecia, Romania e Serbia (divenuta Jugoslavia) – raddoppiarono i loro territori a detrimento degli Imperi scomparsi, e dei Paesi vinti.

**B)** Per vari aspetti il sistema creato con il Trattato di Versailles si prestava a considerazioni critiche, per certe sue anomalie, come l'amputazione della Turchia (che innescò una nuova guerra greco-turca, dal 1920 al 1922). Con il Trattato di Losanna del luglio 1923 la Turchia ripristinò le precedenti frontiere; ebbero però luogo massacri e lo scambio di popolazioni più massiccio della storia balcanica. Un milione e mezzo di ortodossi furono espulsi dalla Turchia e seicentomila musulmani furono espulsi dalla Grecia<sup>37</sup>.

Per quanto concerne la Serbia, essa divenne “il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni”, e più tardi fu denominato Jugoslavia. L'antica Jugoslavia comprendeva la Serbia e il Montenegro, ed i territori – prima austro-ungarici – composti principalmente di Serbi, di Croati e di Sloveni, oltre che di musulmani di Bosnia.

Tale amalgama di popolazioni non era però conforme al “principio di nazionalità”, essendosi sviluppati, già da prima della metà del XIX° secolo, sentimenti nazionali e culture diverse.

Una diversa concezione dell'idea di Jugoslavia si appalesava nei rapporti tra la Croazia e la Serbia. Per i governanti di Belgrado lo Stato jugoslavo non rappresentava che l'ingrandimento del Regno di Serbia, per cui i Serbi tendevano ad accaparrarsi tutti i poteri. Pertanto la maggioranza dei Croati si pose in aperta opposizione. Il “leader” popolare croato Stjepan Radic fu assassinato nel Parlamento di Belgrado nel 1928. Il re Alessandro I sospese la Costituzione ed instaurò la sua dittatura, ma fu assassinato a sua volta a Marsiglia nel 1934 da parte di congiurati croati.

Nel frattempo andarono maturandosi le circostanze che condussero al Secondo Conflitto mondiale. Tutti i Paesi balcanici apparivano fragili ed incapaci di resistere alle ambizioni delle Grandi Potenze europee, in particolare a quelle – faraoniche – della Germania nazista. In un primo tempo cercarono di giocare la carta della neutralità, con varie concessioni; ma ben presto tutti i Balcani vennero a trovarsi sotto l'impero della più forte e aggressiva Potenza europea. Spettò pertanto a Hitler il compito di ridefinire la

---

<sup>37</sup> Per una esposizione, se pure sintetica, delle vicende balcaniche, nell'evoluzione storica, vedi *Les Balkans et l'Europe, Questions internationales*, n. 23, 2007, p. 6 ss.

geo-politica dei Balcani. Fu creato uno Stato indipendente di Croazia (comprendente anche la Bosnia), governato dal partito fascista di Ante Pavelic. La Serbia fu contenuta ed occupata.

Nel contesto della Jugoslavia venne organizzata una resistenza che si trasformò in una violenta guerra civile tra i movimenti politici di opposta tendenza.

I partigiani del “leader” comunista croato Josip Broz, detto Tito, resistettero sino ad ottenere il controllo della situazione, e la vittoria definitiva. I “titini” liberarono anche l’Albania.

Il bilancio, in fatto di vittime umane, fu molto pesante. Si calcolano circa un milione di morti su sedici milioni di abitanti.

## 12-

La Jugoslavia di Tito apparve intesa ad affermare la sua indipendenza da Mosca, e venne pertanto “scomunicata” da Stalin nel 1948.

In realtà il regime “titino” aveva riprodotto inizialmente il modello sovietico in ogni settore, imponendolo con forza. Molti furono i deportati nel “gulag” jugoslavo sull’isola di Goli Otak.

Vittime della ferocia titina furono anche le popolazioni italiane dell’Istria, di Fiume e della Dalmazia. Personaggi come Motika Ivan e Piskulic Oskar, arrogandosi potere di vita e di morte, infierirono sulla popolazione italiana dell’Istria, uccidendo e facendo uccidere uomini, donne e bambini, per il solo fatto di essere italiani, e, “come tali da eliminare per cancellarne l’identità in una terra da cui sarebbe dovuta scomparire ogni memoria di italianità”<sup>38</sup>.

**A)** Sul piano internazionale Tito si mostrò deciso a consolidare la sua posizione. A partire dal 1950 si fece promotore e sostenitore della politica del “non allineamento”, e fece qualche concessione alla libertà di espressione, consentendo, sia pure limitatamente, l’immigrazione.

Il regime di Tito apparve inteso ad elevare il livello di istruzione e ad attenuare le “specificità” balcaniche del passato, con le relative istanze nazionalistiche.

---

<sup>38</sup> Vedi, anche per quanto concerne l’accertamento giudiziale della tragica verità della “pulizia etnica” degli italiani nelle terre dell’Istria, di Fiume e della Dalmazia, A. SINAGRA, *Diritto e giustizia. Ragione e sentimento. Scritti giuridici e politici (1985-2004)*, Roma, Aracne, 2004, p. 85 ss.

Gli antagonismi nazionalistici non erano comunque sopiti nell'area balcanica, per cui varie misure restrittive furono adottate nei confronti di gruppi di minoranze: in Bulgaria per quanto concerne le minoranze turche, ed in Romania in rapporto alle minoranze ungheresi.

In Jugoslavia, nel 1981, un anno dopo la morte di Tito, si ebbero forti insurrezioni nel Kosovo.

Nel territorio balcanico della ex-Jugoslavia la situazione divenne caotica a causa dei nazionalismi portati all'esasperazione, che deflagrarono in conflitti di intensità tale da scuotere e smembrare l'intero territorio della Grande Federazione voluta da Tito, nella contrapposizione iniziale tra Serbi e Croati.

Particolarmente complesso e difficile da risolvere fu il conflitto croato-bosniaco, che si sviluppò con violenza nel 1993-1994. In realtà la Croazia aspirava, in chiave anti-serba, ad attribuirsi le aree della Bosnia in cui viveva il 17% dei Croati.

**B)** Gli accordi di Dayton del novembre 1995 furono firmati a Parigi il 14 dicembre 1995. Con tali accordi si cercò di definire, per quanto possibile, le frontiere della Croazia e della Bosnia, con una ripartizione ufficiale del territorio in due distinte entità: quella serba e quella croato-bosniaco.

In seguito agli accordi di Dayton il territorio bosniaco (comprendente l'Erzegovina) è stato ripartito tra la Federazione di Bosnia Erzegovina e la Repubblica "Srpska". Vi è inoltre una entità amministrativa autonoma, il distretto di "Brčko". Si auspica oggi una riforma degli accordi di Dayton, onde rafforzare la piena sovranità di uno Stato che appare indebolito dalle divisioni interne e disorientato sul piano internazionale, in modo da inquadrarlo in modo uniforme nel contesto di una Europa in divenire<sup>39</sup>.

La disgregazione della Jugoslavia e le guerre che l'hanno segnata hanno dato luogo alla dislocazione di parecchi milioni di persone, provocando la più grave crisi di rifugiati dopo la Seconda Guerra mondiale<sup>40</sup>. Ancor oggi il problema dei rifugiati provenienti dalle guerre in Croazia ed in Bosnia non è stato completamente risolto; vi sono tuttora molte persone in attesa di una soluzione stabile. Con tale impellente problema deve confrontarsi anche

---

<sup>39</sup> Vedi C. SOLLOZ, *La Bosnie Herzégovine: réformer Dayton!*, in *Les Balkans et l'Europe, Questions internationales*, cit., p. 51 e ss.

<sup>40</sup> Vedi M. MOROKVASIC, *Les réfugiés de l'ex-Yougoslavie*, in *Les Balkans et l'Europe*, cit., pp. 59-63.

l'Unione europea, di cui la Slovenia è entrata a fare parte dieci anni fa, e la Croazia nel luglio del 2013.

La Serbia è ancora divisa tra europeisti e nazionalisti, ma ha già fatto qualche passo sulla strada dell'adesione all'Unione. Il Montenegro, già da due anni, è in lista d'attesa. È però ancora presto per ipotizzare un ricongiungimento delle repubbliche jugoslave nel contesto dell'Unione europea.

In realtà l'Europa deve trovare un nuovo equilibrio “tra ambizione e realismo”, e l'Unione europea deve affrontare le sfide di un mondo che resta tragico.

LAURA DI BONA

*SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI OBBLIGHI INFORMATIVI  
(E NEOFORMALISMO) NEI CONTRATTI ASIMMETRICI*

SOMMARIO: 1. Premesse metodologiche: l'impiego della locuzione «contratti asimmetrici» in termini di ellissi descrittiva. – 2. Segue. Obblighi informativi e prospettiva funzionale. – 3. Circolarità fra gli obiettivi di tutela sottesi agli obblighi informativi. – 4. Obblighi informativi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il problema dei rimedi. – 5. Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: violazione dell'obbligo del professionista di informare il consumatore sul diritto di recesso. Inadeguatezza della sanzione testualmente prevista e interpretazione evolutiva. – 6. Profili di criticità degli obblighi informativi nella disciplina del credito al consumo e nel codice del turismo. – 7. Il rischio di un'ipertrofia informativa.

**1. Premesse metodologiche: l'impiego della locuzione «contratti asimmetrici» in termini di ellissi descrittiva**

A partire dai primi anni del nuovo millennio<sup>1</sup> si è diffusa nel lessico della scienza giuridica l'efficace locuzione «contratto asimmetrico», con la quale la dottrina<sup>2</sup> cui se ne deve la paternità ha identificato un nuovo paradigma

---

<sup>1</sup> Ad osservare nella prospettiva storico-evolutiva il fenomeno della progressiva, penetrante metamorfosi che ha investito la legislazione privatistica, specie in tema di contratto, ci si avvede che al processo si riconnettono radici ancor più risalenti. In generale, sui riflessi spiegati dall'evoluzione delle ideologie economiche sulla disciplina dei contratti, v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, in particolare p. 38 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è evidentemente a V. ROPPO, *Il contratto del duemila*<sup>3</sup>, Torino, 2011, il quale, nei diversi contributi ivi raccolti, delinea i tratti distintivi, sul piano concettuale, normativo e rimediabile, di una compiuta categoria: v., in particolare, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, p. 65 ss. e spec. 85 ss.; *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*

contrattuale<sup>3</sup>: un modello di contratto delineato da tratti fisionomici per un verso comuni ad una pluralità (via via crescente) di fattispecie normative di derivazione comunitaria e, per altro verso, sensibilmente dissonanti rispetto a quelli propri del contratto di diritto comune.

Come noto quest'ultimo, concepito quale espressione del potere di autoregolare i propri interessi riconosciuto ai privati dall'ordinamento (autonomia privata<sup>4</sup>), ispirato al principio di irretrattabilità del consenso (art. 1372 c.c.) ed assoggetto al controllo della buona fede oggettiva, nel codice unificato<sup>5</sup> aveva rinvenuto la sua più congrua cristallizzazione, ivi peraltro garantito quale categoria unitaria proprio dalla presenza di una disciplina generale.<sup>6</sup>

Esorbita dall'ambito della presente indagine una ricostruzione dei singoli passaggi che, segnando le tappe di un incessante processo di destrutturazione – sia esso concepito in termini di decodificazione *tout court*<sup>7</sup> o,

---

(con postilla sul “terzo contratto”), *ivi*, p. 91 ss. e spec. 102 ss. *Id.*, *prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; *Id.*, *From consumer Contracts to Asymmetric contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.

<sup>3</sup> V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 103, che così testualmente definisce il «nuovo paradigma»: «un modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto “in genere” consegnataci dagli artt. 1321 e segg. cod. civ., e che possiamo chiamare “contratto di diritto comune”».

<sup>4</sup> D'obbligo è il rinvio a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 49.

<sup>5</sup> F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, spec. p. 64 ss.

<sup>6</sup> Si vedano, per tutti, G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649, in particolare 663; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (art. 1321-1469 cod. civ.)*, 3, rist., Milano, 1952, p. 1; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 80.

<sup>7</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. Il dibattito sulla decodificazione si è ulteriormente animato proprio con riferimento alla emanazione dei diversi codici di settore (dal codice del consumo, al codice del turismo, al codice della *privacy*, al codice dei beni culturali, solo per citarne alcuni), rispetto ai quali la dottrina si interroga se essi segnino un ritorno alla cultura della codificazione, o invece rappresentino l'esito ultimo del relativo processo di destrutturazione. Per le diverse posizioni v. N. IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione*,

comunque, di crisi della centralità o della sufficienza del codice<sup>8</sup> – hanno determinato nei formanti legislativo, dottrinale e giurisprudenziale la necessità di abdicare al rassicurante archetipo contrattuale unitario, concorrendo all'elaborazione dell'attuale contesto policentrico e complesso.

Ai fini che qui interessano, è appena il caso di ricordare come, mentre è certamente fondato che già «ben prima di essere stravolti dal diritto privato europeo [...] i concetti del diritto interno erano in crisi – sicché – basterà considerare come tutti i principali fossero passati alla metà del novecento dal singolare al plurale: non la proprietà ma le proprietà, non il negozio ma i negozi; non l'obbligazione ma le obbligazioni»<sup>9</sup>, appare persino scontato che il decisivo impatto disgregante esercitato sul contratto codicistico, ed il relativo effetto di estraniamento dai suoi stessi principi ordinanti, siano derivati dalla disciplina di matrice europea informata agli obiettivi di tutela del contraente (più) debole, regolazione del mercato e promozione della libertà di concorrenza<sup>10</sup>.

---

in *Diritto e società*, 2005, p. 133, il quale, sottolineando l'estraneità dei nuovi codici alla logica ed al significato della codicistica tradizionale e la mancanza della cifra tipica di questi, reputa che i nuovi codici siano esplicativi di un effetto di mera semplificazione; in senso contrario, pur non ravvisando in essi un ritorno *tout court* alla codificazione, ne evidenzia tuttavia la piena rispondenza al valore dell'«organizzazione sistematica delle regole», U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 266, n. 13; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 98 s., il quale distingue a seconda che si declini il termine «codice» in accezione «debole» – nel qual caso la consolidazione delle discipline di tutela del contraente debole apparirebbe rispondente alla logica della ricodificazione – ovvero in accezione «forte», quale «veicolo di un progetto politico-culturale» (p. 99), compito rispetto al quale le normative della XVI legislatura apparirebbero inadeguate ed espressive, piuttosto, del linguaggio della decodificazione. Dubita della possibilità che vengano ulteriormente elaborati codici di impianto tradizionale, R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *D. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, V, 2010, p. 332 s.

<sup>8</sup> M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 24 ss.

<sup>9</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 774.

<sup>10</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 2: «L'irruzione dell'Europa e delle sue discipline così intrise di mercatismo nel territorio del contratto è stata la prima e più importante causa scatenante di quel

Non è tuttavia nel riscontro della suddetta frammentazione che trova fondamento l'elaborazione della categoria dei contratti asimmetrici, bensì, all'opposto, nella successiva scoperta di un'ulteriore frontiera evolutiva che, superata sia la centralità del modello unitario di contratto sia la sua polverizzazione in plurimi e diversificati schemi regolamentari, nuovamente richiama all'unità concettuale di un nuovo paradigma contrattuale<sup>11</sup>: (intanto) nuovo unitario paradigma (in quanto) dotato, per un verso, di forza agglomerante di tutte le fattispecie caratterizzate dall'asimmetria del potere contrattuale delle parti e, per altro verso, di speculare capacità distintiva rispetto alla tradizionale categoria dei contratti di diritto comune.

Ebbene, il fatto indubitabile che la suddetta fisiologica<sup>12</sup> asimmetria di potere contrattuale fra i paciscenti rappresenti precondizione fattuale co-

---

passaggio dall'unità alla pluralità delle figure di contratto, che è cifra del diritto contrattuale attuale»; A. PLAIA, *Introduzione*, in ID., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, p. 3 s., che sottolinea come proprio rispetto alla disciplina del contratto sia maggiormente emerso l'«indebolimento della vocazione generalista del diritto civile».

<sup>11</sup> V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 139: «il paradigma di un contratto la cui 'forza di legge' risulta notevolmente attenuata (per l'ampia somministrazione di recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali), un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico [...]; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento/responsabilità».

<sup>12</sup> Cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, ne *Il contratto del duemila*, cit., p. 139 s., che definisce fisiologiche «le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzanti, bensì standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e dall'altra parte del contratto» e «patologiche le asimmetrie di potere contrattuale (o, se si preferisce, le menomazioni della libertà negoziale) determinate da fattori che esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente [...]: come i vizi della volontà [...] o gli stati di pericolo o bisogno»; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 106, n. 35.

mune a tutti contratti in parola – come tale idonea a rappresentarne il minimo comune denominatore – non pare tuttavia argomento sufficiente a far assumere il contratto asimmetrico al rango di categoria concettuale alternativa ed impermeabile rispetto a quella dei c.d. contratti di diritto comune.

Considerazione che *a fortiori* vale rispetto alle diverse discipline, ove singolarmente considerate, dei contratti del consumatore da un lato, e dei rapporti fra imprenditori con differente potere negoziale dall'altro o, in altra prospettiva ancora, dei contratti fra professionista e «cliente» (sia esso persona fisica o impresa<sup>13</sup>). Anche tali normative divergono, reciprocamente nonché (più sensibilmente) da quella del contratto in genere, caratterizzandosi per la presenza, nella dinamica contrattuale, di ruoli connotati da una strutturale asimmetria di potere: ciò tuttavia non giustifica partizioni concettuali ancora ulteriori, peraltro pretese a fondamento di altrettante distinte categorie: «secondo»<sup>14</sup> e «terzo contratto»<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> A queste tre distinte aree di rapporti, e richiamando le tesi di V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., si riferisce A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, cit., *passim*, rispettivamente definendole «primo», «secondo» e «terzo cerchio della debolezza».

<sup>14</sup> Critico nei confronti di questa ulteriore sottopartizione, siccome fautore della più ampia categoria dei contratti asimmetrici, comprensiva tanto della disciplina dei contratti dei consumatori – c.d. B2C – che dei contratti fra imprenditore forte e imprenditore debole – c.d. B2B – nonché (più in generale) di tutti quelli in cui la parte debole rivesta il ruolo di «cliente», V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., spec. p. 131 ss.

<sup>15</sup> La formula si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione a G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, 2004, p. XIII-XIV. Alla figura è stato specificamente dedicato il convegno «Il terzo contratto»: Milano, 10 febbraio 2006. Il dibattito sul terzo contratto è molto nutrito: *ex multis*, si vedano i saggi raccolti in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), Bologna, 2008; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; critico verso la ricostruzione unitaria dei contratti asimmetrici C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss., specie p. 557 ss.; molto distante anche G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss., specie 859-861, che ascrive i contratti del consumatore all'ambito dei «contratti civili», distinguendoli nettamente dai contratti d'impresa. In senso critico, v. C. CASTRONOVO,

La dinamica degli affari evidentemente ci consegna molteplici e diverse situazioni in cui il rapporto fra le parti è, in concreto, ben lungi dall'esprimere la parità di forze che, in astratto, dovrebbe costituire garanzia di un'efficiente – se non giusta – dinamica contrattuale: esse ricomprendono non solo le relazioni fra professionista e consumatore, bensì ogni altro e diverso contratto caratterizzato da strutturale asimmetria di poteri, sia esso stipulato fra professionista e non professionista, o fra soggetti entrambi imprenditori e/o professionisti, dei quali (e purché) uno *più forte* e l'altro, specularmente, *più debole*.

Restano estranei a questo ambito di indagine solo i rapporti in cui entrambi i contraenti siano non professionali,<sup>16</sup> i quali, benché talora caratterizzati, in concreto, da disparità di potere, tuttavia non possono ascrivarsi alle discipline di regolazione del mercato, siccome (eventualmente) affetti da asimmetrie non già strutturali e seriali, bensì occasionali, legate alle qualità soggettive dei singoli contraenti coinvolti e, dunque, alle irripetibili peculiarità della relazione tra gli stessi intercorrente<sup>17</sup>.

Verso i rapporti caratterizzati da asimmetria strutturale, dei quali pertanto sia parte almeno un professionista, invece, il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire, settore per settore, a ridisegnare il quadro delle regole, al fine di favorire il ritorno di una corretta ed equilibrata dinamica contrattuale, garantita – o almeno perseguita – dalla previsione di una serie di cautele e correttivi.

Ispirati a tale logica risultano i tratti comuni alle suddette discipline:

---

*Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, Milano, 2006, p. 121; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415 ss., il quale, sia pure in una diversa prospettiva, finisce per avvalorare la prospettiva unificante rilevando che «i c.d. contratti dei consumatori non segnano alcuna soluzione di continuità rispetto a quelli stipulati da imprenditori» (p. 423-4).

<sup>16</sup> Variamente individuati con gli acronimi «P2P» da D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 301 ss., e «C2C» da R. PARDOLESI, *op. loc. cit.*, il quale tuttavia li include nell'area del c.d. terzo contratto, e da V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit. p. 121 s., che però ne esclude l'ascrivibilità alla categoria dei contratti asimmetrici, la quale postula che almeno uno dei contraenti sia un professionista.

<sup>17</sup> Cfr. V. Roppo, *op. loc. ult. cit.*; *contra*, A.P. SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006, il quale li considera invece in una prospettiva unitaria rispetto ai contratti che coinvolgono un professionista.

così l'ampia previsione di recessi di pentimento – con conseguente significativa attenuazione del principio di irrettrabilità del consenso – nonché di invalidità negoziali derivanti dal dilagare di vincoli di forma, contenuto, trasparenza e, in particolare, di obblighi informativi; invalidità, peraltro, sensibilmente depotenziata, quanto all'effetto di rimozione del vincolo, sia dall'ampio ricorso alla legittimazione relativa, sia dall'esaltazione del principio di conservazione del contratto, siccome (solo) selettivamente epurato delle clausole colpite da (più diffusa) nullità parziale. Coerente e funzionale, in questa prospettiva, il più diffuso ricorso al crisma dell'invalidità per sanzionare la violazione di regole (pur) di comportamento, nonché la crescente tendenza delle normative di settore ad incidere verticalmente nel *core* dei singoli assetti negoziali, in modo da perseguirne l'equilibrio, in senso non (più) solo normativo, bensì anche economico.

Una volta delineati tali caratteri distintivi, e prima di entrare nel merito degli specifici profili oggetto di riflessione, val la pena di riproporre il quesito se – di là dal mero effetto descrittivo e classificatorio – l'individuazione di un insieme qualificato di regole *comuni* possa allo stato definire una vera e propria categoria concettuale autonoma e distinta sia da quella del contratto di impianto codicistico – nella richiamata prospettazione unitaria dei contratti asimmetrici<sup>18</sup> – sia (addirittura) da quella stessa dei contratti dei consumatori, come tale ulteriormente confinabile nell'area del «terzo contratto».

Senza addentrarsi nel merito del dibattito<sup>19</sup> sui singoli caratteri che consentirebbero o, nella opposta prospettazione, scongiurerebbero un'assimilazione fra i contratti in cui siano parti un professionista ed un consumatore e quelli in cui, viceversa, si relazionino due imprenditori con diverso potere contrattuale (i cd. contratti *B2B e S2C*<sup>20</sup>) e limitandosi per ragioni di sintesi

---

<sup>18</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit.

<sup>19</sup> Per le opposte tesi si veda l'aperto dibattito fra A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss., specie 536-541 e V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 140 ss.

<sup>20</sup> L'acronimo «S2C» è coniato da V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 133, come riassuntivo di *supplier-to-customer* e riferito ai contratti stipulati fra un'impresa o professionista da un lato, ed un soggetto – indifferentemente operatore professionale o meno, persona fisica o impresa – che operi sul mercato dal lato della domanda, e cioè, nel contratto, in veste di acquirente di beni o servizi: in una parola, di cliente.

ad affermare (rinunciando ad esemplificare e dimostrare) che gli essenziali tratti fisionomici dei contratti dei consumatori si riscontrano anche nelle più recenti discipline dedicate ai contratti fra professionista dominante e professionista debole, è soprattutto l'opzione metodologica sottesa a questa riflessione che induce a prendere le distanze dalla delineazione di un «terzo contratto» ed anzi – a monte e più radicalmente – da pretese partizioni in un «primo», un «secondo» ed un «terzo contratto»<sup>21</sup>.

Il punto è infatti che la tesi del «terzo contratto» lavora per una ulteriore frammentazione del sistema, laddove, nella concezione dell'ermeneutica elaborata dalla dottrina più sensibile, compito e responsabilità del giurista è piuttosto quello di tendere ad una ricomposizione sistematica, unitaria e ordinante delle crescenti articolazioni e conseguenti complessità dell'ordinamento giuridico<sup>22</sup>.

Nella suddetta prospettiva, foriera di una visione armonica ed unitaria dell'ordinamento concepito quale sistema italo/comunitario delle fonti, occorre procedere ad un ripensamento complessivo delle partizioni e classificazioni operate dalla tradizione, considerando che, in modo del tutto naturale e fisiologico, anche il diritto comunitario concorre a (ri)delineare ed a (ri)comporre il c.d. diritto comune dei contratti.

Da scongiurare appare pertanto la pervicace e insinuante tentazione di ravvisare nell'impalcatura sistematica delineata dal codice civile del 1942 il diritto *comune* di riferimento nella regolamentazione dei rapporti fra privati, riservando alla normativa comunitaria e/o di derivazione comunitaria natura di diritto speciale, chiamato ad operare (soltanto) in deroga alla disciplina codicistica ed in presenza di specifiche ed espresse previsioni di rinvio.

Concezione tanto più censurabile, in quanto sostanzialmente fondativa

---

<sup>21</sup> V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., p. 120, n. 52, che chiosa osservando come il «tema che ci occupa sia percorso da una specie di ossessione per i numeri cardinali».

<sup>22</sup> Il riferimento è evidentemente alla prospettiva elaborata da P. Perlingieri che sottolinea il valore dell'unità dell'ordinamento giuridico pur nella sua complessità, risultante del concorso di una pluralità di fonti interne e comunitarie; enfatizzando il ruolo centrale e la responsabilità che, nel garantire una visione sistematica pur nella complessità, competono all'interprete. Fra i numerosissimi contributi si veda, a mero titolo esemplificativo, P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2006, I, p. 180 ss.

di un sistema schizofrenico, in parte ispirato al principio di eguaglianza formale (che permea il codice del 1942) e (solo) alternativamente informato a princìpi, quali quello di tutela del contraente debole, di garanzia dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, di proporzionalità e ragionevolezza, a loro volta espressivi del valore dell'eguaglianza sostanziale.

Anche il richiamo alle classificazioni delle norme giuridiche ed alle correlative distinzioni fra norme comuni e speciali, o regolari ed eccezionali, richiede pertanto particolare attenzione e sensibilità, specie se rapportato alle discipline in esame.

Norma speciale – nell'insegnamento tradizionale – è quella che si caratterizza per il ristretto grado di generalità e/o di astrattezza, nel senso che disciplina rapporti cui è interessata una ristretta serie di soggetti e di fatti.<sup>23</sup>

Ora, sia le discipline di derivazione comunitaria, sia la normativa che, benché di produzione interna<sup>24</sup>, appare chiaramente ispirata ai medesimi princìpi di tutela del contraente debole, garanzia dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, proporzionalità, non possono affatto reputarsi caratterizzate da un ridotto grado di generalità e di astrattezza.

E, per altro verso, se alla qualificazione in termini di regolarità di una normativa si perviene in ragione della (ed in rapporto alla) sua coerenza con i princìpi ordinanti e sovraordinati del sistema, allora si deve convenire che tutta la normativa che si ispira al principio di tutela del contraente debole sia certamente da qualificarsi regolare (non già speciale e tanto meno eccezionale), rivelandosi pienamente coerente sia con i princìpi costituzionali e sovraordinati di solidarietà sociale – dei quali correttezza e buona fede costituiscono concrete specificazioni – e di eguaglianza sostanziale (che ha la medesima matrice del più moderno principio comunitario di proporzionalità), sia col principio comunitario di tutela del contraente debole, che in via ulteriore rappresenta elemento imprescindibile per il buon funzionamento del mercato e della concorrenza.

Riconoscere ai contratti con asimmetria di potere e *a fortiori*, fra questi, ai contratti fra imprese (cd. terzo contratto), il ruolo di categorie distinte, espressive ciascuna, *di per sé*, di un nuovo paradigma, di un nuovo modello negoziale, significa reclamarne diversità e scissione, rispettivamente, sia dal

---

<sup>23</sup> P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 252 ss., M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, p. 31.

<sup>24</sup> Si pensi, ad es., alla legge n. 108 del 1996 in materia d'usura, o alla legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura.

contratto di diritto comune che dai contratti del consumatore, negando che tali discipline (c.d. contratti *B2C* e contratti *B2B*) possano, per via di interpretazione, ricondursi a coerenza, armonia ed unità.

Nel solco della richiamata concezione ermeneutica risulta allora evidente come l'impiego, in questa sede, della stessa definizione «contratto asimmetrico» debba intendersi non già come evocativo di una categoria ontologicamente distinta da quella dei c.d. contratti di diritto comune o del consumatore, bensì quale locuzione ellittica, meramente descrittiva della crescente pluralità di fattispecie normative<sup>25</sup> – quasi tutte di matrice europea – accomunate, sul piano fattuale, da una fisiologica asimmetria di potere delle parti contraenti e specularmente, sul piano delle regole, dall'obiettivo (legislativamente prefissato) di neutralizzare la suddetta disparità o disegualianza. Con ciò, peraltro, perseguendo contestualmente obiettivi multilivello, reciprocamente integrantisi in una sorta di sinergica circolarità: dalla protezione del contraente (più) debole, alla correzione dei fallimenti del mercato, all'incentivazione del libero gioco della concorrenza e così, in un virtuoso ritorno, a tutela della effettiva libertà negoziale dei pasciscenti<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Si vedano – ma l'elencazione non ha valore esaustivo – la disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192); dei contratti dei consumatori (Codice del consumo: d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); dell'affiliazione commerciale (l. 6 maggio 2004, n. 129); delle pratiche commerciali scorrette (Direttiva 2005/29/CE e relativo decreto di recepimento, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, refluato negli artt. 18 ss. del codice di settore); dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d.lgs. n. 50/1992, in attuazione della Direttiva CEE n. 577/85, confluita negli artt. 45 ss. c. cons.); dei contratti a distanza (d.lgs. 185/1999, attuativo della Direttiva 97/7/CE, inserita agli artt. 50 ss. c. cons.); della multiproprietà (d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, confluito negli artt. 69-81 *bis* c. cons.); dei pacchetti turistici (direttiva CEE n. 314 del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti «tutto compreso», recepita in Italia dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, le cui disposizioni, collocate in un primo tempo nel codice del consumo, sono confluite nel Codice del turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79); dei rapporti bancari e finanziari (la cui disciplina è la risultante di una serie di testi con disposizioni frammentarie, successivamente razionalizzate in Testi unici quali quello in materia bancaria, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e successive novellazioni attuative delle copiose direttive sopravvenute sulla materia); il Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, come modificato con d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 e d.lgs. 6 novembre 2007, n. 195, e integrato con Reg. CONSOB 29 ottobre 2007, n. 16190).

<sup>26</sup> La rilevata sinergia fra i diversi obiettivi di tutela – sindacato di lealtà nei rapporti di consumo, buon funzionamento del mercato e libertà di autodetermi-

Al perseguimento di tali obiettivi il legislatore (comunitario e nazionale) ha preordinato tecniche di tutela di tipo diverso, variamente incidenti sia su specifici tipi contrattuali, sia su particolari fasi della contrattazione: ora misure di protezione rivolte alla generalità dei potenziali consumatori e collocate a monte di qualsiasi rapporto con uno specifico operatore professionale (così le norme in tema di educazione al consumo<sup>27</sup>, informazione sui prodotti e sui prezzi, pubblicizzazione delle condizioni generali di contratto, disciplina dell'attività promozionale e pubblicitaria); ora forme di regolamentazione della fase prenegoziale, con la prescrizione di obblighi informativi che tuttavia estendono la loro efficacia anche alle fasi successive; ora l'ampia previsione di vincoli formali e di contenuto, nonché del recesso quale esercizio dello *jus poenitendi*<sup>28</sup>.

In un contesto sì caratterizzato da ambiziosi obiettivi di tutela, comuni a settori pur eterogenei, non è dunque auspicabile propendere per l'artificiosa creazione di nuove categorie omnicomprensive, entro le quali forzatamente ridurre la molteplicità ad unità, né, all'opposto, enfatizzare ogni singolo elemento discretivo di ciascuna fattispecie, elevandolo a tratto fondante di categorie distinte, autonome e reciprocamente impermeabili ai rispettivi rimedi.

Essenziale si rivela, piuttosto, il ricorso alla prospettiva ermeneutica incentrata sul profilo teleologico ed assiologico degli istituti, informata alla

---

nazione del contraente debole – è opportunamente sottolineata in dottrina: cfr. L. DI NELLA, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in G. CAVAZZON, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO, (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 239; A. PERA, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarità?*, in A.A.V.V., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. RAFFAELLI, Milano, 2009, p. 337; ; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 55; S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato: fra disomogeneità del quadro normativo e responsabilità dell'interprete*, in *corti marchigiane*, 2007, 2-3, p. 278 s., ora anche in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, Napoli, 2009, p. 353 ss.; ID., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss.; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 178.

<sup>27</sup> Artt. 2 ss., d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>28</sup> Cfr. M.C. CHERUBINI, *Pratiche commerciali ingannevoli ed effetti sul contratto: alcune osservazioni ed un'ipotesi*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 447.

ricerca degli strumenti di tutela in concreto più funzionali alla salvaguardia degli interessi meritevoli ed orientata sul valore della unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico.

Risulta così possibile ed utile discernere, nell'ambito della complessa disciplina comunitaria e nazionale dei contratti con asimmetria di potere, fra «regole e principi non esportabili, a vocazione più propriamente speciale e destinati per tale ragione ad operare nel contesto del (solo) cerchio di debolezza per il quale sono stati legislativamente previsti»,<sup>29</sup> e regole e principi a vocazione generale, dotate di trasversale capacità espansiva, come tali destinate a trovare applicazione a fattispecie pur diverse da quelle di stretta previsione, a condizione che ciò risulti funzionale ad una efficace tutela dell'interesse più meritevole<sup>30</sup>.

## 2. Segue. Obblighi informativi e prospettiva funzionale

Sulla scorta di tali premesse metodologiche, è ora possibile muovere verso una più specifica considerazione delle due direttrici rispetto alle quali è ordinata la presente riflessione sui contratti con asimmetria di potere: neo-formalismo e obblighi di informazione.

---

<sup>29</sup> A. M. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 14.

<sup>30</sup> Cfr. In tal senso M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno resp.*, 2005, n. 3, p. 248 ss., che sostiene il potere del giudice di ricostruire, dopo averne constatata la nullità, la clausola sul termine di pagamento (art. 7, comma 3, d.l.s. 9 ottobre 2002, n. 231 sulla disciplina dei ritardi nei pagamenti), anche con riferimento alle ipotesi in cui il giudice dichiara nulle clausole frutto di abuso di dipendenza economica; condiviso da V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 130-131; *contra*, L. DELLI PRISCOLI, "Consumatore", "imprenditore debole" e principio di eguaglianza, in *Contr. impr. Eur.*, 2003, p. 749 ss., il quale invece esclude radicalmente la possibilità di estendere per via di analogia ai contratti dell'imprenditore debole la disciplina dei contratti del consumatore; nel senso del testo, ancora, A. M. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 13, per il quale la disciplina dell'abuso di dipendenza economica può trovare applicazione anche quando vittima dell'abuso sia un consumatore; *contra*, G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto*, 2010, in particolare 66 ss.; nel medesimo senso anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 291 ss.

Si tratta di direttrici distinte, non coincidenti<sup>31</sup>, che tuttavia in questa sede verranno prese in esame ove si presentino come un'endiadi, sì da coglierne le interconnessioni, la funzionalità comune e la reciproca sinergia. Ciò al fine di tentarne una valutazione sul piano teleologico-funzionale, che ne ponga in risalto, per un verso, le finalità perseguite sotto il profilo della tutela degli interessi e, per altro verso, l'effettività della tutela medesima, cioè la conformità (o meno) del mezzo al fine, del risultato conseguito all'obiettivo prefigurato.

Per ragioni di sintesi non si procederà ad una esaustiva rassegna in orizzontale delle copiose disposizioni normative concernenti obblighi formali ed informativi, limitandosi pertanto ad alcuni richiami a campione – ove il nesso funzionale tra gli stessi si appalesi più chiaramente e/o dove più problematico appaia il profilo dei rimedi – onde fornire, se non la dimostrazione, quanto meno una suggestione rispetto ai profili valutativi sopra delineati e ad eventuali criticità emergenti dalle discipline in esame.

Necessaria, tuttavia, una premessa: nell'accingerci a questa riflessione occorre abdicare a qualunque aprioristico atteggiamento di pregiudiziale valutazione, in termini positivi o negativi, delle tendenze normative riassunte nelle espressioni neoformalismo ed obblighi informativi: rinunciare pertanto a qualunque preconcepita demonizzazione critica, come pure ad entusiastiche quanto meccaniche esaltazioni delle “magnifiche sorti e progressive”, siccome essi non rappresentano, a ben vedere, che strumenti e tecniche di tutela di interessi. Giova qui richiamare l'insegnamento secondo il quale «Lungi [...] dall'attribuire al formalismo giudizi pre-concetti, posi-

---

<sup>31</sup> Distingue nettamente trasparenza e forma S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 7, osservando che «le norme sulla trasparenza lungi dal dettare dei requisiti di struttura della fattispecie, pongono in realtà il diverso problema di una sufficiente “adeguatezza”, tale perché per lo più parametrata ai comuni canoni dell'ordinaria conoscenza, nella formulazione e stesura di tutte le clausole contrattuali unilateralmente predisposte. [...] Di talché, per il tramite della trasparenza, quel che si contestualizza è anzitutto un problema di scienza pienezza del consenso prestatato (dal consumatore) e non di qualità intrinseca del documento contrattuale. La trasparenza, nel lessico del legislatore europeo, evoca infatti (pur se non solo) una questione di formarsi responsabile della volontà in seno al contratto *standard*, non un requisito di forma [...] la trasparenza di un testo contrattuale, valore mezzo e non fine, illumina l'*an* ed il *quantum* dell'accordo, mentre la forma non ha nulla a che spartire con la consapevolezza che il consumatore abbia dei propri diritti contrattuali. La forma, infatti, o c'è o manca».

tivi o negativi, occorre individuarne le radici e le funzioni»,<sup>32</sup> assoggettando anche le prescrizioni di forma al controllo di meritevolezza, sia sotto il profilo dell'effettività della prefigurata tutela di interessi, sia (più in generale) della sua congruità ai principi e ai valori fondamentali di riferimento nel settore oggetto di disciplina.

È appena il caso di precisare, ancora, che lo stesso impiego del termine (neo)formalismo deve intendersi scevro da generalizzanti giudizi di valore sui (pur dilaganti) vincoli di forma dettati per i contratti asimmetrici.

Come per qualsivoglia prescrizione formale, anche rispetto a quelle in esame un compiuto giudizio di meritevolezza non può esaurirsi nella considerazione del mero dato quantitativo, meccanicamente ravvisando derive formalistiche nel solo moltiplicarsi delle disposizioni che vincolano la forma dei contratti con asimmetrie di potere. Occorre piuttosto una valutazione che attenga al profilo qualitativo delle prescrizioni medesime, fondata sulla verifica della sussistenza di un rapporto da mezzo a fine tra forma ed interesse oggetto di tutela.<sup>33</sup>

Come precisato dalla dottrina più sensibile, «Si ha formalismo quando si assume la forma come fine a sé stessa e se ne esalta il ruolo a prescindere dall'individuazione del fondamento giuridico che la giustifica. Se tale forma funge da garanzia di interessi o di valori privilegiati costituzionalmente, la sua utilizzazione o il suo rispetto non sono formalismo»<sup>34</sup>.

Nel tentare una valutazione sulle prescrizioni formali ed informative oggetto di previsione nelle discipline di protezione del contraente debole, *market regulation* e tutela della concorrenza, occorre pertanto scongiurare il rischio di accedere ad uniformanti giudizi di sintesi e, invece, rigorosamente discernere tra forme legali rivelatrici di prescrizioni inadeguate – per difetto o per eccesso – e dettati normativi espressivi di un rinnovato formalismo qualitativamente conformato agli obiettivi di tutela che informano le legislazioni comunitarie e ai valori di rilevanza costituzionale che pure in esse si riflettono.

In altri termini, si tratta di esprimere un giudizio di idoneità rispetto ad interessi preminenti, che supera un'astratta valutazione in termini di ragio-

---

<sup>32</sup> P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 18.

<sup>33</sup> Cfr. D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Ius*, 1940, p. 443.

<sup>34</sup> P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 60.

nevolezza assoluta e si permea dei parametri di proporzionalità,<sup>35</sup> adeguatezza e ragionevolezza in concreto.

Nella disciplina dei contratti asimmetrici compare una vasta gamma di ipotesi nelle quali il formalismo – *rectius*, il ricorso alla forma vincolata – appare funzionalmente connesso a specifici obblighi di informazione e si prospetta come strumento di attuazione di interessi ed obiettivi di primaria rilevanza nell'ordinamento giuridico, quale risultante del concorso delle fonti interne e comunitarie.

Nella misura in cui tali prescrizioni formali e informative risultino concretamente strumentali al perseguimento del diritto alla salute, alla sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla tutela della libertà negoziale consapevole, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, alla promozione della libera concorrenza, all'erogazione di servizi pubblici secondo *standards* di qualità ed efficienza, esse non potranno dirsi costruite o imposte come forma fine a se stessa, arbitraria e capricciosa.<sup>36</sup> Esse, al contrario, risulteranno apprezzabili per la funzione attuativa di valori fondamentali che trovano rinnovato alimento nelle incessanti evoluzioni del mercato, nella necessità di regolarlo per prevenirne i fallimenti, e nella garanzia che le operazioni economiche si svolgano nel rispetto della dignità umana e, più in generale, del supremo valore della persona.

Ad opposta valutazione dovrà invece pervenirsi – nel dichiarato ripudio di pregiudiziali e generalizzanti valutazioni della forma in termini di valore o disvalore – rispetto alle prescrizioni di obblighi informativi e connessi requisiti formali che si rivelino tecnica inadeguata alle sottese finalità protettive, ridondando così in formalismo burocratico, inidoneo a realizzare una tutela sostanziale degli interessi, bensì puramente estetica.

A titolo meramente esemplificativo rispetto alle considerazioni svolte, e

---

<sup>35</sup> Sull'incidenza del principio di proporzionalità sui rapporti contrattuali, v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2001, p. 237 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 339; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2004, p. 686 ss.; ID., *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 279 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 13 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.

<sup>36</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 61.

senza alcuna pretesa di esaustività sistematica, giova ora richiamare il dato positivo ed esaminare alcune previsioni normative di derivazione comunitaria nelle quali si riveli la suddetta endiadi fra obblighi informativi e vincoli di forma, mettendone in luce eventuali profili problematici sul piano dei rimedi.

### 3. Circolarità fra gli obiettivi di tutela sottesi agli obblighi informativi

Gli obblighi informativi che, con tendenza alluvionale, sono (stati) via via introdotti nelle disciplina dei contratti con asimmetria di potere rappresentano uno dei maggiori punti di emersione della circolarità, più sopra evidenziata, fra i diversi interessi oggetto di tutela della normativa comunitaria. In essi, forse più che in altre prescrizioni, si appalesa infatti lo stretto nesso funzionale tra obiettivi di protezione del contraente debole, regolazione del mercato e tutela della concorrenza, in uno con la garanzia di un'eguale (in senso sostanziale) libertà negoziale dei contraenti.

Istanze di riequilibrio delle asimmetrie informative, normative ed economiche tipiche dei rapporti fra professionista e consumatore, o fra imprenditori con diverso potere contrattuale, rispondono pertanto all'interesse non soltanto del contraente debole parte del singolo rapporto, bensì anche del più generale complesso degli operatori di riferimento, e del contesto tutto nel quale essi si riforniscono o approvvigionano, a seconda delle rispettive posizioni, di beni e servizi: in una parola, del mercato. Alla tutela di questo coacervo di interessi, apparentemente concorrenti ma in realtà convergenti verso comuni obiettivi di efficienza ed equità sostanziale dei rapporti, risultano pertanto direttamente funzionali gli obblighi di informazione dilaganti nella normativa in esame.

Evidente appare dunque il nesso che lega l'informazione, per un verso, alla tutela del contraente più debole e, per altro verso, al mercato, nel senso che essa concorre in modo decisivo ad un più virtuoso funzionamento di quest'ultimo, in termini di efficienza e competitività.<sup>37</sup> Come sottolineato in dottrina, «si possono correttamente apprezzare le prescrizioni in materia di informazione del consumatore solo se si tiene conto della rilevata

---

<sup>37</sup> A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 556, sintetizza: «un mercato più informato è più efficiente».

ambivalenza. Mai va dimenticato, infatti, che esse sono la risultante della congiunta e simultanea attrazione esercitata da due poli, l'uno che rimanda al rapporto "asimmetrico" tra consumatore e professionista e all'avvertita necessità di apprestare al primo una protezione rafforzata, l'altro alla dimensione superindividuale degli interessi legati alla creazione di un mercato florido, efficiente e competitivo. D'altronde, tutela dei consumatori finali e corretto funzionamento del mercato sono i cardini inscindibili del diritto della concorrenza».<sup>38</sup>

Relativamente al primo dei due profili, gli obblighi informativi di matrice comunitaria restano funzionali alla formazione di un consenso reale ed effettivo – appunto perché consapevole – con ciò allineandosi al modello contrattuale della tradizione<sup>39</sup>; da questa si distinguono, invece, per il fatto che vedono estesa la propria efficacia ben oltre il momento formativo del negozio, investendo ogni fase del contratto – preliminare, coeva e persino successiva alla stipulazione<sup>40</sup> – ed accompagnandosi, di regola, alla prescrizione della forma scritta. Si è impiegata, in proposito, l'espressione «forma

---

<sup>38</sup> G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2001, p. 7; v. anche F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936, il quale rileva come tra i due termini – protezione del consumatore e regolazione del mercato – non ci sia possibilità di graduazione; ben evidenzia inoltre che quanto più il mercato è efficiente, tanto più aspra è la concorrenza delle imprese e, quindi, maggiori le opportunità per il consumatore di acquistare il prodotto migliore al prezzo più conveniente, aggiungendo altresì che «l'informazione dei consumatori, presupposto essenziale per un'effettiva concorrenza tra le imprese, non può realizzarsi semplicemente lasciando le forze economiche libere di operare» (p. 937).

<sup>39</sup> Cfr. F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 873, secondo il quale il «legislatore comunitario si è anzitutto preoccupato di dettare misure volte a dare luogo ad un consenso effettivo perché informato, muovendo dal presupposto secondo il quale solo una decisione consapevole è davvero riferibile ad una scelta di autonomia, per tutta una serie di ragioni, sulle quali è inutile qui insistere, stante la loro notorietà nei singoli ordinamenti nazionali ancora prima del momento in cui sono diventate il fulcro intorno al quale ha iniziato a muoversi la legislazione di matrice europea».

<sup>40</sup> Cfr. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 244; G. GRISI, *op.cit.*, p. 8, che parla di «tendenza a fare del contratto un veicolo di informazioni».

informativa»,<sup>41</sup> proprio perché evocativa della funzione *strictu sensu* informativa cui è deputata la prescrizione formale.

#### 4. Obblighi informativi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il problema dei rimedi

Significativa esemplificazione degli obblighi informativi così caratterizzati si rinviene nella normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Come noto, con decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146 è stata introdotta nel nostro ordinamento, in attuazione della Direttiva CE n. 29/2005, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette<sup>42</sup> fra professionisti e consumatori, la quale, ampliando il precedente assetto di tutela affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ne ha esteso l'intervento ad ogni forma di comunicazione commerciale, comunque effettuata, nonché a tutte le pratiche commerciali attuate dai professionisti nei confronti di consumatori o microimprese<sup>43</sup> in occasione di un'operazione commerciale.

La previsione normativa prende ad oggetto un'ampia ed eterogenea congerie di condotte, comprensiva di azioni, omissioni, dichiarazioni, atti negoziali e comunicazioni commerciali, ivi compresa la pubblicizzazione e commercializzazione del prodotto poste in essere da un professionista, in occasione della promozione, vendita o fornitura di un bene ad un consumatore (art. 18, comma 1, lett. *d*), c. cons.)<sup>44</sup>. Eterogeneità delle

---

<sup>41</sup> B. PASA, *Forma informativa*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, V, 2010, p. 651 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 49, che attribuisce a G. DE NOVA, *Tipico ed atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Diritto dei trasporti*, 1995, p. 720, di aver impiegato per primo la suddetta locuzione.

<sup>42</sup> La direttiva impiega il termine «sleali».

<sup>43</sup> Previsione introdotta dall'art. 7 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha integrato il disposto dell'art. 19 c. cons. estendendo la tutela anche alle relazioni tra professionisti e microimprese, la cui definizione è precisata nell'art. 18, lett. *d*) *bis*, c. cons. La previsione conferma che la *ratio* sottesa alla repressione delle pratiche commerciali non si esaurisce nella tutela del consumatore: cfr. S. STANCA, *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2014, p. 205, n. 5.

<sup>44</sup> Cfr. G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L.

condotte vieppiù esaltata dall'ampiezza del lasso temporale oggetto di previsione, rientrando nell'ambito applicativo della previsione le pratiche poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale (art. 19 c. cons.) (interessante, ad esempio, il richiamo alla sistematica omissione di una risposta alla corrispondenza inviata dal consumatore, al fine di dissuaderlo dall'esercizio delle sue prerogative: art. 26, lett. d), c. cons.)<sup>45</sup>.

Il divieto delle pratiche commerciali scorrette è articolato attraverso disposizioni normative puntuali, corredate altresì da una clausola generale che funge da norma di chiusura con funzione residuale. Quest'ultima, contenuta nell'art. 20, comma 2, c. cons., delinea la nozione di pratica commerciale scorretta: «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un

---

Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 366; nello stesso senso, E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, *ivi*, p. 76-77, il quale evidenzia come la normativa faccia riferimento «non ad atti o contratti, ma all'attività commerciale: la norma rinvia all'intera attività e non ad una fase negoziale, e prescinde quindi dalla sussistenza di un rapporto negoziale, volendo tutelare il consumatore in ogni fase del processo di consumo»; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contratti*, 2011, p. 166, che evidenzia il cambio di prospettiva realizzato con la disciplina in commento, nella quale l'attenzione del legislatore si sposta dalla singola operazione, dal singolo atto-contratto, verso la pratica commerciale dell'impresa, la sua attività; R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale: cenni preliminari*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2006/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, 2008, p. 484 ss., che sottolinea l'esigenza di non confondere il piano delle regole dei rapporti con quello delle regole dell'attività: ID., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 157 s.; ID., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in ID. (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 457,

<sup>45</sup> Cfr. A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2001, p. 574, rileva come l'ambito applicativo della normativa si estenda oltre i confini del tradizionale intervento legislativo sull'autonomia privata, per contemplare ciò che sta prima, intorno e fuori del contratto.

gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

All'interno del *genus*, si specificano poi, rispettivamente, le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, egualmente descritte mediante clausole generali (artt. 21, 22, 24, 25 c. cons.), per cui «ingannevole» è la pratica, estrinsecantesi in azioni od omissioni, idonea ad indurre in errore il consumatore medio, precludendogli di agire in modo consapevole; «aggressiva» è invece la pratica suscettibile di menomare sensibilmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, mediante molestie o coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica e all'indebito condizionamento. In entrambe le fattispecie, la pratica risulta idonea ad alterare la capacità del consumatore medio di decidere consapevolmente, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe adottato (art. 18, comma 1, c. cons.).

Infine, nell'ambito delle rispettive categorie, sono previste alcune fattispecie tipiche, di pratiche da considerarsi in ogni caso ingannevoli (art. 23 c. cons.) o aggressive (art. 26 c. cons.).

Espressivo della ipotizzata endiadi obblighi informativi-vincoli di forma risulta, in particolare, l'art. 22 c. cons., il quale prescrive un numero chiuso di informazioni essenziali che l'impresa ha l'obbligo di comunicare, qualora non risultino evidenti già dal contesto<sup>46</sup>. La corrispondente fattispecie concreta di interesse ai nostri fini si specifica pertanto nella pratica ingannevole per omissione che si realizzi nella violazione, da parte del professionista, dei suddetti obblighi informativi e che risulti idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Sotto il profilo della tutela, in conformità alle previsioni della direttiva (art. 11.2), il legislatore nazionale ha previsto il provvedimento inibitorio, rimesso alla competenza della Autorità garante della concorrenza e del mercato, azionabile d'ufficio o su istanza «di ogni soggetto o organizzazione

---

<sup>46</sup> Le informazioni riguardano le caratteristiche principali del prodotto; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista; il prezzo comprensivo delle imposte e in genere delle spese che potranno essere addebitate al consumatore; le modalità di pagamento; la consegna; l'esistenza di un diritto di recesso. Sono infine considerati rilevanti gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario connessi alle comunicazioni commerciali e stabiliti dettagliatamente da un allegato alla direttiva.

che ne abbia interesse» (art. 27, comma 2, c. cons.). Ad esso sono inoltre affiancate sanzioni amministrative di carattere pecuniario.

Prevista espressamente la tutela di carattere preventivo, il legislatore nazionale non ha invece provveduto (benché la direttiva comunitaria gliene avesse sostanzialmente rimesso la missione<sup>47</sup>) alla definizione dei rimedi di carattere successivo azionabili dal singolo consumatore che, in una specifica contrattazione, abbia subito gli effetti di una pratica scorretta da parte dell'impresa<sup>48</sup>.

Tale lacuna per un verso costituisce un ulteriore *vulnus* sul piano dell'efficacia dell'*enforcement* – peraltro già ampiamente indebolito dall'ancoraggio del giudizio sulla slealtà della condotta a criteri soggettivi quali il *target* del consumatore medio<sup>49</sup> e la diligenza professionale<sup>50</sup> e, per altro verso, aggrava la responsabilità dell'interprete, riservandogli il delicato compito di addentrarsi, per via interpretativa, nel «cuore del cuore del diritto civile».<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> L'art. 3, comma 3, fa salve le disposizioni normative nazionali in materia contrattuale, in particolare quelle sulla formazione, validità o efficacia del contratto. In merito, v. M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, p. 266 ss.; V. MELI, *Le pratiche commerciali sleali*, in P. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, p. 198 s.

<sup>48</sup> In sede di commento alla direttiva la dottrina aveva auspicato una espressa presa di posizione in tema di rimedi: cfr. A. COSTA, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 253; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 170 s., il quale ipotizza l'introduzione di una nuova nullità di protezione; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 178, che prospetta un'alternativa fra nullità relativa e annullabilità.

<sup>49</sup> Sottolinea invece l'opportunità del riferimento al consumatore medio C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 6, 2010, p. 408 ss.

<sup>50</sup> In particolare, l'art. 2, lett. b) qualifica la diligenza professionale come il «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori». Sulla nozione, V. MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, p. 257.

<sup>51</sup> L'efficace espressione è di V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto?)*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies*

L'individuazione dei rimedi al contratto derivato da una pratica commerciale scorretta postula una prima opzione di fondo, a seconda che, continuando a predicare tralattivamente una supposta incomunicabilità fra regole di comportamento e regole di validità, si escluda che la violazione di un dovere di comportamento possa ridondare nell'invalidità del contratto<sup>52</sup> ovvero, cogliendo l'anacronismo della suddetta impostazione, si acceda al rimedio della nullità.

Cogliendo i crescenti indici normativi che testimoniano il superamento del principio di non interferenza,<sup>53</sup> la dottrina si è prevalentemente orientata

---

*in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 207, che così sottolinea la centralità del profilo dei rimedi contrattuali.

<sup>52</sup> Nella prima impostazione, evidentemente, il rimedio azionabile avverso le conseguenze di una pratica commerciale scorretta si esaurisce nel risarcimento del danno. V. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 10, 2009, p. 775 ss., che individua nel rimedio risarcitorio lo strumento di tutela più efficace per il consumatore.

<sup>53</sup> Per l'opinione della perdurante vigenza della distinzione, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 44-47; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104 ss.; ID., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 130; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 9; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 202 ss.; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 458; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 252 ss. In giurisprudenza l'orientamento di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725 è stato successivamente applicato da Cass., Sez. VI, sottosezione III, 14 dicembre 2010, n. 25222 (ord.), in *CED Cassazione*, rv. 614877. Sostengono il superamento del principio di non interferenza, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 417 ss.; ID., *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, *ivi*, 1996, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003, p. 241 ss.; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei contratti: invalidità e inefficacia*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., p. 231 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936 ss.; A. FACHECHI, *regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 339 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per a violazione delle regole di*

ad accedere, in caso di contratti stipulati per effetto di pratiche commerciali sleali, alla categoria delle invalidità negoziali. Si è ipotizzato, anzi tutto, il ricorso all'azione di annullamento per dolo,<sup>54</sup> soluzione che tuttavia si espone ad alcune obiezioni, essenzialmente derivanti dall'inidoneità del rimedio di cui all'art. 1439 c.c. – considerato il limitato ambito applicativo che lo caratterizza – a rispondere alle (più) ampie finalità protettive sottese alla riprovazione (e repressione) legislativa delle pratiche commerciali scorrette.

Viene in considerazione, anzi tutto, l'assai controversa applicabilità del rimedio di cui all'art. 1439 c.c. alla reticenza<sup>55</sup> e al mendacio, categorie concettuali alle quali propriamente devono ascrivere le pratiche omissive previste nell'art. 22 cons.

Dirimente appare inoltre la considerazione che, mentre l'azione di annullamento per dolo postula la dimostrazione del nesso causale fra raggiro e stipulazione, richiedendo pertanto che l'effetto decettivo si sia effettivamente compiuto, per contro il codice del consumo censura l'idoneità anche

---

*condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 303 ss.; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 406; I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 109 ss.; S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 353 ss.; E. GIORGINI, *Repressione delle pratiche sleali fra direttiva n. 29/2005/CE e sistema nazionale: riflessioni in vista del recepimento*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 490. In giurisprudenza, v. Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 449.

<sup>54</sup> M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 238 ss.; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 10, 2007, p. 781 ss.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 487.

<sup>55</sup> Sulla reticenza v., per tutti, G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 157 ss.; M. DE POLI, *Servono ancora i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2004, p. 911 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2013, p. 67 ss.

solo potenziale della pratica scorretta ad indurre il consumatore ad un'errata scelta economica<sup>56</sup>.

Non è un caso, d'altra parte, che la categoria dell'annullabilità sostanzialmente non compaia nella normativa comunitaria, nella quale – proprio in forza dei dilaganti obblighi (formali ed) informativi – la tendenza all'oggettivazione e alla procedimentalizzazione del consenso appare sì immanente al fenomeno contrattuale che l'accertamento sostanziale dell'*in idem placitum consensus* diventa ormai residuale.<sup>57</sup>

Conferma di ciò – ad ulteriore dimostrazione che i contratti in esame si attestano a distanze siderali dalla categoria fondata sul principio volontaristico<sup>58</sup> – si trae dalla progressiva affermazione di un principio di vincolatività delle dichiarazioni pubblicitarie, le quali evidentemente spiegano la loro efficacia in un momento antecedente la fase negoziale<sup>59</sup> (quanto meno se strettamente riferita alla stipulazione) *a fortiori* se destinate ad un pubblico indefinito di consumatori.

D'altra parte, tale vincolatività vieppiù si giustifica, nell'ottica di garantire un'effettiva protezione al contraente debole, ove si consideri che il messaggio pubblicitario, proprio per il suo apparente rivolgersi ad una generalità (più o meno indifferenziata, a seconda dei prodotti o servizi in questione) di destinatari e non già al singolo (utente, acquirente), finisce per risultare ben più insidioso, per il consumatore, di quanto non sia una vera e propria dichiarazione prenegoziale. Il consumatore, infatti, non percependosi quale interlocutore diretto, cioè quale specifico obiettivo strategico della comunicazione promozionale, si dispone a riceverla con un livello di

<sup>56</sup> L'argomento è efficacemente spiegato da S. STANCA, *op. cit.*, p. 215.

<sup>57</sup> F. ADDIS, *op. cit.*, p. 879; G. GRISI, *op. cit.*, p. 15; R. DI RAIMO, *Art. 1428*, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1429 bis e leggi collegate*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, IV, Milano-Torino, 2011, p. 73; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 275 ss. Più in generale, sulla procedimentalizzazione del consenso, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 329.

<sup>58</sup> La concezione volontaristica è riconducibile a E. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 66 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 10 ss.; ID., *Il negozio giuridico è atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, c. 41 ss.

<sup>59</sup> F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 474.

guardia sopito, meno vigile rispetto a quando, intrapresa una vera e propria fase precontrattuale, è conscio di essere interlocutore diretto e specifico del professionista. Ciò che evidentemente ancor più lo espone al subdolo potere condizionante della pubblicità.

Si comprende pertanto, anche per tale via, come il rimedio dell'annullabilità, così radicato nel principio consensualistico, non appaia il più aderente allo spirito della normativa in esame.

Si giunge, per questa via argomentativa, ad individuare nella nullità il rimedio più adeguato agli obiettivi di tutela del contraente debole e di perequazione dei rapporti commerciali sottesi al divieto di pratiche sleali: ora riconoscendo alle prescrizioni di obblighi informativi natura imperativa – sul presupposto che la normativa consumeristica abbia rilevanza sul piano dell'ordine pubblico economico – e conseguentemente sanzionando le relative violazioni con la nullità *ex art.* 1418, comma 1, c.c.;<sup>60</sup> ora, nella preferibile prospettiva che evidenzia il profilo funzionale delle invalidità,<sup>61</sup> ravvisando nella pratica sleale l'esercizio di un abuso del potere di determinazione del regolamento di interessi (fonte, per il professionista, di un ingiustificato vantaggio) sanzionabile col ricorso alle nullità di protezione.<sup>62</sup>

Preme peraltro sottolineare come neppure la nullità rappresenti sempre l'unico rimedio proponibile, né il più adeguato, siccome talora più idonei – poiché necessari ma anche sufficienti allo scopo protettivo, cioè proporzionati e ragionevoli – possono risultare, a seconda dei casi con-

---

<sup>60</sup> L. DI NELLA, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, cit., p. 246; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1120; R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 260 ss.

<sup>61</sup> S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 283; I. MARINELLI, *La disciplina delle pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/Ce: luci e ombre sul livello di protezione assicurato al consumatore*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 498 s.

<sup>62</sup> In tema di nullità di protezione v., *ex multis*, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 185; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 107 ss.; L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia negoziale e la nuova filosofia cui s'informa il regime delle invalidità*, in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003, p. 5 s.; V. SCALISI, *Diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, I, p. 843; *Id.*, *Nullità e inefficacia*, cit., p. 454 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 388 ss.

creti, rimedi diversi, quali l'inopponibilità di singole clausole o recessi di pentimento.

Piuttosto che vincolarsi entro le ristrette maglie di un regime unico, all'interprete dunque compete – e conviene, nel senso che è più utile rispetto alle finalità protettive del consumatore – attingere ad un regime pluralistico, differenziato e flessibile di tecniche di tutela, fra le quali selezionare, volta a volta a seconda delle peculiarità del caso concreto, quella più funzionale allo scopo.<sup>63</sup>

Significative, sotto il duplice profilo dell'effettività della tutela sottesa agli obblighi informativi e del fondamentale ruolo dell'interprete, appaiono le prime applicazioni della normativa sulle pratiche scorrette da parte dell'Autorità garante. Con riferimento al settore bancario, l'Autorità ha infatti stigmatizzato la scorrettezza del comportamento delle banche per violazione dei doveri di completa informazione gravanti sulle stesse in forza degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. *t*), del codice del consumo<sup>64</sup>.

Da alcuni «considerando» della direttiva CE n. 29/2005, relativa alle pratiche commerciali sleali nel mercato interno, emerge che la stessa «vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari» («considerando» n. 10). Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina sulla portabilità dei mutui,<sup>65</sup> l'Autorità ha stabilito che le finalità protettive della disciplina risulterebbero frustrate qualora i professionisti non rappresentassero, o esponessero in modo inesatto ai consumatori, le possibilità offerte dalla normativa. Si è ritenuto dunque che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche nell'informazione alla clientela dovesse essere ricostruiti con specifico riferimento ai dati normativi e al *favor* espresso dal legislatore per la portabilità *gratuita* dei mutui. Ne è derivato il riconoscimento di uno specifico dovere, a carico della banca, di fornire al cliente un'informazione piena in merito alle condizioni di mercato ed alla regolamentazione della portabilità. In applicazione di tali premesse, si

---

<sup>63</sup> Sottolinea efficacemente la necessità di un regime pluralistico e differenziato dei rimedi nell'ambito dei contratti con asimmetria di potere, S. PAGLIANTINI, *op.cit.*, p. 9 ss.; più in generale, sulla flessibilità del sistema dei rimedi, v. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc.civ.*, 2011, p. 4 ss.

<sup>64</sup> V. Provvedimenti del 7 agosto 2008, in *Bollettino* n. 31/2008.

<sup>65</sup> D.l. 31 gennaio 2007, n. 7 e successive modificazioni.

è detta ingannevole, poiché contraria al dovere di diligenza informativa, la condotta delle banche diretta a scoraggiare il consumatore rispetto alla portabilità del mutuo, falsamente prospettandogli la sostituzione del mutuo quale soluzione unica o preferibile, oppure prefigurando al cliente oneri per la concessione del nuovo contratto di mutuo collegato alla surrogazione, quando la disciplina non lo consentiva.

Lo sforzo compiuto dall'Autorità garante al fine di garantire effettività ai previsti obblighi informativi ed alle relative finalità protettive non ha tuttavia trovato corrispondente sensibilità nel giudice amministrativo di primo grado, il quale, investito della questione, non ha ravvisato la sussistenza di alcun obbligo di surroga in capo agli istituti di credito ed escluso che il quadro normativo imponesse alle banche quel particolare contenuto dei doveri di diligenza ed informativi, con ciò fortemente pregiudicando l'attuazione delle finalità protettive ad essi sottese<sup>66</sup>.

## **5. Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: violazione dell'obbligo del professionista di informare il consumatore sul diritto di recesso. Inadeguatezza della sanzione testualmente prevista e interpretazione evolutiva**

A fronte delle riscontrate lacune normative sul piano rimediabile, esistono per contro specifiche previsioni di obblighi formali/informativi le quali, pur espressamente corredate dell'apparato sanzionatorio, tuttavia egualmente mostrano il fianco sul piano dell'effettività della tutela sostanziale.

Un esempio può rinvenirsi nella disciplina dei contratti negoziati al di fuori dai locali commerciali<sup>67</sup>, con particolare riguardo alla violazione

---

<sup>66</sup> TAR Lazio, 6 aprile 2008, n. 3683.

<sup>67</sup> Disciplina originariamente prevista nella Direttiva 85/577 CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 50 del 1992, trasfusa nel Codice del consumo agli artt. 45 ss., e, quanto al diritto di recesso, negli artt. 64 ss., successivamente innovata dalla Direttiva n. 83/2011 CE, attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, la quale ha particolarmente inciso sulla disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, oltre che sui contratti nel settore delle *public utilities*, per la fornitura di acqua, gas, energia elettrica e teleriscaldamento da parte di prestatori pubblici.

dell'obbligo del professionista di informare il consumatore in ordine al diritto di recesso ed ai relativi termini.

Appare qui evidente il nesso funzionale fra obbligo informativo e diritto di recesso<sup>68</sup>, concepito, come noto, quale esercizio di un diritto di ripensamento *tout court*,<sup>69</sup> scevro da qualunque onere di motivazione o eventuale penalità ed esercitabile ancorché il contratto abbia avuto un principio di esecuzione,<sup>70</sup> ritendendosi funzionale ad «una logica di speciale protezione della parte, consentire a questa di cambiare idea rispetto ad un contratto già concluso, di pentirsene e tradurre questo pentimento in un atto capace di liberarla dal vincolo non più gradito».<sup>71</sup>

Nella formulazione precedente l'ultima novella legislativa,<sup>72</sup> il codice del consumo prevedeva, quale rimedio alla suddetta violazione, il prolungamento (a sessanta giorni) del termine per l'esercizio dello *ius poenitendi*.<sup>73</sup> Rimedio evidentemente inadeguato e inefficiente, tale da svuotare di concreta effettività – sotto il profilo della protezione dell'interesse cui do-

<sup>68</sup> Cfr. G. GRISI, *op.cit.*, p. 9.

<sup>69</sup> Cfr. G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 731. Per evidenziarne la peculiare natura di recesso di pentimento, distinguendone la *ratio* dal recesso unilaterale codicistico (nonché da altri recessi pur presenti nel codice di consumo), la dottrina ha utilizzato diverse locuzioni: *ex multis*, cfr. G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 314, che lo definisce «recesso di protezione»; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 2011, p. 553, che parla di «recesso di pentimento»; E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 11, usa l'espressione «recesso penitenziale». Sulla funzione dello *ius poenitendi* come strumento di tutela del contraente «non professionale», v. M.C. CHERUBINI, *Sul c.d.diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 695 ss. sottolinea il ruolo dello *ius poenitendi* «in funzione di coelemento essenziale del consenso e fonte di qualificazione accertativa dello stesso», V. SCALISI, *Nullità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *ID.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 647 s., spec. 653.

<sup>70</sup> D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 195, propriamente evidenzia come proprio l'esecuzione, e in particolare la consegna della merce, consentano al consumatore di verificare la bontà del suo acquisto e così di esercitare consapevolmente il diritto di recesso.

<sup>71</sup> V. ROPPO, *op.loc.ult.cit.*

<sup>72</sup> Direttiva n. 83/2011 CE, attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

<sup>73</sup> Art. 65, comma 3, c. cons.: «Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto, per i contratti o le proposte contrattuali negoziati fuori dei locali commer-

veva essere funzionale – la corrispondente previsione dell’obbligo formale e informativo: è infatti evidente che se e finché (lasciato) ignaro della possibilità di recedere dal contratto, il consumatore non può in alcun modo concretamente giovare di un prolungamento (peraltro breve) del termine per esercitare tale facoltà.

In ossequio ai principi di tutela della parte debole del contratto e al convergente obiettivo di riequilibrio delle asimmetrie che strutturalmente caratterizzano i contratti dei consumatori, è indubbio che di tale disposizione si dovesse offrire una interpretazione abrogante, in quanto evidentemente contrastante con le finalità della direttiva 85/577 CE.

Illuminanti, in proposito, alcuni passaggi di una pronuncia della Corte di giustizia, intervenuta sotto il vigore della precedente normativa e tuttavia pienamente estensibile alla nuova. La corte ha statuito: “La direttiva 85/577/CE osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno [si trattava della legge di ricezione tedesca; è infatti noto che la corrispondente legge italiana prevede un termine di 60 gg.] dalla stipulazione del contratto per l’esercizio del diritto di recesso istituito dall’art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell’informazione di cui all’art. 4 di tale direttiva”. Nel motivare tale decisione, e replicando all’osservazione secondo cui sarebbe indispensabile limitare nel tempo l’esercizio del diritto di recesso, anche in caso di omessa informazione, per motivi di certezza del diritto, ha opportunamente precisato “che tali motivi non possono essere invocati qualora essi comportino una limitazione dei diritti espressamente accordati al consumatore dalla direttiva sulle vendite porta a porta, per tutelare quest’ultimo contro i rischi derivanti dal fatto che gli istituti di credito hanno scelto di stipulare contratti di credito fondiario fuori dei loro locali commerciali. Infatti, se tali istituti scelgono siffatti metodi per commercializzare i loro servizi, essi possono senza difficoltà salvaguardare tanto gli interessi dei consumatori quanto le proprie esigenze di certezza del diritto, conformandosi al loro obbligo di informare questi ultimi.”<sup>74</sup>

Le ripercussioni (anche) nell’ordinamento italiano delle statuizioni contenute nella citata pronuncia paiono indiscutibili e nient’affatto superate dalla più recente direttiva 2011/83/UE, che peraltro ha promosso un innalzamento degli *standards* di tutela dei consumatori.

---

ciali gli obblighi di informazione di cui all’articolo 47, [...] il termine per l’esercizio del diritto di recesso è [...] di sessanta [...] giorni”.

<sup>74</sup> Pronuncia del 13 dicembre 2001, n. C-481/99.

La normativa di attuazione ha previsto, all'art. 53, comma 1, c. cons., che «se in violazione dell'art. 49, comma 1, lettera b), il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 52, comma 2».

Tale previsione, benché certamente più efficace della precedente nel garantire al consumatore l'esercizio dello *ius poenitendi*, non appare tuttavia ancora idonea a realizzarne pienamente l'effettività: rispetto a tale obiettivo, piuttosto che perseverare nel prolungamento del termine utile ad esercitare il recesso, sembrerebbe più coerente ancorarne il *dies a quo* al momento in cui il professionista effettivamente adempia all'obbligo informativo, così da rendere il contratto non vincolante per il consumatore ignaro della possibilità di avvalersi del recesso.<sup>75</sup>

La soluzione interpretativa proposta evidentemente espone il rapporto contrattuale a notevole incertezza, sostanzialmente rimettendo in capo al consumatore la possibilità di recedere dal contratto *sine die* – almeno sin quando il professionista, a sua volta, non adempia al relativo obbligo informativo – ma il *vulnus* che indubitabilmente arreca, sul piano soggettivo, all'affidamento nella conservazione degli effetti di un contratto concluso ed eseguito, e, sul piano oggettivo, alla certezza dei traffici, può forse risultare adeguatamente compensato dal maggior grado di effettività che conferisce alla finalità riequilibrativa delle asimmetrie del rapporto e protettiva dell'interesse del contrente più debole nonché – non da ultimo – trovare ulteriore giustificazione in una *ratio* più schiettamente sanzionatoria della condotta scorretta praticata dal professionista che si renda inadempiente rispetto agli essenziali obblighi informativi posti a suo carico.

La soluzione si rivela d'altro canto meno dirompente e stravagante di quanto non appaia a prima vista, ove si consideri che in questa direzione si è mossa la stessa Corte di giustizia in più di una occasione. Nel noto caso «Heiningen»<sup>76</sup>, concernente un contratto di vendita concluso fuori dai locali commerciali, la Corte ha appunto stabilito che il termine di almeno

---

<sup>75</sup> Sul diritto di recesso nella prospettiva procedimentale v. C. PIMA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 491 ss.

<sup>76</sup> C. giust. Ce 13 dicembre 2001, causa C-481/99, in *Racc. giur. C. giust.*, 2001, I, p. 945, e in *Corr. giur.*, 2002, p. 869 (con il commento di R. CONTI, *Il diritto di recesso tra «contratti porta a porta» e «credito al consumo»*. Un'importante sentenza della Corte UE).

sette giorni di cui all'art. 5 della direttiva n. 85/577/Cee vada calcolato dal momento in cui il consumatore ricevuto l'informazione circa l'esistenza di un diritto di recesso, trovandosi altrimenti il consumatore, ove l'informazione non gli sia fornita, «nell'impossibilità di esercitarlo»; si è, perciò, esclusa la legittimità di una normativa nazionale che circoscriva temporalmente lo *ius poenitendi* pur quando il professionista non ne abbia dato notizia alla controparte, avvalorando la tesi secondo la quale il decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso debba subordinarsi al momento in cui il consumatore effettivamente riceveva la relativa informazione.

La centralità dell'adempimento dell'obbligo informativo sul recesso è stata successivamente ribadita dalla stessa Corte la quale ha peraltro sottolineato che tale obbligo, poiché contemplato a tutela di un interesse pubblico, riveste un ruolo essenziale nell'economia della normativa sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e, siccome funzionale ad assicurare concreta attuazione al diritto di recesso, garantisce il prodursi dell'effetto utile della protezione dei consumatori voluto dal legislatore comunitario. Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha reputato giustificato «un intervento positivo del giudice nazionale al fine di ovviare allo squilibrio esistente tra il consumatore e il commerciante» anche là dove si sostanzia nella rilevabilità d'ufficio della violazione delle prescrizioni sull'informazione poste dall'art. 4 della direttiva n. 85/577/Cee.<sup>77</sup>

In altra decisione, relativa ad un caso («Hamilton») in cui il recesso era stato esercitato dal consumatore dopo diversi anni dalla conclusione (fuori sede) di un contratto di mutuo nel frattempo eseguito<sup>78</sup>, pur non sconfessando la soluzione interpretativa che ancora la decorrenza del periodo di riflessione all'adempimento degli obblighi informativi da parte del professionista, la Corte ne ha tuttavia limitato la portata applicativa, opportunamente calibrandola sulle peculiarità del caso concreto oggetto di giudizio: la normativa nazionale precludeva l'esercizio del recesso una volta trascorso un mese dalla piena esecuzione del contratto e sul punto era fatta oggetto di censure da parte del consumatore che lamentava di non essere stato tempestivamente informato dell'esistenza dello *ius poenitendi*. La Corte di giustizia nel caso *de quo* ha valutato appropriata la normativa, reputando – a

<sup>77</sup> C. giust. Ue 17 dicembre 2009, causa C-227/08, in *www.curia.eu*.

<sup>78</sup> V. C. giust. Ce 10 aprile 2008, causa C-412/06, in *Guida al diritto*, 2008, n. 3, p. 42 s., con nota di P. LONGO, *Un diritto sugli atti stipulati a domicilio è esercitabile se il negozio non è adempiuto*.

prescindere dall'avvenuto adempimento o meno dell'obbligo informativo – che il diritto di ripensamento non possa sopravvivere all'estinzione del rapporto obbligatorio intervenuta a seguito della completa attuazione della fase esecutiva<sup>79</sup>.

La pronuncia, lungi dall'inficiare la soluzione interpretativa precedentemente proposta<sup>80</sup>, ha invece rappresentato l'esito di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento degli interessi concreti in gioco.

Il precedente richiamo al disposto dell'art. 53, comma 1, c. cons., costituisce ulteriore conferma del fatto che la mera previsione letterale di una sanzione a carico del contraente più forte può rivelarsi insufficiente – o meglio inadeguata – a garantire effettività alla tutela della corrispondente posizione debole. Essa postula pertanto, in capo all'interprete, la responsabilità di proporre interventi adeguatori rigorosi e severi: finanche abroganti, ove questi rappresentino l'unica via per garantire effettività alla tutela degli interessi che, nel giudizio di bilanciamento, appaiano prevalenti, nonché per preservare l'unità e la coerenza interna del sistema fornendo un'interpretazione delle regole conforme ai principi costituzionali e comunitari che le presiedono<sup>81</sup>.

Decisivo, in questo contesto, il ruolo delle pronunce interpretative della Corte di giustizia, sia sotto il profilo dell'effettività della tutela, sia per garantire alle discipline di recepimento interpretazioni conformi alla legittimità comunitaria<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Sicché, riflettendo sulla decisione di cui trattasi, F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 530, ha osservato come, vincolata «l'operatività del diritto di pentimento alla persistenza di obbligazioni ancora da eseguire lo *ius poenitendi* verrebbe, così, ad assumere nella impostazione della Corte la connotazione di rimedio incidente non sull'atto, bensì sul rapporto».

<sup>80</sup> Tesi peraltro dalla stessa Corte nuovamente ribadita più di recente: v. C. giust. Ue 15 aprile 2010, causa C-215/08, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 949, con nota di G. BENINI, *Collocamento «fuori sede» di quote di fondi di investimento immobiliare e recesso del cliente-consumatore: direttiva n. 85/377/Cee, codice del consumo e t.u.f.*

<sup>81</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo*, cit., p. 495; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 286, ove sintetizza: «l'interpretazione letterale non ha più senso: l'interpretazione deve sempre tendere ad individuare qual è la *ratio*, a quale principio si ispira quell'articolato e se tale principio è legittimo sotto il profilo costituzionale e comunitario».

<sup>82</sup> Sulla sinergia fra controllo di legittimità costituzionale operato dalla Corte

## 6. Profili di criticità degli obblighi informativi nella disciplina del credito al consumo e nel codice del turismo

Suscitano ulteriori spunti critici fattispecie nelle quali le prescrizioni di forma e di contenuto del contratto, dettate in funzione informativa del cliente ed evidentemente ispirate al riequilibrio delle asimmetrie informative tipiche del rapporto e alla tutela del contraente debole, rischiano – se interpretate *alla lettera* – di prestarsi ad un uso strumentale da parte del professionista avveduto (e sovente scaltro) nonché conseguentemente, di produrre un effetto gravemente ritorsivo in danno del soggetto debole.

Nella vigente normativa sui contratti di credito al consumo, risultante dal rinvio che l'art 43 c. cons. fa alle previsioni contenute nel Testo unico bancario<sup>83</sup>, l'art. 125 *bis* prescrive stringenti vincoli formali e contenutistici a carico del professionista. Dopo aver stabilito che i contratti di credito devono essere redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che

---

costituzionale e controllo di legittimità comunitaria, operato dalla Corte di giustizia, v. A. TARTAGLIA POLCINI, *Integrazione sistematica e assiologica dirimente nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 421 ss.

<sup>83</sup> La normativa sui contratti di credito al consumo è frutto di numerosi interventi legislativi di matrice comunitaria. La stratificazione normativa si è resa necessaria al fine di armonizzare le legislazioni dei paesi della Comunità, superando le significative disparità riscontrabili fra le diverse discipline nazionali sotto il profilo della tutela dei consumatori le quali, a loro volta, determinano distorsioni della concorrenza. Le tappe più significative possono così riassumersi: in attuazione della direttiva CEE n. 102/87, l'istituto era stato inizialmente regolato dagli artt. 18-24 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, per poi confluire nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385). Con l'entrata in vigore del codice del consumo, la disciplina della materia è stata divisa in due comparti normativi: quello strettamente consumeristico, collocato nel codice del consumo agli artt. 40-43, e quello finanziario destinato al testo unico bancario agli artt. 121-126, ai quali rinviava espressamente l'art 43 c. cons. Tuttavia la dir. CEE n. 102/87 fu concepita quale provvedimento di armonizzazione c.d. minimale, attesa la facoltà riconosciuta agli stati membri di prevedere misure più rigorose a tutela dei consumatori. Al fine di uniformare gli *standards* di tutela, la disciplina è stata oggetto di ulteriori modifiche in forza del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha dato attuazione alla Direttiva n. 48/2008 CE novellando il titolo IV, Capo II, del Testo unico bancario, *Credito ai consumatori*, artt. 121-126 e abrogando gli artt. 40-42 e parte dell'art. 38 c. cons., nonché sostituendo l'art. 67, comma 6, c. cons.

soddisfi il requisito della forma scritta – pena la nullità del contratto, come si evince dall’art. 117, comma 3, Tub – la norma prevede che gli stessi contengano in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d’Italia in conformità con le deliberazioni del CICR. Analizzando le disposizioni di attuazione dell’art 125 *bis*, Tub, si evince che il contratto deve indicare, oltre le voci elencate nella stessa norma, una serie dettagliatissima di informazioni ulteriori, come enucleate nel modulo standard denominato «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori».<sup>84</sup>

L’eventuale difetto di indicazione delle informazioni essenziali relative al tipo di contratto, alle parti dello stesso, all’importo totale del finanziamento, nonché alle condizioni di prelievo e di rimborso, determina la nullità dell’intero contratto, come prevede l’art. 125 *bis*, comma 8, Tub.

Una previsione di nullità era contenuta anche nella previgente disciplina la quale, nella elencazione degli elementi contenutistici prescritti nei contratti di finanziamento a pena di nullità, includeva “*la descrizione analitica dei beni e dei servizi*” che, con la concessione del credito, il consumatore intendesse acquistare.<sup>85</sup> La Corte di Giustizia, pronunciatisi in argomento, ha affermato che la direttiva sul credito al consumo (e successive modifiche) osta «*a che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore [finanziatore] previsto dall’art. 11, n. 2, della direttiva medesima, sia subordinato alla condizione che la previa offerta di credito rechi menzione del bene o della prestazione dei servizi finanziati*»;<sup>86</sup> pronuncia interpretativa che evidentemente ha posto seri dubbi di legittimità comunitaria della normativa in esame. Questa, facendo assurgere la descrizione analitica dei beni e dei servizi finanziati a requisito di validità del contratto di credito al consumo, espone il consumatore al rischio di un uso strumentale del rimedio invalidante da parte del professionista il quale, prima resosi inadempiente all’obbligo formale e contenutistico prescritto, successivamente cavalchi a proprio vantag-

---

<sup>84</sup> Con provv. 9 febbraio 2001 «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Recepimento della direttiva sul credito ai consumatori*», in *Gazzetta Ufficiale*, 16 febbraio 2011, n. 38, suppl. ord. n. 40, la Banca d’Italia ha dettagliato un elenco di diciannove indicazioni che il professionista deve fornire al cliente prima della conclusione del contratto. Sulle novità introdotte dalla Banca d’Italia in attuazione della nuova disciplina sul credito al consumo, v. S. PELLEGRINO, *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbl. contr.*, 2001, 4, p. 296.

<sup>85</sup> Art. 124 Tub, egualmente richiamato *ex art.* 43 c. cons.

<sup>86</sup> C. giust. 4 ottobre 2007, n. C-429/05.

gio la sanzione della nullità ove eventualmente interessato a svincolarsi dal contratto di finanziamento.

Si comprende pertanto la *ratio* protettiva dell'interesse del cliente, sottesa alla più recente formulazione della normativa sul credito al consumo, secondo la quale, ai sensi dell'art. 125 *bis*, comma 9, Tub, in caso di nullità del contratto per mancanza di indicazione delle informazioni essenziali relative al tipo di contratto, alle parti dello stesso, all'importo totale del finanziamento, nonché alle condizioni di prelievo e di rimborso, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e conserva la facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto.

Le fattispecie richiamate vieppiù dimostrano che non sempre l'espressa previsione di una sanzione di nullità assoluta appare la migliore panacea; e lo stesso è a dirsi rispetto a soluzioni interpretative che, in presenza di una lacuna normativa sul rimedio alla violazione dell'obbligo informativo, meccanicamente propendono per la nullità formale virtuale.

Un'eventuale prescrizione a pena di nullità di precisi obblighi informativi o di conformazione del contenuto contrattuale paradossalmente può risolversi in un pregiudizio per il contraente che necessita di maggior tutela, prestandosi la previsione normativa dell'obbligo formale o informativo ad un uso strumentale da parte del contraente più forte ed avveduto, il quale in concreto potrebbe avere interesse a porre nel nulla l'intera operazione, in danno della controparte (debole) interessata alla conservazione dei relativi effetti.

Il rischio, in altri termini, è che il richiesto *surplus* di informazioni scarichi sul consumatore la responsabilità di altrui scelte inadeguate, consentendo al contraente che è già in posizione di supremazia di avvalersi strumentalmente dell'appiglio formale a scapito del contraente più debole.

Analoghe considerazioni possono valere anche rispetto alle fattispecie in cui, mancando l'espressa previsione legale di un rimedio, si propenda in via interpretativa per la nullità formale virtuale. Rispetto alle discipline in esame, questa non rappresenta certo il più congruo ed efficace rimedio all'omessa formale trasfusione nel testo contrattuale (o in documenti allo stesso allegati) del complesso di dati e di informazioni legislativamente prescritti<sup>87</sup>.

Esemplificativo, al riguardo, il richiamo agli obblighi di forma ed infor-

---

<sup>87</sup> Illuminanti le riflessioni di S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 8 ss. Escludono la nulli-

mativi prescritti dall'art. 35-36-37 del codice del turismo<sup>88</sup>. Le prescrizioni ivi dettate creano vincoli che non esauriscono affatto il loro vigore nella mera imposizione della forma scritta, bensì si corroborano con obblighi di trasparenza, si spingono a determinare la stessa formulazione linguistica delle clausole contrattuali e, soprattutto, penetrano direttamente il contenuto del documento contrattuale, prescrivendone dettagliatamente dati ed informazioni (al cliente) imprescindibili. La *ratio* che emerge in prospettiva è evidentemente protettiva dell'acquirente/contraente debole, perseguita con l'obiettivo di più breve raggio di renderlo pienamente edotto del complesso dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (cui è ulteriormente funzionale l'obbligo di consegna di una copia del contratto).

Ove però si consideri che la prescrizione contenutistica può involgere persino elementi meramente eventuali – come nel caso della richiesta indicazione, nei contratti di vendita di pacchetti turistici, dell'importo da versarsi a titolo di caparra all'atto della prenotazione – non può non convenirsi sulla sensazione che un'eventuale sanzione di nullità – tanto più se non concepita come nullità di protezione a legittimazione relativa – risulterebbe esorbitante, e finanche “extravagante”; non rispondente ad un corretto bilanciamento degli interessi ed incongrua, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo: in una parola, irragionevole. Condivisibile ed efficace il monito secondo il quale «la tutela del consumatore, lungi dall'essere assoluta, va sempre intesa come punteggiata da un limite interno di ragionevolezza».<sup>89</sup>

Prezioso, ancora, il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel già citato caso «Hamilton»<sup>90</sup> la Corte, precludendo al consumatore,

---

tà, propendendo per la tutela risarcitoria, A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 197.

<sup>88</sup> La regolamentazione del mercato del turismo attualmente vigente promana dalla direttiva CEE del 13 giugno 1990, n. 314, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti “tutto compreso”, recepita in Italia dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, le cui disposizioni, inizialmente incluse nel codice del consumo, sono in seguito confluite nel codice del turismo, di cui al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79.

<sup>89</sup> S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>90</sup> C. giust. Ce 10 aprile 2008, causa C-412/06, cit.; interessante anche C. giust. Ce 4 marzo 2004, causa C-264/02, relativa ad una controversia che aveva per oggetto l'accertamento se, tra gli obblighi di informazione scritta previsti dalla direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 87/102/Cee, prima di ogni rinnovo del contratto di credito dovesse figurare la clausola di variabilità del Taeg (tasso annuo effettivo globale) nonché se il giudice, in caso di premessa affermativa, potesse rile-

benché non tempestivamente informato, il rimedio invalidante rispetto ad un contratto già interamente eseguito, ha statuito che qualora le obbligazioni contrattuali siano state correttamente adempiute, i vizi del formalismo informativo non sono opponibili. Non sempre ed automaticamente, dunque, l'incompletezza dell'informazione documentale inficia l'effettività del consenso del contraente debole.

## 7. Il rischio di un'ipertrofia informativa

Analoghe considerazioni valgono, a ben vedere, anche a monte del profilo sanzionatorio, con riferimento cioè alla prescrizione degli obblighi informativi in sé e per sé considerati.

Pure rispetto ad essi è opportuno dismettere pregiudiziali valutazioni entusiastiche, quasi che l'informazione esaurisca in sé il tema del consenso consapevole e in sé racchiuda il cuore del problema della libertà negoziale del contraente debole. Come se la relazione tra informazione ed effettività del consenso davvero potesse ridursi alla semplificazione massima di un rapporto di proporzionalità diretta: quanta *più* informazione al contraente debole, tanto maggiore consapevolezza nel suo volere.

A ben riflettere, ci si avvede che il rapporto tra i due termini si atteggia in modo ben più dinamico, complesso e diversificato a seconda dei casi, sì che nient'affatto trascurabile appare il rischio che la superfetazione delle informazioni talora si risolva in un pregiudizio, anziché nella tutela, della consapevolezza e della libertà negoziale del contraente debole: fiaccato, sviato, stornato (per non dire stordito!) dal diluvio di dati e informazioni pur minimali e di dettaglio sottopostegli dal professionista, il consumatore ben può perdere di vista l'*essenza* del regolamento negoziale, e proprio su questa formarsi un consenso non pienamente ed effettivamente consapevole.

Basta porre mente anche solo all'elenco delle informazioni prenegoziali contenuto nel modulo standardizzato elaborato dalla Banca d'Italia, considerando peraltro che esse sono definite «Informazioni europee *di base* relative al credito ai consumatori» (corsivo nostro), per avvedersi di quan-

---

varne d'ufficio l'omissione. La Corte lo ha escluso, sulla base della considerazione secondo la quale se il Taeg è rimasto invariato, lo scopo protettivo non viene ad essere eluso.

to concreto ed attuale sia il rischio di un eccesso informativo nei contratti asimmetrici.

D'altra parte, chiunque si sia mai imbattuto in un contratto bancario, assicurativo, o di credito al consumo non può non aver percepito il sospetto – (sensazione epidermica, quasi) – che dietro tanta esibita determinazione ad informarlo si annidasse il rischio – se non una precisa volizione in mala fede – di annebbiarlo ogni più resistente capacità di discernimento razionale!

L'indagine, e i diversi esiti valutativi cui si è pervenuti rispetto alle analizzate prescrizioni (formali) di obblighi informativi nei contratti asimmetrici, evidenziano la necessità di adottare un atteggiamento “laico” verso il tema trattato, scevro da aprioristiche esaltazioni della bontà – *id est* della funzionalità – delle prescrizioni formali e informative nei contratti asimmetrici: approccio tale da cogliere l'essenzialità dei suddetti obblighi per garantire protezione al contraente debole, senza tuttavia trascurare il rischio di un uso strumentale (un abuso), con effetto distorsivo delle fisiologiche finalità di tutela, da parte del professionista, quando non (addirittura) da parte dello stesso consumatore.

Occorre pertanto, dal punto di vista metodologico, scongiurare un approccio al tema della forma legato al profilo della struttura della fattispecie, optando piuttosto per un'analisi rigorosamente calibrata sul profilo funzionale, teleologico ed assiologico degli istituti, che indaghi la *ratio* di tutela degli interessi sottesi ed interpreti la previsione normativa in vista dell'obiettivo di garantirne massima effettività<sup>91</sup>.

Una prospettiva che pone l'interesse meritevole di protezione al centro dell'attività ermeneutica, ravvisando in esso il punto di avvio e, al contempo, l'approdo della disciplina da interpretare ed applicare: fondamentale ragione di stimolo all'iniziativa legislativa, e stella polare nel viaggio dell'interprete.

---

<sup>91</sup> Il prezioso insegnamento si deve a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., *passim*.

LANFRANCO FERRONI

*DIRITTO CIVILE, LEGALITÀ COSTITUZIONALE E COMUNITARIA,  
SUPERAMENTO DELLA TECNICA DELLA SUSSUNZIONE  
ED EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CAUSA  
DEL CONTRATTO (\*)*

SOMMARIO: 1. Il condivisibile approccio metodologico del convegno e le probabili ragioni della sua scelta. – 2. Le cause della scarsa sensibilità per la prospettiva costituzionale. – 3. La rilevanza (anche) sul piano sostanziale del controllo di legittimità costituzionale e le funzioni cui può assolvere: a) la prospettazione di interpretazioni abroganti; b) l'enucleazione di significati normativi che la lettera della disposizione non contempla; c) l'enucleazione di significati normativi contrastanti con la lettera della disposizione; d) l'enucleazione di interpretazioni selettive dei significati normativi della disposizione. – 4. La prospettiva costituzionale, le influenze culturali provenienti dal sistema comunitario e la circolazione dei modelli giuridici, quali cause delle radicali trasformazioni dei caratteri fondanti la tradizionale teoria generale del contratto, con significative ricadute sul piano dell'effettività della tutela: cenni esemplificativi alle evoluzioni giurisprudenziali in materia di anatocismo e di riducibilità ex officio della penale manifestamente eccessiva. – 5. Segue: le rielaborazioni dottrinali del concetto di causa del contratto, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. – 6. Segue: le recenti evoluzioni giurisprudenziali in tema di causa. – 7. Segue: e le ragioni che le hanno determinate e favorite.

La rilettura del diritto civile alla luce dei principi e valori costituzionali o, – per utilizzare un'espressione a me cara perché formulata dal mio Maestro, Prof. Pietro Perlingieri – collocare “*Il diritto civile nella legalità costituzionale*” significa ancorare l'attività pratica del civilista (sia esso giudice sia esso avvocato) ai principi ed ai valori di riferimento dell'ordinamento giuridico e, dunque, non già ad astratte e formalistiche categorie e concettualizzazioni elaborate dagli studiosi e dagli interpreti, bensì agli interessi che quei principi e quei valori si prefiggono di salvaguardare e tutelare; e la valorizzazione del profilo degli interessi conduce necessariamente, a sua volta, a condividere l'insegnamento secondo cui “*il diritto è una scienza pratica per la soluzione di problemi pratici*”; insegnamento che, condiviso da molti in astratto e, però, da pochi seguito in concreto, evoca la necessità del superamento della perdurante incomunicabilità fra cultura dell'Università e cultura del Foro; insegnamento che ha origini lontane e che individua nel fatto e nell'assetto di interessi ad esso sotteso l'oggetto dello studio e dell'indagine del giurista.

“Ex facto oritur ius – sottolineava P. Calamandrei – è una vecchia massima, cauta ed onesta, che impone a chi vuol ben giudicare di accertare prima di tutto, con fedeltà pedantesca, i fatti di cui si discute”. Proseguiva l’illustre giurista osservando che però “[...] certi avvocati [e si potrebbe aggiungere certi magistrati e certi studiosi del diritto] la intendono a rovescio: quando hanno escogitato una loro brillante teoria giuridica che si presta a virtuosismi del facile ingegno, i fatti se li aggiustano alla lesta, secondo le esigenze della teoria; e così ‘ex iure oritur factum’”.

La scelta metodologica privilegiata dagli organizzatori si fonda verosimilmente (almeno così si ha ragione di reputare) sulla constatazione che gli operatori del diritto (*a*) non sempre prestano la dovuta attenzione alla prospettiva costituzionale, restando saldamente ancorati alla (talora superata) sistematica del codice; (*b*) non sempre apprezzano o comunque non tengono nel dovuto conto le pronunce della Corte Costituzionale (in Italia, in particolare, quelle c.d. interpretative di accoglimento per omissione o additive, le quali, com’è noto, aggiungono alle disposizioni significati normativi ulteriori rispetto a quelli che la mera lettera potrebbe lasciar ipotizzare: si pensi, ad es., a Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, che, avendo dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non prevedono la possibilità di proporre reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* cod. proc. civ. nei confronti del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova ex art. 692 e 696, ha sostanzialmente introdotto la possibilità di proporre reclamo cautelare).

**2)** Le cause che determinano un atteggiamento di scarsa sensibilità nei confronti della prospettiva costituzionale (e anche comunitaria), in Italia sono da rinvenire in una persistente, pervicace e radicata concezione o convinzione secondo la quale l’impalcatura sistematica delineata dal codice civile del 1942, continuerebbe a rappresentare il diritto comune di riferimento nella regolamentazione dei rapporti fra privati, mentre la normativa comunitaria e/o di derivazione comunitaria, che pur si rivela coerente ai principi costituzionali avrebbe natura di diritto speciale, chiamato ad operare, così derogando alla disciplina codicistica, soltanto in presenza di specifiche ed espresse previsioni.

Concezione questa, che, tuttavia, non può essere condivisa, in quanto si rivela idonea a generare un sistema schizofrenico, in parte ispirato al vecchio principio di eguaglianza formale (al quale si conformava decisamente il codice civile del 1942), ed in parte ispirato a nuove logiche ed a nuovi principi, quali quelli di proporzionalità, di equilibrio delle posizioni contrattuali, di ragionevolezza, di tutela del contraente debole, che sono inve-

ce espressione del principio di uguaglianza sostanziale (ex art. 3, comma 2, cost.). Concezione cui si deve, poi, se nell'operatore pratico s'ingenera l'idea che del diritto comunitario ci si debba interessare e preoccupare soltanto in presenza di specifiche, espresse previsioni normative direttamente applicabili alla fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione.

Non ci si avvede, tuttavia, che una corretta visione sistematica ed unitaria dell'ordinamento e/o del sistema italo-comunitario delle fonti, dovrebbe indurre ad un ripensamento complessivo delle partizioni e classificazioni operate dalla tradizione, dacché inevitabilmente anche il diritto comunitario, unitamente alla prospettiva costituzionale, concorre a (ri)delineare ed a (ri)comporre il c.d. diritto comune dei contratti. Di ciò sembra (talora) maggiormente consapevole la migliore giurisprudenza alla quale si deve una significativa opera di adattamento e di rilettura o, se si vuole, di "*riconcettualizzazione*" degli istituti tradizionali.

S'intende far riferimento, ad es., alla recente rivisitazione della tradizionale costruzione interpretativa formatasi in tema di revoca della proposta e dell'accettazione, secondo cui – in base all'interpretazione della disposizione dell'art. 1328 cod. civ. – per la validità e l'efficacia della revoca della prima dovrebbe rilevare il momento della spedizione, mentre per l'efficacia della revoca della seconda dovrebbe valere il momento della ricezione.

Orbene, la S. Corte (Cass., 16 maggio 2000, n. 6323) ha invece assoggettato al medesimo criterio della ricezione sia la revoca della proposta sia quella dell'accettazione, valorizzando e facendo prevalere sulla disposizione dell'art. 1328 cod. civ., gli indici normativi ricavabili dagli artt. 1334 e 1335 cod. civ., in ciò influenzata (anche) dalle nuove prospettive comunitarie in materia di contratto. Si legge, infatti, in uno dei passaggi della motivazione della sentenza ora citata:

*“Non può sottacersi che far discendere dallo stesso carattere recettizio della revoca, sia della proposta che dell'accettazione, la medesima disciplina quanto agli effetti dei rispettivi atti, risponde anche all'esigenza di pari trattamento dell'accettante e del proponente non essendo ravvisabile alcuna valida e convincente ragione sostanziale tale da giustificare una disciplina che privilegi il proponente (che nell'attuale realtà commerciale è sempre più spesso il contraente economicamente più forte) e penalizzi l'accettante”* (grassetto mio).

Né si può ignorare la recente, ma già consolidata rivisitazione del concetto di causa del contratto, che non a caso – come si cercherà di chiarire più avanti – ha avuto modo di affermarsi anche sulla spinta delle influenze culturali del diritto comunitario.

Ma ciò che qui preme stigmatizzare con forza è l'uso (*rectius* l'abuso) che si continua a fare delle tradizionali costruzioni e partizioni (in particola-

re s'intende far riferimento a quella secondo cui il codice civile continuerebbe a svolgere il ruolo di diritto comune dei contratti, mentre la normativa comunitaria avrebbe il carattere della specialità), senza tuttavia verificarne la effettiva rispondenza e compatibilità con la attuale realtà normativa economica e sociale.

Norma speciale – si è sempre insegnato – è quella che si caratterizza per il ristretto grado di generalità e/o di astrattezza, nel senso che disciplina rapporti cui è interessata una ristretta serie di soggetti e/o che si riferisce ad una limitata serie di fatti.

Ora, sia la normativa di derivazione comunitaria (della quale, se è qui impossibile farne un'elencazione esaustiva, si può tuttavia affermare, senza tema di smentita, che detta la disciplina della stragrande maggioranza delle contrattazioni che il singolo si trova quotidianamente a compiere), sia la normativa che, pur non essendo di derivazione comunitaria (si pensi, ad es., alla legge n. 108 del 1996 in materia d'usura, o alla legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura), è chiaramente ispirata ai medesimi principi di questa (equilibrio delle posizioni contrattuali; proporzionalità; tutela del contraente debole), non sembra affatto che possano reputarsi caratterizzate per un ridotto grado di generalità e di astrattezza. A questa conclusione si perviene sulla base sia di considerazioni quantitative e/o statistiche, sia di valutazioni qualitative. Si che si può addirittura affermare che il rapporto tradizionalmente instaurato tra normativa codicistica e normativa extracodicistica deve essere decisamente invertito.

D'altro canto, se alla qualificazione di una normativa in termini di "regolarità" si perviene in ragione della (ed in rapporto alla) sua coerenza con i principi ordinanti e sovraordinati del sistema, allora si deve convenire che tutta la normativa che s'ispira al principio di tutela del contraente debole, è da reputarsi "regolare" (non già speciale e men che meno eccezionale), rivelandosi indubbiamente ed assolutamente coerente sia con i principi costituzionali e sovraordinati di solidarietà sociale (di cui correttezza e buona fede costituiscono concrete specificazioni) e di eguaglianza sostanziale (che ha la medesima matrice del più moderno principio comunitario di proporzionalità), sia col principio comunitario di tutela del consumatore (*rectius*, del contraente debole), che rappresenta elemento imprescindibile per il buon andamento e funzionamento del mercato.

Se questa prospettiva, pur delineata, in ragione del tempo a disposizione, in maniera un po' superficiale e grossolana, è comunque condivisibile, allora appaiono quali operazioni di "nostalgia giuridica" per un sistema che, ancorché più rassicurante e meno impegnativo per l'interprete, tuttavia più non esiste,

– sia il tentativo di chi, ad es., si affanna ancora a cercare spazi di operatività all'istituto della rescissione, nonostante questo si riveli incompatibile con le opzioni operate con la l. n. 108 del 1996, la quale, ancorché mutilata per via interpretativa da alcune pronunce della Corte Costituzionale, ha chiaramente recepito ed affermato la vigenza del principio di equilibrio economico e normativo delle posizioni contrattuali, non già soltanto nei contratti di finanziamento, bensì in tutti i contratti sinallagmatici o di scambio, facendolo così assurgere a principio generale;

– come pure la posizione assunta dalle Sezioni unite della Cassazione (il riferimento è alle due sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007) le quali, nell'affrontare la questione di grande rilevanza sociale della tutela degli investitori posta in maniera drammatica dai ben noti fenomeni distorsivi del mercato finanziario (dai *bonds* argentini sino ai *bonds* Lehman), anziché ispirarsi ai nuovi principi generali del sistema italo-comunitario delle fonti ed alle esigenze di effettività della tutela dei contraenti deboli lesi o danneggiati, hanno risolto il problema (o meglio non l'hanno risolto affatto), riaffermando (o meglio riesumando) la piena e generalizzata vigenza della distinzione concettuale fra “*regole di validità e regole di comportamento*” (secondo la quale soltanto la violazione delle prime genererebbe la nullità, mentre la violazione delle seconde determinerebbe sempre l'insorgere di una responsabilità precontrattuale o contrattuale) elaborata dalla dottrina esclusivamente sulla sistematica del codice civile.

Un ruolo del tutto marginale, nella motivazione della sentenza, è assegnato e riconosciuto alla legislazione di derivazione comunitaria, la quale, peraltro, si rivela assolutamente coerente col principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, cost.), del quale, in fondo, il principio di proporzionalità rappresenta una più moderna applicazione. Vi si legge, infatti, che: “*l'assunto [sostenuto nell'ordinanza di rimessione] secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per l'incidenza della normativa europea) la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile [...]. Il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione [piuttosto che sollecitare l'opera necessaria di sistemazione organica demandata all'interprete, secondo la Corte] impone [invece] molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali [Quali? Quelle relative alla tutela del consumatore? Possono tali norme essere qualificate settoriali?] l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore*

*generale e per postularne l'applicabilità anche in settori e casi diversi [tale, cioè diverso, è singolarmente reputato il settore dell'intermediazione finanziaria rispetto a quello in cui all'acquisto dei medesimi prodotti finanziari si pervenga mediante strumenti informatici e telematici, per i quali – come è noto – la violazione dei doveri d'informazione è sanzionata con la nullità] da quelli contemplati da singole e ben determinate disposizioni [...]. Si tratta pur sempre [...] di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando [...] l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per se si pongono come speciali" [affermazione questa, sulla cui condivisibilità, alla luce delle considerazioni svolte retro in questo stesso §, si potrebbero sollevare molti dubbi].*

E così, con buona pace delle finalità di tutela sia dell'investitore, sia dell'integrità del relativo mercato, solennemente enunciate dall'art. 21, comma 1, lett. a), del T.U. sull'intermediazione finanziaria, si riconsegna in maniera surrettizia e generalizzante il perseguimento di tali obiettivi ad una responsabilità precontrattuale tanto desueta quanto inefficace, specialmente dal punto di vista dell'effettività della tutela.

Generalizzante, invero, si rivela anche l'auspicato ricorso alla nullità virtuale (1418, comma 1, cod. civ.) per violazione di norma imperativa (che, nel caso di cui qui si discute, si risolve nell'imporre specifici doveri di informazione). Non appare, infatti, legittimo accomunare e parificare, così assoggettandoli alla medesima disciplina, l'avveduto investitore professionale, col modesto investitore occasionale. Con riguardo a quest'ultimo, non sarebbe stato affatto difficile ipotizzare e sostenere, anche in considerazione della complessità e della delicatezza del mercato finanziario, che, in caso di omissione delle informazioni necessarie da parte dell'intermediario, si potesse configurare, non già un vizio, bensì una mancanza totale della volontà, così fondando l'invocata nullità sul comma 2 dell'art. 1418 cod. civ. (mancanza di accordo, per l'assenza, nell'investitore, di un consenso adeguatamente informato).

Ed è assolutamente sorprendente che a non rendersi conto dell'inefficacia della soluzione ricavata dall'applicazione della distinzione concettuale fra regole di validità e regole di comportamento, sia proprio la giurisprudenza, quando invece sono gli stessi operatori economici a reclamare e sollecitare l'adozione di misure drastiche ed incisive per risanare il mercato finanziario, anche al fine di ridare fiducia ai risparmiatori-investitori. Non è un caso che proprio su "Il Sole 24 Ore" del 21 settembre 2008

fosse dato leggere: “I «*bad asset*» non stanno solo nelle casse delle banche e delle assicurazioni americane: stanno anche – e forse soprattutto – nel portafoglio di milioni di famiglie che hanno acquistato su raccomandazione degli intermediari bond e prodotti previdenziali che gli erano stati raccomandati come «*investimenti sicuri*». Ed al contrario di emittenti e intermediari, le famiglie non solo non possono permettersi le svalutazioni, ma non hanno neppure a disposizione un fondo salva-conti in stile americano. Morale: poiché si calcola che nel risparmio delle famiglie italiane ci siano non meno di un miliardo e mezzo di euro in bond Lehman che non valgono ora praticamente nulla, chi li ha piazzati con disinvoltura allo sportello, nei fondi o nelle polizze dovrebbe ora assumersi la responsabilità di rimborsare i danneggiati. Per ripagare la fiducia non bastano patti chiari, servono azioni concrete”.

Si possono qui richiamare le amare considerazioni svolte da Calamandrei a conclusione di una vicenda processuale nella quale aveva difeso, innanzi alla S. Corte, la posizione di due figli naturali di un ricchissimo latifondista che li aveva avuti da una giovinetta delle sue campagne “*sedotta per svago di maturità*” – puntualizzava Calamandrei –, a favore dei quali nulla aveva disposto nel suo testamento. Questi, riusciti ad ottenere in appello, dopo un lungo processo, un assegno vitalizio di 1.000.000 di lire annuo, somma calcolata in percentuale sul valore delle sostanze ereditarie, erano poi risultati sostanzialmente soccombenti innanzi alla S. corte, la quale, in applicazione della distinzione fra debiti di valuta e debiti di valore, aveva statuito che l’assegno vitalizio, quale debito di valuta, dovesse essere ragguagliato al valore nominalistico che le sostanze ereditarie avevano al momento dell’apertura della successione (verificatasi nel 1940, cioè ben 10 anni prima), con la conseguenza che l’assegno venne drasticamente ridotto per entrambi i figli naturali a 25.000 lire annue. “*Decisione perfettamente coerente alla logica giuridica; ma moralmente e socialmente una beffa o una bestemmia*”, puntualizzava Calamandrei, che poi soggiungeva: “*Nella discussione orale, cercai di sostenere che le esigenze logiche dovevano cedere qui alle esigenze morali del caso pietosissimo (e il procuratore generale mi appoggiò); ma la corte non mi seguì: «debito di valuta» «principio nominalistico», idoli inesorabili, ai quali, pur di rispettare la giurisprudenza consolidata, non era vietato sacrificare vittime umane*”.

*Mutatis mutandis*, si potrebbe qui affermare: regole di validità e regole di comportamento, idoli inesorabili, ai quali pur di rispettare la giurisprudenza formatasi sul sistema del codice del 1942, non è vietato sacrificare vittime umane.

3) È opportuno precisare che il controllo di legittimità costituzionale, oltre che in sede processuale, si rivela foriero di interessanti applicazioni anche in sede sostanziale laddove l'interprete (in particolare il giudice) deve individuare, dopo aver apprezzato compiutamente il fatto, la normativa di riferimento, il suo preciso significato ed il suo ambito di operatività.

Si preferisce procedere con esemplificazioni e riferimenti concreti, anche per restare fedeli alle premesse metodologiche in apertura esplicitate.

L'interpretazione costituzionalmente orientata,

a) oltre a giustificare e legittimare la disapplicazione (*id est*, l'interpretazione abrogante) di disposizioni contrastanti con i principi costituzionali (in tal senso, emblematica è la vicenda della presunzione muciana, che, pur in assenza di un'abrogazione espressa o di una pronuncia della Corte costituzionale, è stata reputata non più compatibile col principio costituzionale di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi attuato con la riforma del diritto di famiglia),

b) può consentire l'enucleazione di significati normativi che la mera lettera della disposizione non consentirebbe di enucleare (un esempio interessante può esser quello dell'art. 1052 cod. civ., il cui secondo comma – che consente al giudice di concedere una servitù di passaggio ancorché il fondo non sia intercluso, qualora, tuttavia, abbia un accesso alla via pubblica inadatto o insufficiente alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria – è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “*nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap – degli edifici ad uso abitativo*”. Il richiamo alla gerarchia dei valori costituzionalmente delineata – in cui la persona umana è posta all'apice – ha così consentito un significativo ampliamento dell'ambito di operativa della disposizione in esame);

c) può consentire, inoltre, l'enucleazione di significati normativi addirittura contrastanti (*rectius*, in apparenza contrastanti) con la lettera della disposizione, com'è di recente avvenuto, ad es., a proposito all'interpretazione dell'art. 32 della l. n. 413 del 1991 sul condono fiscale, con riferimento al quale la S. Corte (Cass., 20 giugno 2007, n. 14376) ha affermato che – nonostante l'espressione letterale “*anteriormente al 30 novembre 1991*” parrebbe escludere dal beneficio legislativo coloro che nella situazione normativamente prevista si fossero trovati il 30 novembre 1991 – il diritto potestativo di chiedere il condono deve essere riconosciuto anche a tali soggetti, in applicazione dei principi costituzionali (e comunitari) di uguaglianza e *ragionevolezza*; ed è appena il caso di sottolineare come tale

pronuncia abbia anche in qualche misura stigmatizzato il più mendace dei principi interpretativi che la tradizione ci ha consegnato: il riferimento è a quello racchiuso nell'adagio "*in claris non fit interpretatio*";

d) può, infine, consentire interpretazioni selettive del significato normativo delle disposizioni legislative, nel senso che, senza modificarne il testo, ne circoscrive o subordina l'operatività (e/o la legittimità dell'applicazione) alla ricorrenza, in concreto, di determinati presupposti di fatto e/o alla presenza o all'assenza di interessi contrastanti. Emblematiche al riguardo risultano le prime applicazioni della riforma sull'affidamento condiviso. Con riguardo, in particolare, all'assegnazione della casa familiare, l'art. 155 *quater* cod. civ., dopo aver solennemente affermato (e ribadito) che "*il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*", dispone poi che "*Il diritto di godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario [...] conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*".

Questa seconda previsione sembra decisamente contrastare con quella di principio che la precede: non si vede, infatti, come la scelta (indubbiamente legittima) del coniuge, con il quale il minore conviva, di iniziare e/o di formalizzare una nuova

relazione, possa condizionare il diritto di quest'ultimo (che è sicuramente prioritario) a continuarvi ad abitare.

Orbene la giurisprudenza di merito (mi riferisco in particolare a Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, ma ve ne sono altre) ha saputo individuare, con una condivisibile interpretazione selettiva costituzionalmente orientata, l'ambito di operatività della seconda delle due disposizioni richiamate. Si è, infatti, affermato che "*Non è applicabile la causa di estinzione relativa alla convivenza 'more uxorio' del coniuge assegnatario della casa coniugale, quando il provvedimento (di assegnazione) sia stato emesso nel 'prioritario' interesse dei figli. La convivenza 'more uxorio' determina la revoca dell'assegnazione della casa coniugale in assenza di figli conviventi*".

Ora sulla disposizione in esame è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 30 cost., e la Corte Cost., con ordinanza del 5 dicembre 2007, n. 421, l'ha ritenuta manifestamente inammissibile, non già però nel merito, bensì in rito per l'omessa descrizione della fattispecie concreta che ha impedito alla Corte di vagliare l'effettiva applicabilità della norma denunciata al giudizio principale, così derivandone una carenza di motivazione sulla rilevanza.

Dalla motivazione dell'ordinanza d'inammissibilità sembra tuttavia emergere un'implicita, indiretta conferma dell'interpretazione selettiva operata dai giudici di merito. Vi si legge, infatti, che "*L'ordinanza di rimes-*

sione manca [...] di una compiuta descrizione della fattispecie, non facendosi neppure riferimento, in essa, alla presenza, nella specie, di figli ed alla minore o maggiore età degli stessi". Con ciò la Corte mostra di attribuire rilevanza, ai fini dell'applicabilità e dunque della legittimità della disposizione, alla ricorrenza o no di determinati presupposti di fatto (presenza o assenza di figli; maggiore o minore età degli stessi); da ciò emerge che il principio "ex facto oritur ius", può acquisire rilevanza anche nel giudizio di legittimità costituzionale.

In conclusione, come si può constatare, l'interpretazione costituzionalmente orientata consente già sul piano sostanziale di ampliare sensibilmente gli spazi di tutela delle situazioni soggettive, senza che sia necessario formalmente e previamente sollevare la questione di legittimità costituzionale. E consente, altresì, di evitare che il giurista possa operare quella comoda "deviazione in calcio d'angolo" in cui sostanzialmente si risolve l'adesione rinunciataria ed acritica al vecchio aforisma '*dura lex sed lex*', che si suole pigramente invocare quando ci si avvede che l'applicazione asettica e letterale di una disposizione conduce a soluzioni evidentemente inique.

4) È opportuno, ora, porre adeguatamente in risalto che la prospettiva costituzionale, unitamente alle evoluzioni del sistema comunitario complessivamente inteso, ha esercitato e sta tuttora esercitando un'influenza notevole sull'intero sistema civilistico italiano, al punto da sollecitare forti ripensamenti e giustificare anche una radicale rivisitazione della teoria generale del contratto e delle obbligazioni, sì come tramandateci dalla dottrina tradizionale formatasi sulla sistematica del codice civile del 1942. S'intende far riferimento non soltanto alle influenze, peraltro inevitabili, esercitate dal nuovo sistema italo-comunitario delle fonti normative e dai suoi principi ispiratori, bensì anche e soprattutto a quelle culturali che conseguono alla circolazione dei diversi modelli ordinamentali e, dunque, delle diverse culture giuridiche dei singoli Stati membri della Comunità.

Gli esempi da richiamare al riguardo potrebbero essere tratti:

– dalle vicende giurisprudenziali relative all'anatocismo, in cui il brusco e radicale mutamento d'avviso della S. Corte circa la qualificazione delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a carico del cliente (ora, com'è noto, ricondotte, non più nell'alveo degli usi normativi, bensì in quello degli usi negoziali), è stato indubbiamente giustificato dall'affermazione e consolidazione, quali principi generali dell'ordinamento, dei principi di proporzionalità e di equilibrio delle posizioni contrattuali, i quali non consentivano più che potesse essere ancora tollerata la

significativa disparità di trattamento che si registrava nei rapporti fra istituti di credito e clienti;

– dalle evoluzioni interpretative che hanno interessato l'istituto della clausola penale, in cui l'affermazione giurisprudenziale della rilevanza *ex officio* della penale manifestamente eccessiva è stata giustificata, più che dalla adesione alla tesi che vi ravvisa (nella penale) l'esercizio da parte dei privati di un potere punitivo, anche ora dai principi di equilibrio delle posizioni contrattuali e di proporzionalità, i quali reclamano che il risarcimento del danno sia ragguagliato al pregiudizio effettivamente causato dall'inadempimento (principi che, peraltro, hanno giustificato la negazione della possibilità di delibare in Italia sentenze statunitensi con le quali erano stati comminati e liquidati danni punitivi ed esemplari).

5) Tuttavia, ciò che in questa interessa porre maggiormente in risalto è la recente evoluzione giurisprudenziale sul concetto di causa del contratto, determinata,

– oltre che dalla poco sopra richiamata circolazione dei modelli giuridici (fra questi, in particolare, significativo è il modello anglosassone o di *common law* che com'è noto non conosce il concetto di causa, bensì quello di *consideration*),

– anche dall'affermarsi della prospettiva dell'interpretazione costituzionale degli istituti civilistici che, come precisato, ha, a sua volta, favorito

(a) l'acquisizione di maggior rilievo degli interessi concreti rispetto a quelli astrattamente delineati dalla previsione normativa;

(b) la tendenza a privilegiare le peculiarità della fattispecie concreta rispetto a quelle della fattispecie astratta;

(c) il tendenziale superamento della tecnica della sussunzione;

(d) infine, ma non da ultimo, l'affermarsi della categoria concettuale dell'abuso del diritto.

Com'è noto si sta ormai piuttosto univocamente trascorrendo da un concetto di causa astratta definita quale "funzione economico-sociale" ad un concetto di causa concreta intesa quale funzione "economico-individuale".

Mentre nel vigore del codice italiano del 1865 la dottrina aveva accolto un concetto soggettivo di causa, identificandola con lo scopo che induce i soggetti alla conclusione del contratto, sì che, in quest'ottica, essa finiva sostanzialmente per coincidere con il fine in vista del quale la parte si obbligava, la codificazione del 1942 accoglieva, invece, un concetto di causa in termini oggettivi.

Nella Relazione al codice (la n. 613) si legge, infatti, che "[...] sono ormai maturi i tempi per un superamento dell'esegesi che vede nella causa lo

*scopo soggettivo perseguito dai contraenti nel caso concreto e, conseguentemente, per configurare tale elemento come la funzione appunto economico-sociale che il diritto riconosce come rilevante, e che giustifica la tutela apportata alla stipulazione intesa come atto esplicativo dell'autonomia privata".*

In questa prospettiva il principale sostenitore della concezione della causa quale funzione economico-sociale (E. Betti) osservava che "[...] *l'autonomia privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale e all'ordinamento pubblico, non essendo più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita*". La causa veniva in tal modo "[...] *sottratta ad ogni legame con la volontà e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento*" (l'osservazione è di M. Giorgianni), tanto che lo stesso concetto di autonomia privata era visto come lo strumento mediante il quale "[...] *le parti provvedono a regolare i propri interessi nei rapporti fra loro o con i terzi, in vista di scopi pratici di carattere tipico, socialmente valutabili per la loro costanza e normalità ricorrente nella vita di relazione*" (così ancora E. Betti; il grassetto è mio); mentre la causa era identificata con "[...] *la funzione economico-sociale del negozio [...] nella sintesi de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata*" (sempre E. Betti).

Non v'è chi non veda come, così concepita, la causa finisse inevitabilmente per coincidere con il (o sovrapporsi al) concetto di tipo negoziale sì come astrattamente delineato e predisposto dal legislatore. Tanto che, secondo la medesima dottrina qui in esame, "[...] *la funzione sociale dell'autonomia privata si rispecchia nel tipo di negozio giuridico*".

E finisce per porsi sostanzialmente quale limite alle attività negoziali dei privati, dacché, sì "*Come i diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia [...] non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati: lo strumento dell'autonomia privata, posto nelle mani dei singoli, non deve essere sviato dalla sua destinazione*" (così, ancora E. Betti).

Concezione, questa, gradita e coerente all'ideologia fascista dell'epoca, in ossequio ed adesione alla quale la causa viene utilizzata come strumento di controllo pubblico sull'operato negoziale dei privati e sulla movimentazione della ricchezza, tanto nella sua fase statica (la proprietà), quanto in quella dinamica della sua produzione (l'impresa) e circolazione (mediante il contratto).

La causa, dunque, viene svincolata del tutto dalle finalità delle parti e si distingue dai motivi, dagli scopi particolari che ciascuna di esse tende a perseguire e che rimangono ad essa estranei (e comunque in larga parte irri-

levanti) proprio perché soggettivi, contingenti, variabili, molteplici, diversi e spesso contraddittori.

Con la caduta del fascismo e con l'avvento della Costituzione repubblicana le cose cambiano sensibilmente. All'apice dei valori del sistema non si colloca più il corporativismo, l'autarchia ed il produttivismo nazionale propri del fascismo, bensì la persona umana ed i suoi diritti inviolabili. La concezione della causa del negozio o del contratto dovrebbe sensibilmente mutare, dovendosi ora porre, semmai, come strumento di verifica della rispondenza (meritevolezza) dell'atto di autonomia con i nuovi valori posti all'apice dell'ordinamento giuridico.

Ciò nonostante e nonostante la Costituzione non riservi una tutela particolare all'autonomia privata (non potendosi ravvisare tale tutela nell'art. 41 ove si riconosce la libertà di iniziativa economica privata, non già di autonomia contrattuale), la nostra giurisprudenza ha continuato sino a poco più di un decennio fa ad utilizzare, della causa, la tradizionale accezione di funzione economico-sociale.

In dottrina, invece, (il riferimento è, in particolare, a G.B. Ferri) si era sin dagli anni '70 cominciato a prospettare una diversa visione delle problematiche connesse al concetto di causa. Il sensibile mutamento ideologico riscontrabile nella Costituzione repubblicana, che ha delineato uno stato sociale di diritto e che ha operato un sensibile temperamento fra le logiche proprie del liberismo puro e quelle sociali(ste), fa sì che la causa perda la funzione di controllo sull'agire dei privati, per divenire a sua volta, quale elemento del contratto, oggetto di controllo al fine di verificare se, in concreto, il singolo contratto sia o no conforme ai valori espressi dall'ordinamento.

La nuova accezione di causa che ne risulta, e, cioè, quella di funzione economico-individuale, tende a privilegiare l'impostazione soggettiva, ancorché non più come identificazione fra causa e scopo soggettivo perseguito dai singoli (sì come si era verificato col codice del 1865), in cui la causa si pone come elemento di coesione dei concreti interessi dei privati. L'atto di autonomia torna ad essere espressione di interessi (non più sociali, bensì) privati in quanto tali valutabili dall'ordinamento; ai fini di tale valutazione non sarà più sufficiente verificare se lo schema concreto utilizzato dalle parti sia o no compatibile con uno dei modelli o tipi contrattuali delineati dal legislatore, ma occorrerà, invece, indagare sul significato pratico dell'operazione. Dunque non più un'indagine astratta e statica sul tipo, bensì un'indagine concreta e dinamica volta ad accertare la rispondenza degli interessi perseguiti in concreto dalle parti con gli interessi reputati meritevoli di tutela dall'ordinamento

Ciò che comporta, come peraltro da tempo auspicato da autorevole dottrina (P. Perlingieri), il superamento della stessa tecnica della sussunzione. La quale, risolvendosi in un procedimento sillogistico e meccanicistico di riconduzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta prevista dalla norma, potrebbe condurre ad una non corretta o inappropriata qualificazione della prima in assenza della valutazione delle peculiarità che la contraddistinguono e degli interessi e dei valori che vi sono coinvolti. Si approderebbe così a risultati talora sconcertanti ed abnormi, in quanto verrebbero inevitabilmente ignorati o resi irrilevanti profili o aspetti estremamente importanti per la fattispecie concreta, ma non previsti o considerati in quella astratta. E, come già all'inizio posto in risalto, si finirebbe anche per invertire i termini del discorso giuridico: *ex iure oritur factum*, anziché *ex facto oritur ius*.

Si deve, invece, individuare ed applicare la normativa maggiormente compatibile con l'assetto di interessi divisato dalle parti, attribuendo il giusto rilievo a tutte le peculiarità che lo caratterizzano

Ora, la sottolineata necessità di superare la tecnica della sussunzione al fine di valorizzare, mediante la valutazione degli interessi concreti versati nel singolo atto negoziale, le peculiarità che contraddistinguono ogni fatto o contratto, comporta che la causa non possa che essere intesa se non come un elemento che fotografa il contratto nella sua dimensione di valore e cioè di regolamento di interessi.

La causa, dunque, come funzione del singolo atto negoziale con cui i soggetti hanno voluto disciplinare i propri particolari interessi, che, conseguentemente, deve riferirsi agli intenti pratici che le parti si prefiggono di perseguire. Ciò che – è bene ribadirlo – non significa ritornare ad una concezione atomistico-soggettiva che ha riguardo alle singole obbligazioni che scaturiscono dal contratto. La nuova concezione di causa di cui qui si discute, infatti, non ha riguardo all'interesse del singolo contraente, bensì all'insieme degli interessi manifestati da entrambe le parti, che, nella loro sintesi palesano il senso della specifica operazione, cioè di quella ragione giustificativa che rileva sia per le parti sia per l'ordinamento. Causa, in conclusione, come espressione oggettiva delle finalità soggettive che gli autori del contratto intendono perseguire.

6) Questa nuova concezione della causa – come già sottolineato – è stata di recente accolta anche dalla giurisprudenza della S. corte.

Al fine di far meglio cogliere ed apprezzare, oltre che la condivisibilità delle premesse teoriche ora sinteticamente richiamate, anche la bontà dei risultati pratici cui conducono, si reputa opportuno esaminare la casistica

con riguardo alla quale la giurisprudenza ha fatto applicazione del concetto di causa in concreto, intesa, cioè, quale funzione pratico-individuale. I casi selezionati, fra i molteplici che potrebbero qui essere richiamati, sono i seguenti.

### Caso A

*Un soggetto, decisamente intenzionato a vendere un rustico in pessimo stato di manutenzione che ha da poco ereditato e che è situato nel suo paese d'origine, ne parla con un suo vecchio amico ivi ancora residente affinché gli indichi o lo metta in contatto con qualche soggetto interessato all'acquisto. Dopo qualche tempo l'amico, pur non avendo alcuna disponibilità economica, si propone tuttavia quale acquirente dell'immobile, confidando di rivenderlo immediatamente al titolare di un'impresa alberghiera che ha nel frattempo conosciuto e che sa essere molto interessato alla località ove sorge il rustico.*

*Si conclude così, fra i due amici, un contratto di compravendita ad un prezzo assolutamente conveniente per l'acquirente, il quale provvede al pagamento del prezzo mediante l'emissione di un assegno postdatato a tre mesi. Decorsi i quali, il venditore tenta di incassarlo, ma si vede opporre dalla banca non solo che l'assegno è scoperto, ma che è stato addirittura tratto su un conto corrente già da tempo definitivamente estinto.*

*Recatosi presso l'amico acquirente per avere spiegazioni, apprende che questi, nel frattempo, ha immediatamente rivenduto il rustico al titolare dell'impresa alberghiera ad un prezzo che risulta il triplo di quello con lui convenuto. Viene altresì a sapere che il titolare dell'impresa alberghiera ha già tempestivamente curato la trascrizione del suo acquisto.*

*Consapevole del fatto che giammai riuscirà ad ottenere il pagamento del prezzo dal suo amico, che non è titolare né di un patrimonio mobiliare né immobiliare, né ha redditi, in quanto da tempo disoccupato, si chiede se vi siano strumenti giuridici che gli consentano, in qualche modo, di recuperare la proprietà dell'immobile.*

---

Astrattamente si sarebbero potute certamente promuovere sia l'azione di risoluzione per inadempimento (art. 1453 cod. civ.), sia l'azione di annullamento per dolo (omissivo) [art. 1439 cod. civ.]. Tuttavia, entrambe le azioni si sarebbero rivelate in pratica infruttuose, in quanto ai sensi dell'art. 2652, cod. civ., n. 1, da un lato, e n. 6, dall'altro, le sentenze che accolgono le domande di risoluzione come pure le domande volte a far pronunciare

l'annullamento non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale. E nel nostro caso è indubbio che la trascrizione della domanda giudiziale (sia di risoluzione, sia di annullamento) sarebbe avvenuta posteriormente alla trascrizione dell'acquisto già effettuata dal terzo [l'imprenditore alberghiero], al quale, dunque, non si sarebbe potuta opporre l'eventuale sentenza di accoglimento.

Eppure, con riguardo alla fattispecie ora esposta, la S. corte (cfr., Cass. n. 5917 del 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 135 ss.), confermando l'impugnata sentenza della Corte d'Appello, ha offerto una soluzione in cui è riscontrabile il ricorso al concetto di causa in concreto, e, ancorché non in maniera esplicita, anche al divieto di abuso.

Si legge nella motivazione: *“La truffa dell'[acquirente], commessa in danno dell'[alienante] in relazione alla stipula del suddetto contratto, per aver versato un assegno di 40.000.000 postdatato e privo di copertura, espressione evidente del preordinato piano truffaldino concepito dall'[acquirente] e coronato dalla [ulteriore ed immediatamente successiva] vendita all'[imprenditore alberghiero], importa [...] un difetto di equivalenza delle prestazioni o della ragione giustificativa della prestazione prevista, con conseguente assoluta mancanza di causa del contratto e, per l'effetto, la nullità dello stesso. La consegna al [venditore], che aveva venduto l'immobile, di un assegno non soltanto non coperto, ma addirittura emesso su un conto corrente già definitivamente estinto e, quindi, dolosamente preordinato a rimanere insoluto [...] vale ad escludere che l'acquirente abbia avuto intenzione di acquistare il bene, ma solamente di acquisirlo mediante il raggio operato”*.

Come si può notare, la S. Corte non si è soffermata né sull'inadempimento (dell'obbligazione di pagamento del prezzo) in sé preso (che avrebbe potuto comportare il ricorso all'azione di risoluzione), né sulla truffa perpetrata (che avrebbe legittimato il ricorso all'azione di annullamento per dolo), bensì ha soffermato la propria attenzione sulle finalità (illecite) che mediante l'utilizzazione dello schema contrattuale della vendita l'acquirente intendeva perseguire.

Sembra inoltre di poter cogliere nel ragionamento della S. corte, ancorché non vi faccia espresso riferimento, un implicito ricorso (anche) alla categoria concettuale dell'abuso. In particolare, sembra volersi censurare l'abuso della causa che nella fattispecie concreta era stato perpetrato e mediante il quale era stato possibile perseguire le finalità truffaldine dell'acquirente. E però, abuso della causa, non già in astratto (cioè, quale funzione economico-sociale), bensì in concreto (quale funzione pratico-individuale).

Le conseguenze sfavorevoli per l'originario proprietario-alienante non sarebbero state eliminate mediante il semplice ricorso alla (pur sicura) violazione dei principi di correttezza e buona fede; maggiore tutela viene, invece, riservata al venditore attraverso l'eliminazione dell'abuso, in concreto, dello schema contrattuale, ciò che si realizza, a ben vedere, con l'accoglimento di un diverso concetto di causa: causa in concreto, in ragione dell'adozione della quale soltanto è stato possibile asserire la carenza della funzione di scambio (e, si noti, la sentenza sopra citata va segnalata come una delle prime che ha inaugurato il nuovo corso giurisprudenziale in tema di causa; si vedano, poi, nello stesso senso, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958; più di recente App. Trieste, 5 novembre 2010).

### **Caso B**

*Tizio stipula con la società Beta un contratto di consulenza (avente ad oggetto valutazioni di progetti industriali e di acquisizione di azienda) riconducibile nella figura del contratto d'opera disciplinato nell'art. 2222 cod. civ., per l'esecuzione del quale viene pattuito e stabilito il relativo compenso.*

*Sulla base dei rapporti instaurati con la stipula di tale contratto di consulenza, Tizio viene anche inserito negli organi amministrativi di alcune società facenti capo o collegate a (ovvero controllate da) Beta. Per le attività svolte a favore delle società collegate a Beta (attività che coincidono esattamente con quelle disimpegnate sulla base del contratto di consulenza) viene autonomamente remunerato.*

*Quando, successivamente, chiede la liquidazione del compenso per l'espletamento delle attività consulenziali, si vede opporre un fermo rifiuto da Beta, la quale assume che le attività svolte in esecuzione di quel contratto in nulla divergevano da quelle connesse alle cariche ricoperte da Tizio nelle società collegate di Beta.*

*Tizio conviene allora in giudizio la società Beta chiedendone la condanna al pagamento del corrispettivo per la prestazione d'opera.*

---

Anche in questa fattispecie la S. corte (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490), confermando le pronunzie di merito, ha rigettato la domanda avanzata da Tizio, in quanto, in applicazione del concetto di causa in concreto, ha reputato esser "[...] evidente come, nel caso che ci occupa, sia proprio il difetto di causa a viziare irrimediabilmente di nullità il contratto di consulenza, intesa per causa lo scambio di quella ben identificata attività consulenziale, già

*simmetricamente e specularmente svolta in adempimento dei propri doveri di amministratore, con il compenso preteso” dal consulente Tizio.*

È appena qui il caso di precisare che a questa conclusione non sarebbe stato assolutamente possibile pervenire se si fosse fatto ricorso al concetto astratto di causa come funzione economico-sociale, dacché il riferimento al *tipo* contrattuale di cui all’art. 2222 cod. civ. (ai sensi del quale si configura contratto d’opera “*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente [...]*”), non avrebbe consentito di sostenere la carenza di causa, dacché nello schema astratto normativamente delineato essa è ben presente ed individuata.

Ciò che, tuttavia, qui preme richiamare e sottolineare è il ben riuscito tentativo della S. corte di rielaborare e riconcettualizzare l’elemento causale.

Si legge, infatti, nella citata sentenza n. 10490 del 2006: “*Si discorre da tempo di una fattispecie causale ‘concreta’, e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d’altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell’orbita della dimensione funzionale dell’atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l’uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”.*

### **Caso C**

*Due coniugi prenotano con congruo anticipo un albergo per una vacanza in una nota località balneare, e pagano anticipatamente il prezzo convenuto.*

*Il giorno precedente la partenza per l’inizio della vacanza programmata, tuttavia, il marito improvvisamente muore, e la moglie ovviamente decide di non partire più.*

*Successivamente, riavutasi dal lutto, la vedova si rivolge all'albergatore chiedendogli la restituzione di quanto anticipatamente pagato per la vacanza prenotata ma poi non goduta.*

*L'albergatore si rifiuta di restituire la somma corrispostagli, assumendo che non è a lui imputabile la mancata fruizione della vacanza.*

*La vedova lo conviene allora in giudizio, chiedendone la condanna alla restituzione di quanto anticipatamente corrisposto.*

---

La S. corte con sentenza del 20 dicembre 2007, n. 26958, ha accolto la richiesta della vedova, dopo aver

– precisato, circa la causa del contratto turistico (e richiamando, a tal fine, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315), “[...] *che il soggiorno o il servizio alberghiero ‘assumono, [...] rilievo non già singolarmente e separatamente considerati, bensì nella loro unitarietà funzionale, non potendo prescindere dalla considerazione dei medesimi alla stregua della finalità turistica che la prestazione complessa in cui si sostanziano quali elementi costitutivi è funzionalmente volta a soddisfare. Tale finalità non costituisce, pertanto, un irrilevante motivo del contratto de quo, e non si sostanzia in specifici interessi che rimangono nella sfera volitiva interna del creditore della prestazione alberghiera costituendo il semplice impulso psichico interiore che lo spinge alla stipulazione del contratto, ma viene (anche implicitamente) ad obbiettivarsi in tale tipo di contratto, divenendo interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, così connotandone la sua causa sul piano concreto’ (in argomento, adde Cass., n. 12235/07 oltre alla già citata Cass. n. 10490/06)”;*

– affermato, conseguentemente, che “*Il concetto di causa concreta appare, così, funzionale, da un canto, a qualificare il ‘tipo’ contrattuale – determinando l’essenzialità di tutte le attività e servizi strumentali alla realizzazione della finalità turistica (e cioè il benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare) –; dall’altro, assume rilievo quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-effettuale. Di talché la causa (come non si è mancato di osservare da parte della più attenta dottrina) finisce per assumere rilievo non meno decisivo in ordine alla sorte della vicenda contrattuale (oltre che con riferimento alla fattispecie negoziale considerata nel suo aspetto genetico), in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo sviluppo del rapporto (inadempimento, impossibilità, aggravio della prestazione, ecc.), eventi negativamente incidenti sull’interesse creditorio (nella specie, turisti-*

co), *obbiettivato in seno all'elemento causale del contratto*" ( i grassetto sono miei).

Si è così finito per attribuire alla disposizione dell'art. 1463 cod. civ. (ai sensi della quale "*Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*") un significato normativo più ampio di quello della sua previsione letterale, essendo ora (cioè a seguito dell'interpretazione conseguente all'accoglimento del concetto di causa in concreto) possibile invocare la risoluzione, oltre che di fronte ad una materiale impossibilità sopravvenuta di esecuzione della prestazione, anche in presenza di una impossibilità sopravvenuta di "fruizione" di tale prestazione, conseguente al venir meno del corrispondente interesse.

Nella medesima pronuncia non si è poi mancato di precisare, onde evitare facili commistioni e confusioni col concetto di motivo (di per sé irrilevante),

*"[...] come nella specie [...], il venir meno del predetto interesse si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto stesso, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa della relativa estinzione. Il venir meno dell'interesse creditorio (e della causa del contratto che ne costituisce la fonte) può essere, dunque, legittimamente determinato anche dalla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, qualora essa si presenti come non imputabile al creditore, nonché oggettivamente incidente sull'interesse che risulta (anche implicitamente) obbiettivato nel contratto: una impossibilità tale da vanificare o rendere irrealizzabile la 'finalità turistica' (laddove irrilevanti rimangono viceversa le finalità ulteriori per le quali il turista si induce a stipulare il contratto, quali il desiderio di allontanarsi dalla famiglia o dalla cerchia degli amici; l'esigenza di un distacco dall'ambiente di lavoro; la necessità di riprendersi da un periodo di stress; la ricerca di avventure post-matrimoniali ecc.) in cui si sostanziano, viceversa, i motivi impulsivi sottesi alla stipula del contratto da parte del creditore della prestazione di soggiorno alberghiero".*

Ora appare indubbio che, così opinando, la S. Corte ha ridonato al concetto di causa un ruolo ed una funzione centrale nell'analisi delle problematiche che si pongono in materia di contratto e di rapporto contrattuale.

In particolare, il collegamento necessario instaurato con l'interesse delle parti si rivela idoneo ad assegnare alla "causa" quel contenuto e quel rilievo concreto che la concezione oggettiva, di fatto, gli aveva impedito, appiattendolo sul (ovvero sovrapponendolo al) tipo.

E – si badi – quando si parla di "interesse" non si fa riferimento all'in-

teresse ulteriore e/o all'utilità mediata che ciascuna parte consegue o può conseguire a seguito dell'attuazione del rapporto contrattuale (che, in quanto tale, è destinato a restare totalmente inespresso), bensì all'interesse che risulta dal titolo, il quale perciò non è qualificabile come mero motivo, ma costituisce elemento funzionale del vincolo obbligatorio.

Si tratta, in altri termini, dell'interesse obbiettivato nel contratto, che palesandosi (e quindi rendendosi comune), anche in maniera implicita, ad entrambi i contraenti, cessa così di essere (confuso col) mero motivo individuale.

7) Si tratta, a questo punto, di comprendere cosa possa aver determinato questa significativa evoluzione giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che, peraltro, già dagli anni '70 la dottrina aveva iniziato a prospettare una concezione di causa quale funzione economico-individuale. Ci si deve chiedere, in altri termini, perché soltanto negli ultimi 15 anni la giurisprudenza abbia accolto tale concezione di causa.

Non appare azzardato sostenere che l'evoluzione ora segnalata possa essere stata sollecitata e giustificata, dapprima, dal progressivo affermarsi della prospettiva costituzionale che ha portato la dottrina ad effettuare una rilettura degli istituti del diritto civile alla luce dei nuovi principi accolti nella carta fondamentale, e successivamente dall'affermarsi dei principi, (anche) di derivazione comunitaria, quali quello dell'equilibrio economico e normativo delle posizioni contrattuali, quello di proporzionalità, quello di ragionevolezza, quello di tutela del contraente debole, i quali hanno, a loro volta, inevitabilmente favorito il riconoscimento di un rilievo più incisivo all'interesse o all'assetto degli interessi concreti oggetto del regolamento contrattuale.

D'altro canto – e qui riemerge l'influenza del diritto comunitario – quando si dice che le finalità contrattuali (rappresentate dagli interessi individuali delle parti) non s'identificano coi motivi, ma vanno (anche implicitamente) ad obbiettivarsi nel contratto adottato, come pure quando si afferma (lo si è visto in particolare nel **Caso C**) che “*la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione oggettivamente incidente sull'interesse che risulta (anche implicitamente) obbiettivato nel contratto*” vanifica la possibilità di realizzazione della finalità negoziali, non sembra che ci si discosti molto dal concetto di *frustration*, proprio dei sistemi di *common law*.

Ancora, quando con riferimento al **Caso A**, si pone a fondamento della nullità del contratto per mancanza di causa il “[...] *difetto di equivalenza delle prestazioni o della ragione giustificativa della prestazione [traslativa] prevista*”, ovvero la circostanza che l'acquirente in realtà non avesse avuto

l'intenzione di acquistare il bene, ma soltanto di frapporsi quale titolare formale dello stesso al fine di compiere lui la speculazione, in realtà si svolge un ragionamento analogo a quello che è sotteso alla *consideration*, la quale è, infatti, intesa come conferma, mediante la previsione di una controprestazione o di un sacrificio reciproco da parte dei paciscenti, della serietà degli impegni contrattuali assunti.

Questo sensibile avvicinamento a logiche e a concetti che un tempo erano estranei e sconosciuti all'ordinamento italiano, può senza dubbio essere attribuito (anche) alla circolazione dei modelli giuridici che le pronunce delle Corti di Giustizia hanno sempre più frequentemente favorito.

E non si può non prendere atto che tali nuove prospettive si rivelano idonee ad assicurare in maniera più incisiva l'effettività della tutela. È, infatti, ben più efficace il ricorso all'azione di nullità per mancanza genetica della causa (che d'ora in poi non si limiterà ad essere rappresentata soltanto dai casi di scuola del vitalizio costituito a favore di persona defunta, o dell'assicurazione senza rischio), che non all'azione di risoluzione (lo si è visto, in particolare, analizzando il **Caso A**).

Parimenti, amplia significativamente l'effettività della tutela (in una con l'ampliamento del significato normativo dell'art. 1463 cod. civ.), il riconoscimento della possibilità di risolvere il rapporto contrattuale in presenza di un vizio funzionale della causa che si risolva (non già e non solo nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì anche) nell'impossibilità sopravvenuta di **utilizzo della prestazione** e cioè nell'impossibilità di dare attuazione all'interesse e dunque di realizzare la causa concreta del contratto (fattispecie risolutiva, quest'ultima, che pur non risulta espressamente contemplata dalla norma).

Si tratta di una prospettiva intelligente e condivisibile che, rivalutando il ruolo dell'interesse concreto del creditore (sin qui destinato invece a svolgere una funzione meramente descrittiva nell'interpretazione che tradizionalmente si è offerta dell'art. 1174 cod. civ.), si rivela foriera di ulteriori interessanti applicazioni con significative ricadute anche sul piano dell'effettività della tutela.

A tale ultimo proposito sembra opportuno segnalare che la S. corte (cfr., Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975), valorizzando la previsione della disposizione da ultimo richiamata (ai sensi della quale "*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*"; grassetto mio), ha riconosciuto la risarcibilità dei danni non patrimoniale anche in sede di responsabilità contrattuale conseguente all'inadempimento.

Come si può dunque constatare, sollecitata dai principi costituzionali e dalla cultura giuridica degli Stati membri della comunità europea, oltre che dalle profonde evoluzioni in atto, si sta procedendo ad una profonda e “generale” rivisitazione dell’intera teoria generale del contratto che la tradizione ci aveva tramandato. Ad entrare in crisi è soprattutto ed innanzitutto la funzione ed il ruolo della figura del contratto c.d. di diritto comune, alla quale molti civilisti manifestano invece di restare anacronisticamente legati.

L’opera di revisione inaugurata di recente dalla giurisprudenza e sollecitata già da tempo dalla dottrina più sensibile, merita di essere decisamente condivisa e portata a compimento in maniera organica e sistematica. L’auspicio è necessario, dacché, come sopra segnalato, si registrano, talora, su singoli ma rilevanti settori, degli arresti (anche) nella giurisprudenza della S. Corte che si risolvono nella riesumazione di vecchi dogmi e vecchie classificazioni, che, se avevano un fondamento nella sistematica e nell’impianto del codice del 1942, non risultano affatto coerenti col sistema attuale quale si è venuto delineando a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione e dell’avvento del diritto comunitario.

E se non si ha il coraggio di abbandonare le desuete, ancorché rassicuranti, concettualizzazioni dogmatiche del passato, si rischia di costruire dei veri e propri mostri giuridici.

Se, infatti, ci si ispira in parte alle nuove logiche ed ai nuovi principi costituzionali e comunitari, in parte alle vecchie costruzioni dogmatiche elaborate sulla sistematica del codice civile del 1942, si rischia di coniugare elementi fra loro eterogenei ed incompatibili, così favorendo la costruzione di un sistema disorganico e schizofrenico, inidoneo a fornire risposte tempestive ed adeguate ai complessi problemi che il giurista è chiamato a risolvere nel tempo presente.

LUIGI MARI

*LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DANS L'ESPACE  
EUROPÉEN DÉNATIONALISÉ*

Le temps à ma disposition est très limité ; je m'efforcerai donc de synthétiser le plus que possible mes réflexions, au risque de trop simplifier et d'encourir dans des malentendus.

Je vais exposer des vues quelque peu hétérodoxes non pas pour le goût de l'originalité, mais tout simplement comme un témoignage d'affection à l'honoré de cette journée, dont l'œuvre scientifique révèle une dévotion particulière au devoir d'indépendance intellectuelle du travail scientifique. Je tiens à lui exprimer publiquement ma gratitude pour m'avoir instillé le sens de ce devoir le long des années que j'ai eu le privilège de partager avec lui d'abord comme disciple « adopté », et en amicale solidarité après.

Comme l'annonce le programme, l'aspect central de cette journée est la dimension culturelle du droit international privé [*dip*], dimension qui, à mon opinion, inclut le sens existentiel - la perception, en tant que réalité vécue - de l'expérience juridique qu'y correspond.

Je laisse donc en marge les questions techniques pour me concentrer sur l'usage « politique » du *dip* dans l'espace européen et sur les implications culturelles qui en découlent. La limitation géographique s'impose à double titre : premièrement a cause de la spécificité et unicité du phénomène qui se vérifie en Europe ; deuxièmement a cause de l'ampleur de ce phénomène, qui n'a pas d'équivalent en d'autres régions de la planète. On aura facilement compris que le phénomène en question est l'uniformisation du *dip* à l'échelle européenne.

I

Avant de procéder en cette analyse, il paraît nécessaire de fixer quelques postulats.

Le premier est la persistante existence en bonne santé de l'État-Nation,

malgré l'opinion largement répandue de sa crise irréversible en conséquence de la mondialisation, et grâce aussi, on pourrait dire, à certaines attitudes forcément intégrationniste des institutions européennes.

Il est évident que la nationalité constitue encore la valeur fondatrice de l'État. La globalité des relations que l'ordre étatique prétend de régler, leur coordination vers un but commun ne sont pas concevables sans la préalable détermination de certaines caractéristiques personnelles et permanentes du groupe social organisé en État.

Certes, il y a une différence entre nationalité et citoyenneté, entre nationalité de fait et nationalité de droit. Mais il semble indiscutable que même à notre époque l'appartenance juridique à la population étatique ne peut pas être totalement dissociée de l'existence d'une communauté constituée historiquement comme une « nation ».

Un autre postulat est la persistance de la dimension territoriale de l'ordre juridique étatique et souverain. Souveraineté de l'État et territoire sont indissociables : sans la détermination de ce qui constitue le territoire « national », l'État perd son identité et l'ordre juridique ne peut pas exercer sa fonction régulatrice de la globalité des rapports intéressant la communauté nationale.

Enfin, le dernier postulat, qui comme les précédents n'a pas besoin de démonstration, est l'inhérence, en principe, du *dip* au droit privé étatique, au moins dans le sens qu'il opère dans les relations juridiques privés et dans le cadre d'un ordre juridique étatique.

Ce sont toujours les tribunaux nationaux qui appliquent les règles de *dip* entre des parties privés.

## II

La création de la Communauté et ensuite de l'Union européenne ne semble pas avoir ébranlé ces postulats. Les États et les nations sont encore là, et le *dip* continue d'expliquer sa fonction en symbiose avec le droit civil dans un espace territorial bien délimité.

Pourtant, depuis le traité d'Amsterdam le *dip* perd sa stricte connotation étatique et sous l'emprise de l'Union emprunte la route de l'uniformité. Une route jalonnée d'une série impressionnante de règlements et qui n'est pas encore arrivé à son point terminal.

Aujourd'hui, en outre, comme on sait bien, la codification du *dip* a été mise à l'ordre du jour et l'on discute de la partie générale qu'y devrait être insérée.

Selon la doctrine officielle des Institutions de l'Union, et spécifiquement

de la Commission, l'uniformité de règlement des situations juridiques privées serait une nécessité primordiale du marché interne. Faute d'unification du droit civil, la disparité des systèmes de *dip* à caractère national constituerait l'entrave la plus grave au modèle d'intégration économique configuré par les traités européens. Plus spécifiquement, la disparité de ces systèmes est considérée un obstacle en soi à la liberté de circulation des personnes et des entreprises, et au développement des transactions économiques. Au contraire, l'uniformité du *dip* assure la prévisibilité et la certitude du règlement des situations juridiques. Elle réalise donc par définition l'harmonie des solutions et par conséquent favorise automatiquement l'intégration économique et sociale. Quant au moyen technique utilisable à ce but, puisque l'unification par voie de traités internationaux se révèle trop compliquée et lente, le recours au règlement s'impose.

Apparemment en ce choix en faveur de l'uniformité réglementée, et dans la production normative qui en résulte, il n'y a rien en contraste avec la configuration technique du *dip*, telle que on peut l'observer au niveau étatique dans la période plus récente de son évolution.

Tous les caractères anciens et nouveaux que la vague des codifications nationales a imprimé aux règles de conflit se trouvent recueillis dans presque un millier d'articles qui composent désormais le corpus du droit international privé d'origine communautaire ou unioniste. C'est seulement en matière de procédure civile internationale qu'apparaissent de considérables éléments d'originalité, mais pour le moment on peut laisser de côté cet aspect.

On n'insistera pas sur les arguments qui selon les vues unionistes justifient, ou mieux, rendent indispensable le passage au droit uniforme imposé par voie réglementaire. Ni voulons nous nous livrer à des considérations techniques sur le matériel normatif dont est constitué l'édifice unioniste. Il nous intéresse ce qui se cache derrière la façade de l'uniformité, pour essayer de découvrir la « philosophie » et l'impact culturel de cette opération « politique ». « Politique » dans le sens propre du terme, car édicter n'importe quelle règle est toujours une opération « politique » de médiation entre valeurs et intérêts.

### III

Insérée dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'uniformité du *dip* correspond, ou mieux, incarne un projet culturel. L'idée de base, inspiratrice de l'uniformité des règles de *dip*, est de nier toute valeur ordinatrice et catégorielle aux systèmes nationaux de droit civil, afin de neutraliser les différences du droit substantiel des Etats membres. Dès lors, il est possible

et aisé de manipuler sans aucune contrainte tous dogmes et systématisations de l'ordre juridique national. La fongibilité des codes nationaux est complète, ainsi que l'équivalence des juridictions.

Selon les vues unionistes, ce projet culturel se justifie pleinement. L'abolition des frontières intérieures et la création de l'espace commun de sécurité justice et liberté ont affaibli et infléchi la liaison entre le droit et le territoire national, et suggèrent un usage du *dip* détaché du particularisme de chaque ordre juridique national : un usage du *dip* purement technique et abstrait, décoloré et indifférent aux traits identitaires qui caractérisent les systèmes de droit civil nationaux. D'où l'anonymat culturel qui caractérise et doit caractériser les règles européennes uniformes. Mais il ne s'agit pas du hasard. Cet anonymat est à la fois recherché et nécessité. Nécessité parce que il n'y a pas, de toute évidence, un droit civil propre à l'Union qui puisse fournir au *dip* une orientation et une échelle des valeurs; recherché, parce que toute trace du particularisme de tel ou tel autre système est en principe en contraste avec l'idée et la fonction de l'uniformité.

Certes, on sait bien qu'il existe un modèle commun de *dip* plus ou moins répandu dans tous les systèmes de *dip* et que l'aspiration à universaliser ce modèle ne cesse pas d'exercer sa force uniformisatrice. Mais dans l'Union européenne la tendance à l'universalité change de registre. Au lieu d'adapter l'exigence d'universalité à l'individualité du système national civiliste, la volonté d'uniformiser se superpose à cette individualité jusqu'à l'effacer et à exiger son sacrifice. Le résultat est qu'on détruit à la fois l'universalité et le particularisme.

D'une part l'universalité se montre relativisée à l'ensemble de l'Union (sauf exceptions anglo-saxonnes et coopérations renforcées), en oubliant le reste de la planète ; de l'autre, l'identité juridique et culturelle des ordres juridiques nationaux devient dépourvue de toute influence sur la conception du système conflictuel, sans pourtant qu'une nouvelle identité, originelle et propre à l'Union, soit créée. Dès lors, l'uniformité paraît avoir surtout le but d'établir des catégories conceptuelles passepartout – voire autonomes, comme on dit savamment - susceptibles d'englober tout et son contraire, parce que elles se veulent détachées de la spécificité de tel ou tel autre droit civil. Si le particularisme exige une soumission du *dip* au droit civil national, l'uniformité en version unioniste invoque l'inverse. Il s'agit de dénationaliser le *dip* pour le motif que l'espace de sécurité liberté et justice a dénationalisé les territoires européens, en rendant dépassée, par principe, l'idée de nation qui a été le fondement des codes civils.

Mais cette opération de dénationalisation du *dip* produit un résultat plus radical. Dépuré de tout moulage national, le *dip* uniforme s'érige lui

même en catégorie civiliste qui non seulement englobe de force les diverses institutions des droits civils nationaux, mais aussi les oblige à annuler toute systématisation interne leur propre, en commandant l'insertion forcée d'institutions incompatibles avec la structuration du droit civil national. L'accueil des lois étrangères n'est plus subordonné à une leur évaluation qualitative préalable conduite discrétionnairement par l'ordre juridique du for, car l'évaluation qualitative a été effectuée préalablement et impérativement par *les catégories de rattachement* des règles uniformes de conflit. La méthode comparatiste de Rabel se trouve ainsi être sortie de l'utopie.

#### IV

On peut s'interroger sur les raisons et le sens de cette dérive anti identitaire. Il semble que le pluralisme des identités soit conçu comme une source de désordre, et qu'il doive être surmonté par une intervention qui, n'étant pas en mesure d'extraire la substance commune et d'unifier les droits civils, décrète l'abolition des différences. Un ordre juridique peut donc se substituer à un autre au nom d'un égalitarisme qui interdit tout jugement de valeur extractible d'un système juridique de référence. Au nom de l'harmonie des solutions aucune identité ne doit prévaloir.

Ce principe est tolérable tant que l'harmonie puisse se fonder sur un fond commun de valeurs qui n'entrent pas en conflit avec l'identité juridique et culturelle de l'ordre étatique national. Mais l'harmonie doit céder le pas si le conflit se manifeste. La réaction de l'ordre juridique national est alors plus que justifiée.

Par quel moyen la réaction puisse se manifester c'est un enjeu capital du chemin de l'uniformisation européenne. Certes, resterait encore la possibilité de recours à l'ordre public, mais l'uniformité par voie réglementaire n'admet pas toujours cette réaction : l'intervention de l'ordre public est neutralisée lorsque la règle de conflit absorbe en elle même une catégorie juridique imperméable à cette intervention. Si la notion de famille est telle que l'on doit nier toute influence aux particularités des conceptions nationales, l'ordre public est mis hors de cause, désarmé. Il en sera de même pour la notion de personne, pour le pouvoir de disposition sur son propre corps, et pour toute question qui tombe dans le domaine bioéthique si l'uniformité des catégories conceptuelles communes – inspirée par un droit à l'autodétermination individuelle (art. 8 CEDU) – devait l'emporter sur le règlement spécifique dans l'ordre du for d'une institution ou situation de détail.

Il y a donc un sens ultime dans l'uniformité en version unioniste qui révèle son vrai caractère : briser les identités particulières pour centrali-

ser et gouverner. Une opération de force pour renforcer le pouvoir directif du gouvernement de l'Union. On se souvient alors des propos de Savigny contre la codification, inspirée pour lui seulement par le but de « gouverner tout et gouverner de plus en plus » !

## V

La question se pose alors de savoir qu'est-ce que c'est concrètement, dans notre secteur d'intérêt, ce « gouvernement de l'Union », question qui semble déborder de notre thème, mais sur laquelle il vaut la peine de réfléchir quelque peu.

Une comparaison pourrait être utile.

La recherche d'uniformité, comme on sait bien, est la finalité essentielle des conventions internationales. Apparemment, les règlements de l'Union ne divergent pas tellement, sur le plan pratique des résultats, de ce qu'on peut atteindre par une convention internationale. Pourquoi, alors, s'en prendre à l'uniformité obtenue en utilisant le règlement ? Les résultats, somme toute, modestes de la Conférence de La Haye nous donnent la réponse. Les conventions internationales sont soumises à la ratification des États, ratification subordonnée à l'approbation du pouvoir législatif. L'ordre juridique national peut donc repousser la convention, et rien ne lui empêche de la dénoncer après. Au contraire, le règlement simplement s'impose, et prime l'ordre juridique interne sans aucune possibilité de réaction, avant ou après.

Il y a là, j'estime, un vrai phénomène de « corruption culturelle » provoqué par la recherche forcée de l'uniformité.

Sous l'impulsion de vues purement théoriques, l'on assiste à la création d'un nouveau droit qui érige le marché et la mobilité à dogme de l'ordre européen, un droit conçu pour neutraliser l'agencement spatial réalisé par les frontières, les langages, les cultures, les sensibilités sociales, philosophiques, religieuses et politiques : un droit mécanique dépourvu de racines, un droit qui veut superposer le visage anonyme de l'artificialité normative à la singularité et à la caractérisation historique et politique des institutions juridiques du droit civil. « Corruption culturelle » c'est ça : « artificialité normative » au détriment du « politique »

Quelle sorte de pouvoir se cache derrière la façade du règlement ?

On sait bien quels sont les procédés d'élaboration de la législation unioniste. Le programme législatif est arrêté et les textes sont tissés par l'euro-

*cratie* à l'aide des spécialistes et des groupes d'intérêts. Ainsi se forme un *a priori* intellectuel qui ne peut pas être remis en cause. Une fois que le texte a été défini au niveau de la Commission et des gouvernements, la volonté du parlement compte relativement, car l'architecture de l'édifice se trouve déjà tracée. Et il faut dire aussi, ce qui plus importe, que la capacité de représenter démocratiquement la volonté des électeurs européens ne peut pas être reconnue pleinement à une assemblée composée sans rapport proportionnel à des programmes électoraux communs aux candidats. C'est-à-dire que tant qu'il n'y aura des partis politiques européens dans le vrai sens du terme, il est inutile de parler de démocratie.

Le seul lieu de la démocratie, comme bien le démontrent le processus de formation de l'assemblée européenne et les derniers résultats électoraux, reste encore au niveau étatique. Mais il faut constater que malgré certaines dispositions du traité de Lisbonne, l'influence des parlements nationaux sur le processus législatif européen est presque nulle, sauf la possibilité d'opposition à l'adoption d'un acte en matière de famille (art. 81) et sous réserve de ce qu'il faut entendre par « famille ».

En définitive, l'uniformisation du *dip* dévoile non seulement la question identitaire du destin des nations au sein de l'Europe, mais une problématique plus générale qui touche directement au cœur de la formation de la volonté politique et de ses conséquences pour les citoyens européens.

Quant à l'aspect politique, l'idéologie de l'uniformité se concrétise sur un plan intellectuel lourdement orienté par un savoir technique-scientifique mis au service d'objectifs dépourvus d'une véritable légitimité démocratique.

Sur le plan pratique – existentiel – le résultat de cette idéologie est déconcertant. Complexité, spécialisation professionnelle, alourdissement procédurale.

*Ut olim flagitiis, sic nunc legibus laboramus* (Tacito). A vaincre la lutte pour l'uniformité, pourrait être un jour le nationalisme.

VITTORIO PARLATO

*NOTE SU MATRIMONIO E UNIONI CIVILI NELLA CONCEZIONE  
CATTOLICA E NEL DIRITTO CANONICO.*

SOMMARIO: 1. Il matrimonio civile e forme diverse di unioni eterosessuali, unioni omosessuali nelle concezioni della Chiesa cattolica. – 2. La posizione dell’Ortodossia. – 3. Matrimonio canonico e matrimonio civile: due concezioni essenzialmente diverse per contenuti, finalità, forma di celebrazione. Contratto monogamico e perpetuo, elevato a sacramento, produttore di grazia *ex opere operato*, il primo; negozio giuridico, monogamico dissolubile da cui derivano alcuni diritti ed obblighi per i contraenti, il secondo. – 4. Altre tipologie di unioni *more uxorio*. – 5. La normativa. – 6. I soggetti alla normativa. – 7. La pastorale: atteggiamento di benevola carità e comprensione; lo scioglimento del matrimonio in base al principio dell’*oiconomia* nelle Chiese ortodosse; l’opportuno diverso atteggiamento nei confronti di chi celebra il matrimonio civile o convive in unioni omosessuali; il battesimo dei minori.

**1. Il matrimonio civile e forme diverse di unioni eterosessuali, unioni omosessuali nelle concezioni della Chiesa cattolica.**

Occasione di queste riflessioni è stata la notizia che nel mese di gennaio 2014 il Romano Pontefice Francesco ha battezzato alcuni bambini nella Cappella Sistina, nello Stato Vaticano, tra di essi anche il figlio di due genitori sposati solo civilmente. Di qui l’interesse attuale alla rilevanza e qualificazione del matrimonio civile e delle altre unioni *more uxorio* nella normativa canonica e nella dottrina.

Nel *Catechismo della Chiesa cattolica*<sup>1</sup> non si parla espressamente di matrimonio civile, ma solo di libere unioni, lì si legge:

“si ha libera unione quando l’uomo e donna rifiutano di dare una forma giuridica e pubblica a un legame che implica l’intimità sessuale [...]. L’espressione abbraccia situazioni diverse, concubinato, rifiuto del matrimonio come

---

<sup>1</sup> Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1993, p. 583, n. 2390.

tale, incapacità a legarsi con impegni a lungo termine. Tutte queste stazioni costituiscono un'offesa alla dignità del matrimonio [...] l'atto sessuale deve essere posto esclusivamente nel matrimonio, al di fuori costituisce sempre un peccato grave ed esclude dalla Comunione sacramentale”.

La mancanza di riferimento al matrimonio civile può essere intesa come volontà di non considerarlo vero matrimonio, e di assimilarlo alle altre libere unioni; osta a questa interpretazione il dato che queste libere unioni hanno come caratteristica l'assenza di una forma pubblica di certificazione che dà stabilità al vincolo, cosa che il matrimonio civile dà, almeno in linea di principio.

Forse è più giusto ritenere che il catechismo non si sia pronunciato vuoi per non attaccare un istituto ormai comune in quasi tutti gli ordinamenti, vuoi per il fatto che alla celebrazione religiosa sono tenuti i battezzati nella Chiesa cattolica, o in essa recepiti, e che il matrimonio civile costituisce per gli altri una lecita forma di matrimonio.

Solo nella Chiesa romano-cattolica e in quelle ortodosse, per l'ebraismo e per l'*islam*, si riconosce l'esistenza di un matrimonio regolato o dal diritto canonico (concezione cattolica e ortodossa), o dalla legge e tradizione ebraica (concezione ebraica) o dalla normativa islamica, che possono esistere senza alcuna rilevanza civile; al contrario nella concezione propria della confessioni cristiane protestanti o riformate, e di altre religioni non cristiane, la celebrazione religiosa è vista come forma pubblica di celebrazione offerta ai nubenti, ma certamente non esclusiva, non prevedendo, esse, l'esistenza di un proprio istituto giuridico matrimonio<sup>2</sup>.

La valutazione morale del matrimonio civile deve quindi basarsi su altri presupposti, cioè sulla rispondenza o meno del matrimonio civile così come è oggi visto, regolato e considerato nella realtà sociale, al matrimonio cristiano ricavabile dagli scritti patristici e scolastici posti a fondamento della concezione cattolica ed ortodossa del matrimonio.

La Patristica non solo ha reso giustificabile agli occhi della morale cristiana un'istituzione preesistente, ma l'ha anche sacralizzata. Costante è il riferimento del matrimonio come istituzione voluta da Dio, quale simbolo dell'unione tra il Cristo e la Chiesa, esso è produttore della grazia che con-

---

<sup>2</sup> G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 358 e bibl. ivi citata.

sente agli sposi una *communio totius vitae* armonica e apportatrice di beni spirituali. Il matrimonio è visto come unione in cui si realizza non solo una sola carne, ma anche un solo spirito, di questa unione la prole costituisce la finalità, unità di spirito che unisce i coniugi<sup>3</sup>; l'indissolubilità, la fedeltà e la castità matrimoniale sono le caratteristiche essenziali.

Tali principî sono riaffermati da S. Agostino per il quale il matrimonio sta alla continenza come un *bonum* sta ad un *melius* (*non ut malo bonum, sed ut bono melius*)<sup>4</sup>. Egli rinvenne nel matrimonio una comunione di vita giustificata da *tria bona*: *bonum prolis* (implicita eterosessualità), *bonum fidei* (fedeltà reciproca), *bonum sacramenti* (indissolubilità), che la caratterizzano<sup>5</sup>; precisando che “*in nostrarum quippe nuptiis plus valet sanctitas sacramenti quam fecunditas uteri*”<sup>6</sup>; queste caratteristiche distinguono il matrimonio cristiano da quello pagano<sup>7</sup> e continuano a distinguerlo dal matrimonio civile.

S. Girolamo preciserà che: “*Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi: aliud Papianus, aliud Paulus noster praecipit*”<sup>8</sup>.

Oggi, gli stessi concetti sono ripresi nell'*Evangelii Gaudium* di papa Francesco, dove si legge:

“il contributo indispensabile del matrimonio alla società supera il livello dell'emotività e delle necessità contingenti della coppia”. Il matrimonio non nasce “dal sentimento amoroso, effimero per definizione, ma dalla profondità dell'impegno assunto dagli sposi che accettano di entrare in una comunione di vita totale”<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> TERTULLIANO, *Ad uxorem*, II, 9, in P.L. I, 1416: “*Atquin vero duo in carne una, ubi caro una, unus spiritus. Simul orant, simul voluntantur et simul ieiuna transigunt, alterutro docentes, alterutro hortantes, alterutro sustinentes*”.

<sup>4</sup> AGOSTINO, *De bono coniugali*, XXIII, 28. Cfr. G. MANTUANO, *Consensus matrimoniale e consortium totius vitae*, Macerata, 2006, p. 71-72.

<sup>5</sup> “*Haec omnia bona sunt, propter quae nuptiae bonae sunt; proles, fides, sacramentum*”, AGOSTINO, *De bono coniugali*, XXXII, in P. L., XL, 394.

<sup>6</sup> AGOSTINO, *De bono coniugali*, XVIII, 21, in P. L., XL, 338.

<sup>7</sup> Cfr. sul tema quanto bene scritto da I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem prolis del matrimonio canonico*, Jovene, Napoli, 2012, p. 18 s. con fonti e bibliografia ivi citata.

<sup>8</sup> GIROLAMO, *Epistula LXXVII, ad Oceanum*, 3, in P. L., XXII, 691.

<sup>9</sup> Papa FRANCESCO, *Evangelii Gaudium, Esortazione apostolica*, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2013, n. 66, p. 92.

## 2. La posizione dell'Ortodossia.

Per le Chiese ortodosse il matrimonio è il sacramento che consacra l'amore tra un uomo e una donna per raggiungere la pienezza dell'essere in Dio. Scopo del matrimonio è l'amore coniugale reciproco, *pleroma* di unità degli sposi, che fanno della loro unione la chiesa domestica allietata dal dono dei figli.

A realizzare il sacramento del matrimonio è l'amore dei due coniugi benedetto dal vescovo o dal sacerdote (non da un diacono); amore che va aumentato, fortificato e conservato e che è fondamento *sine qua non* della esistenza del sacramento stesso. Il matrimonio è visto non come un contratto, ma come un rito sacro da cui deriva la grazia, di qui la pluralità dei dati scritturistici usati per evidenziarne l'aspetto misterico e simbolico. Così si può dire che il matrimonio è il sacramento che unisce un uomo e una donna per sempre in un vincolo indissolubile d'amore. Per questo è assolutamente monogamico ed eterosessuale<sup>10</sup>.

Va rilevato anche che le Chiese ortodosse non ritengono conforme all'impegno cristiano il matrimonio civile; esse considerano il matrimonio come sacramento e pretende che sia celebrato dai fedeli nella forma canonica. Il matrimonio civile non è che un atto anagrafico, che può essere imposto dalle leggi civili territoriali, ma non può dispensare i fedeli dal celebrare il loro matrimonio anche in *facie ecclesiae*. Pertanto chi contrae il matrimonio civile non per disprezzo del sacramento, ma per obbedire alle leggi dello Stato, e poi celebra anche il matrimonio religioso non commette peccato; chi invece rifiuta intenzionalmente il matrimonio in chiesa viene considerato come persona che si auto-esclude dalla comunione ecclesiastica.

La Chiesa non espelle nessuno, prende atto dell'auto-esclusione, ma è pronta ad accogliere i peccatori quando celeberranno il matrimonio secondo la liturgia ortodossa.

## 3. Matrimonio canonico e matrimonio civile: due concezioni essenzialmente diverse per contenuti, finalità, forma di celebrazione. Contratto

---

<sup>10</sup> I. MEJENDORE, *Il matrimonio e eucarestia*, in *Russia Cristiana*, 1971, p. 27, citato da L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio nel diritto ortodosso tra «oikonomia» e «akribeia»*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, vol. II, ESI, Napoli, 2009, p. 6. e da ultimo V. PARLATO, *Il matrimonio nelle chiese ortodosse*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, n. 64, 1-2 (2013), p. 136-146 in particolare.

**monogamico e perpetuo, elevato a sacramento produttore di grazia ex opere operato, il primo, negozio giuridico, monogamico dissolubile da cui derivano alcuni diritti ed obblighi per i contraenti, il secondo.**

I cattolici sono tenuti alla celebrazione religiosa del matrimonio, o meglio a celebrare il matrimonio cattolico che è un *quid diversum* dal matrimonio civile, non per la religiosità della forma, ma per l'essenza stessa dei due istituti che hanno a fondamento presupposti diversi. Contratto monogamico e perpetuo, elevato a sacramento produttore di grazia *ex opere operato*, il primo, negozio giuridico<sup>11</sup>, monogamico dissolubile da cui derivano alcuni diritti ed obblighi per i contraenti, il secondo<sup>12</sup>.

Il matrimonio canonico, contratto-sacramento si basa sui *tria bona matrimonii*: *bonum prolis*, *bonum fidei* (fedeltà reciproca), *bonum sacramenti* (indissolubilità), che lo caratterizzano, lo giustificano, lo rendono produttore di Grazia, che ha come fine primario la procreazione e l'educazione della prole (can. 1055 C.I.C.) e come altre finalità, che, secondo la tradizionale dottrina, sono il *remedium concupiscentie* e il *mutuum adiutorium* tra i coniugi<sup>13</sup>.

Si è rilevato, al contrario, che il matrimonio regolato dal diritto statale,

“in Italia oggi è liberamente dissolubile per autonoma determinazione delle parti; la coabitazione è resa disponibile dai coniugi; la violazione dell'obbligo di fedeltà è priva di qualsiasi sanzione sia civile sia penale; l'adempimento dei doveri nascenti dal coniugio è affidata prevalentemente alla buona volontà dei coniugi; la procreazione non è l'elemento essenziale dell'istituto, essendo anche l'interruzione della gravidanza rimessa al volere della sola donna; è in atto una scissione tra sessualità, generazione e matrimonio; le prerogative giuridiche del matrimonio sono debilitate rispetto all'unione libera e si assiste alla progressiva equiparazione tra matrimoni ed unioni di fatto”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Così è qualificato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1962, p. 210: li precisa che rientra tra i negozi giuridici familiari; per l'A. “il rifiuto del nome di contratto [per il matrimonio] è dovuto anche a ragioni estranee alla tecnica giuridica”.

<sup>12</sup> A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1996, p. 20 s. e bibl. ivi citata.

<sup>13</sup> G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 49-60.

<sup>14</sup> G. BONI, *La rilevanza cit.*, p. 212. Le stesse considerazioni si leggono in G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 60 s.

A queste considerazioni si aggiunge la possibilità di riconoscere da parte di un coniuge la prole nata fuori del matrimonio e in costanza dello stesso; come anche la piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, che se certamente tutela la prole comunque generata, intacca la tipicità tradizionale dell'istituto matrimoniale e lo allontana dal matrimonio canonico *in facto esse*.

Invero la Chiesa favorì fin dai primi tempi la forma liturgica per due finalità; primo, quella di celebrare il matrimonio con un rito in cui veniva conferita agli sposi la benedizione sacerdotale in ricordo e a somiglianza della benedizione che il Cristo, con la sua presenza, dette agli sposi di Cana, secondo, quella di rendere noto agli altri fedeli che quella unione era legittima. Questa cerimonia religiosa non era necessaria per l'esistenza del matrimonio, giacché, esso si basa sullo scambio dei consensi e la promessa di reciproca perpetua dedizione; lo stesso Tertulliano afferma che lo scopo della benedizione è render pubblica la legittimità di quelle nozze e far discendere sui novelli sposi speciali grazie celesti<sup>15</sup>.

All'articolo 34 del Concordato del 1929 si riconoscevano gli effetti civili al matrimonio canonico. Il testo recitava:

“Lo Stato italiano volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è a base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo riconosce al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili”.

Parlare di 'sacramento' in un testo concordatario, in cui si riconoscono effetti giuridici a situazioni giuridiche sorte in altro ordinamento, era pleonastico e giustificato dal fatto che si voleva riaffermare la sacertà dell'istituto matrimoniale di fronte al matrimonio civile, precedentemen-

---

<sup>15</sup> Nella Chiesa romana i sacramenti e i sacramentali venivano amministrati con la pronuncia di apposite preghiere che il sacerdote doveva recitare nel corso della funzione sacra. Per il matrimonio, che era celebrato durante la Messa, lo scambio delle reciproche e definitive promesse degli sposi era accompagnato da speciali orazioni, al quale seguiva poi la *velatio* e la benedizione nuziale. Nei vari sacramentari, tra cui il Leonino (P.L., LV, 130-132.) e il Gelasiano (P.L., LXXIV, 1213-1215), troviamo alcune affermazioni dottrinali, che a dire il vero, non sono affatto nuove, pur tuttavia interessanti.

te introdotto come obbligatorio e pur mantenuto in vigore. Ma allora, in quegli anni, anche la concezione laica del matrimonio non differiva sostanzialmente da quella cattolica: fedeltà reciproca dei coniugi, indissolubilità, finalità della procreazione ed educazione della prole, aiuto reciproco degli sposi, tutela dei figli nati nel matrimonio, legittimi, rispetto a quelli naturali, riconoscibili, in certi casi, o addirittura non riconoscibili, se adulterini.

Già alla fine degli anni '80 Luigi Mengoni scriveva che il matrimonio civile ha precipuamente finalità diverse dalla concezione tradizionale del matrimonio, specie canonico: il vincolo coniugale è sempre più considerato una "associazione al servizio della felicità individuale"<sup>16</sup>, dove al primato del dovere è stata sostituita la volontà del singolo<sup>17</sup>.

Oggi, a norma dell'art. 8 degli Accordi di Villa Madama (1984), il riconoscimento degli effetti civili è dato "ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico", dando quasi l'impressione che si tenga in considerazione l'aspetto contrattuale del coniugio, non le sue caratteristiche ontologiche che ne fanno un atto sacro, giustificato dai succitati *tria bona matrimonii: bonum prolis, bonum fidei* (fedeltà reciproca), *bonum sacramenti* (indissolubilità), che lo caratterizzano, lo giustificano, lo rendono produttore di Grazia, elementi di natura prettamente religiosa, e che lo rendono diverso dal matrimonio civile.

Certamente l'ordinamento civile non può tener presenti gli aspetti meramente sacrali, ma deve prendere atto che, in base a quegli elementi, il matrimonio cattolico è diverso da quello civile.

#### 4. Altre tipologie di unioni *more uxorio*.

Circa le unioni di fatto *more uxorio* tra due persone eterosessuali si può affermare che siamo di fronte ad un convivenza instabile, priva di qualsiasi formalità giuridica, che rifiuta anche i limitati obblighi del matrimonio civile.

Unioni di fatto sono dei 'matrimoni *ad tempus*' nei quali non è previsto il termine *ad quem*, esso è lasciato alla libera determinazione dei conviventi e può derivare da difficoltà affettiva, od economiche, senza che ci siano

---

<sup>16</sup> L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia crocevia tra pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 273.

<sup>17</sup> Cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione cit.*, p. 27.

garanzie né per il convivente economicamente più debole, né per i figli riconosciuti<sup>18</sup>, cui non può essere sufficiente il sostentamento economico previsto dalle leggi civili, ma necessitano di un affetto che spesso diviene difficile in famiglie allargate in cui convivono figli di diversi genitori<sup>19</sup>.

Assistiamo alla perdita del senso del peccato<sup>20</sup>, specie in merito al VI Comandamento; la morale sociale si sta evolvendo verso la disapprovazione di forme di sfruttamento, di violenza, di mancanza di pietà e carità verso gli altri<sup>21</sup> o di inadempimento relativi ai doveri sociali e civici; non nei riguardi di forme di soddisfacimento sessuale tra liberi e consenzienti.

In merito alla famiglia, un punto di riferimento deve essere, a mio avviso, il principio che non è conforme all'ordine naturale tutto ciò che avviene in natura; ma solo ciò che corrisponde alle finalità intrinseche di essa.

Una famiglia omosessuale esclude la finalità della procreazione, anche se può determinare l'amore e l'aiuto reciproco<sup>22</sup>.

In merito ad eventuali adozioni di minori da parte di coppie omosessuali – senza tener presente il pericolo della pedofilia (peraltro presente anche in *coppie di fatto* eterosessuali) – credo che si determini nel minore adottato un problema di ordine psicologico confrontando la propria famiglia a quella degli altri compagni di scuola o di gioco.

Senza voler dilungarmi sul tema solo l'uomo e la donna hanno un corpo

---

<sup>18</sup> Giacché il riconoscimento paterno non è automatico, e la madre stessa può disconoscere il figlio.

<sup>19</sup> Si legge nell'*Evangelii Gaudium* di papa FRANCESCO cit., al n. 66, p. 92: “La famiglia attraversa una crisi culturale profonda, come tutte le comunità e i legami sociali. Nel caso della famiglia la fragilità dei legami diventa particolarmente grave perché si tratta della cellula fondamentale della società, del luogo dove si impara a convivere nella differenza ed appartenere ad altri e dove i genitori trasmettono la fede ai figli”.

<sup>20</sup> Si legga quanto scritto nell'*Evangelii Gaudium* cit., al n. 64, p. 90: “il processo di secolarizzazione tende ad indurre la fede e la Chiesa nell'ambito privato e intimo. Inoltre con la negazione di ogni trascendenza, ha prodotto una crescente deformazione etica, un indebolimento del senso del peccato personale e sociale e un progressivo aumento del relativismo”.

<sup>21</sup> Nell'*Evangelii Gaudium*, nn. 74-75, p. 98-100 si evidenziano questi temi sociali e si condividono.

<sup>22</sup> Ricordo il Documento della Congregazione per la Dottrina della Fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, 3 giugno 2003.

con organi che si completano vicendevolmente in ordine alla finalità procreativa.

L'esistenza innegabile di esseri umani con attrazioni omosessuali non determina la conformità all'ordine naturale della loro tipologia e tanto meno della loro eventuale unione *more uxorio*.

Anche in considerazione di ciò, il costante magistero ecclesiastico cattolico afferma che la famiglia ha come finalità propria la procreazione, il mantenimento, educazione della prole cui si aggiunge l'amore e l'aiuto reciproco; il tipo di famiglia che risponde appieno a queste finalità è quella monogamica costituita da un uomo ed una donna; la famiglia poligamica (un uomo e più donne) rende più arduo il mantenimento e l'educazione della prole ed esclude quasi l'amore e l'aiuto reciproco.

Con ancora maggiore chiarezza e autorità questi stessi principî sono esposti del Discorso di S.S. Benedetto XVI ai partecipanti al Congresso internazionale sul Diritto naturale promosso dalla P. Università Lateranense, del 12 febbraio 2007<sup>23</sup>.

## 5. La normativa.

Il can. 1012 del codice pio-benedettino, § 2 recita: "*Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus consistere, quin sit eo ipso sacramentum*".

Sul matrimonio civile così si esprimeva il card. Ottaviani: "*Matrimonium civile, quod dicitur, est religioni maxime iniuriosum, iura et conscientiam catholicorum laedit, atque moralitati publicae noxium existit*"<sup>24</sup>, precisando ulteriormente che il matrimonio è un contratto-sacramento e che i due elementi non possono essere separati. Anche se l'Ottaviani si riferiva all'istituzione del matrimonio civile da parte degli Stati, appare evidente la considerazione del tutto negativa di questo istituto civile.

Come non ricordare il caso del vescovo di Prato, mons. Fiordelli, che nel 1956 qualificò il matrimonio civile come "scandaloso concubinato"<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>24</sup> A. OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici, II, Ecclesia et Status*, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1960, p. 202.

<sup>25</sup> Nella lettera del vescovo Fiordelli indirizzata a don Danilo Aiazzi, responsabile della parrocchia degli sposi, e pubblicata il 12 agosto 1956 sul giornale par-

Condannato in primo grado dalla magistratura italiana fu assolto in appello perché aveva manifestato il pensiero della Chiesa sul punto.

Ai sensi del can. 1055, § 2, del *C.I.C.* “tra i battezzati non può esistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento”. Analoga disposizione non è presente nel *C.C.E.O.*, ma tutta la materia è regolata in modo da evidenziare il ruolo del rito sacro officiato dal sacerdote<sup>26</sup>.

Scriva Paolo Moneta:

“La Chiesa, da parte sua, continua a considerare come unico valido matrimonio per i propri fedeli il matrimonio-sacramento, regolato dalle sue leggi e sottoposto alla sua esclusiva giurisdizione. Il matrimonio civile se può essere considerato come valido matrimonio per coloro che non appartengono alla Chiesa [...] non ha alcun valore né alcuna rilevanza giuridica per i battezzati”<sup>27</sup>.

Nella monografia di Geraldina Boni si legge una lunga dissertazione, con continui riferimenti alla dottrina, in cui si rileva che il matrimonio civile si differenzia radicalmente dal matrimonio cattolico, in quanto è un’unione solubile a discrezione delle parti, la violazione della fedeltà coniugale è priva di sanzione, civile o penale, la procreazione non è l’elemento essenziale dell’istituto, che si avvicina nella sostanza ad un’unione di fatto<sup>28</sup>.

---

rocchiale si leggeva: «Oggi, 12 agosto, due suoi parrocchiani celebrano le nozze in Comune rifiutando il matrimonio religioso. Questo gesto di aperto, sprezzante ripudio della religione è motivo di immenso dolore per i sacerdoti e per i fedeli. Il matrimonio cosiddetto civile per due battezzati assolutamente non è matrimonio, ma soltanto l’inizio di uno scandaloso concubinato».

<sup>26</sup> Per gli orientali cattolici il ministro sacro non è solo un teste qualificato, egli presenzia il rito e benedice le nozze, partecipando in qualche modo alla amministrazione del sacramento. La riprova di questo suo ruolo si ha in più norme: il can. 828 *C.C.E.O.* evidenzia la funzione svolta dal sacerdote celebrante e, al § 2, chiarisce che il rito è ritenuto sacro solo con l’intervento del sacerdote che assiste e benedice. Il can. 832 *C.C.E.O.* nel prevedere il matrimonio *coram solis testibus* richiama i coniugi all’obbligo di ricevere comunque la benedizione da parte di un sacerdote appena possibile, e prevede anche il ricorso, al momento della celebrazione, alla benedizione anche di un sacerdote acattolico, cioè ortodosso.

<sup>27</sup> P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 1991, p.14.

<sup>28</sup> G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare cit.*, p. 212.

Una più attenta valutazione dell'istituto è riscontrabile nel succitato libro di Geraldina Boni, dove si esaminano pronunce di organismi vaticani, preposti all'interpretazione e applicazione della normativa, da cui si deduce una diversa configurazione del matrimonio civile dal concubinato<sup>29</sup>.

Il matrimonio civile crea una situazione di peccato<sup>30</sup> e non può che essere considerato come negozio inesistente da parte dell'ordinamento canonico, cui non si può applicare la *sanatio in radice consensus*, perché quel consenso nella società odierna è considerato come completamente diverso da quello richiesto per la celebrazione di un matrimonio cattolico.

## 6. I soggetti alla normativa.

Chi sia tenuto a contrarre matrimonio religioso cattolico ed alla celebrazione in *facie ecclesiae* del matrimonio stesso lo si deduce dal combinato disposto di più canoni.

Ai sensi del can. 11 C.I.C.

“alle leggi puramente ecclesiastiche sono tenuti i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti, e che godono di sufficiente uso di ragione, e a meno che non sia disposto espressamente altro dal diritto, hanno compiuto il settimo anno di età”.

Il can. 1124, relativo ai matrimoni misti, prescriveva che

“il matrimonio fra due persone battezzate, delle quali una sia battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta dopo il battesimo e non separata dalla medesima con atto formale, l'altra invece sia iscritta a una Chiesa o comunità ecclesiale non in piena comunione con la Chiesa cattolica, non può essere celebrato senza espressa licenza della competente autorità”.

Dopo il M. P. *Omnium in mentem* di Benedetto XIV il suddetto canone modificato così recita:

---

<sup>29</sup> G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare* cit., p. 184 e bibl. ivi citata.

<sup>30</sup> G. DI MATTIA, *Poteri dello Stato nella disciplina del negozio matrimoniale*, *Indicazioni per la revisione della dottrina*, in *Apollinaris*, 1970, p. 337.

“Il matrimonio fra due persone battezzate, delle quali una sia battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta dopo il battesimo, l'altra invece sia iscritta a una Chiesa o comunità ecclesiale non in piena comunione con la Chiesa cattolica, non può essere celebrato senza espressa licenza della competente autorità”<sup>31</sup>.

Da ciò deriva che è rimasto l'obbligo a contrarre matrimonio canonico per coloro che battezzati, sono fuori dalla Chiesa, anche per formale dichiarazione<sup>32</sup>.

Come si vede, si è ribadito il concetto che anche le leggi puramente ecclesiastiche vincolano tutti i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa recepiti, anche se poi se ne siano allontanati volontariamente; costoro perdono in genere i diritti, ma rimangono soggetti ai doveri; non si va verso una *iurisdiction in volentes* che avrebbe trasformato la Chiesa da società necessaria a società volontaria, in *Kirche der Freiegefolgschaft*<sup>33</sup>.

## **7. La pastorale verso i divorziati: atteggiamento di benevola carità e comprensione; lo scioglimento del matrimonio in base al principio dell'*oiconomia* nelle Chiese ortodosse; l'opportuno diverso atteggiamento nei confronti di chi celebra il matrimonio civile o convive in unioni omosessuali; il battesimo dei minori.**

<sup>31</sup> Del 26 ottobre 2009, entrato in vigore per pubblicazione negli AAS l'8 aprile 2019. Sul tema cfr. P. MONETA, *Battesimo appartenenza alla Chiesa e soggezione alle leggi ecclesiastiche (dopo il M.P. Omnium in mentem)*, in *Aequitas sive Deus, Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 401 s.

<sup>32</sup> È sicuramente il caso di quanti in alcuni stati per non pagare la tassa ecclesiastica si escludono da una confessione religiosa, in specie dalla Chiesa cattolica; ma anche altri che attuano il così detto 'sbattezzo', in forma pubblica. Con la norma nella formulazione precedente – esclusione dalla osservanza delle leggi meramente ecclesiastiche chi si fosse allontanato dalla Chiesa con atto formale – il matrimonio civile sarebbe stata l'unica loro forma di celebrazione matrimoniale e gli sposi non sarebbero considerati semplici conviventi o 'concubini'.

<sup>33</sup> Cfr. L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico, Commento giuridico-pastorale*, Ed. Dehoniane, Napoli, 1988, p. 24. Nel valutare la modifica della norma, dovuta alla difficoltà di applicare correttamente il requisito dell'atto formale di separazione, risulta difficilmente comprensibile nella società secolarizzata odierna, che l'impegno battesimale contratto dai genitori per i loro figli infanti, cui non è seguita da un'educazione religiosa e da una professione religiosa, possa determinare la soggezione a norme di cui i soggetti se sentono assolutamente estranei.

Va necessariamente distinto il caso di quanti, legati da un precedente vincolo matrimoniale cattolico si sposano col solo matrimonio civile e convivono *more uxorio*, con altro *partner*<sup>34</sup>. Essi debbono riconoscere la loro situazione irregolare che comporta uno stato di peccato e a chiedere a Dio la grazia di una vera conversione; iniziare subito un cammino verso il Cristo mediante un dialogo di fede con il nuovo *partner* per un progresso comune verso la conversione, soprattutto mediante la preghiera e la partecipazione alle celebrazioni liturgiche, non dimenticando però che essi, in quanto divorziati risposati, non possono ricevere i sacramenti della penitenza e dell'Eucaristia<sup>35</sup>.

In questo caso non c'è né un esplicito, né implicito, rifiuto di contrarre un nuovo matrimonio religioso, se possibile; anzi per il resto si dicono<sup>36</sup> cattolici e ne professano pubblicamente la fede. È verso queste persone,

---

<sup>34</sup> Per il catechismo della Chiesa Cattolica al n. 2384 “il fatto di contrarre nuovo vincolo nuziale, anche se riconosciuto dalla legge civile, accresce la gravità della rottura col coniuge; il coniuge risposato si trova in tal caso in una situazione di adulterio pubblico permanente”. La Chiesa non abbandona comunque questi suoi membri, né li considera separati dalla comunità cristiana e li esorta a partecipare alla vita ecclesiale mettendo a loro disposizione gli aiuti spirituali necessari, anche se limita alcuni diritti, come a quello dell'ammissione all'Eucarestia, altrimenti i fedeli sarebbero indotti in errore circa la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio.

<sup>35</sup> Cfr. Pontificio Consiglio per la Famiglia, Raccomandazioni *Teniamo ad esprimere* circa la pastorale dei divorziati risposati, 25 gennaio 1997: *L'Osservatore Romano*, 26 febbraio 1997, p. 4.

<sup>36</sup> Recentemente mons. Müller, futuro cardinale, prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede, dopo aver difeso *L'Osservatore romano* il divieto all'ammissione all'Eucaristia per gli irregolari (23 ottobre 2013), a novembre ha chiesto all'arcidiocesi tedesca di Friburgo di ritirare il documento pastorale con il quale si dava facoltà ai preti di ammettere al sacramento il coniuge risposato che ‘in coscienza’ avesse deciso di comunicarsi. Il cardinale honduregno Maradiaga, dalle colonne del *Kölner Stadt-Anzeiger*, rispondendo a una domanda sui sacramenti ai divorziati risposati, ha lasciato intravedere margini di modifica della pastorale in materia affermando che la Chiesa è tenuta ai comandamenti di Dio e a ciò che Gesù dice sul matrimonio: ciò che Dio ha unito, l'uomo non lo separi. Dopo il fallimento di un matrimonio ci si può chiedere se gli sposi erano veramente uniti in Dio. Forse l'allargamento delle cause di nullità delle nozze attraverso l'inserimento dell'impedimento della ‘mancanza di fede’, cioè l'assenza in molti matrimoni della volontà di sposarsi secondo il senso della dottrina matrimoniale cattolica potrebbe risolvere il caso.

verso queste famiglie costituite di fatto che la pastorale si rivolge, con spirito di comprensione e carità; quindi giusto battezzarne i figli che sicuramente riceveranno una educazione religiosa conforme agli impegni battesimali.

La Chiesa cattolica accetta la possibilità dello scioglimento del matrimonio solo in caso di matrimonio rato e non consumato<sup>37</sup>.

^ ^ ^

Le Chiese ortodosse, invece, sono sensibili alla realtà sociale e applicando l'istituto dell' *oiconomia*, in determinati casi, sciogliono i matrimoni rati e consumati, permettendo nuove nozze religiose al coniuge innocente e in un secondo tempo anche al coniuge colpevole<sup>38</sup>. Nella concezione ortodossa ad un'indissolubilità di principio, non lesa neppure dalla morte di un coniuge, si contrappone un'indissolubilità relativa che ammette deroghe. Così abbiamo una solubilità *per bona gratia*<sup>39</sup>, quasi un atto di giustizia dovuto, ed una solubilità che potremmo chiamare *cum damno*, uno scioglimento in vantaggio del coniuge non colpevole, assimilabile al provvedimento sopra accennato, ed uno scioglimento anche per il coniuge causa del provvedimento, ma sanzionatorio.

In merito alla solubilità *cum damno* va detto che gli ortodossi si basano su: MAT., 19,8-9

---

<sup>37</sup> Circa la possibilità di sciogliere anche i matrimoni rati e consumati, in caso di adulterio nella chiesa cattolica, rammento l'intervento del vicario patriarcale melkita per l'Egitto, mons. E. Zoghby nell' aula conciliare del Vaticano II. Il vescovo ricordava la prassi seguita nelle chiese ortodosse che "sono sempre state consapevoli della loro autorità e l'hanno sempre esercitata a favore del coniuge innocente". Ritengo con mons. Zoghby (cfr. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico* cit., p. 226-227, in cui si affronta *ex professo* la tematica relativa), che spetta alla Chiesa l'interpretazione della frase evangelica; mentre la Chiesa orientale fin dai primi secoli l'ha interpretata a favore di nuove nozze per la parte innocente, questa tradizione, che in Oriente è stata conservata e che in dieci secoli di unità non fu mai respinta, potrebbe in futuro essere eventualmente accettata anche dai cattolici.

<sup>38</sup> Rinvio al mio saggio *Il matrimonio nelle chiese ortodosse* sopra citato, p. 139 s. Sul tema cfr. anche G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia* cit., p. 125 s.

<sup>39</sup> A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe*, in *Folia canonica, Review of Eastern and Western Canon Law*, 2, 1999, Márton Áron, Budapest, p. 115.

“Quello dunque che Dio ha congiunto, l'uomo non lo separi”. Gli obiettarono: “Perché allora Mosè ha ordinato di darle l'atto di ripudio e di mandarla via?” Rispose loro Gesù: “Per la durezza del vostro cuore Mosè vi ha permesso di ripudiare le vostre mogli, ma da principio non fui così. Perciò vi dico: Chiunque ripudia la propria moglie, se non in caso di concubinato, e ne sposa un'altra commette adulterio”<sup>40</sup>.

Per concubinato la Chiesa romano-cattolica intende prostituzione o meglio realizzazione di una unione incestuosa per grado di parentela tra i coniugi (*Lv.*, 18), situazioni tollerate sino ad allora, ed poi non più, per i cristiani. Una traduzione siffatta può essere considerata già come un'interpretazione.

Gli ortodossi traducono diversamente e intendono l'inciso ‘*se non in caso di adulterio*’, come causa di possibile scioglimento del matrimonio, operando una benevola considerazione della Chiesa nei confronti di una situazione che si è mostrata fragile. Tale benevola considerazione per sé è fatta a vantaggio della parte innocente<sup>41</sup>.

I cattolici vedono nel caso di adulterio solo la possibile applicazione dell'istituto della separazione legale, istituto, invero sconosciuto nel giudaismo, che sarebbe stato introdotto da Cristo, San Paolo scrive infatti (*I Cor.*, VII, 11):

“Agli sposati poi ordino, non io, ma il Signore: la moglie non si separi dal marito – e qualora si separi, rimanga senza sposarsi o si riconcili con il marito – e il marito non ripudi la moglie”.

---

<sup>40</sup> Sull'interpretazione di questo passo rinvio a quanto scritto da P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico* cit., p. 225-232.

<sup>41</sup> Circa la possibilità di sciogliere anche i matrimoni rati e consumati, in caso di adulterio, nella chiesa cattolica rammento l'intervento del vicario patriarcale melkita per l'Egitto, mons. E. Zoghby nell'aula conciliare del Vaticano II. Il vescovo ricordava la prassi seguita nelle chiese ortodosse che “sono sempre state consapevoli della loro autorità e l'hanno sempre esercitata a favore del coniuge innocente”. Ritengo con mons. Zoghby (cfr. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico* cit., p. 226-227, in cui si affronta *ex professo* la tematica relativa), che spetta alla Chiesa l'interpretazione della frase evangelica; mentre la Chiesa orientale fin dai primi secoli l'ha interpretata a favore di nuove nozze per la parte innocente, questa tradizione, che in Oriente è stata conservata e che in dieci secoli di unità non fu mai respinta, potrebbe in futuro essere eventualmente accettata anche dai cattolici.

Nelle Chiese ortodosse all'adulterio sono equiparati le perversioni sessuali, la vita scandalosa condotta dalla donna, la falsa accusa di adulterio, il tentato omicidio nei confronti dell'altro coniuge, aborto provocato dalla donna in odio al marito, l'attentato all'onore coniugale. La Chiesa ortodossa russa contempla anche l'AIDS, l'alcolismo, e la tossico dipendenza<sup>42</sup>. In questo sta il concetto di solubilità con danno. Il coniuge colpevole deve espriare la colpa dell'adulterio, deve avere un danno per il delitto commesso, deve sottostare ad una pena, di qui il divieto di celebrare nuove nozze prima che non sia trascorso un certo lasso di tempo.

^ ^ ^

Diverso è il caso di quanti, potendo liberamente celebrare un matrimonio religioso cattolico, scelgono il matrimonio civile.

Se ai sensi dei canoni 11 e 1024 del *C.I.C.* anche chi si stacca dalla Chiesa è tenuto a osservarne le leggi e quindi l'obbligo di contrarre *in facie Ecclesiae*, chi celebra un matrimonio solo civile viola una precisa disposizione normativa e si pone in una posizione di peccato, posizione formale e pubblica.

Direi diversa la condizione di una coppia di fatto, che senza alcuna scelta formale vive *more uxorio*, qui non c'è un esplicito o implicito rifiuto di osservare la norma canonica, c'è solo una situazione di fatto, temporanea, anche di lungo periodo, di peccato; non c'è l'adesione ad un tipo di matrimonio diverso per concezione e contenuti da quello cattolico.

^ ^ ^

Se i genitori chiedono il battesimo dei figli questo sacramento dovrebbe essere impartito dietro sicure garanzie di educazione cattolica dei minori, come prevede il can. 851, 2° *C.I.C.*<sup>43</sup>, ad evitare che raggiunta la maggiore

<sup>42</sup> Cfr. L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 19, nota 58.

<sup>43</sup> "I genitori di un bambino da battezzare [...] siano bene istruiti sul significato di questo sacramento e circa gli obblighi ad esso inerenti; il parroco [...] provveda che i genitori [...] siano debitamente istruiti". È difficile immaginare una adesione alla realtà sacramentale del battesimo ed alla perpetuità e non modificabilità degli obblighi nascenti dal battesimo da parte di genitori i quali sono venuti meno, essi stessi, ai loro obblighi battesimali. Nella società moderna, ormai secolarizzata – scrive Moneta (P. MONETA, *Battesimo appartenenza alla Chiesa* cit., p.

età disconoscano, anche pubblicamente, la loro appartenenza alla Chiesa cattolica, cosa che se non ha conseguenze giuridiche, determina smarrimento e sconcerto tra i fedeli che vedono posti nel nulla gli impegni battesimali.

In questi casi occorrerebbe procedere al battesimo non solo con la dovuta cautela, ma anche non pubblicizzare il fatto.

Il battesimo pubblico di minori figli di genitori sposati col solo matrimonio civile, peggio ancora se si tratti di battesimo solenne e pubblicizzato, rischia di far considerare il matrimonio civile una forma non religiosa dello stesso matrimonio cattolico, di cui avrebbe lo stesso contenuto e le stesse finalità, cosa che si è cercato di dimostrare come non rispondente al vero.

A maggior ragione non si dovrebbero battezzare, se non con ulteriori cautele, e mai pubblicamente, minori frutto di inseminazioni eterologhe di coppie omosessuali o ad esse affidati. Oltre un relativismo morale, sarebbe quasi sicuramente di scandalo per i fedeli. In una società secolarizzata, come l'attuale, il principio secondo cui il battesimo di tutti gli infanti è doveroso perché si dà loro un bene spirituale ha già delle riserve ai sensi del n. 2° del can 851 *C.I.C.* là dove si prescrive che i genitori e i padrini siano bene istruiti su sul significato del sacramento stesso e sugli obblighi che ne derivano; merita poi qualche riflessione per le implicazioni giuridiche che comporta il can. 96 che recita: "Mediante il battesimo l'uomo è incorporato nella Chiesa di Cristo ed in essa è costituito persona con i doveri e i diritti che ai cristiani [...] sono propri [...]".

Quanta sia la preoccupazione delle Chiese ortodosse circa l'educazione religiosa del minore è riscontrabile anche dal fatto che il padrino o la madrina del battezzando debbano essere un cristiano in perfetta comunione con la Chiesa. Chi sia stato scomunicato, o solo non sposato secondo il rito ortodosso, o non abbia fatto battezzare nell'ortodossia i propri figli, non può essere padrino o madrina.

---

403) il battesimo più che un atto di incorporazione nella comunità dei credenti "è visto di frequente come una sorta di presentazione del nuovo nato alla cerchia dei familiari e degli amici."

GIANPIERO SAMORÌ

*NOMINA DEGLI ORGANI SOCIALI DI BANCHE POPOLARI  
TRA PRINCIPIO DI COLLEGIALITÀ E C.D. CENTRI DI VOTO:  
LA ESASPERATA PROTEZIONE DELLA AUTOREFERENZIALITÀ  
IN UN SISTEMA BANCOCENTRICO*

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione. – 3. Limiti e rimedi posti dal codice civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione del dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal codice civile sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate. – 4. La prima sentenza emanata in materia nel senso della legittimazione dei centri di voto: un evidente caso di strabismo bascocentrico. – 5. L'errore in cui è incorso il tribunale nel ritenere rinvenibile nell'art. 127 tuf la disciplina applicabile alle società cooperative quotate con conseguente legittimo ricorso al voto elettronico a distanza anche per l'adozione della delibera di nomina degli organi sociali. Necessità di offrire una interpretazione dell'art. 127 tuf coerente alla sua lettera e ai principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 88/2009. – 6. Il rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega. – 7. Le conseguenze non avvertite dal tribunale di Bologna della interpretazione proposta: illegittimità costituzionale degli artt. 127 e 135-bis tuf per vizio di eccesso di delega in riferimento agli artt. 76 e 77 costituzione.

## **1. I termini del problema.**

In un recente lavoro<sup>1</sup> avevamo esaminato una serie di modifiche statutarie introdotte da Banche Popolari quotate, di fatto in grado di scardinare il tradizionale insegnamento per cui nelle cooperative con voto capitolario la nomina degli organi sociali si realizza a conclusione del dibattito assembleare, nel rispetto del principio di collegialità.

---

<sup>1</sup> G. SAMORÌ, *La nomina degli organi sociali nelle Banche popolari tra principio di collegialità, partecipazione diffusa, nuove tecnologie e autoreferenzialità. Le assemblee a distanza e i c.d. centri di voto*, in *Studi Urbinati*, anno 2013, volume n. 64, 1-2, pp. 151-180.

Invero, con la formale motivazione di voler favorire una più ampia partecipazione dei Soci alla assemblea sono stati introdotti i c.d. centri di voto, ove gli aventi diritto possono votare a prescindere dalla loro partecipazione al dibattito assembleare, prima che la discussione abbia inizio, nel durante e successivamente alla sua chiusura.

Con una interpretazione “estensiva” dell’art. 2358 comma 4 c.c., piegato alla diversa disciplina introdotta a seguito del recepimento di norme comunitarie volutamente ed esclusivamente riferentesi alle società per azioni quotate, si pretende di poter affermare l’avvenuto superamento del metodo assembleare collegiale nella formazione del consenso, eliminando in pratica ogni limite alla autoreferenzialità dei gruppi di comando.

Così, autoconsentendosi di svolgere non solo assemblee a distanza, ma di consentire l’esercizio del diritto di voto in centri di voto determinati ad libitum nelle sedi decise dal Consiglio di Amministrazione, ove i soci, anziché partecipare alla discussione, potersi prenotare per l’intervento, ascoltare in presa diretta gli interventi degli altri soci per formarsi un’idea, possono recarsi in qualsiasi ora della giornata (prima dell’inizio della discussione durante la medesima ed anche dopo il termine di essa senza avervi in alcun modo partecipato), semplicemente per votare in via elettronica a favore o contro una delle proposte del Consiglio di Amministrazione portate ad oggetto dell’ordine del giorno, i Gruppi di controllo diventano inamovibili.

La possibilità del voto telematico, in linea generale è prevista dall’art. 2538 c.c., che però, saggiamente, pone precisi limiti alla sua utilizzabilità; perché, se per un verso detto strumento favorisce, in teoria, una ancor più ampia partecipazione di tutti i soci, potendosi aprire un centro di voto in ogni Comune interessato dall’attività della Banca, per altro verso è in grado di azzerare completamente il metodo collegiale, quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.

Infatti, la possibilità attribuita al socio di votare in ogni momento senza alcuna effettiva partecipazione alla discussione e quindi senza in alcun modo neppure avere ascoltato le opinioni degli altri soci, rende sostanzialmente inutile, svuotandolo di contenuto, il dibattito assembleare. La volontà dei soci si forma prima e al di fuori dell’assemblea a prescindere dalle opinioni in essa espresse.

Laddove la legge avesse attribuito la possibilità di votare in centri di voto secondo le modalità sopra definite anche per la nomina del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale, oltre a determinare la fine del metodo collegiale, avrebbe di fatto attribuito al Consiglio di Amministra-

zione uscente un potere assoluto e autoreferenziale nel governo della cooperativa.

Gli amministratori potrebbero individuare le aree territoriali ove si concentrano soci particolarmente fidelizzati, nonché numerosi dipendenti e parenti di soci ed in quelle località aprire centri di voto, non attivati viceversa nelle aree nelle quali fosse emerso un certo dissenso, favorendo così alcuni soci rispetto ad altri in contrasto persino con la Direttiva 2007/36/CE che nelle stesse società per azioni subordina tale diritto al principio di parità di trattamento tra Soci.

Ora la conclusione sul piano giuridico è intuitiva. Posto che consentire il voto in centri di voto azzera il principio assembleare di funzionamento della democrazia cooperativa, rappresentato dal metodo collegiale quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di formazione delle decisioni assembleari, è necessario che una norma espressamente sancisca la legittimità del voto in detti centri di voto a prescindere dalla partecipazione alla assemblea, anche prima della chiusura del dibattito assembleare.

Senza una disposizione di tal genere ed, anzi, in presenza di una disposizione positiva incompatibile con la votazione in centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, ne consegue la illegittimità del suo utilizzo e, quindi, la invalidità delle delibera adottata in violazione del metodo collegiale.

Il problema si sposta perciò sulla interpretazione del disposto dell'art. 2538 c.c. e delle disposizioni comunitarie recentemente entrate in vigore, per verificare se esse possano rappresentare positiva fonte normativa legittimante il voto nei centri di voto per la nomina dei membri del C.d.A. Indagine che, ovviamente, deve essere preceduta dalla dimostrazione della affermazione sopra assunta a postulato.

## **2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicate la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.**

Il metodo collegiale è concetto cardine di tutte le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sulle caratteristiche proprie dell'organo assembleare nell'ambito delle società cooperative.

È concetto che l'interprete si sforzerà inutilmente di cercare consacrato in forza di espresso richiamo in questa o in quella norma del codice civile e ciò per l'evidente ragione che esso è immanente e logicamente presuppone

sto nella nozione stessa di “assemblea”, quale procedimento di assunzione delle decisioni dei soci proprio ed assolutamente caratteristico del predetto tipo societario.

Perciò esso è concetto che si fonda sulla presunzione del legislatore che le decisioni sociali che siano il frutto non già di isolate ed autonome determinazioni dei singoli soci, bensì di un diretto ed immediato confronto dialettico tra le diverse posizioni critiche espresse in sede di assemblea, contribuiscano a rendere più efficiente e ponderata l'azione sociale, di talchè in tale contesto la fase della discussione assume carattere non meramente opzionale, ma assolutamente essenziale in funzione della successiva manifestazione della volontà dei soci.

È proprio l'elemento della discussione, del confronto diretto, del reciproco scambio di opinioni nell'ambito di un'unitaria cornice deliberativa che marca la differenza tra i due modelli organizzativi ed è in tale elemento che tutte le più autorevoli riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema individuano da sempre la *ratio* che giustifica l'imposizione del procedimento assembleare; difatti, il dibattito assembleare, consentendo l'emergere dei diversi interessi in gioco, la circolazione delle informazioni, il concorso dei soci nella valutazione dell'interesse comune, favorisce una più accorta valutazione delle decisioni da assumere e risponde quindi allo stesso interesse della società, secondo un'esigenza di ponderazione che, come ovvio, è particolarmente sentita nell'ambito dei modelli societari più strutturati.

Al contempo, il metodo collegiale è volto a garantire che ogni singolo socio sia messo in condizione, oltre che di ascoltare le opinioni altrui, di far conoscere la propria opinione sulle deliberazioni da assumere e di cercare di orientare per tale via il voto degli altri soci; quindi a realizzare una effettiva democrazia assembleare, in cui si individua da sempre il necessario contrappeso della regola maggioritaria.

Dunque, il metodo collegiale integra doppiamente caratteristica prima ed inderogabile del procedimento assembleare: sia per la società, il cui interesse è tanto più tutelato quanto più attente e ponderate risultino le decisioni sociali, sia per il singolo socio, investito del diritto non solo a far sentire il peso delle proprie opinioni e a promuovere un effettivo dibattito critico all'interno dell'assemblea, ma anche a che soltanto coloro che hanno partecipato alla discussione possano esercitare il diritto di voto.

Per concludere, le diverse fasi in cui si articola il procedimento assembleare – convocazione, costituzione, discussione, votazione e proclamazione finale dei risultati – mirano a garantire che le decisioni dei soci siano il frutto non già di determinazioni singolarmente e separatamente assunte, ma di un confronto diretto ed immediato tra i soci medesimi in un'ottica di

reciproca influenza e di migliore informazione e ponderazione possibili per l'interesse dei singoli soci e della società stessa.

I principi esposti trovano costante ed indiscusso riconoscimento in dottrina<sup>2</sup> e, soprattutto, nella unanime giurisprudenza<sup>3</sup>.

Se l'essenza e la *ratio* del metodo collegiale sono quelle di consentire che ciascun socio possa far conoscere agli altri la propria opinione in merito alle decisioni da assumere e realizzare per tale via il gioco delle reciproche influenze critiche, è evidente che la conduzione dei lavori assembleari in tanto si potrà ritenere corretta, in quanto garantisca la effettiva e diretta correlazione tra la fase della discussione e quella della votazione.

Questa necessaria ed inderogabile correlazione funzionale resterebbe chiaramente violata non soltanto nell'ipotesi estrema in cui il Presidente dell'assemblea privasse i soci che ne facciano richiesta del diritto di prendere la parola, ma anche nel caso in cui un tale diritto fosse rispettato nella forma e però violato nella sostanza, consentendo la partecipazione al voto anche di

---

<sup>2</sup> Sui principi di collegialità e maggioranza, nel senso indicato nel testo, si vedano in dottrina: M. FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Rivista delle Società*, 1962, p. 53 ss.; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960; ID., *La forza del numero ed il principio della ragione: storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1979; ID., *L'assemblea*, in *Trattato Rescigno*, XVI, Utet, Torino, 1985, p. 363; G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, p. 192; R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo - Portale*, Vol. III, Tomo I, Utet, Torino, 1994; A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Giuffrè, Milano, 1980; ID., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni cit.*, Vol. III, Utet, Torino, 1994, p. 51; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, E. Jovene, 1955.

<sup>3</sup> Per un *excursus* della giurisprudenza edita in materia si vedano: Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 18 aprile 1961 n. 851, pubblicata in *Foro Italiano*, 1961, I, pagg. 1904 e ss.; Corte di Appello di Milano, sentenza 25 luglio 1957, pubblicata in *Foro Italiano* 1961, pagg. 1904 e ss.; Tribunale di Milano, sentenza 13 gennaio 1988, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.; Corte di Appello di Brescia sentenza 13 gennaio 2000, pubblicata in *Foro italiano*, 2000, I, p. 1878 e ss.; Cassazione civile, sentenza del 13 dicembre 2002 n. 17848, pubblicata in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 e ss.; Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554, pubblicata in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 e ss.

coloro che non abbiano assistito alla discussione. È evidente, infatti, che in questa seconda ipotesi il diritto di intervento di chi aveva inteso far valere in assemblea il proprio punto di vista – diritto assolutamente indisponibile da parte del Presidente e strumentale agli stessi interessi della società – resterebbe gravemente menomato, per essersi potuto esplicitare nei confronti di alcuni soltanto e non di tutti i soci votanti. In tale contesto, la collegialità non rappresenterebbe nulla di più che una cornice esteriore, la mera circostanza che i soci di ritrovino a votare in uno stesso luogo ed in una stessa giornata, ma a prescindere da ogni necessità di un diretto confronto assembleare.

La giurisprudenza edita in materia – che non a caso fa riferimento ad assemblee di Società cooperative ed in specie di Banche popolari cooperative, ove inderogabile è l'esigenza della piena attuazione della democrazia assembleare – conferma puntualmente la conclusione ora esposta.

Merita innanzitutto di essere ricordata la sentenza 13 gennaio 2000, con cui la Corte di Appello di Brescia<sup>4</sup> ha accolto l'impugnazione di una delibera assembleare della Banca Agricola Mantovana Società cooperativa a r.l.

Era in particolare avvenuto che, in occasione della assemblea sociale del 1994, indetta per la approvazione del bilancio di esercizio e la nomina dei nuovi Consiglieri di amministrazione, il Presidente avesse fatto precedere la votazione per la designazione del CdA alla discussione sul bilancio, sicché uno dei soci presenti ne aveva contestato la legittimità evidenziando il pregiudizio così arrecato alla corretta formazione della volontà assembleare. Egli sosteneva, infatti, che le considerazioni critiche che aveva inteso esprimere sulla regolarità del bilancio avrebbero potuto influire sul giudizio che i soci erano chiamati ad esprimere in merito alla riconferma degli amministratori che quel bilancio avevano contribuito a predisporre e sostanzare con la loro azione gestionale, di talché il confronto dibattimentale sul punto avrebbe dovuto necessariamente precedere le operazioni di voto.

A ben vedere, il *vulnus* che in quel caso era stato arrecato al principio di collegialità era assai meno evidente e grave di quello che si verificerebbe se il Presidente desse luogo alle operazioni di voto sul rinnovo del CdA consentendo che al voto siano indiscriminatamente ammessi soci neppure presenti al momento della discussione e prima della conclusione della discussione medesima; così operando uno stravolgimento totale dell'ordine

---

<sup>4</sup> Corte di Appello di Brescia, sentenza 13 gennaio 2000, pubblicata in *Foro Italiano*, 2000, I, p. 1878 ss.

procedimentale di discussione/votazione stabilito inderogabilmente dal legislatore ed anzi consentendo l'esercizio del voto a prescindere totalmente dal confronto dibattimentale. Ebbene, pur in una situazione di illegittimità assai meno macroscopica, i Giudici hanno censurato la condotta del Presidente con massima severità:

*“Dagli artt. 2368 e segg. C.c. si desume che la votazione avviene dopo che vi sia stata la discussione, se è vero che la ratio di tale fondamentale momento della formazione della volontà assembleare consiste proprio nel dibattere i temi posti all'ordine del giorno (e sul quale poi si deve votare), e quindi, attraverso la dialettica del dibattimento, ottenere il massimo delle informazioni al fine di consentire, da una parte, un voto consapevole e cosciente, dall'altra, di orientare, con le proprie opinioni, il voto degli altri soci. In altri conclusivi termini la delibera è un complesso procedimento scandito da alcune ineludibili fasi e cioè la convocazione, la discussione e la votazione: ognuna di queste fasi è prodromica all'altra e non può essere né soppressa né compressa, pena l'invalidità della deliberazione finale sulla quale i suddetti vizi si ripercuotono.*

*Quanto appena detto è un dato giuridico talmente pacifico ed indiscusso che non constano opinioni divergenti, né in dottrina né in giurisprudenza (...) Tal dovendosi ritenere la abnorme decisione del Presidente dell'assemblea di far votare, prima della discussione (o contemporaneamente ad essa), coloro che erano impossibilitati ad attenderne il termine. Ma, se si consentisse ai soci di votare prima della discussione il suddetto diritto diverrebbe nulla più che un vuoto simulacro”.*

Tale precisa e rigorosa scansione procedimentale è, anzi, caratteristica a tal punto immanente e basilare della formazione della volontà sociale, posta a presidio di un interesse generale e superiore della società stessa, che la sua violazione comporta la automatica invalidità della delibera assunta, a prescindere dalla prova di resistenza ovvero da ogni altra sorta di verifica su quello che avrebbe potuto essere l'esito del dibattito e della votazione ove i lavori assembleari si fossero articolati regolarmente. Semmai – precisa la Corte di Appello – deve valere una presunzione assoluta di segno esattamente opposto; ossia si deve presumere, *iuris et de jure*, che la discussione, ove correttamente svolta alla presenza di tutti i soci votanti, avrebbe potuto influenzare e ribaltare l'esito della votazione :

*“Non si capisce, infine, sulla base di quale elemento di fatto (comunque del tutto irrilevante) il Tribunale abbia potuto affermare che «è da escludere che la condotta di chi ha presieduto l'assemblea possa aver*

*influito più di tanto sull'esito della votazione dovendo presumersi che fossero interessati a seguire i vari interventi (e li abbiano quindi seguiti prima di votare) tutti gli indecisi, cioè in pratica i soli sui quali gli oratori potevano esercitare un'efficace opera di persuasione»: si tratta, ripetesi, di un argomento del tutto irrilevante, anche se coloro che abbiano anticipatamente votato non abbiano avuto alcuna influenza sulla deliberazione (c.d. prova di resistenza): Infatti, il diritto alla discussione fa parte dei diritti inalienabili del socio e, ai fini del suo esercizio, non può essere messo in alcun nesso causale con la successiva votazione, proprio perché la legge, con una sorta di presunzione iuris et de iure, ha stabilito che la discussione deve precedere la votazione perché si presume che possa determinarne l'esito: che poi questo avvenga è del tutto ininfluyente e non può essere oggetto neppure di prova contraria ove si volesse dimostrare, in ipotesi, che la votazione avrebbe comunque avuto lo stesso risultato”.*

La interpretazione della Corte di Appello di Brescia ha trovato in tutti i suoi passaggi totale adesione e conferma da parte dei Giudici della Suprema Corte, che con sentenza del 13 dicembre 2002 n. 17848<sup>5</sup> hanno così esattamente argomentato:

*“Le delibere assembleari sono rette dal principio di maggioranza, il quale comporta che “le deliberazioni.... Prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincolano tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti” (art. 2377, primo comma, c.c.). Orbene, è ormai acquisito che detto principio trova il suo “contrappeso” e la sua legittimazione nel metodo assembleare, il quale opera “come strumento di protezione delle minoranze”, permettendo loro di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. È quindi evidente che il procedimento assembleare, del quale la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un'esigenza di carattere generale, concernente la salvaguardia della legalità dell'azione sociale. Per questo, a nulla rileva osservare che*

---

<sup>5</sup> Cassazione Civile, sentenza 13 dicembre 2002 n. 17848, pubblicata in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 ss.

*nessuno dei soci si era (inizialmente) opposto alle “modalità di votazione” proposte dal presidente dell’assemblea e che la partecipazione alla discussione “non può essere imposta a quanti hanno già maturato il proprio convincimento”, posto:*

- che l’articolazione e la disciplina del procedimento assembleare sono sottratte alla disponibilità dei soci;*
- che le regole del procedimento assembleare implicano, per ciascuno degli intervenuti (e il ricorrente era tra questi) il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale;*
- che, infine, l’illegittimità della delibera impugnata è stata affermata dalla Corte territoriale non già perché alcuni soci non erano intervenuti, per una loro libera decisione, nella discussione, ma perché le modalità di svolgimento dei lavori assembleari scelte dal presidente avevano impedito ad altri soci (e il Gaidella era tra essi) di promuovere il dibattito assembleare su alcuni degli argomenti posti all’ordine del giorno”.*

Non meno significativa è la sentenza 13 gennaio 1988 del Tribunale di Milano<sup>6</sup>, quanto mai conferente al caso di specie ed anzi ad esso esattamente sovrapponibile:

*“La riunione del 13 luglio del 1987 risulta dal verbale, conformemente alla previsione dell’avviso di convocazione, essersi protratta, per le operazioni di voto, dalle ore 10 alle ore 17, al principale fine di consentire che il maggior numero di associati, qualunque fosse il momento dell’intervento, purchè anteriore a quello finale stabilito, potessero esprimere il proprio voto. Il sistema di tipo referendario, che in sé per le associazioni sarebbe del tutto legittimo, è tuttavia alternativo rispetto a quello assembleare, che è l’unico previsto dallo statuto. La formazione della volontà degli enti e delle persone giuridiche mediante il procedimento di deliberazione assembleare consente che, applicandosi il metodo collegiale, si crei una volontà collettiva che non è la semplice somma di distinte dichiarazioni individuali. In assemblea, la partecipazione unitaria e, concentrazioni di tempo, dei diversi associati che intervengono al dibattito, permette che la discussione e la dichiarazione di voto di ciascuno influiscano sulla espressione volitiva degli altri, garantendo una integrazione reciproca delle volontà individua-*

---

<sup>6</sup> Tribunale di Milano, sentenza 13 gennaio 1988, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.

*li. Permettere che la votazione avvenga frazionatamente può alterare lo svolgimento dell'assemblea che, in via ordinaria non può che richiedere una contestualità, per quanto possibile, delle diverse dichiarazioni di voto”.*

Quindi – sancisce il Tribunale di Milano – consentire l'ammissione al voto dei soci a prescindere dalla loro presenza al momento del dibattito assembleare significa trasformare la assemblea sociale in un referendum, modalità di decisione assolutamente incompatibile con il metodo collegiale.

Ed infine merita ricordare la fondamentale decisione Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554<sup>7</sup>.

Nel caso esaminato il Presidente dell'assemblea di una Banca Popolare aveva dato corso alle votazioni per la nomina dei nuovi organi sociali prima che la discussione fosse terminata.

Nel confermare la invalidità della delibera “*per violazione del diritto di informazione e quello alla discussione dei soci*”, i Giudici della Suprema Corte hanno ribadito la essenzialità ed inderogabilità del metodo collegiale, che consentendo a ciascun partecipante di fare conoscere la propria opinione sugli argomenti in votazione, si pone a tutela non soltanto dell'interesse particolare delle minoranze assembleari, ma anche di quello generale e superiore della società stessa:

*“Il metodo assembleare opera “come strumento di protezione delle minoranze”, permettendo loro di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. Il procedimento assembleare, di cui la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un'esigenza di carattere generale, con la conseguenza che l'articolazione e la disciplina del procedimento medesimo sono sottratte alla disponibilità dei soci, e che le regole di esso implicano per ciascuno degli intervenuti il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale”.*

---

<sup>7</sup> Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554, pubblicata in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 ss.

*“A nulla rileva che l'intervento dei soci che non si erano ancora espressi prima dell'inizio della votazione fosse o no idoneo ad influire concretamente sulla decisione degli altri soci di votare in uno o in altro modo, rilevante ai fini del rispetto del procedimento assembleare essendo non il fatto che mediante il proprio intervento il socio riesca effettivamente ad influire sull'orientamento dell'assemblea, ma che egli abbia la possibilità di farlo, ciò che per definizione viene ad essere escluso qualora alla votazione si dia inizio prima che la discussione abbia avuto termine e quello stesso socio abbia avuto la possibilità di intervenire”.*

La conclusione che può trarsi dal precedente excursus è assai semplice. Nelle Società cooperative a voto capitarario, in assenza di una maggioranza precostituita, il consenso si forma in assemblea seguendo il metodo collegiale. Tale metodo comporta per un verso il diritto di tutti i soci di intervenire siccome rispondente a realizzare l'interesse, oltre che proprio, della stessa Società. E per altro verso la ineludibilità che le operazioni di voto seguano e non anticipino la chiusura del dibattito assembleare, anche per la sola eventualità che uno qualsiasi degli interventi possa modificare le intenzioni di voto dei presenti.

In un così chiaro contesto e in presenza di principi di ordine pubblico economico desumibili dalla complessiva regolamentazione della materia, dal punto di vista logico-giuridico solo una espressa disposizione normativa può consentire una deviazione dal metodo assembleare collegiale; non potendosi certo “sostenere” l'abrogazione di detto metodo, peraltro come vedremo proprio recentemente rafforzato, sulla base di una interpretazione “adattativa” alla differente disciplina applicabile alle Società per azioni.

**3. Limiti e rimedi posti dal codice civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione del dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal codice civile sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate.**

Come sopra illustrato, nelle società cooperative, anche bancarie, per regola generale e per principio assolutamente inderogabile, la volontà dell'assemblea si forma unicamente tramite il metodo collegiale al termine della discussione, in modo tale che le scelte di voto risultino determinate sulla base delle convinzioni formatesi nel confronto diretto tra soci. Per questa

ragione la Corte di Cassazione è ferma nell'insegnamento per il quale non è possibile aprire le votazioni sul singolo punto dell'ordine del giorno fino a quando la discussione su di esso non sia esaurita.

Detto principio di ordine pubblico generale trova una parziale deroga da parte dell'art. 2538, ultimo comma, c.c., che consente di introdurre nello Statuto delle società cooperative la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza (n.d.r.: previsione già vigente *ante* riforma societaria del 2003) o tramite altri mezzi di telecomunicazione (n.d.r.: previsione introdotta dalla riforma societaria del 2003)<sup>8</sup>. Ne consegue che nei casi in cui tale modalità di voto è legittimamente prescelta, resta superato il principio assembleare puro, potendosi ovviamente esprimere il voto da parte dei soci che non abbiano partecipato al dibattito assembleare e, quindi, conseguenzialmente, anche prima o durante lo svolgimento dell'assemblea, senza necessità di attendere la fine della discussione.

Senonchè, tale formalità è espressamente contrappesata e subordinata ad una prima condizione: che l'avviso di convocazione contenga per esteso la deliberazione proposta (art. 2538, ultimo comma, secondo inciso, c.c.). Si vuole così mettere in condizione il socio di avere chiara evidenza non soltanto del generico oggetto posto all'ordine del giorno, ma anche, in modo esteso e quindi completo, della specifica deliberazione sulla quale è chiamato a esprimere la propria determinazione; cosicchè, senza bisogno di qualsiasi informazione supplementare, egli possa recarsi nel centro di voto o votare per corrispondenza, essendosi già formato un'idea ed esprimere unicamente il voto stesso. Non sono, infatti, previste dalla legge possibilità successive di integrazione informativa né oneri di informazione a carico del socio, quali la consultazione del sito internet della società *et similia*.

---

<sup>8</sup> Si riportano di seguito i testi ante e post riforma societaria:

*Art. 2538, comma 4, c.c. (versione ante riforma)*

*Il voto può essere dato per corrispondenza, se ciò è ammesso dall'atto costitutivo. In tal caso l'avviso di convocazione dell'assemblea deve contenere per esteso la deliberazione proposta.*

*“Art. 2538, comma 4, c.c. (versione post riforma)*

*L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.*

Il meccanismo elettorale delineato dalla disposizione, derogatorio del principio generale, può trovare compiuta applicazione, a titolo di esempio, laddove l'assemblea sia chiamata a deliberare la modifica di norme statutarie, nel qual caso l'avviso di convocazione dovrà riportare per esteso la disposizione vigente e il testo della nuova disposizione proposta, il cambiamento della sede legale, la adozione del modello duale di amministrazione in luogo di quello ordinario, ecc. Ma tale meccanismo è incompatibile con la elezione del Consiglio di Amministrazione, perché le regole legali vigenti impediscono una stesura dell'ordine del giorno completa, contenente non solo l'oggetto generico della delibera, ma anche l'indicazione analitica delle varie liste contrapposte fra l'una o l'altra delle quali il socio è chiamato a esprimere il proprio voto.

Invero, l'avviso di convocazione deve venire pubblicato, ai sensi dell'art. 125 bis TUF, almeno 30 giorni prima dallo svolgimento dell'assemblea di prima convocazione, mentre il termine per la presentazione delle liste, ai sensi dell'art. 147 ter dello stesso TUF, scade il 25° giorno precedente alla assemblea, sempre di prima convocazione. Ed è perciò che l'avviso di convocazione non può indicare le liste in campo, sulle quali il socio, disinteressato al dibattito assembleare, possa recarsi al centro di voto esprimendo la propria preferenza consapevole ed informata.

Non si tratta di un difetto di coordinamento tra norme, ma di una precisa scelta di campo del Legislatore, che ha consentito la deroga al principio assembleare per alcune deliberazioni, mentre ha inteso escluderla per quella più significativa, la nomina dell'organo di amministrazione, continuando a pretendere che per essa trovi piena applicazione il principio assembleare, che impone la partecipazione al dibattito e la ultimazione del medesimo prima della apertura delle votazioni. Trattasi di una scelta che vuole evitare operazioni manipolative del consenso da parte di chiunque si attivi per convincere i soci a votare per l'uno o l'altro dei candidati, senza neppure poterne ascoltare il programma, le repliche e l'opinione degli altri soci.

La norma contiene poi un ulteriore, secondo contrappeso alla possibilità del voto elettronico nei centri di voto o per posta, prima o durante lo svolgimento dell'assemblea per la nomina degli amministratori. Difatti l'art. 2538, ultimo comma, c.c. condiziona espressamente l'adozione di tale modalità di voto alla formulazione di una proposta di delibera avanzata dal Consiglio di Amministrazione. Il quale, per effetto di plurimi interventi della Autorità di Vigilanza, la Banca d'Italia, non ha alcun potere di proporre una propria lista all'assemblea, essendo la presentazione delle liste riservata in esclusiva ai soci dagli artt. 147 *ter* TUF. Pur essendo il principio stato

espresso in dichiarazioni pubbliche dell'Autorità di vigilanza, allo stato la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsene, in senso confermativo, solo con riguardo alla nomina del Collegio Sindacale<sup>9</sup>.

Su detto oggetto non è perciò configurabile neppure astrattamente una proposta di deliberazione che possa essere riportata per esteso nell'avviso di convocazione. La distinzione è facilmente comprensibile concentrandosi sui diversi ordini del giorno, punti che rappresentano meri oggetti di delibera e altri che integrano invece proposte di delibera predisposte dal Consiglio di Amministrazione nell'esercizio dei poteri di impulso di sua competenza.

Fuoriuscendo dal codice civile è opportuno, per avvalorare la conclusione sopra proposta, portare l'attenzione sull'art. 125 bis TUF<sup>10</sup>, il quale

---

<sup>9</sup> Cassazione Civile, sentenza 13 settembre 2007 n. 19160, pubblicata in *Foro Italiano*, 2008, 3, p. 859 ss.

<sup>10</sup> Per favorire la migliore comprensione dei rilievi svolti nel testo si riporta integralmente il testo dell'art. 125 bis Testo Unico Finanza:

*Articolo 125 bis*

*(Avviso di convocazione dell'assemblea)*

1. *L'assemblea è convocata mediante avviso pubblicato sul sito Internet della società entro il trentesimo giorno precedente la data dell'assemblea, nonché con le altre modalità ed entro i termini previsti dalla Consob con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 113-ter, comma 3, ivi inclusa la pubblicazione per estratto sui giornali quotidiani.*

2. *Nel caso di assemblea convocata per l'elezione mediante voto di lista dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, il termine per la pubblicazione dell'avviso di convocazione è anticipato al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

3. *Per le assemblee previste dagli articoli 2446, 2447 e 2487 del codice civile, il termine indicato nel comma 1 è posticipato al ventunesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

4. *L'avviso di convocazione reca:*

a) *l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza nonché l'elenco delle materie da trattare;*

b) *una descrizione chiara e precisa delle procedure da rispettare per poter partecipare e votare in assemblea, ivi comprese le informazioni riguardanti:*

1) *i termini per l'esercizio del diritto di porre domande prima dell'assemblea e del diritto di integrare l'ordine del giorno o di presentare ulteriori proposte su materie già all'ordine del giorno, nonché, anche mediante riferimento al sito Internet della società, le eventuali ulteriori modalità per l'esercizio di tali diritti;*

2) *la procedura per l'esercizio del voto per delega e, in particolare, le modalità per*

disciplina l'avviso di convocazione, per verificare se tale "legge speciale" offra spunti per sostenere una diversa opinione.

La norma in effetti nulla toglie alle osservazioni sopra svolte, limitandosi semplicemente a prevedere al comma 4, lettera b, punto 4, l'obbligo di definire le procedure del voto per corrispondenza o elettronico, ovviamente nei limiti in cui esso risulti ammissibile. Anzi, paradossalmente, conferma l'interpretazione proposta, perché inserisce il paragrafo relativo alle modalità e ai termini di presentazione delle liste in un apposito punto, d-bis, successivo e autonomo rispetto a quello che prevede il voto elettronico e la sua disciplina, di talché non è possibile inferirne la conseguente ricomprensione all'interno del precedente punto b, numero 4).

Le disposizioni che contemplano a monte la possibilità di fare ricorso al voto per corrispondenza o al voto elettronico, stabilendone i limiti generali di legittimità, non sono infatti contenute nel TUF, bensì nel Codice civile e dettano una disciplina da sempre distinta e differenziata per le società per azioni e le società cooperative, rinvenibile rispettivamente negli artt. 2370 e 2538 c.c.

Anche il D.Lgs. n. 27/2010 sui diritti degli azionisti di società quotate, che è da ultimo intervenuto sulla materia, ha confermato la distinzione e ha inteso incidere espressamente sulla sola disciplina delle società per azioni,

---

*il reperimento dei moduli utilizzabili in via facoltativa per il voto per delega nonché le modalità per l'eventuale notifica, anche elettronica, delle deleghe di voto;*

*3) la procedura per il conferimento delle deleghe al soggetto eventualmente designato dalla società ai sensi dell'articolo 135-undecies, con la precisazione che la delega non ha effetto con riguardo alle proposte per le quali non siano state conferite istruzioni di voto;*

*4) le procedure di voto per corrispondenza o con mezzi elettronici, se previsto dallo statuto;*

*c) la data indicata nell'articolo 83-sexies, comma 2, con la precisazione che coloro che diventeranno titolari delle azioni solo successivamente a tale data non avranno il diritto di intervenire e votare in assemblea;*

*d) le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti all'assemblea;*

*d-bis) le modalità e i termini di presentazione delle liste per l'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione e del componente di minoranza del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza;*

*e) l'indirizzo del sito Internet indicato nell'articolo 125-quater; f) le altre informazioni la cui indicazione nell'avviso di convocazione è richiesta da altre disposizioni.*

prevedendo l'introduzione di un nuovo testo dell'art. 2370 c.c. che al comma 4 contempla ora la possibilità che il voto sia espresso per via elettronica oltrechè per corrispondenza, senza specificare che l'avviso di convocazione debba riportare il testo completo della deliberazione proposta; specificazione che del resto non era contenuta neppure nella precedente versione dell'articolo in parola, che faceva riferimento al solo voto per corrispondenza.

Viceversa, il D.Lgs. n. 27/2010 ha lasciato intatta la disciplina contenuta nell'art. 2538 c.c., che condiziona appunto la possibilità di ricorrere al voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione (ndr: si noti anche la diversa terminologia impiegata rispetto all'art. 2370 c.c.)<sup>11</sup> alla pubblicazione per esteso della proposta di delibera e che rappresenta da sempre norma speciale in ragione della stessa specialità delle società cooperative, destinata a prevalere sulla disciplina, *in parte qua* incompatibile, delle società per azioni, secondo quanto disposto dall'art. 2519 c.c.

L'art. 125 bis TUF, prima citato ed introdotto dallo stesso D.Lgs. n. 27/2010, presuppone quindi gli artt. 2370 e 2538 c.c. e, ferme le distinte condizioni generali di ammissibilità da questi fissate nei rispettivi ambiti di competenza, si limita a prevedere che l'avviso di convocazione deve precisare le modalità per l'esercizio del voto elettronico o per corrispondenza. Ovviamente per le fattispecie nelle quali le rispettive norme sostanziali a monte ne consentano l'adozione.

In alcun modo poi le conclusioni cui si è sopra pervenuti possono rimanere inficiate sostenendo che l'art. 2538, comma 6, c.c., che disciplina l'esercizio del voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione nelle società cooperative, non possa trovare applicazione rispetto alle principali

---

<sup>11</sup> Si mettono di seguito a confronto i due testi normativi.

*Articolo 2370, comma 4, c.c.*

*Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea.*

*Articolo 2538, comma 4, c.c.*

*L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.*

Banche Popolari, che in quanto società cooperative quotate, resterebbero assoggettate, per il criterio di specialità, alla regolamentazione dettata dall'art. 127 del Testo Unico Finanza e dagli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, norme che non contemplano l'obbligo di pubblicazione per esteso della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea<sup>12</sup>.

Una siffatta interpretazione è smentita non soltanto dal tenore letterale dell'art. 127 TUF, che contiene un richiamo normativo espresso ed esclusivo alle società per azioni (*“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art.*

---

<sup>12</sup> Per una più agevole comprensione si riporta di seguito il dettato degli articoli del Regolamento Consob 14.5.1999 n. 11971 citati nel testo.

*Articolo 143 bis*

*(Partecipazione all'assemblea con mezzi elettronici)*

1. Lo statuto può prevedere l'utilizzo di mezzi elettronici al fine di consentire una o più delle seguenti forme di partecipazione all'assemblea:

a) la trasmissione in tempo reale dell'assemblea;

b) l'intervento in assemblea da altra località mediante sistemi di comunicazione in tempo reale a due vie;

c) l'esercizio del diritto di voto prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, senza che sia necessario designare un rappresentante fisicamente presente alla stessa.

2. Le società che consentono l'utilizzo dei mezzi elettronici possono condizionarlo unicamente alla sussistenza di requisiti per l'identificazione dei soggetti a cui spetta il diritto di voto e per la sicurezza delle comunicazioni, proporzionati al raggiungimento di tali obiettivi.

*Articolo 143-ter*

*(Esercizio del voto prima dell'assemblea mediante mezzi elettronici)*

1. All'esercizio del voto espresso prima dell'assemblea, ai sensi dell'articolo 143-bis, comma 1, lettera c), si applicano gli articoli 141, commi 1, 2 e 3, e 143, commi 2 e 3.

2. Il voto può essere revocato con le stesse modalità con le quali è stato esercitato entro il giorno precedente l'assemblea ovvero mediante dichiarazione espressa resa dall'interessato nel corso dell'assemblea medesima.

3. La società garantisce la conservazione dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche intervenute prima dell'assemblea, ivi compresa la data di ricezione.

4. Il presidente dell'organo di controllo nonché i dipendenti e ausiliari di quest'ultimo sono responsabili, sino all'inizio dello scrutinio in assemblea, della riservatezza dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche.

5. I voti pervenuti oltre i termini previsti non sono presi in considerazione ai fini della costituzione dell'assemblea né ai fini della votazione.

2370, comma quarto, del codice civile”), ma ancor prima ed ancor più significativamente dall’*iter* legislativo che ha condotto alla sua introduzione, che appunto esplicita la volontà del legislatore di delimitare l’ambito di applicazione della nuova disciplina alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati. *Iter* legislativo su cui è quindi opportuno soffermarsi.

L’art. 127 TUF trova la propria fonte normativa ultima nella Direttiva 2007/36/CE, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, che all’art. 8 impegnava gli Stati membri a disciplinare la possibilità di introdurre per via statutaria modalità di partecipazione all’assemblea e di esercizio del voto tramite mezzi elettronici.

L’art. 1, comma 3, consentiva tuttavia agli Stati membri di escludere dall’ambito di applicazione della Direttiva alcune categorie speciali di società, quantunque quotate nei mercati regolamentati, tra le quali, per quanto qui rileva, le società cooperative (lett. c).

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà di esenzione e con la Legge delega n. 88 del 7.7.2009 ha espressamente imposto l’esclusione delle società cooperative dall’ambito di applicazione del decreto delegato di recepimento della Direttiva. Questo l’esatto ed inequivocabile contenuto precettivo dell’art. 31, lett. a, della Legge delega:

*“Nella predisposizione del decreto legislativo per l’attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l’ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative (...)”.*

Questo specifico e limitativo criterio di delega vale a chiarire perché il Decreto Legislativo delegato n. 27 del 27.1.2010, nel recepire la disciplina comunitaria sulla partecipazione e sul voto elettronici, si riferisca in via esclusiva alle società per azioni tramite il richiamo espresso all’art. 2370 c.c.

L’art. 1 comma 5 del D.Lgs. n. 27/2010 ha, infatti, previsto la modifica del solo art. 2370 c.c. con l’introduzione del seguente testo: *“Lo statuto può consentire l’intervento all’assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l’espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all’assemblea”*, lasciando quindi implicitamente invariata la distinta discipli-

na prevista per le società cooperative dall'art. 2538, comma 6, c.c. Il successivo art. 3, comma 9, ha modificato di conseguenza l'art. 127 TUF facendo esplicito ed esclusivo riferimento all'art. 2370 c.c. come più sopra riportato e pretermettendo, viceversa, ogni richiamo all'art. 2538 c.c., di cui resta così confermata la portata precettiva rispetto a tutte le società cooperative, ivi comprese quelle che esercitano l'attività bancaria (v. art. 150 *bis* TUB) e le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati:

*“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile”.*

La delega regolamentare contenuta nell'art. 127 TUF ha poi trovato attuazione nel dettato degli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, il cui ambito di applicazione non può che coincidere con quello della norma primaria, ovvero le sole società per azioni quotate con esclusione di ogni estensione alle società cooperative, in virtù dell'inderogabile principio della gerarchia delle fonti e dell'oggetto specificamente delimitato della stessa delega regolamentare (l'esercizio del voto elettronico nei soli “*casi previsti dall'art. 2370 c.c.*”). Di talché, la circostanza che i citati articoli del regolamento Emittenti non prevedano l'obbligo di riportare per esteso il testo della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea resta del tutto irrilevante rispetto alla questione qui sollevata.

Convenendo sul fatto che la prescrizione dell'art. 2538, comma 6, c.c. non è compatibile con la disciplina dettata dal TUF e dal regolamento Emittenti circa le modalità e i termini di pubblicazione dell'avviso di convocazione e delle liste di candidati per il rinnovo degli organi sociali, non può che inferirsene la conseguenza che detta incompatibilità comporta la impossibilità di fare ricorso al voto elettronico rispetto alle delibere di nomina di amministratori e sindaci; non esistendo, per le società cooperative, una disciplina speciale ed alternativa rispetto a quella contenuta nell'art. 2538 c.c.

Invero, la esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione della Direttiva 2007/36/CE e del Decreto Legislativo di recepimento n. 27/2010 trova la più chiara ed immediata conferma nel successivo intervento correttivo della materia attuato dal Legislatore italiano con il Decreto legislativo n. 91 del 18.06.2012, noto appunto come “*correttivo shareholders rights*”, ove inutilmente si insisterebbe nel poter ravvisare il fondamento normativo per una estensione generalizzata ed indiscriminata alla cooperative quotate delle norme dettate per le s.p.a.

La *ratio* sottesa a quest'ultimo intervento normativo è esattamente contraria e, viceversa, perfettamente coerente con la prospettiva di disciplina già adottata dal precedente D.Lgs. n. 27/2010 e prima ancora dalla Legge comunitaria n. 88/2009.

Volendo infatti estendere alle società cooperative talune norme dettate dal citato D.Lgs. n. 27/2010, e specificamente quelle attinenti alla convocazione assembleare e alla informativa preassembleare, il Legislatore lo ha fatto per tramite di apposito ed espresso intervento normativo, non senza avere avvertito l'esigenza preliminare di ribadire anche a giustificazione della legittimità del proprio intervento:

- a) che effettivamente la Legge comunitaria n. 88/2009 di recepimento della Direttiva 2007/36/CE aveva inteso limitarne l'ambito di efficacia alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative in ragione della loro peculiare natura, rilevante in particolare in materia di *governance* e quindi di funzionamento dei diversi organi societari e di loro interrelazioni;
- b) che l'estensione introdotta con il Decreto correttivo è stata decisa previa verifica di non-incompatibilità di talune norme specificamente individuate, avendone valutato singolarmente la coerenza anche con lo speciale tipo societario della cooperativa;
- c) con il ch  resta implicitamente escluso che almeno *in subiecta materia* si possa ritenere immanente un generale e generico principio di automatica estensibilit  alle societ  cooperative delle norme dettate alle societ  per azioni, ci  richiedendo al contrario in primo luogo un apposito intervento normativo ed in secondo luogo una specifica verifica di previa compatibilit .

Questi concetti si trovano ben riassunti in questo passaggio della relazione illustrativa del D.Lgs. n. 91/2012:

*“La modifica del decreto legislativo 27/2010 nel senso appena indicato non sarebbe in contrasto con la delega legislativa: l'esclusione disposta dall'articolo 31, comma 1, lettera a), della legge comunitaria 2008, va infatti correlata con la tutela della specificit  delle cooperative. Le norme sui termini di convocazione e sulla informativa preassembleare, invece, non sembrano intaccare in alcun modo le peculiarit  della governance delle cooperative n  risultano incompatibili con il tipo della societ  cooperativa”.*

Segue quindi la individuazione di specifiche norme del T.U.F., attinenti, come detto, alla fase della convocazione e della informazione preassembleare, di cui viene dettagliatamente motivata la sussistenza del requisito di non

incompatibilità con il tipo societario della cooperativa (es.: art. 125 bis limitatamente ad alcuni commi; art. 126; art. 126-bis; art. 127 bis; art. 127 ter; art. 127 quater), norme tra le quali non compaiono nè l'art. 127 T.U.F. nè gli artt. 143 bis e 143 ter del Regolamento Emittenti, che disciplinano il diverso profilo delle modalità di esercizio del voto elettronico e per corrispondenza nell'ambito delle società per azioni.

Del resto, ribadiamo nuovamente che la stessa formulazione letterale dell'art. 127 T.U.F. (“*La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell’assemblea nei casi previsti dall’articolo 2370, comma quarto, del codice civile*”), contenente un rinvio specifico e puntuale alla sola norma dettata per il voto elettronico nelle società per azioni (art. 2370 c.c.) e non anche alla omologa norma dettata in tema di società cooperativa (art. 2538 c.c.), ne impone necessariamente una interpretazione restrittiva quanto all’ambito di applicazione soggettiva.

Esce perciò definitivamente confermata la impossibilità di derogare al principio assembleare/collegiale per il tramite della istituzione di centri di voto ove i Soci possano votare a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, con riferimento alle delibere di nomina degli organi sociali.

#### **4. La prima sentenza emanata in materia nel senso della legittimazione dei centri di voto: un evidente caso di strabismo bascocentrico.**

Il Tribunale di Bologna<sup>13</sup>, chiamato ad occuparsi del tema e quindi a verificare la legittimità della delibera di assemblea ordinaria di una Banca Popolare quotata di nomina dal Consiglio di amministrazione svoltasi con possibilità dei Soci di votare in centri di voto prima, durante e dopo l’inizio e la conclusione del dibattito assembleare, ha deciso per la legittimità della assemblea con una motivazione che, pur articolandosi formalmente in una pluralità di ragioni, si risolve di fatto in un unico assorbente argomento – la mancata menzione dell’art. 127 TUF nella elencazione contenuta al successivo art. 135-bis TUF – che surrettiziamente porta ad aggirare tanto il tenore letterale dell’art. 127 TUF, laddove esso rinvia *per relationem* alla sola disciplina codicistica delle società per azioni, quanto le fonti normati-

---

<sup>13</sup> Tribunale di Bologna – Sezione specializzata per l’impresa, sentenza 18 marzo 2014 n. 899, inedita.

ve dell'una e dell'altra disposizione, le quali per espressa prescrizione del legislatore delegante e del legislatore delegato avevano inteso escludere le società cooperative dall'ambito di applicazione della riforma in tema di diritti dei soci di società quotate.

La prospettiva di indagine adottata dal Tribunale conferisce primario e risolutivo valore al disposto dell'art. 135-bis<sup>14</sup> e piega ad esso l'interpretazione dell'intero e ben più complesso quadro normativo in cui si inserisce, sebbene questo contenga inequivoche indicazioni interpretative di segno esattamente contrario:

*«L'art. 135 bis si preoccupa di stabilire espressamente quali siano le norme del testo non applicabili alle cooperative. Nella sua versione originaria, introdotta dal d.lgs. 27/2010, detta norma prevedeva che: "Ferme restando le esclusioni espressamente previste dal presente decreto legislativo, non si applicano alle società cooperative con azioni quotate gli articoli 116, comma 2-ter, 125-bis, 125-ter, 125-quater, 126, comma 2, 126-bis, 127-bis, 127-quater, 147-ter, comma 1-bis, 148, comma 2, ultimo periodo, 154-ter, commi 1, 1-bis e 1-ter, 158, comma 2. Alle predette società si applicano le disposizioni della predetta sezione".*

*L'art. 135 bis TUF nella versione introdotta dal decreto correttivo prevede che: "Alle società cooperative non si applica il comma 2 dell'articolo 125-bis, nonché il comma 4, lettera b), numero 1), limitatamente alle parole: "del diritto di porre domande prima dell'assemblea" e numero 3, e lettera c), del medesimo articolo. Non si applicano altresì gli articoli 127-bis, 127-ter e 127-quater. Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto".*

*Appare evidente che in base al chiaro dettato della norma, trovi piena*

---

<sup>14</sup> Questo il testo del citato art. 135 bis Testo Unico Finanza:

*Articolo 135 bis*

*(Disciplina delle società cooperative)*

*1. Alle società cooperative non si applica il comma 2 dell'articolo 125-bis, nonché il comma 4, lettera b), numero 1), limitatamente alle parole: "del diritto di porre domande prima dell'assemblea" e numero 3, e lettera c), del medesimo articolo. Non si applicano altresì gli articoli 127-bis, 127-ter e 127-quater.*

*2. Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto.*

*3. Il termine previsto dall'articolo 126-bis, comma 2, primo periodo, è ridotto a dieci giorni.*

*applicazione in una lettura a contrario della disposizione, alla banca in forma di cooperativa, sia secondo l'originario decreto legislativo, sia secondo il successivo correttivo, l'art. 127 TUF che così recita: "(Voto per corrispondenza o in via elettronica). La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile.»*

In tale prospettiva, la circostanza che l'art. 127 TUF<sup>15</sup>, nel contemplare il voto elettronico, contenga un rinvio espresso ed esclusivo alla disciplina codicistica dettata in tema di società per azioni si deve ritenere ad avviso del Giudice del tutto inconferente. L'art. 135-bis – esso afferma – non menziona l'art. 127, quindi il richiamo normativo in esso contenuto all'art. 2370 c.c. è da intendere riferito non già alla disciplina del voto elettronico a distanza dettata per le società per azioni, ma alle modalità con cui lo Statuto della società, sia essa società per azioni o società cooperativa, può disciplinare l'esercizio del voto elettronico a distanza:

*“In merito non si può condividere l'opzione interpretativa offerta da parte attrice dell'art. 127 TUF.*

*Secondo gli attori il tenore letterale dell'art. 127 TUF conterrebbe un richiamo normativo espresso ed esclusivo alle società per azioni (“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile”) con palese esclusione di tale regime per le società cooperative.*

*L'impostazione non appare corretta. Ed invero, come si è già detto esiste una norma specifica che enuncia le norme del TUF non applicabili alle cooperative e tra queste non vi è l'art. 127.*

*Tale dato di specifica enunciazione delle esclusioni e, a contrario, di specifica indicazione delle inclusioni, porta ad un dato incontrovertibile e cioè che l'art. 127 è applicabile alle cooperative.*

*Su tale premessa occorre concludere che il richiamo contenuto in detto articolo all'art. 2370 cc ha come oggetto specifico, non tanto le società per*

---

<sup>15</sup> Questo il testo del citato art. 127 Testo Unico Finanza:  
Articolo 127

*(Voto per corrispondenza o in via elettronica)*

*1. La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile.*

*azioni tout court, con esclusione quindi delle cooperative, quanto le modalità attraverso le quali, lo statuto, nel rispetto del Regolamento Emittenti Consob, può prevedere lo svolgimento di assemblee per mezzo di strumenti di telecomunicazione, ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica, con l'aggiunta della relativa fictio che impone di considerare presenti all'assemblea coloro che scelgono di utilizzare questa particolare modalità di voto.*

*Sotto il profilo letterale, pure invocato da parte attrice, valga la considerazione che l'art. 127 TUF non contiene affatto nè esplicitamente nè implicitamente una limitazione alle società per azioni, con esclusione dunque delle società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati, ma si limita a richiamare le particolari modalità di voto contenute nell'art. 2370 cc apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma”.*

Neppure l'esistenza di una espressa esclusione delle società cooperative, posta dal legislatore delegante e recepita da quello delegato quale limite soggettivo generale di applicazione della disciplina di cui si discute, può in tesi del Tribunale considerarsi ostativa della interpretazione proposta.

Esso riconosce che da questo punto di vista il ragionamento è “diverso e più complesso”, vedendosi infatti costretto a prendere atto di un dato normativo di inoppugnabile evidenza: la Legge n. 88 del 7.7.2009, nel delegare il Governo ad emanare la disciplina di recepimento della Direttiva CE n. 36/2007 su taluni diritti degli azionisti di società quotate, aveva fissato quale espresso principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega legislativa la esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione della normativa di recepimento

*“Diverso e più complesso appare il ragionamento proposto con riferimento all'iter legislativo che ha portato alla attuale formulazione della norma in questione.*

*L'art. 127 trova la propria fonte normativa nella Direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, che all'art. 8 impegnava gli Stati membri a disciplinare la impossibilità di introdurre per via statutaria modalità di partecipazione all'assemblea e di esercizio del voto tramite mezzi elettronici.*

*L'art. 1 comma 3 consentiva tuttavia agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva alcune categorie speciali di società, quantunque quotate nei mercati regolamentati, tra le quali, per quanto qui rileva, le società cooperative (lett. c).*

*Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà di esenzione e con la Legge delega n. 88 del 7.7.2009 ha espressamente imposto l'esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione del decreto delegato di recepimento della Direttiva. L'art. 31 lett. a) della Legge delega così prevedeva: "Nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l'ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative (...)"*

Ma, sovvertendo la chiara gerarchia delle fonti e le regole di interpretazione che a questa dovrebbero ispirarsi, il Tribunale attribuisce ancora una volta valore preclusivo ed assorbente al dettato dell'art. 135-bis TUF, che non menziona l'art. 127 TUF e ne confermerebbe perciò la piena vigenza anche in relazione alle società cooperative, a nulla rilevando che il legislatore delegante avesse inteso escludere tale tipo societario dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni di derivazione comunitaria e a nulla rilevando, come già detto, che la disposizione in questione contenga un rinvio espresso alla sola disciplina codicistica delle società per azioni:

*"L'art. 127 TUF era già stato escluso dal decreto legislativo del 2010 dalle norme inapplicabili alle società cooperative. Ed invero occorre ricordare che nella sua versione originaria l'art. 135 già prevedeva l'applicazione del 127 TUF alle cooperative: "Ferme restando le esclusioni espressamente previste dal presente decreto legislativo, non si applicano alle società cooperative con azioni quotate gli articoli 116, comma 2-ter, 125-bis, 125-ter, 125-quater, 126, comma 2, 126-bis, 127-bis, 127-quater, 147-ter, comma 1-bis, 148, comma 2, ultimo periodo, 154-ter, commi 1, 1-bis e 1-ter, 158, comma 2. Alle predette società si applicano le disposizioni della predetta sezione"*

La successiva emanazione del D.Lgs. correttivo n. 91 del 18-6-2012, che ha esteso alle società cooperative talune norme introdotte in sede di primo recepimento della disciplina comunitaria, confermerebbe la precisa volontà del legislatore delegato di operare una "applicazione selettiva" della delega ricevuta, con l'obiettivo di attuare una "omogeneizzazione" della disciplina applicabile agli azionisti di società quotate, senza distinzioni tra azionisti

di società per azioni e azionisti di società cooperative. Quindi, la mancata espressa menzione dell'art. 127 TUF nel novero delle norme inapplicabili alle società cooperative e la successiva estensione di disciplina introdotta dal decreto correttivo sarebbero coerenti espressione di una identica e generale tendenza alla equiparazione tra i due tipi societari:

*“Sembra emergere proprio dalla lettura delle norme del correttivo e dalla relazione illustrativa che con il predetto provvedimento il legislatore abbia continuato l'opera di omogeneizzazione di trattamento degli investitori in società quotate nel rispetto però delle peculiarità delle società cooperative. I provvedimenti, dunque, succedutisi nel tempo hanno fatto una applicazione selettiva della delega specifica contenuta nell'art. 31 estendendo o limitando alle cooperative le norme dettate in ossequio alla Direttiva comunitaria citata, avanzando in un'ottica di maggiore apparentamento delle cooperative alle società che si rivolgono al mercato degli investitori rispetto alla forma tradizionale di aggregazione designata dalle regole ordinarie del codice civile. Prova ne sia che proprio il correttivo anziché estendere, ha addirittura limitato l'ambito di esclusione delle norme applicabili alle cooperative di cui all'originario d.lgs. 27/2010, essendo state estese a queste ultime gli artt. 125-bis in materia di avviso di convocazione dell'assemblea, l'art. 125-ter in termini di relazione sulle materie all'ordine del giorno, l'art. 125-quater sul contenuto del sito internet, l'art. 126 sulle convocazioni successive alla prima e l'art. 126-bis sulla integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea”.*

Dopo avere richiamato la relazione illustrativa del decreto correttivo in cui il legislatore delegato precisa che *l'opzione esercitata “non sarebbe (n.d.r.: significativo l'uso del condizionale!!) in contrasto con la delega legislativa”* in quanto *“l'esclusione disposta dall'art. 31, comma 1, lett. a), della legge comunitaria 2008, va infatti correlata con la tutela della specificità delle cooperative”*, il Tribunale afferma che nel caso del voto elettronico a distanza non verrebbe in rilievo alcuna esigenza di tutela della specificità delle società cooperative, per le quali era già consentita in passato tale modalità di formazione della volontà assembleare e si attuerebbe un semplice allargamento ai casi in cui manchi una proposta di deliberazione interamente riproducibile nell'avviso di convocazione:

*“La finalità primaria dichiarata ed esplicita del legislatore è la tutela della parità di posizione e di esercizio dei propri diritti da parte degli investitori, senza entrare in rotta di collisione con il nucleo delle peculiarità delle società cooperative.*

*La scelta del legislatore sembra del tutto coerente con i principi enunciati anche rispetto all'art. 127 TUF (sempre che in questa sede sia consentito al giudice valutare tale aspetto in presenza di una norma specifica che detta le esclusioni di alcune norme alle cooperative tra le quali non vi è l'art. 127), dovendosi considerare che ancor prima della direttiva SHRD, le cooperative conoscevano il voto per corrispondenza e attraverso mezzi di telecomunicazione, mentre l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione, da un lato non collide con alcun principio cardine del mondo cooperativo e dall'altro realizza la finalità primaria dei provvedimenti appena citati e cioè la parità di trattamento degli investitori" (pagg. 23 sentenza).*

I Giudici hanno infine affermato che la correttezza della interpretazione accolta riceverebbe conferma anche dall'art. 24 dello Statuto della Banca che ha previsto la possibilità di fare ricorso al voto elettronico a distanza:

*"Procedendo ad un esame per così dire a ritroso delle norme considerate, partendo cioè dalla norma statutaria di BPER a quelle di rango superiore, il risultato interpretativo appena proposto non cambia. Ed invero il testo dell'art. 24, comma 9 Statuto così recita: "Nel rispetto della normativa vigente, il Consiglio di amministrazione può consentire l'esercizio del diritto di voto prima dell'Assemblea o durante il suo svolgimento, senza necessità di presenza fisica alla stessa in proprio o tramite delegato, mediante l'utilizzo di mezzi elettronici con modalità da rendersi note nell'avviso di convocazione dell'Assemblea tali da garantire l'identificazione dei soggetti cui spetta il diritto di voto, la sicurezza delle comunicazioni e, in caso di voto segreto, la segretezza". Va peraltro osservato che tale clausola è stata sottoposta al preventivo vaglio autorizzativo della Banca d'Italia secondo quanto disposto dall'art. 56 TUB, con conseguente piena deliberazione di legittimità. Sul punto appare evidente il richiamo alla norma regolamentare Consob la cui operatività è affermata dall'art. 127 TUF nei casi di cui all'ultimo comma dell'art. 2370 cc."*

- 5. L'errore in cui è incorso il tribunale nel ritenere rinvenibile nell'art. 127 tuf la disciplina applicabile alle società cooperative quotate con conseguenza legittimo ricorso al voto elettronico a distanza anche per l'adozione della delibera di nomina degli organi sociali. Necessità di offrire una interpretazione dell'art. 127 tuf coerente alla sua lettera e ai principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 88/2009.**

L'interpretazione dell'art. 127 TUF offerta dal Tribunale di Bologna è prima di tutto errata in sé alla luce del tenore letterale della norma in questione, che rimanda inequivocabilmente ed esclusivamente alle società per azioni. Ma è ancor più errata per la distorta considerazione delle fonti normative da cui l'art. 127 TUF deriva la sua attuale formulazione, rappresentate in via primaria e gerarchica dalla Legge delega n. 88/2009, che avvalendosi di una specifica opzione offerta dalla Direttiva CE sui diritti degli azionisti di società quotate, aveva fornito al legislatore delegato un criterio direttivo di assoluta specificità ed univocità: la esclusione delle società cooperative dal perimetro soggettivo di recepimento e di applicazione della disciplina comunitaria.

A fronte di un vincolo normativo così stringente – peraltro non causale, ma a sua volta derivato da una espressa opzione comunitaria che per il fatto stesso di essere stata contemplata attesta l'obiettiva specificità delle società cooperative e la ragionevolezza di una loro esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina – l'opera interpretativa che il Tribunale era chiamato a compiere avrebbe dovuto porsi come obiettivo imprescindibile proprio quello di offrire una lettura dell'art. 127 TUF coerente con le indicazioni del legislatore delegato, vale a dire una lettura costituzionalmente orientata. Tale lettura era non solo doverosa, ma assolutamente possibile e conforme al dato letterale dello stesso art. 127 TUF di cui si è detto in apertura, che di per sé basta a sostenere la conclusione che il voto elettronico nelle società cooperative quotate continua a trovare la sua regolamentazione nell'art. 2538 c.c.

Il Tribunale ha invece adottato una soluzione esattamente confliggente con le prescrizioni della legge delega ed opposta alla indicazione sempre ribadita dalla Consulta di tentare, sin dove possibile, una interpretazione costituzionalmente orientata. I Giudici hanno infatti attribuito assorbente rilievo alla considerazione che l'art. 135-bis TUF non menziona l'art. 127 TUF, neppure menzionato nel suo tenore letterale, da ciò traendone la conclusione che il vincolo contenuto nella legge delega circa la esclusione delle società cooperative dall'ambito di recepimento della disciplina comunitaria poteva e doveva intendersi come un vincolo elastico, passibile di "*applicazione selettiva*" da parte del legislatore delegato. In altri termini, l'interpretazione della legge delega è stata piegata a quella (presunta) della legge delegata, il che è l'esatto opposto di quanto prescritto dai predetti canoni ermeneutici.

Ma anche volendo ammettere – in ipotesi estrema – che l'interpretazione proposta dai Giudici sia la sola possibile in relazione alle norme date, si dovrebbe allora necessariamente concludere che il D.lgs. n. 27/2010 è

affetto da vizio di incostituzionalità per eccesso di delega legislativa, vizio che investirebbe nello specifico l'art. 127 TUF e l'art. 135-bis TUF laddove il loro congiunto esame porta ad affermare che la disciplina del voto elettronico ivi prevista si applica anche alle società cooperative con azioni quotate.

L'art. 1, comma 3, lett. c), della Direttiva Ce n. 36/2007, nel definire "oggetto e ambito di applicazione" della disciplina su taluni diritti degli azionisti di società quotate, aveva riservato agli Stati membri la possibilità di escludere dall'ambito di recepimento alcune tipologie di soggetti, tra queste le società cooperative:

*"Gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i seguenti tipi di società: (...) c) società cooperative."*

L'opzione, rimessa al prudente apprezzamento dei singoli Stati membri, attesta l'esistenza di una obiettiva questione di peculiarità del modello societario cooperativo e la piena ragionevolezza di un approccio normativo volto a mantenere per esse una disciplina in tutto o in parte distinta.

Naturalmente, dato il carattere lato della facoltà accordata in sede comunitaria, il legislatore italiano, nel delegare al Governo l'attuazione della direttiva, avrebbe potuto percorrere diverse soluzioni alternative, più o meno elastiche, più o meno passabili di un'opera di interpretazione finalistica da parte del legislatore delegato, più o meno compatibili con un approccio di carattere discrezionale. Invero:

- avrebbe potuto non avvalersi affatto della opzione concessa;
- avrebbe potuto avvalersi di tale opzione in modo selettivo, attraverso la puntuale indicazione delle singole materie trattate dalla direttiva ritenute insuscettibili di applicazione alle società cooperative e di quelle ritenute viceversa compatibili con una estensione ad esse;
- avrebbe potuto rimettere la concreta individuazione delle materie escluse al legislatore delegato, limitandosi a fissare i criteri direttivi generali e gli obiettivi di politica legislativa cui conformare caso per caso, istituto per istituto, norma per norma, la scelta sul perimetro di esenzione in ragione dell'impatto sulla specificità del tipo cooperativo;
- infine, all'estremo opposto, avrebbe potuto prevedere che le società cooperative, ancorchè con azioni quotate in mercati regolamentati, rimanessero escluse *tout court* dall'ambito di recepimento della direttiva integralmente ed unitariamente intesa, con riferimento quindi a tutte le singole materie trattate.

Quest'ultima soluzione – tanto netta quanto di inequivoca interpretazione – è quella accolta dal legislatore italiano, che all'art. 31, comma 1, lett. a, della legge comunitaria n. 88 del 7-7-2009 ha indicato tra i "criteri e i principi direttivi" il seguente:

*“Nella predisposizione del decreto legislativo per l’attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi:*

*a) definire l’ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative;*

*(...)”.*

Nè dalla lettura dei criteri enunciati alle successive lettere b-q nè di quelli enunciati al precedente art. 2 – estranei tanto direttamente che indirettamente al tema delle società cooperative – è possibile trarre alcun elemento idoneo a legittimare una interpretazione elastica della citata disposizione o – per usare le parole del Tribunale – una sua “*applicazione selettiva*”.

Pare anzi evidente che la disposizione in esame, per la assolutezza e tassatività del divieto di estensione della disciplina di recepimento alle società cooperative, sia qualificabile più propriamente come un “*limite di oggetto*” della delega o come “*norma di dettaglio*” che non come un semplice “*principio e criterio direttivo*”.

Nel documento di consultazione predisposto dal Ministero dell’Economia e Finanza in vista dell’emanazione del decreto legislativo delegato<sup>16</sup>, si dà atto della esistenza di questo espresso limite di delega: “*L’ambito di applicazione della DSHR è limitato alle società che hanno sede in uno Stato membro e le cui azioni siano ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato situato o comunque operante in uno Stato membro (articolo 1, par. 1). È consentita l’esclusione dal campo di applicazione della direttiva delle società cooperative e degli o.i.c.v.m. e organismi equivalenti (articolo 1, par. 3). L’articolo 31, LC 2008 prevede espressamente l’esclusione dall’ambito di applicazione delle norme di attuazione della DSHR degli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e delle società cooperative”.*

È in ragione di questa riconosciuta delimitazione dell’ambito soggettivo di recepimento della normativa comunitaria che il Governo è intervenuto con il Decreto Legislativo n. 27 del 27-1-2010, modificando in punto di voto elettronico due norme:

---

<sup>16</sup> Il documento è consultabile sul sito internet del Ministero dell’Economia e Finanza – Dipartimento del Tesoro all’indirizzo [www.dt.tesoro.it](http://www.dt.tesoro.it).

– innanzitutto, l'art. 2370, comma 4, c.c.: “*Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea*” (art. 1, comma 5, D.Lgs. n. 27/2010).

– in secondo luogo, l'art. 127 TUF: “*La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile*” (art. 3, comma 9, D.Lgs. n. 27/10).

È evidente che l'art. 127 TUF, per la sua stessa formulazione letterale che si sostanzia in un mero rinvio esterno all'art. 2370 c.c., non può che intendersi come univocamente ed espressamente riferito alle sole società per azioni.

A ben vedere, l'art. 127 TUF non contiene alcuna disciplina neppure generica del voto elettronico, ma si limita a conferire alla Consob un potere di normazione secondaria in relazione alla disciplina primaria dettata in via diretta ed esclusiva dall'art. 2370 c.c., ovvero una norma esterna al Testo Unico Finanza, riferita alle sole società per azioni e per la quale non è previsto alcun meccanismo di estensione automatica alle società cooperative, posto che esse trovano nello stesso Codice civile una propria autonoma disciplina in tema di voto elettronico, rappresentata dall'art. 2538, comma 6, c.c. Quindi, la disciplina del voto elettronico segue a livello codicistico un percorso differenziato tra società per azioni e società cooperative e il Testo Unico Finanza, nella versione modificata dal D.Lgs. n. 27/2010, non ha inciso su questa distinzione, essendosi limitato a prevedere unicamente rispetto all'art. 2370 c.c. un potere di normazione secondaria della Consob.

L'argomento della mancata inclusione dell'art. 127 TUF nell'elencazione riportata al successivo art. 135-bis, argomento a cui si riduce di fatto l'intera motivazione sviluppata dal Tribunale di Bologna, risulta perciò del tutto inconferente, non ponendosi nel caso di specie alcuna questione neppure astratta di estensione di disciplina, che non è contenuta nel Testo Unico Finanza e che è invece dettata dal Codice civile in modo distinto e parzialmente difforme per i due tipi societari.

La circostanza che l'art. 127 TUF abbia inteso menzionare l'art. 2370 c.c. e non anche l'art. 2358 c.c. vale di per sé ad integrare una espressa esclusione delle società cooperative, caso fatto salvo dal secondo comma dell'art. 135-bis c.c. (“*Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto*”).

L'indagine sulla portata dell'art. 127 TUF non può inoltre prescindere

dalla centrale considerazione che il meccanismo dei centri di voto, per sua propria natura ed a prescindere dal fatto che il voto vi possa essere espresso prima, durante o dopo lo svolgimento del dibattito assembleare, si colloca al di fuori della cornice della collegialità assembleare, non prevedendo un collegamento all'assemblea e quindi non consentendo a priori nè la partecipazione al dibattito da parte del socio che fosse interessato ad intervenire nè la possibilità per gli altri soci di ascoltare gli interventi altrui.

Accolte queste premesse, è impossibile negare che il sistema dei centri di voto così come applicato *in subiecta materia* dalla Banca comporti l'azzeramento del metodo collegiale, univocamente indicato da dottrina e giurisprudenza quale principio cardine di funzionamento della democrazia cooperativa, con valenza di ordine pubblico e tendenzialmente indefettibile se non in forza di espressa previsione derogatoria, necessariamente oggetto di stretta interpretazione.

In un così chiaro contesto e in presenza di principi di ordine pubblico economico desunti dalla complessiva regolamentazione della materia, dal punto di vista logico-giuridico solo una espressa disposizione normativa, entro i rigorosi limiti dalla stessa fissati, può consentire una deviazione dal metodo assembleare collegiale, non potendosi certo sostenere l'abrogazione di detto metodo sulla base di una interpretazione "adattativa" alla differente disciplina applicabile alle società per azioni.

La motivazione che a tale riguardo è stata proposta dal Tribunale – il richiamo espresso all'art. 2370 c.c. non avrebbe come oggetto specifico le società per azioni, ma "*le modalità attraverso le quali, lo statuto, nel rispetto del regolamento Emittenti Consob, può prevedere lo svolgimento di assemblee per mezzo di strumenti di telecomunicazione, ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica*" – appare totalmente illogica ed elusiva.

Se questo fosse stato il reale intendimento del legislatore, egli avrebbe potuto delineare nello stesso art. 127 TUF la disciplina di base del voto elettronico indistintamente valevole per tutte le società con azioni quotate, per azioni e non, rimettendo alla Consob la regolamentazione di dettaglio. Ovvero, in alternativa, volendo recepire la disciplina di base già dettata dal Codice civile, avrebbe potuto operare un congiunto richiamo all'art. 2370 c.c. e all'art. 2538 c.c. Ma così non ha fatto, avendo espresso la volontà di intervenire con una regolamentazione di dettaglio nelle ipotesi disciplinate dall'art. 2370 c.c.

Il Tribunale insiste tuttavia sul fatto che la "lettera" dell'art. 127 TUF non contiene una espressa esenzione delle società cooperative: "*Sotto il*

*profilo letterale, pure invocato da parte attrice, valga la considerazione che l'art. 127 TUF non contiene affatto nè esplicitamente nè implicitamente una limitazione alle società per azioni, con esclusione dunque delle società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati, ma si limita a richiamare le particolari modalità di voto contenute nell'art. 2370 c.c. apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma”.*

A noi pare inequivocabile che il richiamo all'art. 2370 c.c. è la “lettera” della legge ed esso di per sé comporta una necessaria limitazione alle società per azioni, proprio perché la norma in questione è dettata dal Codice civile per le società per azioni e non anche per le società cooperative, che trovano una loro autonoma disciplina nell'art. 2538 c.c.

Risulta infine incomprensibile il senso dell'inciso finale sul significato concludente che assumerebbe il richiamo al solo quarto comma dell'art. 2370 c.c. (“*apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma*”). Posto che la materia trattata è quella del voto elettronico, a noi pare oltremodo logico che il legislatore abbia richiamato il solo quarto comma dell'art. 2370 c.c., che tratta appunto di voto elettronico, e non anche gli altri commi, che si occupano di differenti profili in punto di diritto di intervento e voto in assemblea, senza che in ciò si possa ravvisare alcuna volontà di intendere questo richiamo in senso “neutrale”, come genericamente riferibile tanto alle società per azioni quanto alle società cooperative.

## **6. Il rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega.**

Fermo restando che la piana considerazione del contenuto letterale dell'art. 127 TUF è di per sé sufficiente a circoscriverne l'ambito di applicazione alle società per azioni, non può in ogni caso essere elusa la questione del rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega.

È, infatti, costante affermazione della Corte Costituzionale quella secondo la quale i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio interpretativo delle stesse, nel senso che esse vanno lette, fin tanto che ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega. L'interprete tra le varie interpretazioni in astratto possibili, è dunque tenuto a scegliere quella che non si pone in contrasto con il dettato costituzionale e,

nel caso specifico della delega legislativa, quella in grado di armonizzare le disposizioni del decreto delegato con l'oggetto, i principi e i criteri direttivi fissati dalla legge delega<sup>17</sup>.

Nel caso di specie l'opera di interpretazione costituzionalmente orientata è resa quanto mai agevole dall'estremo grado di precisione, specificità e chiarezza della prescrizione fornita dal Parlamento al Governo: escludere in ogni caso e comunque le società cooperative dall'intero ambito di recepimento della Direttiva CE n. 36/2007 (*"Nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l'ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative"*).

Se l'intendimento del legislatore delegante fosse stato quello di rimettere al Governo la individuazione dei singoli ambiti della riforma suscettibili di estensione alle società cooperative, avrebbe chiaramente fatto ricorso ad una formula tutt'affatto diversa, ad una enunciazione lata volta a stabilire i principi di ordine generale a cui conformare la selezione delle norme applicabili e di quelle inapplicabili. Viceversa, ha disposto puramente e semplicemente che le società cooperative non potevano formare oggetto dell'intervento normativo delegato.

A fronte di una così univoca volontà del legislatore delegante, la circostanza che l'art. 127 TUF rinvii *per relationem* alla sola disciplina delle

---

<sup>17</sup> Nel senso indicato, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1996 n. 418, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, fasc. 6; Corte Costituzionale, sentenza 5 febbraio 1999 n. 15, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1999, 136; Corte Costituzionale, sentenza 17 ottobre 2000 n. 425, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 5; Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2000 n. 276, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 2148; Corte Costituzionale, sentenza 11 aprile 2008 n. 98, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2008, 2, 1165. Per una più ampia e meditata ricognizione della giurisprudenza edita in tema di legittimità della legge delegata si rimanda al quaderno *"La delega legislativa"*, 2008, a cura di M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCCILLI, consultabile sul sito internet della Corte Costituzionale all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

società per azioni non può che essere interpretato nel senso della irrefeibilità della norma alle società cooperative, lettura al tempo stesso coerente con il tenore della norma e rispettosa dei limiti di oggetto fissati dalla legge delega. Quand'anche residuasse un dubbio interpretativo sulla portata applicativa dell'art. 127 TUF, esso andrebbe quindi sciolto nel senso indicato dal legislatore delegato, ovvero della non applicazione alle società cooperative.

Senonchè, il Tribunale di Bologna non solo non ha tentato una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 127 TUF, ma ha piegato la chiara lettera della legge delega ad obiettivi di tutela ad essa del tutto estranei, alterandone il significato e subordinando di fatto la sua interpretazione a quello della legge delegata: l'esatto opposto di ciò che avrebbe richiesto una interpretazione coerente ai principi costituzionali.

I Giudici muovono ancora una volta dalla considerazione che l'art. 135-bis TUF non menziona l'art. 127 tra le norme inapplicabili alle società cooperative e ne desumono l'esistenza di una precisa volontà del Governo di operare *“una applicazione selettiva della delega specifica contenuta nell'art. 31 estendendo o limitando alle cooperative le norme dettate in ossequio alla Direttiva comunitaria citata”*, cioè con l'obiettivo di realizzare una *“omogeneizzazione”* e un *“apparentamento”* delle società cooperative alle società per azioni, ove ricorra il comune requisito della quotazione nei mercati regolamentati

Tale volontà sarebbe confermata dalla successiva emanazione del Decreto legislativo n. 91/2012 (cd. decreto correttivo), con cui il Governo ha esteso alle società cooperative talune norme del TUF introdotte in sede di primo recepimento della direttiva comunitaria, e non potrebbe considerarsi con i criteri direttivi fissati dalla legge delega, in quanto finalizzata a garantire la *“parità di posizione e di esercizio dei propri diritti da parte degli investitori, senza entrare in rotta di collisione con il nucleo delle peculiarità delle società cooperative”*. Con specifico riferimento all'art. 127 TUF, *“ancor prima della direttiva SHRD, le cooperative conoscevano il voto per corrispondenza e attraverso mezzi di telecomunicazione, mentre l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione, da un lato non collide con alcun principio cardine del mondo cooperativo e dall'altro realizza la finalità primaria dei provvedimenti appena citati e cioè la parità di trattamento degli investitori”*.

Il punto è che la *“parità di trattamento degli investitori”* esula dalle finalità ispiratrici della legge delega e, ancor prima, della direttiva comunitaria.

L'art. 4 della direttiva è rubricato *“parità di trattamento”*, ma la previ-

sione in esso contenuta è riferita alla esigenza di assicurare identico livello di tutela ai soci di una stessa società (“*La società assicura la parità di trattamento di tutti gli azionisti che si trovano nella stessa posizione per quanto concerne la partecipazione e l’esercizio dei diritti di voto in assemblea*”) e non riguarda assolutamente la questione, tutt’affatto distinta, se equiparare o meno la disciplina delle società cooperative a quella delle società per azioni.

Tale questione è invece affrontata dalla direttiva all’art. 1, lett. c, tramite il riconoscimento della facoltà dei singoli Stati membri di escludere le società cooperative dall’ambito di recepimento della disciplina comunitaria, a riprova di una esigenza di tutela della specificità delle cooperative che per *ratio* è esattamente opposta a quella di “*apparentamento*” o “*omogeneizzazione*” affermata dai Giudici.

Il Parlamento italiano, nel porre le basi per il recepimento della direttiva, ha optato per la completa differenziazione di disciplina tra società per azioni e società cooperative e lo ha fatto con una previsione che, come ampiamente evidenziato, è tale per la sua precisione e tassatività da configurarsi come vera e propria norma di dettaglio più che come semplice principio o criterio direttivo.

Ciò implica a monte una valutazione di non compatibilità con la specificità delle società cooperative anche quotate, le cui ragioni dovrebbero risultare ben chiare alla luce delle considerazioni svolte in ordine alla peculiare rilevanza che il diretto confronto assembleare assume nell’ambito di questo tipo societario e al presidio che le condizioni poste dall’art. 2538 c.c. garantiscono in relazione ad esso.

In materia di delega legislativa la Corte Costituzionale ha costantemente ritenuto che quanto più i principi ed i criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati, tanto più ridotti risultano i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato e tanto più rigoroso deve essere il vaglio di legittimità della norma delegata, nel senso della sua aderenza ai criteri direttivi predeterminati, tenuto conto della *ratio* perseguita<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Nel senso indicato, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 6 giugno 1991 n. 250, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, 2046; Corte Costituzionale, sentenza 12 giugno 1991, n. 259, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, 2100; Corte Costituzionale, sentenza 10 ottobre 1990, n. 435, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1990, 2593; Corte Costituzionale, sentenza 24 febbraio 1995, n. 59, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1995, 503; Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 2000 n. 126, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 1060. Per una più ampia e meditata ricognizione della giurispru-

Nel caso di specie, specificità e *ratio* della previsione contenuta all'art. 31, lett. a, della legge delega escludono con certezza che il legislatore delegato fosse legittimato a procedere ad una estensione selettiva della disciplina di recepimento alle società cooperative e impongono di interpretare coerentemente l'art. 127 TUF, come riferibile alle sole società per azioni.

La circostanza che con il successivo decreto correttivo il Governo abbia viceversa ritenuto di poter procedere ad una estensione selettiva di talune norme già contenute nel D.Lgs. n. 27/2010 non può legittimare una diversa soluzione del presente giudizio.

Premesso che l'art. 127 TUF non vi è in esso neppure menzionato e che nessuna delle norme toccate attiene al caso di specie, il quesito fondamentale che ci si deve porre è se l'intervento correttivo e le ragioni esplicitate a fondamento della sua adozione possano costituire il valido parametro orientativo per l'interpretazione dell'originario decreto delegato. In alter termini, la portata e la coerenza costituzionale del decreto delegato devono essere valutate in rapporto alla legge delega o a un successivo intervento normativo che ha di fatto stravolto la *ratio* ispiratrice della stessa legge delega?

Nella domanda è già implicita la nostra risposta ed essa non può che condurre ad affermare che l'art. 127 TUF non si applica alle società cooperative, conformemente a quanto prescritto dai principi e criteri direttivi della delega.

Certamente, le considerazioni sin qui esposte portano a profilare una seria questione di validità del decreto correttivo; questione che si è posto lo stesso Governo nella relazione illustrativa del D.Lgs. n. 91/2012, esprimendosi significativamente in chiave dubitativa (“*La modifica del decreto legislativo 27/2010 nel senso appena indicato non sarebbe in contrasto con la delega legislativa*”), ma che comunque non attiene al presente giudizio e potrà semmai formare oggetto di valutazione da parte di altro organo giudicante.

Quand'anche ci si volesse porre dalla prospettiva di analisi fatta propria dal Tribunale (e, quindi, di fatto bypassare ogni questione di costituzionalità), a noi pare in ogni caso indubitabile che il D.Lgs. n. 91/2012 non soltanto non smentisce, ma anzi conferma a contrario la esclusione delle società cooperative dal perimetro soggettivo di applicazione dell'art. 127 TUF, per le ragioni sopra già esposte.

---

denza edita in tema di legittimità della legge delegata si rimanda al quaderno “*La delega legislativa*”, 2008, a cura di M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, cit.

## **7. Le conseguenze non avvertite dal tribunale di Bologna della interpretazione proposta: illegittimità costituzionale degli artt. 127 e 135-bis tuf per vizio di eccesso di delega in riferimento agli artt. 76 e 77 costituzione.**

Il vizio di incostituzionalità si profila quale *extrema ratio*, alla quale si deve ricorrere quando non sono profilabili soluzioni conservative alternative, non risultando possibile offrire una interpretazione della norma costituzionalmente orientata.

Per l'ipotesi in cui le considerazioni esposte nelle pagine precedenti non fossero ritenute in grado di sostenere una interpretazione dell'art. 127 TUF nel senso della sua riferibilità alle sole società per azioni quotate, si profilerebbe allora un vizio di eccesso di delega, in riferimento agli artt. 76 e 77 Costituzione, degli artt. 127 e 135-bis del Testo Unico Finanza, laddove prevedono la applicazione della disciplina dettata dall'art. 127 anche alle società cooperative con azioni quotate nei mercati regolamentati, in quanto adottati in violazione dell'art. 31, comma 1, lett. a, della Legge delega n. 88/2009.

La ammissibilità della questione di legittimità costituzionale è subordinata al ricorrere della duplice condizione della sua rilevanza e non manifesta infondatezza.

Quanto alla rilevanza, si tratta di condizione riconosciuta esistente dal Tribunale di Bologna, laddove ha evidenziato che la disciplina del voto elettronico dettata dall'art. 2538 c.c. non potrebbe trovare applicazione rispetto alla adozione delle delibere di nomina degli organi sociali di una società cooperativa con azioni quotate, in quanto inconciliabile sia con le modalità di convocazione dell'assemblea dettate dall'art. 125-bis TUF (*"Il test di compatibilità tra le modalità di voto a distanza previste dall'art. 2538 c.c. e la disciplina applicabile alle società quotate si risolve in senso negativo, come peraltro affermato dagli stessi attori. Ed invero l'art. 125-bis TUF prevede che l'avviso di convocazione deve indicare "le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti ...."*) sia con la assenza del requisito di una proposta di deliberazione (*"l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione..."*).

Quanto alla non manifesta infondatezza, la univocità del criterio direttivo fissato dall'art. 31, lett. a, Legge n. 88/2009, su cui pone di per sé la questione di legittimità costituzionale in termini di assoluta evidenza.

FRANCESCO SEBASTIANELLI

*LITI GIUDIZIARIE E CONCILIAZIONI MEDIOEVALI  
NELLE CARTE DI FONTE AVELLANA*

L'eremo di Fonte Avellana, posto alle falde del Monte Catria, nel centro dell'Appennino Umbro marchigiano, è il più celebre insediamento, eremitico prima, e poi monastico, della zona, anche se nel raggio di pochi Km. sono presenti altri due grandi centri, coevi all'Avellana: la badia di Sitria e S. Emiliano in Congiuntoli. All'Avellana continua ancora oggi la vita monastica sotto la regola di S. Benedetto, mentre a Sitria ed a S. Emiliano è cessata ormai da tanti secoli. Rimangono tuttavia le chiese, e ben conservate, a testimoniare la grandezza di un tempo ormai lontano.

Nell'ultimo trentennio del 1900 sono state pubblicate le "Carte di Fonte Avellana" a cura del centro di studi Avellaniti.

È stata un'opera "monumentale" la pubblicazione, in sette volumi, di quelle carte che coprono un periodo di 350 anni, dal 975 al 1325<sup>1</sup>. È questo il periodo che va dalle origini al massimo splendore ed all'inizio del declino dell'eremo e del monastero avellanita.

Da quella straordinaria documentazione, si può ricostruire la storia non solo dell'eremo, ed in parte degli altri due monasteri vicini, ma anche di tutto il territorio circostante. Infatti l'Appennino umbro marchigiano era in gran parte proprietà di questi centri religiosi ed i loro possedimenti, consistenti non solo in terre montane o collinari, ma anche in castelli, piccoli borghi, fattorie, si estendevano fino al mare, specie nella zona di Senigallia.

Nel 1227-29 le carte dell'Avellana riportano un elenco degli eremi, monasteri, chiese, cappelle, castelli, fattorie, dipendenti dalla casa madre, che

---

<sup>1</sup> Vol. 1 (925 – 1139) a cura di Celestino Pierucci e Alberto Polverari; Vol. 2 (1140 – 1202) a cura di Celestino Pierucci e Alberto Polverari; Vol. 3 (1203 – 1237) a cura di Celestino Pierucci; Vol. 4 (1238 – 1253) a cura di Roberto Bernacchia; Vol. 5 (1254 – 1265) a cura di Alberto Polverari; Vol. 6 (1265 – 1294) a cura di Ettore Baldetti; Vol. 7 (1295 – 1325) a cura di Ettore Baldetti.

è Fonte Avellana, divisi per diocesi<sup>2</sup> e con il numero dei monaci, cappellani, conversi e familiari ivi residenti. È una “fotografia” di inestimabile valore storico documentale che sta a testimoniare la crescita, la ricchezza, la gestione dei beni ed, indirettamente, il tipo di “vita spirituale” che i monaci dovevano e/o potevano praticare.

I monaci Avellaniti in totale erano 143 distribuiti in oltre 60 sedi. All’Avellana c’era il Priore Maggiore che comandava su tutto l’ordine, il Priore Claustrale, che comandava il singolo monastero, il Preposto, il Sacrista, il Camerario, il Cellarario, il “Teractarius”, l’Ospitaliero, altri 12 monaci, i conversi<sup>3</sup> (non è specificato quanti) e moltissimi familiari. Era certamente questa una grossa comunità che poteva applicare in pieno la vita eremitica e/o la “Regula Benedicti” monastica.

Nell’Isola dei Figli di Manfredi (e sue obbedienze) c’erano, con il Priore, 7 monaci, 14 cappellani, conversi e moltissimi familiari. Quasi tutti gli altri monaci erano sparsi nelle varie sedi nella misura di uno o due monaci, alcuni conversi e molti familiari.

Nel castello di Scheggia (Clisge) c’era un solo monaco e cappellano, familiari e conversi. Nel castello di Capitale, un Rettore con familiari e conversi. Nella chiesa del Buotano (presso Scheggia), un monaco, conversi e familiari. Nel castello della Leccia, il Rettore, il cappellano, conversi e familiari, ecc.<sup>4</sup>

Gli oltre 60 centri Avellaniti, in quegli anni, vanno da Bologna a Rimini a tutte le Marche ed all’Umbria. Non era nemmeno eccezionale il passaggio di un piccolo monastero o convento da una giurisdizione ad un’altra. Le Carte riportano il caso del Monastero di S. Angelo di Chiaserna che si era

---

<sup>2</sup> Sono 21 le diocesi con la presenza di strutture avellanite: Bologna, Faenza, Rimini, Fano, Senigallia, Ancona, Iesi, Osimo, Numana, Fermo, Ascoli, Penne, Camerino, Nocera Umbra, Cagli, Urbino, Città di Castello, Perugia, Assisi, Spoleto, Gubbio (cfr. Vol. 3, anni 1227 – 1229, p. 385 ss.).

<sup>3</sup> I monaci conversi non sono destinati al sacerdozio. Emettono come tutti gli altri gli stessi voti di castità, povertà, obbedienza, conversione dei costumi ed, in alcuni Istituti, di stabilità nell’ordine. Partecipano alla pari dei monaci sacerdoti a tutte le funzioni religiose diurne e notturne. Vengono utilizzati per lavori manuali sia all’interno del monastero che all’esterno. Troviamo così monaci conversi che sono fabbri, maniscalchi, che, su delega del capitolo del monastero, contrattano enfiteusi ecc... I familiari non sono monaci ma laici addetti esclusivamente ai lavori manuali per lo più esterni al monastero.

<sup>4</sup> Vol. 3, anni 1227 – 1229, pp. 385-388.

sottratto alla giurisdizione del vescovo di Gubbio per sottomettersi all'Avellana. Il papa Clemente IV allora scrive al vescovo di Gubbio ed al "dilectus filius frater Leonardus ordinis Fratris Minoris", imponendo il ritorno del monastero sotto la giurisdizione del vescovo eugubino<sup>5</sup>.

Quasi tutti questi castelli, e non solo questi, sono stati oggetto di liti con i Comuni ed a volte anche con i Vescovi nel cui ambito territoriale erano situati.

L'Avellana ha goduto sempre di speciali protezioni fin dalla sua fondazione. Nel 1059 infatti i Conti del territorio Luceolano<sup>6</sup> promettono al priore dell'Avellana Pietro, detto Rodolfo, di impedire qualsiasi abitazione, specialmente di donne, nelle vicinanze dell'Avellana, stabilendo con esattezza anche i confini entro i quali a nessuno, nemmeno all'abate o ad altro monaco, sarà consentito costruire<sup>7</sup>. In caso contrario si procederà alla immediata distruzione. Questa promessa impegnerà anche gli eredi che, in caso di trasgressione, saranno tenuti a pagare XX libbre d'argento.

Nel giugno del 1582, in occasione del censimento dei beni di Sitria, fatto da Francesco Luparini della Barbara per conto dell'Abate commendatario, viene detto che sul monte Nocria esistevano ancora i resti di una antica chiesetta che chiamavano "il luogo della Francesca, che Dio sa se è il vero". Quel luogo è chiamato ancora oggi Colle della Mozza, dove "mozza" sta per "testa tagliata".<sup>8</sup>

Ma come mai il popolo aveva tanto rispetto per la vita eremitica? A tale riguardo è esplicito un altro documento delle Carte relativo alla concessione al priore Pietro Damiani (S. Pier Damiani) di un eremo in provincia di Forlì<sup>9</sup> da parte di papa Leone IX, con la proibizione che l'eremo venisse assoggettato ad un cenobio. Il pontefice, nel confermare i possessi territoriali di quell'eremo, aggiunge: "*nec nulli hominum liceat in hpsam heremum per ostilem impetum violenter irrumpere et servos Dei, qui illic habitaverint, vel*

<sup>5</sup> Vol. 6, anno 1268, 30 marzo, carte estranee, doc. 3.

<sup>6</sup> È il territorio vicino la cittadina di Cantiano, prossima a Scheggia: tra i vari nomi che ha avuto, figura anche quello di Luceoli.

<sup>7</sup> Vol. 1, anno 1059, mese di agosto, doc. 14. È difficile stabilire le delimitazioni esatte ma, dai toponimi riferiti, il fiume Cesano ed il monte Ocria (oggi Nocria), il confine era pressoché a metà strada tra Sitria e l'Avellana. In quella zona non c'è mai stata né una casa né una capanna, ma solo la strada che univa i due monasteri.

<sup>8</sup> Vedi Francesco SEBASTIANELLI, *Isola Fossara*, p. 106, tipografia 75, Serra dei Conti 2006.

<sup>9</sup> Vol. 1, anni 1049 – 1054, doc. 8.

*expellere vel depredationibus infestare, salvo tamen iure fidelium laicorum qui eiusdem heremi patroni sunt et eam pro animarum suarum remedio condiderunt*”, cui segue poi la minaccia dell’anatema per gli eventuali trasgressori.

È evidente che la vita eremitica è indirizzata non solo alla salvezza della propria anima, ma anche a quella degli altri fedeli. Si spiega anche così la protezione accordata agli eremiti e la continua donazione di beni, da parte dei fedeli che “*eiusdem heremi patroni sunt et pro animarum suarum remedio*”.

Ma la protezione principale dell’Avellana è quella accordata dalla Sede Apostolica anche prima della concessione formale del “Privilegium esentionis”<sup>10</sup>. Era soggetta direttamente alla Sede Apostolica e pagava i suoi tributi a Roma. Sia i vescovi che i comuni perdevano autorità, anzi non ne avevano nessuna, sia sui beni materiali, sia sugli uomini posti nelle loro giurisdizioni ma di proprietà dell’Avellana: e questo, spesso, non era gradito nè dai vescovi e tantomeno dai Comuni. Era pertanto inevitabile, prima o poi, lo scontro con le altre autorità territoriali: i Comuni e le Diocesi.

## 1. Lite (e compromesso) con il Comune di Gubbio

Una delle più grandi controversie dell’Avellana si svolge con il comune di Gubbio e per i suoi castelli adiacenti o vicini all’eremo stesso.

Il comune di Gubbio infatti, aveva procurato “distruzioni, danni ed

---

<sup>10</sup> Tra privilegi autentici e falsi privilegi (vedi quello di Gregorio VII, anno 1076, doc. 39, vol. 1, Carte di F.A.), si arrivava fino alla minaccia della scomunica nei confronti di chi osava interferire nella conduzione dell’eremo o tantomeno arrecare danni alle sue proprietà. Papa Innocenzo III, il 27 febbraio 1207, ingiunge, sotto pena di interdetto ai Consoli ed al Comune di Senigallia di far desistere certi Nobili di Nocera, Gubbio, Gualdo, Cagli ed i loro fautori, dall’infierire contro l’eremo di Fonte Avellana e di costringerli a restituire le cose rubate e a riparare i danni causati (Vol. 3, anno 1207, doc. 392). Siccome il vescovo di Gubbio ed altri vescovi hanno oppresso l’eremo con gravami amministrativi e lo hanno afflitto con ingiurie e danni, Papa Bonifacio VIII concede all’Avellana “l’exemptionis privilegium”. Nessun vescovo potrà imporre alcuna costrizione all’interno dei possessi e delle chiese dell’Avellana. I contravventori saranno scomunicati. L’Avellana dovrà pagare al Pontefice annualmente 3 libbre di monete nella festa degli Apostoli Pietro e Paolo (Vol. 7, anno 1301, 23 dicembre, doc. 1496).

incendi”<sup>11</sup> ai castelli di Leccia,<sup>12</sup> nella diocesi di Nocera, di Montesecco<sup>13</sup> nella diocesi di Cagli, di Isola,<sup>14</sup> Campietro,<sup>15</sup> Capitale<sup>16</sup> e Villa Sorte<sup>17</sup> nella diocesi stessa di Gubbio. Tutti questi castelli, posti in tre differenti diocesi, rientrano tutti nel territorio del comune di Gubbio. La lite viene sollevata nel 1265 per danni arrecati negli anni precedenti. Siamo nel periodo di poco successivo ad avvenimenti importanti, quali la morte di Federico II (1250), la sesta Crociata (1248-1252), la prima fase del movimento francescano, l’attività di S. Tommaso d’Aquino e la nascita di Dante Alighieri.<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> Vol. 6, anno 1265, 13 maggio, doc. 819.

<sup>12</sup> La Leccia è una frazione del comune di Serra S. Abbondio sulla riva destra del Cesano e, tra questi castelli, la più vicina a Isola Fossara che però in quell’anno doveva essere ancora diocesi di Gubbio. Questo castello era ancora formalmente proprietà di Sitria, anche se già amministrato dall’Avellana, e solo nel 1276 verrà ceduto in permuta (vedi doc. 1061 vol. 6)

<sup>13</sup> Montesecco è nel comune di Pergola. Tra Pergola e S. Lorenzo in Campo.

<sup>14</sup> Questo castello, dal riscontro con i documenti successivi, deve essere individuato non in Isola Fossara ma in Isola dei figli di Manfredi, territorio del comune di Gubbio e diocesi di Gubbio ove era già fiorente una grossa comunità di monaci, soggetta direttamente all’Avellana, con molte proprietà terriere. Il 21 Dicembre 1267 infatti (Vol. 6, doc. 852) il sindaco dell’Avellana dichiarerà di ricevere dal comune di Gubbio una quota per gli uomini di “Insula filioium Manfredi” in esecuzione del lodo del cardinale Uberto.

<sup>15</sup> Per la delimitazione di Campietro vedi vol. 3, anno 1194, doc. 344 bis. Brancaleone di Serralta cede all’Avellana tutti gli usi e diritti che finora aveva avuto su uomini e beni dell’Avellana e gli dona, per l’anima propria e dei suoi parenti, una parte del castello e della corte di Campietro, compresi uomini e pertinenze, che vanno “A Fossa Solfanarie salientem in Montem Acutum e pervenendo per montem Acutum usque ad montem Catrie et mergente de monte Catrie per Cessanum qui vadit prope Lecciam et a castellare de Petrosa qui vadit ad pedem Sassi de Monte Veclo revertente usque ad primum latus”. Era posto sopra la frazione di Piccione di Serra S. Abbondio.

<sup>16</sup> Capitale è vicino a Frontone. È un castello con la sua corte e le sue dipendenze (Vol. 1, anno 1139, 24 maggio, doc. n. 190).

<sup>17</sup> Il toponimo è identificabile con Sorchio: trattasi di località nei pressi della frazione odierna di Petrarà vicino a Frontone.

<sup>18</sup> La permanenza di Dante Alighieri all’Avellana è riportata negli Annali Camaldolesi (tomo V Libro 48) ma come notizia derivata da storici precedenti. Nel 1318 risulta provato che Dante è stato ospite di Bosone a Gubbio e potrebbe essere questo il periodo della sua permanenza temporanea a Fonte Avellana. Secondo altri sembrerebbe venuto all’Avellana provenendo da Ravenna. Ancora oggi viene

L'Avellana aveva portato la questione alla Curia romana e quindi era iniziata una vera e propria lite giudiziaria ma, al fine di evitare gli imprevisti del giudizio e le relative spese, le parti preferirono dirimere la questione pacificamente scegliendo la via del compromesso.

A tal fine Ranaldo, monaco dell'Avellana, in rappresentanza del Priore e Ferro di Carsedonio eugubino, in rappresentanza del Podestà di Gubbio, con le rispettive deleghe,<sup>19</sup> si presentano dall'Uditore che è il cardinale diacono Uberto<sup>20</sup> del titolo di S. Eustachio, nella sua casa a Perugia.<sup>21</sup>

La pena prevista per il mancato rispetto del "Laudum" che rilascerà il cardinale, sarà di 1000 marche d'argento delle quali la metà andrà alla Camera Apostolica e la metà alla parte riconosciuta danneggiata. Di tutto ciò venne stilato un atto notarile dal notaio Paris di Spoleto.

Il 10 Novembre 1265<sup>22</sup>, sempre nella casa perugina del cardinale, avviene la definizione del Lodo. Il cardinale Uberto era già stato nominato Uditore da Papa Urbano IV che però era morto il 2 Ottobre 1264<sup>23</sup>. L'Avellana aveva già in precedenza richiesto il risarcimento dei danni e la riparazione delle distruzioni effettuate, ma il comune di Gubbio accusava l'Avellana di calunnia.

Vennero allora fatti giuramenti, vennero eseguite richieste e risposte, vennero interrogati testimoni, vennero interrogate le parti in causa ed a

---

mostrata ai visitatori la camera, all'interno del monastero, ove avrebbe soggiornato. Una disamina molto accurata della questione è stata esposta da Ettore Baldetti nella introduzione al settimo volume delle Carte dell'Avellana (pag. XVI – XX) che fa propendere per una reale presenza. L'Alighieri non è stato tenero con l'Avellana quando afferma: "Render soleva quel chiostro a questi celi fertilemente ed ora è fatto vano sicchè convien che si riveli, in quel loco fui io Pietro Damiano" (Canto 21 Paradiso).

<sup>19</sup> Le deleghe ufficiali consistevano in un atto notarile che riportava le decisioni del capitolo dell'Avellana con il quale il capitolo del monastero conferiva l'incarico ufficiale di Sindaco o procuratore ad un monaco per ogni lite o semplice controversia, o conciliazione. Analogo atto formale era richiesto anche al rappresentate della controparte.

<sup>20</sup> Uberto Coconati è cardinale diacono di S. Eustachio dal 1261 alla sua morte avvenuta il 13.7.1276.

<sup>21</sup> Vol. 6, anno 1265, doc. 819.

<sup>22</sup> Vol. 6, anno 1265, doc. 821

<sup>23</sup> Urbano IV è morto il 2.10.1264. Clemente IV è stato eletto a Viterbo il 5.2.1265 e morto il 29.11.1268. Il suo successore Gregorio X verrà eletto a Viterbo dopo quasi tre anni il 1.9.1271 e morirà il 10.1.1276

questo punto fu scelta la via della pace ossia la remissione delle parti alle decisioni del cardinale Uberto.

Tutto ciò evidenzia che i danni subiti dall'Avellana non erano recentissimi ma certamente rilevanti se si era stabilito di impiantare una vera e propria lite giudiziaria presso la massima autorità: la curia romana. Su mandato del nuovo papa Clemente IV ed alla presenza del monaco avellanita Ranaldo e dell'eugubino Ferro di Carsedonio, il cardinale Uberto formula il suo "Lodo" che stabilisce quanto segue:

1 Abbandono dei castelli e restituzione all'Avellana di tutti i feudi indebitamente acquisiti, entro la festa di S. Lucia: quindi entro poco più di un mese!

2 Riconsegna della metà dei beni immobili e versamento di 8 ravenati per ogni persona o famiglia della Leccia, Campietro, Capitale, e Villa Sorte. La popolazione di Isola dovrà pagare cumulativamente 200 libbre.<sup>24</sup>

3 Le persone già affrancate sono esonerate dal pagamento.

4 Il comune di Gubbio entro il giorno dell'Epifania dovrà restituire la metà dei possessi acquistati o locati: per l'altra metà l'Avellana potrà acquistarli allo stesso prezzo o affittarli.

5 Ogni transazione dovrà essere ratificata dalla curia eugubina.

6 Per il castello di "Scili" (Montesecco) ogni abitante o famiglia dovrà pagare 10 libbre per i beni mobili ed il comune di Gubbio dovrà pagare all'Avellana, entro la festa di S. Lucia o della Purificazione della B. Vergine, ben 1650 libbre per la distruzione del castello.<sup>(25)</sup>

---

<sup>24</sup> Questo particolare farebbe pensare che, non essendo possibile stabilire le responsabilità dei singoli, viene tassata tutta la comunità con una somma complessiva commisurata ai danni arrecati ai beni dell'Avellana nel suo territorio di Isola dei figli di Manfredi (vedi nota precedente). È altrettanto evidente l'esistenza di una "discreta" comunità, al servizio del monastero e/o eremo, forse ai piedi della collina ove oggi sono ancora visibili i resti dell'abbazia. Quella comunità che poi si trasferirà o, molto più probabilmente, si era già trasferita a Costacciaro, fondato dal comune di Gubbio 5 anni prima.

<sup>25</sup> Nel Vol. 3, pag. 383 (anni 1234 – 1236) risulta l'elenco degli eugubini che parteciparono alla distruzione del castello di Montesecco presso Pergola: sono citati i nomi di circa 130 eugubini ma non erano i soli: "et alii eugubini quorum non est numerus, qui destruxerunt murum et domos et alias res". Anche in questo caso però, oltre i danni materiali, non si cita la perdita di nessuna vita umana, quasi che gli abitanti del castello non ci fossero o assistessero passivamente alla distruzione

7 L'Avellana potrà ricostruire il castello lì o altrove per il ricovero degli abitanti.

8 Tutti gli abitanti dei castelli, tramite il pagamento delle cifre sopra esposte, potranno emanciparsi da ogni vincolo di servitù, vassallaggio ecc. che li legava al Priore ed all'eremo e diventare liberi, poter esercitare e fare qualsiasi atto legittimo come possono fare gli uomini liberi ed i cittadini romani.<sup>26</sup>

9 Questo però non vale per Morico, Alebrando, Severo Diotalvi e fratelli, figli di Anselmo Dalmale nei confronti dei quali l'Avellana potrà agire liberamente.

10 Il comune di Gubbio infine dovrà garantire la pacifica convivenza ed il rispetto delle norme.

Pochi mesi dopo questo accordo, nel 1266, S. Albertino<sup>27</sup> convoca il capitolo all'Avellana<sup>28</sup> e nomina il monaco converso "Clarius" quale sindaco e procuratore con le funzioni di affrancare tutti gli uomini soggetti all'eremo che prima abitavano alla Leccia, Campietro, Capitale e Villa

---

dei beni dell'Avellana e dei loro. È stato comunque un atto di guerra vero e proprio che, però, è costato molto caro al comune di Gubbio: le 1650 libbre di risarcimento erano una grossa somma. Anche in questo caso i danni subiti venti anni prima vengono dichiarati risarcibili nel 1265

<sup>26</sup> Questo punto del lodo è senz'altro il punto cruciale. L'anelito di libertà e di emancipazione dai vincoli di vassallaggio non aveva prezzo e l'Avellana, anche se forse "obtorto collo", lo asseconda. Non per altro S. Albertino è stato sempre riconosciuto come il paladino delle libertà personali ed il pacificatore nelle varie dispute.

<sup>27</sup> Sant'Albertino era stato nominato Priore nel 1265 e lo sarà fino alla sua morte nell'Aprile del 1294. Era nato a Montone nell'Umbria. Alto di statura, in relazione ai suoi tempi, la sua attività esterna al monastero risulta volta specialmente alla ricerca della concordia ed alla concessione della libertà ai dipendenti dell'eremo, nel rispetto delle norme stabilite. Il suo corpo è custodito nella chiesa dell'Avellana che è stata sempre meta di pellegrinaggi da parte di tutto il vicinato, ma, ancora oggi, in modo particolare, da parte degli abitanti di Isola Fossara. Sono stati moltissimi, almeno fino alla prima metà del 1900, gli isolani che, in suo onore, hanno avuto il suo nome.

<sup>28</sup> Vol. 6, anno 1266, 11 giugno, doc. 831. Nell'elenco dei castelli non figura Isola: segno ancora una volta evidente, a mio avviso, che si trattava di Isola dei figli di Manfredi che già si erano rifugiati a Costacciaro (vedi Vol. 6, anno 1276, doc. 1061).

Sorte, in qualunque luogo ora risiedano. Tale affrancamento dovrà avvenire però secondo la forma dell'arbitrato del cardinale Uberto e cioè con la restituzione di una parte dei possessi ed una dazione di denaro affinché tutti, uomini e donne, siano liberi, esenti da ogni vincolo di servitù, come i cittadini romani.

Seguono diversi atti notarili da parte di singoli o famiglie, di cessione di terreni, per ottenere la libertà<sup>29</sup>.

Nel 1267 l'Avellana nomina un altro sindaco, il monaco Forte, per la riscossione di 200 libbre che il comune di Gubbio doveva versare per gli uomini di Costacciaro, come previsto dal lodo del card. Uberto.<sup>30</sup>

Per quanto concerne i pagamenti dovuti dai singoli uomini all'Avellana, nei casi in cui non vennero effettuati, l'Avellana denunciò i debitori al comune di Gubbio che li costrinse al pagamento mediante l'esproprio di terre<sup>31</sup>.

## **2. Controversia tra Serra S. Abbondio ed i castelli confinanti**

Le controversie non finiscono mai: il 23 Giugno 1278<sup>32</sup> Robbolo di Martino, sindaco dell'università degli uomini di Serra S. Abbondio e frate Pulcino, converso dell'Avellana, devono far intervenire il Priore Sant'Albertino, come arbitro e comune amico, per risolvere la questione dei confini tra i castelli di Leccia, Campietro, Capitale, Spicchi (Spicclii)<sup>33</sup> e Villa Sorte.

Due giorni dopo<sup>34</sup> c'è pertanto una nuova riunione nella sala del Capitolo dell'Avellana alla presenza di Robbolo di Martino e di 12 uomini nominati dall'Università di Serra S. Abbondio, di frate Pulcino e del Vicario del Podestà di Gubbio.

S. Albertino ordina al notaio di leggere il dispositivo e successivamente lo stesso notaio chiede ai presenti se i suddetti confini fossero ben ordinati,

---

<sup>29</sup> Vol. 6, docc. 833, 835, 836, 838, ecc.

<sup>30</sup> Vol. 6, doc. 845. Il monaco Forte successivamente attesterà di aver ricevuto da Gubbio il dovuto per gli uomini di Montesecco (doc. 850) e per gli uomini di Isola dei figli di Manfredi (doc.852)

<sup>31</sup> Vol. 6, anno 1269, doc. 883, 884, 885.

<sup>32</sup> Vol. 6, anno 1278, 23 giugno, doc. 1092.

<sup>33</sup> È posto tra Sorchio (Villa Sorte) presso l'attuale Petrarà e la curia di Capitale vicino a Frontone (vedi doc. 1093 nella descrizione dei confini).

<sup>34</sup> Vol. 6, anno 1278, 25 giugno, doc. 1093.

sortiti, stabiliti e ben dichiarati. Ottiene una risposta unanimemente affermativa. I due sindaci quindi dichiarano di accettare i nuovi confini e di rispettarli per il futuro.

Ma quanto durò questa pace? Il 5 Settembre 1280<sup>35</sup> è il giudice di Gubbio Fallacasa, che è anche sindaco e procuratore dei comuni di Pergola, Cantiano, Serra S. Abbondio e Costacciaro, a riaccendere le polveri.

Il giudice, in una causa d'appello contro una sentenza del Rettore del ducato di Spoleto, della quale le carte non parlano, sostiene che il comune di Gubbio fece costruire a sue spese i castelli di Pergola 45 anni fa (cioè nel 1235) e 20 anni orsono (cioè nel 1260) i castelli di Serra S. Abbondio e Costacciaro. Uomini e famiglie, dipendenti dall'Avellana, vi andarono ad abitare diventando così abitanti del comune di Gubbio. Da Monte Siclo (Montesecco) andarono a Pergola. Dalla Leccia, Campietro, Capitale e Villa Sorte andarono a Serra S. Abbondio. Da Isola dei figli di Manfredi andarono a Costacciaro.

Dall'analisi degli atti, per quanto possibile, sembra deducibile l'ipotesi che i comuni fossero interessati più all'acquisizione degli uomini che a quella dei beni dell'Avellana. In tutti gli atti che riportano i danni subiti, non viene mai menzionata la perdita di una vita umana. Anzi, nella lite più lunga e dispendiosa per l'Avellana,<sup>36</sup> viene ribadito dal comune di Arcevia, che la distruzione del castello di Loreto, avvenne con il consenso dei suoi abitanti.

### 3. Controversia e conciliazione tra l'Avellana e Sitria

Nell'atto del 10 luglio 1276<sup>37</sup> la disputa tra l'Avellana e Sitria<sup>38</sup> riguarda nel merito i confini tra le rispettive proprietà poste tra i due monasteri: per-

---

<sup>35</sup> Vol. 6, anno 1278, 5 settembre, carte estranee 13. Anche questo atto conferma palesemente che la vertenza tra Gubbio e l'Avellana non riguardava Isola Fossara ma L'Isola dei figli di Manfredi.

<sup>36</sup> Vol. 6, anno 1270, 28 aprile, doc. 889: nomina del Sindaco Salimbene nella causa contro Arcevia.

<sup>37</sup> Vol. 6, anno 1276, doc. 1064. L'atto viene stilato a Gualdo Tadino nella casa del vescovo di Nocera alla presenza delle massime autorità dei due monasteri: S. Albertino Priore dell'Avellana e Trasmondo Abate di Sitria. Il Notaio è Marco Girardi di Spello. In questo atto compare per la prima volta, nelle carte dell'Avellana, Isola Fossara.

<sup>38</sup> Il monastero di Sitria sorge a circa tre Km. da Isola Fossara ed ad altrettanti da Fonte Avellana. È stato fondato da S. Romualdo intorno al 1014 che vi abitò per circa 7 anni fino al 1020/21.

tanto la questione coinvolgeva il monte Catria ed il fondovalle sottostante all'eremo stesso dell'Avellana, denominato Calecchie, lungo il fiume Cesano, fino al castello della Leccia.

Il fatto stesso che potessero sorgere delle dispute per confini tra le proprietà di due centri religiosi fondati dallo stesso fondatore, S. Romualdo,<sup>39</sup> e sotto la stessa regola di S. Benedetto, riconferma ancora una volta la piena autonomia ed indipendenza che esisteva tra i due monasteri proprio nel periodo della loro maggiore floridezza. Anche dal punto di vista delle regole interne esisteva qualche differenza: a Sitria il massimo responsabile era l'Abate, all'Avellana era il Priore.

Per risolvere la questione non si ricorre alla Curia romana ma viene scelto, di comune accordo, come arbitro, il vescovo di Nocera Filippo.

Il primo punto fermo stabilito dal vescovo Filippo è che il monte Catria deve essere dell'Avellana nella parte e nel lato ove è posto l'eremo dell'Avellana e di Sitria nel lato del monastero di Sitria, così determinato come risulta dai confini già fatti mettere dallo stesso vescovo in linea retta fino alle balze del Catria.

Tali confini inoltre, murati con buona calcina e con pietre, dovranno essere pagati da ambo le parti e potranno essere restaurati da una parte solo dopo aver consultato l'altra.

Il vescovo si riserva altro tempo per delimitare in modo analogo la zona di Calecchie parimenti contesa: nel frattempo invita le parti a rispettare le delimitazioni sancite dalla consuetudine.

Per quanto concerne i danni subiti nella zona in passato: pagliai abbattuti, cerqueti rovinati, l'area di rispettiva competenza dovrà essere pacificamente ripartita dalla linea del fiume Cesano fino ai monti.

Non potrà invece essere privata ma dovrà restare via pubblica, la strada che da Bosco Rotondo ("Fageto rotundo") va al Passo di Catria ("Fubia Catrie") e quindi a Valdorbìa ("Vallem Urbiam").<sup>40</sup> Questa strada dovrà

---

<sup>39</sup> La questione della fondazione dell'Avellana è incerta. Secondo alcuni sarebbe stata fondata dal Beato Landolfo, nobile eugubino, ritiratosi ivi come eremita, intorno al 977, secondo altri dallo stesso S. Romualdo negli stessi anni.

<sup>40</sup> Il toponimo Bosco Rotondo esiste tutt'oggi ed indica un faggeto rotondeggiante circondato dal prato quasi alla sommità del monte Catria. Il Passo di Catria è posto sopra Isola Fossara ove terminano le balze prospicienti il paese. Valdorbìa è un piccolo borgo tra Isola e Scheggia.

misurare 4 passi di larghezza<sup>41</sup> (“ad iustam mensuram”) e dovrà essere terminata nell’arco di 15 giorni.

In questo documento del 1276 viene detto chiaramente che *l’area montana sul fiume Sentino*, nella contrada di Isola, *che si diceva appartenere all’Avellana*, può essere riattata fino alla vigna di Randolo ed agli eredi di Suppolo Benincasa<sup>42</sup>. Nel 1276 quindi esisteva la “contrada di Isola” e cioè un centro abitato e territorio limitrofo, ma non si sa con quante persone o famiglie, e da quanto tempo abitato!<sup>43</sup> La lite tra i due centri monastici non è incentrata sulla contrada ma sui terreni della contrada così come risultavano nel 1276.

L’Avellana, anche se di poco, è sorta prima di Sitria e già negli anni tra il 999 ed il 1003 ottiene un privilegio da papa Silvestro II<sup>44</sup>. È pertanto già riconosciuta formalmente come Ente religioso. S. Romualdo giunge a Sitria intorno al 1014 e da quel momento inizia la storia del monastero sitriense. È perciò plausibile che nel corso dei primi anni del primo secolo del millennio *l’area montana sul fiume Sentino*, nella contrada di Isola, fosse sotto l’Avellana: ma 276 anni dopo, entrambi i due centri monastici erano nel pieno splendore della loro espansione territoriale e *quell’area*

---

<sup>41</sup> Secondo le misure romane, il Piede era uguale a cm. 29,64, il Passo semplice era uguale a m. 0,741 ed il Passo normale era uguale a m. 1,48 (= a 5 piedi). Fatte le dovute valutazioni, quella strada, considerando il passo semplice, risulterebbe larga m. 2,96. Risulterebbe pertanto una strada di grande transito anche per carretti, tregge ecc. L’annotazione che la strada dovrà essere terminata entro 15 giorni, fa supporre che, praticamente, doveva essere già quasi completata. Non è pensabile che una strada di montagna, qualunque sia la sua grandezza e lunghezza, possa essere realizzata in 15 giorni, specie con i mezzi di allora.

<sup>42</sup> Suppolo Benincasa risulta ancora presente in un contratto per concessione in enfiteusi di un terreno posto in Valeruga nel territorio di Gubbio. L’atto è stilato a Gubbio. Carte di F.A., Vol. 6, anno 1295, doc. 1295. Di Randolus non si hanno altre notizie.

<sup>43</sup> Secondo una tradizione orale riferita nel 1500 dal monaco di Sitria Pilanga, Isola Fossara sarebbe stata donata a Sitria da un signore di Oppago che si fece monaco a Sitria. Il toponimo di Oppago non è stato trovato, ma vicino a Paravento, nei pressi di Frontone, esisteva nel 1278 ( docc. 1081 e 1097) il toponimo “mons Oppli” e la “vallis Oppli”. Oppago potrebbe derivare da questo nome come “Oppli Pagus”, villaggio del monte Oppli.

<sup>44</sup> Carte di Fonte Avellana, Vol. 1, doc. 2.

*montana* nella contrada di Isola doveva essere già da lungo tempo sotto Sitria se è vero che “*si diceva appartenere all’Avellana*”, ma in un passato molto lontano.

l’Avellana comunque, in base all’accordo del 1276, potrà anche riedificare e rendere di nuovo funzionale, il mulino posto nella zona spettante a Sitria, distante circa due Km dal paese, *senza però recare danno al mulino di Sitria*.

Il mulino da risistemare e poi effettivamente risistemato, come si vedrà in seguito, è certamente quello tutt’ora esistente che ha servito per secoli Isola Fossara e dintorni fino alla seconda metà del 1900. Quale sia stato il mulino, allora funzionante di Sitria, non è specificato, né tantomeno è facile individuare dove fosse posto.<sup>45</sup>

Per la risistemazione del mulino, l’Avellana potrà utilizzare le pietre della zona di Sitria e Sitria dovrà mettere a disposizione il legname necessario. Per questa ricostruzione del mulino, Sitria dovrà pagare all’Avellana 8 libbre ravennati entro un mese dalla richiesta dell’Avellana.

*Il mulino sarà di proprietà di Sitria ma lo si dovrà concedere in enfiteusi all’Avellana per 99 anni con un canone annuale di 2 denari di buone monete da pagare nel giorno della festa dell’Assunta del mese di Agosto.*<sup>46</sup>

Si stabilisce inoltre che entrambi gli enti religiosi possano costruire un mulino sulle sponde del Cesano nei propri terreni situati nei pressi del suddetto castello dell’Isola con il diritto reciproco di utilizzare il terreno

---

<sup>45</sup> Forse sul Cesano nella zona della corte della Leccia, ma è solo una ipotesi: o forse sull’Artino, il fiume che viene proprio da Sitria e sfocia a Isola nel Sentino. Ma in quale punto? Oltretutto un mulino sull’Artino richiederebbe un grosso vaso per carenza di acque sufficienti nella stagione estiva. Forse altrove verso il Corno nella zona di Isola? È l’ipotesi più probabile. Esisteva infatti, fino ai primi anni del 1900 un mulino presso Valdorbis ma non si hanno notizie certe sulla sua storia. Quel mulino comunque non doveva essere molto distante dal vecchio da riadattare se esisteva la preoccupazione che il riattamento del vecchio potesse arrecare danno a quello già in funzione.

<sup>46</sup> Anche in questo caso, come nelle enfiteusi concesse dai monasteri ai civili, viene garantita la permanenza della proprietà al legittimo proprietario mediante un canone di affitto del tutto simbolico in questo caso. I due danari da pagare annualmente nel giorno della festa dell’Assunta a Sitria, confrontati con altri contratti di enfiteusi, sono veramente poca cosa per un mulino che senz’altro produceva un reddito non indifferente.

dell'altro per fare la "ligaturam" cioè il canale che porta l'acqua nell'invaso.

Il lodo prevede anche che Sitria possa svolgere attività lavorativa in perpetuo nella località di Stramazza Cavallo vicino al Cesano nella parte spettante all'Avellana.

Viene inoltre ribadito quanto già stabilito in precedenza<sup>47</sup> in merito al castello della Leccia, alla sua corte ed ai suoi uomini che passano sotto L'Avellana. I beni della Leccia erano stati concessi in feudo o in enfiteusi o in altro modo, da Sitria ad un certo Armaleo di Sassone<sup>48</sup> che poi li vendette a Ranaldo Sicardi<sup>49</sup> il quale a sua volta li vendette all'eremo di Fonte Avellana che attualmente li detiene. In cambio l'Avellana dovrà pagare 125 libbre ravennati ed anconetane e cedere un terreno selvoso e non selvoso che arriva dal fiume Cesano fino al faggeto di pian d'Ortica.<sup>50</sup>

Vengono definiti i confini dei rispettivi territori: il primo parte dalle "Clascine" ed in linea retta, tramite i termini posti sulla montagna, arriva alla vetta del Sasso Cavato e discende in linea retta per la Valle di Catria sopra la contrada di Calecchie

La contrada di Calecchie comprende tutto il terreno che va dal Sasso di Catria fino a Calecchie ed al fiume Cesano (eccetto la contrada di Calecchie dal lato di Sitria) e lungo il Cesano fino al Ponte "Malclavelli" che deve essere di Sitria.

In questa parte, c'era stata discordia tra le parti per una particella di terreno che va dal fosso "Petre" in Val Pertice e per linea retta per i luoghi

<sup>47</sup> Vol. 6, doc. 1061 del 1 luglio 1276. Rustico monaco di Sitria in rappresentanza dell'abate Trasmondo, cede in permuta all'Avellana, nella persona di Giovanni priore del monastero di S. Andrea dell'Isola di Manfredi in rappresentanza di Albertino (Sant'Albertino) priore dell'Avellana, tutto il castello della Leccia ed il suo distretto che Sitria "aveva ed ebbe". Il vescovo di Nocera Filippo fa da garante.

<sup>48</sup> Compaiono gli eredi di Armaleo che hanno una proprietà nella curia di Dolio in località Batano: Vol. 6, anno 1281, doc. 1143. Un certo Antico figlio di Armaleo di Serralta compare nelle carte estranee al doc. 14 del Vol. 6 per effettuare un cambio di molte terre.

<sup>49</sup> Risulta proprietario di un terreno nella zona di Paravento (Vol. 6, anno 1265, doc. 1820) nonchè di un altro terreno nella zona di Campietro a Colle Marani (Vol. 6, anno 1266, doc. 834).

<sup>50</sup> Anche questo toponimo è ancora presente. Si tratta del prato sopra il faggeto e le balze di Isola.

ove sono posti i termini e come sono disegnati dal fiume Cesano , fino alla cima del vecchio faggeto di Val di Pertice.

#### 4. Il mulino di Isola Fossara

Ventiquattro anni dopo la composizione della vertenza tra l'Avellana e Sitria sui confini delle rispettive proprietà e sulla definizione della proprietà del mulino che è e rimane di Sitria, ma viene concesso in enfiteusi per 99 anni all'Avellana, l'eremo dell'Avellana lo concede in affitto. Proprio il 15 agosto del 1300,<sup>51</sup> festa della Madonna Assunta, titolare della chiesa e monastero di Sitria, il priore dell'Avellana Giacomo, nella sua camera, concede, per un periodo di 10 anni, un "*mulino con la chiusa, il fossato e tutte le altre pertinenze, posto nel comitato di Gubbio, nella villa di Isola, ("in villa Lisolis") sul fiume Sentino*".

La descrizione è inequivocabile: si tratta del mulino tutt'ora esistente e di Isola Fossara.

I beneficiari del contratto sono Alevolo di Emilio "Miliani" insieme a suo figlio Lorenzo e Vita di Ventura di Isola (de Lisole).<sup>52</sup>

L'Avellana promette inoltre di riattare sia la chiusa che il fossato se l'impeto delle acque dovessero distruggerle nel corso dei 10 anni.

Se, a causa di guerre o di guasti alla chiusa o al fossato, non fosse possibile macinare, si stabilisce che il contratto potrà essere allungato per un periodo pari a quello dell'interruzione e sufficiente a ricostruire le parti danneggiate.

Il compenso da corrispondere all'Avellana è stabilito in:

- 1° 10 staia di grano all'anno secondo la misura del comune di Gubbio,
- 2° macinazione gratuita del grano dell'Avellana,
- 3° acquisto delle macine e dei serramenti presenti nel mulino mediante la valutazione del mastro Tommaso "Bondie".

Nel caso di interruzione del lavoro, l'Avellana pagherebbe, temporaneamente, le macine ed i serramenti secondo la valutazione dello stesso mastro o di altro Maestro del mestiere.

---

<sup>51</sup> Vol. 7, anno 1300, doc. 1438 del 15 agosto.

<sup>52</sup> Anche il toponimo con il quale è individuata Isola Fossara è particolare: non è Isola o Isola Fossara, ma Lisole.

I confini del mulino sono il fiume Sentino, i beni di Benedectolus Sorzoni e sua moglie, i beni degli stessi affittuari.

Sono testimoni: Lazzarino di Paganuccio, Filippuccio di Giovanni, e Ranieri di Randolo.

Notaio è Allevuccio Biagetti di Pergola.

Per quanto concerne gli affittuari, di Vita di Ventura di Isola non si hanno altre notizie dalle Carte dell'Avellana mentre per Alevolo di Emilio "Miliani" si sa che non è di Isola ma di Villa Rusoli<sup>53</sup> e compare nelle carte anche nel 1314 quando fa testamento nella sua casa a Villa Rusoli e dispone due lasciti "pro anima sua"<sup>54</sup>

– 5 solidos ravennati ed anconetani al "Monasterium S. Benedicti de villa Insoli";

– 5 solidos al monastero di Sitria e 20 al monastero di S. Croce dell'Avellana presso il quale sceglie di essere sepolto.

Ad altri due figli, Pietro e Marzio assegna una terra situata in Villa Insoli ed una casa posta sempre a Isola oltre ad altre terre.<sup>55</sup>

Dall'analisi di questi dati risultano, all'inizio del 1300, ad Isola queste famiglie:

<sup>53</sup> Villa Rusoli o Rusioli è nel distretto di Senigallia (Vol. 7, anno 1310, 30 maggio, doc. 1692) dove viene detto "Rusoli sive S. Franciscus" nel Comitato di Senigallia (Vol. 7, anno 1295, doc. 1367). Vedi anche Appendice doc. 15, tra i beni di Senigallia.

<sup>54</sup> Vol. 7, anno 1314, 20 gennaio, doc. 1761. Lascia inoltre 12 denari a donna Sabatina per la sua anima, 12 denari alla figlia Luminuzia, 12 al figlio Lorenzo, 12 a donna Maffuzia. A Pietro e Marzio lascia inoltre una vigna in località Casaline, una terra in località Valle, una terra nella Villa di Isola in località detta Laisola. Se questi due figli dovessero morire in età infantile e senza prole, gli altri eredi diretti daranno esecuzione al testamento.

<sup>55</sup> Il primo pezzo di terra confina con gli eredi di Benedettolo. Una terra con vigna posta in località "Casaline" confina sempre con gli stessi eredi di Benedettolo e la strada pubblica.

Il terreno in località Valle è meglio identificabile perché ha come confine il fossato che porta l'acqua al mulino e gli eredi di Benedettolo. Il campo quindi doveva essere sopra il fossato e prima della strada attuale con la quale non confina: era certamente un piccolo appezzamento. L'altro terreno posto a Isola confina con gli eredi di Corrado, gli eredi di Cennolo e gli eredi di Cangni. La terra e la selva confinano con il Sentino, con Benedettolo, e con Emilio di Bondo "Milianus Bondini":

Alevolo di Emilio di Villa Rusoli, molinaro;  
Lorenzo e Vita di Ventura di Isola, molinari;  
gli eredi di Benedettolo (o Benectolus Sorzoni);  
gli eredi di Cennolo;  
gli eredi di Cangni;  
gli eredi di Corrado.

Poche famiglie quindi accanto ad una torre cadente che poi verrà restaurata dal Comune di Gubbio alla fine del secolo, nel 1385, per proteggere la “strada del sale” e cioè la via più diretta che portava da Gubbio al mare<sup>56</sup>.

Anche il monaco di Sitria Gherardo Pilanga, parlando di Isola nel 1500, al tempo della venuta dei Conti Odasi, afferma che nel paese c’era una unica torre ed alcune case adiacenti, abitate da 5 o 6 famiglie di coloni che lavoravano lì per i proprietari, che erano i monaci di Sitria.<sup>57</sup>

Il testamento di Alevolo Miliani è il primo ed unico documento del 1300 che attesta un lascito da parte di privati alla chiesa di S. Benedetto di Isola Fossara.<sup>58</sup> Il documento anzi parla di Monastero e non di Chiesa “M(onasterium) S. Benedicti de villa Insoli”. Ma è difficile immaginare un monastero senza chiesa. Del monastero comunque se ne sono perse subito le tracce storiche mentre la chiesa<sup>59</sup>, oggi ridotta ad un rudere, ha servito il villaggio di Isola e dintorni per molti secoli fino alla fine del 1800.

Questo testamento conferma che S. Benedetto ed Isola erano di Sitria e non dell’Avellana. Alevolo Miliani di villa Rusoli, ma che ha lavorato a Isola come molinaro, per primo pensa alla chiesa o monastero di S. Benedetto, poi a Sitria e quindi all’Avellana che gli aveva concesso l’affitto del mulino e che lui sceglie come sepoltura.

---

<sup>56</sup> Vedi F. SEBASTIANELLI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>57</sup> Vedi F. SEBASTIANELLI, *op. cit.*, p. 78.

<sup>58</sup> Per la storia del paese e della chiesa di S. Benedetto vedi F. SEBASTIANELLI, *Isola Fossara*, Tipografia 75, Serra dei Conti 2006, p. 47.

<sup>59</sup> La chiesa di S. Benedetto nella forma e struttura che è giunta fino a noi, è stata consacrata dal vescovo di Nocera Borgia nel 1720 la V domenica dopo Pentecoste, ma dopo un sostanzioso allargamento della stessa. La chiesa originale era ad una sola navata. Nella visita pastorale del 1573 il vescovo di Nocera afferma che S. Benedetto è stata fatta da “abili uomini per loro comodità” ed in S. Benedetto vi si celebra la messa da parte dei monaci di Sitria per comodità degli Isolani: La chiesa, aggiunge, non possiede nulla. Solo nel 1580 Isola diventa parrocchia ed a S. Benedetto quindi viene portato da Sitria il Fonte Battesimale e da Gubbio arriva il primo parroco (cfr. F. SEBASTIANELLI, *Isola Fossara cit.*, p. 48).

## 5. Lite con il comune di Arcevia: la badia di S. Emiliano

Nel territorio di Isola Fossara, oltre la Badia di S. Emiliano, in direzione dell'Avellana, un altro monastero benedettino<sup>60</sup>, S. Emiliano in Congiuntoli, di proporzioni più grandi, in direzione opposta verso Sassoferrato, è posto alla confluenza del fiume Sentino con il Rio Freddo che scende dal monte Cucco, a poco più di tre Km. da Isola. È l'ultimo lembo di terra umbra incuneata nel territorio marchigiano. Compare appena nelle carte dell'Avellana, ma in una occasione che vale la pena ricordare.

Si tratta della lite forse più complessa e dispendiosa riportata dalle Carte, iniziata nel 1270 e relativa a fatti molto più indietro nel tempo. È la lite tra l'eremo di Fonte Avellana e Rocca Contrada (Arcevia) in merito al possesso del castello di Loreto<sup>61</sup> posto nel territorio di Arcevia.

La tesi sostenuta dall'Avellana è che questo castello appartiene "pro indiviso" per metà all'Avellana e per metà al Vescovo di Fossombrone fin dai primissimi anni del 1200. Intorno al 1245 gli uomini di Arcevia hanno distrutto il castello portando un attacco con uomini del Comune, con le insegne del Comune, al suono della campana del Comune. Gli uomini del castello erano stati costretti a trasferirsi ad Arcevia ed impediti di ritornare nel castello ed all'Avellana era stato impedito di esigere i suoi diritti.

Arcevia invece sostiene che il Comune amministra e possiede il castello e le sue pertinenze pacificamente ormai da circa 42 anni come è a tutti noto nella zona. Sostiene inoltre che la distruzione del castello è stata effettuata da Guido di Sassellera e suoi fratelli, *con la volontà ed il consenso degli stessi abitanti di Loreto*. Gli abitanti oggi abitano liberamente nel territorio di Loreto e da tempo prestano servizio nei collegi e università del comune di Arcevia.<sup>62</sup>

Comunque, per precauzione, il comune di Arcevia, in una data non precisata tra il 1270 ed il 1273, aveva convocato il consiglio speciale per la nomina dei "Fidejussores", con l'incarico di risarcire i danni richiesti dall'Avellana a seguito della distruzione del castello di Loreto ed il divieto agli stessi uomini di tornarci ad abitare. Il danno richiesto dall'Avellana era

<sup>60</sup> Per la Badia di S. Emiliano vedi F. SEBASTIANELLI, *Isola Fossara* cit. *Le visite pastorali*.

<sup>61</sup> Trattasi del piccolo centro oggi denominato Lorettello di Arcevia.

<sup>62</sup> Vol. 6, anno 1271, febbraio/marzo, doc. 914.

di 1000 marche d'argento. Viene anche stabilito, in quel consiglio, che gli abitanti espulsi dal castello possono vivere liberamente in Arcevia corrispondendo all'Avellana la metà di tutti i beni che aveva. Segue la lista degli abitanti che sono oltre trenta.<sup>63</sup>

Tutta la vicenda giudiziale si svolge durante il priorato di S. Albertino che nomina come Sindaco, per la trattazione della causa, il monaco Salimbene.<sup>64</sup> Siamo nel periodo più lungo di Sede vacante con il papato a Viterbo. Il papa francese Clemente IV era morto a Viterbo il 28 Novembre 1268 ed il suo successore il Beato Gregorio X (Teobaldo Visconti) verrà eletto solo il 1 Settembre 1271. La vicenda giudiziaria inizia a Viterbo nel 1270<sup>65</sup> per concludersi ad Arcevia il 25 Marzo 1273<sup>66</sup>.

La stragrande maggioranza delle Carte dell'Avellana che vanno dal n° 890 al n° 983, riguardano questa vertenza. Il numero delle sedute, dei rinvii, la diversità delle sedi (Viterbo, Fabriano, Roma, Orvieto, Sassoferrato, Pergola ecc.), il numero dei testimoni citati (30 l'Avellana, 24 Arcevia), farebbero invidia a qualche processo dei nostri tempi.

Il sindaco dell'Avellana, Salimbene, in prima istanza richiede:

- 1 Il risarcimento dei danni valutati in 100 marchi d'argento.
- 2 Il permesso per gli uomini di tornare nel loro castello
- 3 Il rispetto dei diritti dell'eremo dell'Avellana
- 4 Una somma per le spese subite, gli interessi, e per le "ingiurie con danni".<sup>67</sup>

Arcevia si difende sostenendo:

- 1 La genericità delle accuse
- 2 La grande distanza di tempo trascorso tra la presentazione del ricorso ed i fatti accaduti che darebbero adito alla prescrizione.

---

<sup>63</sup> Vol. 7, Appendice n. 11, anni 1270 – 1273.

<sup>64</sup> Vol. 6, anno 1270, 28 aprile, doc. 889. Tale nomina verrà poi contestata dal Sindaco di Arcevia perché ritenuta irregolare. Erano presenti effettivamente solo 11 monaci oltre il Priore S. Albertino.

<sup>65</sup> Vol. 6, anno 1270, 28 maggio, doc. 891. Già il 1 agosto 1269, doc. 877, il vescovo di Fossombrone aveva rivolto un appello all'Avellana a non vendere o trasferire gli uomini di Loreto a Rocca Contrada perché ciò arrecherebbe grave danno alla chiesa di Fossombrone.

<sup>66</sup> Vol. 6, anno 1273, 24 marzo, doc. 98.

<sup>67</sup> Vol. 6, anno 1270, 28 maggio, doc. 891.

3 Sulla illegalità dell'atto con il quale è stato nominato Sindaco Salimbene, al quale atto non avrebbe partecipato tutto il capitolo dell'Avellana e nemmeno la maggior parte dei componenti.<sup>68</sup>

Dopo moltissime sedute, si arriva ad una prima sentenza, sempre a Viterbo, favorevole all'Avellana,<sup>69</sup> con la quale viene riconosciuta l'interlocutoria con l'eccezione del pagamento dei 1000 marchi d'argento.

Viene subito proposto l'appello da parte di Arcevia e si riparte da Viterbo, si passa per Fabriano, dove vengono invitati 30 testimoni per l'Avellana e 24 per Arcevia, facendo sempre la spola con Viterbo.<sup>70</sup>

Un'accusa del tutto particolare viene rivolta dal sindaco di Arcevia a Salimbene affermando che ad una udienza, Salimbene ha abbandonato l'aula in preda al "calor yracundie!" impedendo così l'audizione dei testi.<sup>71</sup> In questo stesso documento stilato a Viterbo, vengono convocate le parti per il Lunedì 11 Maggio 1271, e l'uditore della causa, conferisce l'incarico del nuovo esame dei testi, all'Abate di S. Emiliano (Miliano) in congiuntoli, dell'ordine di S. Benedetto, nella diocesi di Gubbio.

Il 5 Giugno<sup>72</sup> a Sassoferrato, si presentano al monaco Sante, abate di S. Emiliano, i sindaci dell'Avellana e di Arcevia che gli consegnano la documentazione, in busta sigillata a Viterbo, sulla quale dovranno essere interrogati i testi. L'abate Sante apre la busta e stabilisce il luogo per gli interrogatori che sarà la chiesa di S. Pietro in Sassoferrato.

Le due controparti presentano i rispettivi testi.

Il 20 giugno l'abate di S. Emiliano stabilisce che i due sindaci possono venire a prendere le copie delle testimonianze il primo di luglio. Si presen-

<sup>68</sup> Vol. 6, anno 1270, 29 maggio, doc. 892.

<sup>69</sup> Vol. 6, anno 1270, 19 Settembre, doc. 901. Un certo Guglielmo di Pietro, cappellano del Cardinale Guglielmo del titolo di S. Marco, nominato Uditore in questa causa per mandato di Pietro di Monte Bruno, camerario e notario della Sede Apostolica, conferma l'interlocutoria emessa da Raimondo Argeri cappellano delle Sede Apostolica ed Uditore Generale delle cause della sua camera.

<sup>70</sup> Vol. 6, docc. 910, 913, 914, 916, 917, 918, 919, 920, 921, tutti dell'anno 1271.

<sup>71</sup> Vol. 6, anno 1271, 26 aprile, doc. 923. Anche i monaci potevano perdere la pazienza e si arrabbiavano!

<sup>72</sup> Vol. 6, anno 1271, 5 giugno, doc. 924.

tano in quella data ma le copie non sono ancora pronte. La consegna viene rinviata al 7 poi al 14 poi al 20 di luglio ed infine al 4 di agosto.<sup>73</sup> Nel frattempo l'abate ha inviato gli originali a Viterbo.

La causa procede tra innumerevoli rinvii fino all'elezione del nuovo Pontefice, finchè, finalmente, il 2 agosto 1272<sup>74</sup> viene emessa la sentenza che risulta favorevole al comune di Arcevia.

Per avere un'idea della complessità delle procedure credo sia utile riportare gli atti finali. Il 2 maggio 1272 i rappresentanti delle parti in causa si presentano all'Uditore Gerardo de Costa.

Il 13 maggio Giacomo di Viterbo, "cursor domini pape" viene invitato a sollecitare gli esaminatori della documentazione prodotta dalle parti al fine di presentarne i risultati al più presto.

Dopo altre convocazioni, il 21 maggio, un altro "cursor pape", Amato di Anagni, per conto dell'Uditore e su istanza delle parti, intima agli esaminatori di riconsegnare immediatamente la documentazione sotto la pena della scomunica.

Il 26 maggio si intimano le parti a versare 30 soldi per l'esame della documentazione e per la rubricazione degli atti.

Il 28 di giugno un nuovo "cursor pape" di nome Guadagno, riferisce di aver citato il Sindaco dell'Avellana Salimbene, per ordine dell'Uditore e su richiesta del Sindaco di Arcevia, affinché si possa proseguire nella causa.

Lunedì 4 luglio il sindaco di Arcevia avanza dei sospetti su alcuni allegati nei quali apparivano alcuni nomi ed altre osservazioni ed allora Salimbene, per l'Avellana, presenta il suo sostituto Giovanni di Fermo, il quale martedì 14 luglio, presenta anche lui le sue annotazioni critiche.

Il 2 agosto, dopo il pagamento della tassazione, effettuata da ambo le parti e l'ascolto delle deliberazioni dell'Uditore, il sindaco di Arcevia Dominus Egidius, versa tre libbre di ravennati per entrambe le parti.

A questo punto viene emessa la sentenza che risulta favorevole ad Arcevia: è il 2 Agosto 1272.

---

<sup>73</sup> È singolare che uno di questi rinvii comunicati presso il monastero di S. Emiliano avvenga "in cimiterio monasterii S. Miliani".

<sup>74</sup> Vol. 6, anno 1272, 2 maggio, doc. 952.

Ma la lunga storia non finisce ancora. Il 5 Agosto viene respinto un ricorso dell'Avellana. Viene proposto un nuovo appello<sup>75</sup> ma anche questo viene respinto.

Il 5 Dicembre 1272 vengono quantificate le spese a carico dell'Avellana per il primo processo.

A questa infinita sequenza si pone termine il 25 Marzo 1273<sup>76</sup> nel palazzo del comune di Arcevia con una transazione in base alla quale l'Avellana cede e sottomette gli uomini dipendenti dall'eremo con un indennizzo di 150 libbre ravennati e si impegna a difendere tale acquisizione del Comune di Arcevia sia nei confronti del vescovo di Fossombrone sia nei confronti di qualsiasi altro.

## 6. Liti tra monaci. fine delle autonomie

Nella prima metà del 1300 inizia la crisi sia di Sitria che dell'Avellana. Basti pensare all'elezione del nuovo Abate di Sitria. A seguito della morte dell'abate Matteo, vengono scelti tre scrutatori con il compito di pubblicare i risultati dello scrutinio.<sup>77</sup>

I monaci votanti sono 24. In 16 scelgono il monaco sitriense Ubaldo Meschie e 7 monaci scelgono l'avellanita Ubaldo Rubini: pertanto lo scrutatore Cello Oddoli proclama solennemente il risultato della elezione del Meschie a tutta la comunità.

I monaci minoritari si rivolgono al Rettore "in spiritualibus" del Ducato di Spoleto, competente per territorio nei confronti di Sitria, per verificare la correttezza dell'elezione. Il Rettore, esaminata la procedura, conferma l'elezione.

I sette monaci contrari ed il vescovo di Nocera, pur non presentando appello, continuano ad opporsi, così che il nuovo eletto è costretto a rivolgersi alla curia pontificia.

Clemente V, in risposta alla supplica del Meschie, da Avignone, incarica il cardinale Pietro Colonna ad ascoltare le parti. Udita la relazione, ribadì-

<sup>75</sup> Vol. 8, anno 1272, 6 settembre, doc. 962, atto stipulato ad Orvieto,

<sup>76</sup> Vol. 6, anno 1273, 24 marzo, doc. 983, In questo atto risulta cambiato anche il sindaco dell'Avellana che è il monaco Elia di Spoleto.

<sup>77</sup> Volume 7 anno 1311 9 Marzo doc. 1701 I tre scrutatori sono Cello Oddoli, Bene Scagnoli e Andrea Recoli.

sce l'annullamento della elezione del Rubini e conferma quella di Ubaldo Meschie.

Questo monaco avellanita, Ubaldo Rubini, era, a dir poco, molto intraprendente. Morto all'Avellana il priore Giacomo nel 1320, si presentò candidato per la successione opponendosi alla candidatura di Francesco Bini e rivolgendosi di nuovo alla curia romana. L'improvvisa morte del suo concorrente sembrò facilitargli l'elezione ma la curia pontificia, che già conosceva i suoi precedenti, non accettò quella candidatura e preferì quella di Morico, monaco benedettino di S. Pietro di Perugia, che fu nominato Priore, e fu l'ultimo, il 24 Settembre 1320.<sup>78</sup>

Il 5 Febbraio 1325, infatti, papa Giovanni XXII, da Avignone, eleva Fonte Avellana al titolo di Abbazia

e dispone contemporaneamente di affidarne il governo ad un Abate con la stessa giurisdizione che aveva il Priore tanto sull'abbazia che sulle sue dipendenze.<sup>79</sup>

Con un altro documento dello stesso giorno (doc. 1860), il pontefice comunica all'Avellana che, per una proficua gestione del patrimonio ecclesiastico, ha ordinato la rimozione dell'abate Morico, affidando la gestione ad Ubaldo, monaco benedettino di S. Benedetto di Gubbio, ma non avellanita, ritenendolo più meritevole di tale responsabilità...

Il pontefice stabilisce inoltre che gli abati dovranno ricevere la "benedizione" dalla Sede Apostolica o suo delegato "secundum formulam quam tibi sub bulla nostra mittimus interclusam". Una volta effettuato tale giuramento, dovrà essere trascritto integralmente ed inviato celermente a Roma con lettere di accompagnamento.<sup>80</sup>

È questa la fine della piena autonomia dell'eremo e del monastero ed il preludio alla gestione degli Abati Commendatari, iniziata con Bonifacio IX nel 1392, ed all'unione con i Camaldolesi nel 1569.

---

<sup>78</sup> Volume 7 anno 1320 24 Settembre doc. 1804 "Litterae Apostolicae" di Giovanni XXII

<sup>79</sup> Volume 7 anno 1325 15 Febbraio doc. 1867

<sup>80</sup> Volume 7 anno 1325 1 Luglio documenti 1874 – 1875





