

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

IANUS

Diritto e finanza

N. 1 - 2009

IANUS

Diritto e Finanza

N. 1 - 2009

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 1 - 2009

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche,
di AURELIO GENTILI

La vigilanza sulle Cooperative di credito: problemi aperti in ordine
alla ripartizione delle competenze,
di VITTORIO SANTORO

PALOMAR

Primo trimestre 2009

GIURISPRUDENZA

Nota a Sent. Corte costituzionale, n. 170 del 23 maggio 2008,
di SALVATORE RIZZO

NOVITÀ NORMATIVE

Riflessioni critiche sulle procedure conciliative previste dall'art.
140 bis, comma 6, del codice del consumo,
di CLARA ELENA BRUNO

The Crossing-Over between Credit Institutions and Firms,
di ELISA CECCARELLI

NOVITÀ BIBLIOGRAFICHE

Palermo, Woelk, Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle
minoranze, CEDAM, Padova, 2008,
di MARIA DICOSOLA

Chionna, La pubblicità dei patti parasociali, Giuffrè, Milano, 2008,
di GABRIELLA GIMIGLIANO

Stella, L'*enforcement* nei mercati finanziari, Giuffrè, Milano, 2008, di
CHIARA NAPPINI

MATERIALI

Sent. Corte cost. 23 maggio 2008, n. 170

SAGGI

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

ABUSO DEL DIRITTO, GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA E CATEGORIE CIVILISTICHE

Aurelio Gentili

ABUSO DEL DIRITTO, GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA E CATEGORIE CIVILISTICHE

Aurelio Gentili

*Professore Ordinario di Diritto Privato
nell'Università di Roma³*

Sommaio

1.	Una nuova epifania dell'abuso del diritto.....	2
2.	L'abuso nella giurisprudenza comunitaria in materia tributaria.....	4
3.	L'abuso nella giurisprudenza tributaria della Cassazione.....	6
4.	Una verifica della tenuta logica del <i>trend</i> giurisprudenziale: quale concetto di abuso? abuso di che?.....	9
5.	Il concetto di abuso come strumento argomentativo per la disapplicazione di una disposizione: come ciò imponga la nozione stretta di abuso (perseguimento del solo vantaggio fiscale).....	10
6.	L'abuso di forme giuridiche: come ciò imponga l'identificazione del caso di abuso con il caso di negozio simulato per finalità di frode alla legge.....	17
7.	A che cosa non serviva ed a che cosa può essere servito il ricorso giurisprudenziale al concetto di abuso.....	21

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la Corte di Cassazione, ravvisano, in materia tributaria, nell'abuso del diritto il genere di tutte le operazioni negoziali conformate essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Questa tipologia costituirebbe un tertium genus, accanto agli atti fisiologici (tutti i leciti), ed agli atti patologici (i simulati o fraudolenti).

Il saggio conduce un riesame critico del nuovo impiego dell'abuso del diritto e giunge da un lato a delimitare il concetto di abuso; e dall'altro a dimostrare che esso si sovrappone alle ordinarie impugnative dei negozi per frode o simulazione.

The Court of Justice of the European Communities and the Court of Cassation qualify an abuse of the right all juridical acts essentially conformed to get a fiscal advantage. This typology would constitute a tertium genus, in addition to the physiological ones (all the licit), and to the pathological ones (the simulated or fraudulent).

The essay considers this new employment of the abuse of the right, delimits the concept, and shows that it overlaps to the ordinary objections of fraud or simulation.

1. Una nuova epifania dell'abuso del diritto

Nella storia del pensiero giuridico l'abuso del diritto (1) ha caratteristiche piuttosto incostanti; salvo quella di ritornare ciclicamente (2). Più che un concetto è infatti un argomento, cui ricorre l'interprete, appellandosi volta a volta a dati psicologici (come l'*animus nocendi*) o morali (come l'ingiustizia) o economici (come il pregiudizio al benessere generale), per correggere una teoria, un principio, una norma, un diritto, ed ottenere una soluzione diversa da quella che imporrebbe lo *strictum jus*.

Di questo argomento si è servita da ultimo ampiamente, in materia tributaria, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee. E, nella sua scia, se ne serve ora la nostra Cassazione. Esse vi

(1) ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss, 209 ss, 417 ss.; MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 89 ss.; ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 26 ss.; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 601 ss.; DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1573 ss.; PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Discip. Priv. – Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 5 ss.; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Alpa, GRAZIADEI, GUARNIERI, MATTEI, MONATERI, SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281 ss.; PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2004, 25 e ss.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007 Nel diritto tributario: GREGGI, *Avoidance and abus de droit: the European Approach in Tax Law*, in *Journal of Tax Research*, 2008, 23 ss.; CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007; VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 2002, 1606 ss.; ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, 834 ss.; MOSCHETTI, "Abusiva cooperazione" di norme fiscali di favore ed "anticorpi civilistici" in uno "stato sociale di diritto", *Il Fisco*, 14955 ss. PALUMBO, *L'elusione fiscale e il concetto di abuso del diritto*, in *Rivistaonline. Scuola superiore dell'economia e finanze*, 2008, <http://rivista.ssef.it/site.php>

(2) Come osserva anche PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss., 118; così anche ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, 76. Per una ricostruzione storica sintetica ma efficace GREGGI, *op. cit.*, 27-33.

ravvisano il genere di tutte le operazioni negoziali conformate essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Questa tipologia costituirebbe un *tertium genus*, accanto agli atti fisiologici (tutti i leciti), ed agli atti patologici (i simulati o fraudolenti).

Entrambe cercano nell'abuso la via per assoggettare ad imposizione le attività economiche scavalcando l'ostacolo frapposto dalle forme giuridiche adottate dai privati per le operazioni. Ma in modi che rendono dubbio se l'argomento fondi la decisione o la decisione imponga l'argomento.

Entrambe fanno così ricorso ad un concetto che evoca una lunga genealogia di concetti della cultura giuridica dei paesi di *civil Law*, risalendo fino al diritto medievale. Ma in modi che rendono dubbio se esso sia un loro discendente, o solo un omonimo.

Entrambe, infine, nell'applicarlo, utilizzano largamente tradizionali categorie civilistiche e della teoria generale, allo scopo di poter disapplicare le regole alternative e rendere inefficaci le forme che le richiamano. Ma in modi che rendono dubbio se le categorie invocate abbiano nella specie una reale operatività o solo una funzione retorica.

Queste pagine sono dedicate ad un riesame critico del nuovo impiego argomentativo di questi concetti. Guardano dunque, secondo le inclinazioni e le competenze dell'autore, al metodo più che al merito. Agli occhi di chi scrive, a giustificare questo approccio metodologico basta l'utilità di controllare la razionalità giuridica di un discorso ermeneutico svolto ai più alti livelli giurisprudenziali attraverso un *topos* classico e controverso della tecnica dell'argomentazione.

Ma chi non la ritenesse sufficiente, avrà la soddisfazione di constatare che la verifica dei concetti, e della logica dei discorsi, offre anche utili indicazioni pratiche, direttamente fruibili nella prassi economica e ai fini tributari. Essenzialmente due:

- delimitare il concetto di abuso alla più ristretta delle due accezioni che si contendono il campo nella giurisprudenza tributaria, scartando la più lata;
- dimostrare che esso, checché se ne dica, si sovrappone alle ordinarie impugnative dei negozi per frode o simulazione.

2. L'abuso nella giurisprudenza comunitaria in materia tributaria

All'origine della vicenda in esame sta una svolta della giurisprudenza comunitaria (3), impressa dalla sentenza del 21 febbraio 2006 (c.d. sentenza Halifax) (4). Ma per comprenderne la portata occorre risalire un po' più indietro.

Nel sistema descritto dalla sesta direttiva in materia tributaria (5) l'elusione fiscale attraverso l'abuso di forme giuridiche impiegate surrettiziamente, è ripetutamente prevista, ma con metodo casistico, e quindi con effetti limitati ai casi previsti. Il generale divieto di abuso del diritto comunitario ha però avuto successivamente una consacrazione come principio generale nell'art. 54 della Carta di Nizza (6). Ciò ha favorito un'interpretazione trascendente la casistica. Con la sentenza Halifax, per la prima volta, questo principio operante come tale anche al di fuori dei casi edittali, è stato affermato in materia tributaria: *«la sesta direttiva in materia tributaria deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'iva assolta a monte, al-*

(3) In verità, preparata da crescente attenzione alle attività elusive: cfr. già nel 1997 la sentenza Corte di Giustizia 17 luglio 1997, nel procedimento C-28/95, *Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1999, 139, con nota di R. Michelutti, *L'intervento del Ministero delle finanze olandese sul regime tributario degli scambi di partecipazione: spunti interpretativi per la norma antielusione vigente in Italia*.

(4) Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, nel procedimento C-255/02 *Halifax plc e altri c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2007, 17 ss., con nota di PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di Iva*; nonché in *Rassegna Tributaria*, 2006, 1040 ss., con nota di PICCOLO, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*; in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, fasc. 5, pag. 122, con nota di POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*. Un esame critico e comparativo della sentenza è in GREGGI, *op. cit.*, 40 ss.

(5) Direttiva 77/388/CEE, in *G.U.C.E.* 13 giugno 1977, n. L 145.

(6) *"Divieto dell'abuso del diritto*. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

lorché le operazioni che fondano tale diritto integrino un comportamento abusivo» (7).

L'interesse maggiore della pronunzia sta nell'aver definito il concetto di abuso di diritto. «*Perché possa parlarsi di comportamento abusivo – dice la Corte – le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva, e della legislazione nazionale che le traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni (8). Non solo. Deve altresì risultare, da un insieme di elementi obiettivi, che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale».*

Da queste premesse concettuali la Corte trae una conseguenza pratica fortemente incisiva sul regime tributario. Per essa, «*ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato».*

Questo orientamento, che poteva apparire limitato al caso dell'iva, allora considerato, è stato successivamente confermato dalla Corte ad altri fini impositivi. Quanto all'imposizione diretta come utili degli "interessi" pagati ad una società straniera, la sentenza Lammers (9), conferma anch'essa il principio; e per le imposte indirette sulla raccolta di capitali, analoghi principi si legono nella sentenza Auer (10).

Ma qui con una restrizione; essa infatti, riprendendo l'approccio più restrittivo che già era stato proprio di una senten-

(7) Le parole in corsivo di questa e delle successive citazioni di giurisprudenza riproducono parti del testo, o le massime delle sentenze citate.

(8) Nella motivazione, § 75, la Corte chiarisce, su questo decisivo punto, che «*il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali»*

(9) Sentenza del 17 gennaio 2008, nel procedimento n. 105/2007. Per la verità in questa pronunzia si limita quella riqualificazione a «*quanto sarebbe stato pagato dalla società nazionale in assenza dei particolari legami che sussistono con la società estera beneficiaria del pagamento».*

(10) Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, nel procedimento C-251/06, Firma ING. AUER - Die Bausoftware GmbH c. Finanzamt Freistadt Rohrbach Ur-fahr, in *Osservatorio Comunitario* (a cura di E. Bigi), in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2008, 117 s..

za coeva della sentenza Halifax¹¹, considera abusivi solo i «*comportamenti caratterizzati dalla realizzazione di situazioni create artificialmente con l'unico scopo di ottenere un vantaggio fiscale*».

Resta così fissato il concetto di atto fiscalmente abusivo come quello inteso al vantaggio fiscale. Ma solo se questo ne è l'unico scopo? o anche se ne è scopo non esclusivo?

3. L'abuso nella giurisprudenza tributaria della Cassazione

A questi principi si richiama ora con crescente frequenza la nostra Cassazione. Dalla recente giurisprudenza comunitaria essa ha ricevuto impulso al suo autonomo percorso argomentativo verso l'affermazione dell'abuso di diritto – inteso in modo analogo - come principio generale. Come tale valevole oltre i casi previsti.

E' opportuno premettere che dal 1997 il sistema tributario italiano presenta, sotto il profilo che interessa, un disegno simile al sistema comunitario. L'art. 7 del d. lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, ha infatti introdotto nel d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, un articolo, 37 bis (12), ai sensi del quale: «1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. 2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti ed i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse (...)».

Ma il limite all'abuso come principio generale è nel fatto che anche qui vale un metodo casistico. Come prevede il terzo comma, infatti, «3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma

(11) Questa restrizione (l'unico scopo, e non *tout court* lo scopo di procurare un vantaggio fiscale) era già nella sentenza della Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, nel procedimento C-223/03, University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise (c.d. sentenza Huddersfield), in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2006, 63 ss., con nota di TIRELLI, *L'abuso del diritto*.

(12) In tema VANZ, *op. cit.*, 1616 ss.

2 siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a)....; b)....; c)....».

Già prima della sentenza Halifax, la Corte Suprema italiana aveva «attribuito all'amministrazione finanziaria ampio potere di disconoscere, a fini antielusivi, gli effetti degli atti compiuti dal contribuente al fine di beneficiare di un trattamento più vantaggioso» (13). A tale scopo, l'amministrazione poteva dedurre in giudizio la loro simulazione, o la nullità per "abuso di diritto" consistente nell'abusiva utilizzazione di norme comunitarie a scopi impropri (14).

Ancora con una pronunzia del novembre 2005 (15), la Suprema Corte aveva affermato l'emersione ad opera dell'art. 37 bis cit., di «un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie, e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale". Ne faceva derivare un "difetto di causa che dà luogo alla nullità del contratto, non conseguendo dallo stesso alcun vantaggio economico per una parte ma solo un risparmio fiscale per l'altra».

Pubblicata la sentenza Halifax, la nostra Cassazione ne deduce che «la sesta direttiva aggiunge nell'ordinamento comunitario, direttamente applicabile in quello nazionale, alla tradizionale bipartizione dei comportamenti dei contribuenti in tema di iva, in fisiologici e patologici (propri delle frodi fiscali), una sorta di tertium genus in dipendenza del comportamento abusivo ed elusivo del contribuente, volto a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche che risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma in realtà elusiva» (16).

(13) Cass., sez. trib., 3 settembre 2001, n. 11351, in *Corriere giur.*, 2002, 349, con nota di ESPOSITO, *Qualificazione del contratto a fini fiscali e nullità per violazione di norme tributarie*.

(14) Cass., sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, (c.d. sentenza "dividend washing") in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 43, p.21, con nota di PLACIDO, e in *Corriere trib.*, 2005, 3729 (m), con nota di COMMITTERI-SCIFONI, *Tassabili i proventi derivanti dal "dividend washing"*.

(15) Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Rep. Foro it.*, 2005, Tributi in genere, n. 887.

(16) Cass., sez. trib., 5 maggio 2006, n. 10 353, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2006, 741, con nota di STEVANATO-LUPI.

Con sentenze successive, confermando il principio, la Corte ha aggiunto tre precisazioni.

Anzitutto, che l'accertamento del meccanismo elusivo «*prescinde dall'accertamento della simulazione o del carattere fraudolento dell'operazione*».

Poi, che ad escluderlo non bastano «*ragioni economiche meramente marginali e teoriche, inidonee a fornire una spiegazione alternativa dell'operazione rispetto al mero risparmio fiscale*» (17).

Infine, che «*incombe sul contribuente fornire la prova dell'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico*» (18).

E' utile aggiungere due cose.

Con una sua ordinanza la Cassazione ha interpellato la Corte europea, soprattutto per sapere se a configurare l'abuso sia sufficiente il fine di realizzare un vantaggio fiscale, come affermato nella sentenza Halifax, o sia necessario che l'operazione abbia solo lo scopo di realizzare un vantaggio fiscale, senza altri obiettivi economici (19).

Inoltre, sin dalla sentenza n. 21221/2006, viene ribadito che «*il disconoscimento del diritto alla deduzione per oneri derivanti da meccanismi elusivi (...) prescinde dall'accertamento della simulazione o del carattere fraudolento dell'operazione*».

(17) Per questo punto, ed il precedente, v. Cass., sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21221, in *Rep. Foro it.*, 2006, Redditi (imposte), n. 837.

(18) Cas., sez. trib., 16 gennaio 2008, n. 8772, in *Corriere Trib.*, 2008, 1777 ss.; Cass., sez. trib., 21 aprile 2008, n. 10257, inedita. Queste sentenze oltre ad aggiungere la precisazione sull'onere della prova, confermano il principio e gli altri punti richiamati. Nell'ordinanza Cass., sez. trib., 29 marzo 2007, n. 5503, in *Corriere trib.*, 2007, 1795, con nota di A. Santi, era stato chiesto alla Corte di Giustizia di dire se il diritto comunitario non sia contrario alle presunzioni di frode o evasione che non ammettano prova contraria.

(19) Cass., ordinanza 4 ottobre 2006, n. 21371, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 1047.

4. Una verifica della tenuta logica del *trend* giurisprudenziale: quale concetto di abuso? abuso di che?

La verifica che qui si intende condurre riguarda più da presso la giurisprudenza della Cassazione e, solo nella misura in cui essa la ricalca, la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Come accennato, l'abuso del diritto è un argomento, finalizzato ad operazioni correttive dello stretto diritto. La riflessione critica deve allora muovere dall'operazione correttiva perseguita dalle corti servendosene. Per maggior chiarezza, si può dividerla per punti. I seguenti.

Un punto preliminare è che erigendo il divieto di abuso a principio generale sganciato dalla casistica vi si fanno rientrare anche operazioni a quella estranee. Si potrebbe discutere se le normative dell'art. 54 della Carta di Nizza (che si riferisce alle sole sue norme), della sesta direttiva (che ha previsioni casistiche), e dell'art. 37 bis d.p.r. n. 600 (anch'esso casistico), autorizzino la conclusione. Questo aspetto qui non sarà rimesso in discussione.

Il primo punto di cui verificare la tenuta argomentativa è il seguente. Grazie al concetto di abuso si scavalca la riconducibilità dell'operazione ad un regime tributario preferenziale (assunto come inadeguato), per ricondurla ad un regime tributario più gravoso (assunto come normale). Si disapplica, insomma, la norma tributaria più favorevole, per sostituirla quella meno favorevole. Questo risultato argomentativo è appunto ottenuto affermando che la fattispecie è abusiva.

Il secondo è che con la tipologia di abuso adottata si rende inefficace, sia nel senso di non idonea a qualificare adeguatamente l'operazione, sia nel senso di non opponibile all'amministrazione tributaria, la forma negoziale adottata; e si rende efficace in suo luogo una conformazione alternativa. Questo risultato argomentativo è ottenuto affermando che l'abuso concerne la forma dell'operazione.

Obbligato, allora, il percorso di verifica.

Esso concernerà, anzitutto il concetto di abuso adottato: quale "abuso"?

Riguarderà poi la sua tipologia: abuso di che?

Ogni punto, acclarando un aspetto concettuale, consentirà una corrispondente conclusione sulla disciplina.

5. Il concetto di abuso come strumento argomentativo per la disapplicazione di una disposizione: come ciò imponga la nozione stretta di abuso (perseguimento del solo vantaggio fiscale)

Siamo così alla prima domanda: in che senso *abuso*?

5.1. Affinché nell'interpretazione ed applicazione del diritto si apra uno spazio logico all'affermazione dell'abuso, in funzione correttiva, occorre che si possa sostenere che esiste uno stretto diritto, di cui appunto si abusa (20). Se così non fosse, infatti, nulla impedirebbe di sostenere che il caso regolato è direttamente illecito. Solo rispetto ad uno stretto diritto che si assuma aggirato, si apre la possibilità di sostenere che quel caso è formalmente lecito, ma sostanzialmente antigiusuridico. Questo *spread* tra stretto diritto e vero diritto crea, appunto, la possibilità logica dell'abuso (21).

Questa possibilità dell'argomentazione giuridica si rafforza soprattutto laddove a base dello stretto diritto stia il diritto *positum*, la legge; e l'interprete sia vincolato al suo senso (22). Si rafforza, insomma, laddove domina il giuspositivismo (23). A prima vista, se il diritto è esegesi della legge, per l'abuso non c'è spazio. Tuttavia, anche in ambiente giuspositivista il legislatore, proprio cercando di vincolare l'interprete alla più rigorosa fedeltà, gli offre la possibilità di adottare interpretazioni correttive della lettera. Per evitare l'infedeltà inversa all'abuso, infatti – vale a dire il formalismo – autorizza le correzioni del senso letterale conformi

(20) Da ultimo in senso sostanzialmente affine PINO, *op. cit.*, 127-128. *Contra* SALVI, *op. cit.*, 1.

(21) La necessità di un duplice piano di valutazione, tra stretto diritto e etica, o tra stretto diritto e solidarietà trova invece d'accordo SALVI, *op. cit.*, 1 s.

(22) Non a caso, come fanno rilevare GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, cit., 2, e GREGGI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, così nel diritto romano come nel *common Law* manca una teorica dell'abuso del diritto, mentre esso fiorisce rispetto al diritto giustiniano ed alle codificazioni.

(23) Se infatti l'interpretazione opera all'interno di un sistema di principi elastici, dei quali il giurista è al contempo interprete e creatore, dell'abuso non c'è bisogno né possibilità. Al contrario, nei paesi di diritto scritto, codificato, in cui il diritto è la legge, e l'interpretazione è ritenuta vincolata al suo senso, il senso letterale delle disposizioni crea più che altrove uno stretto diritto. Al quale non si sfugge facilmente, finché prevalga l'idea – tipica appunto del giuspositivismo trionfante – che l'interprete non debba far altro che constatare il senso della legge. Senza manipolarlo.

all'intenzione del legislatore (24). Nulla di diverso fa l'interprete quando invoca l'abuso: supera la lettera invocando un'istanza superiore alla lettera della legge, ma non per questo estranea alla legge. Si apre così anche la possibilità giuridica dell'abuso.

Ma, e siamo al punto, per quale necessità? Se, infatti, alla lettera della legge si può sfuggire semplicemente appellandosi all'intenzione del legislatore, perché nei casi presentati come abusivi non limitarsi ad osservare che la loro qualificazione secondo la lettera – solo formalisticamente corretta – è superata da quella secondo l'intenzione legislativa – sostanzialmente antiggiuridica –? Perché insomma ricorrere all'abuso? che cosa consente all'interprete l'argomento dell'abuso, che non sia già consentito dall'argomento dello spirito oltre la lettera?

La risposta è la seguente. Secondo la tecnica della sussunzione, ogni caso concreto deve essere ricondotto alla disposizione in cui ne è prevista la fattispecie, ed allora e solo allora gli si applica il relativo effetto giuridico. Ma – e qui sta il punto – per definizione il caso “abusivo” non rientra nella fattispecie della disposizione “elusa”. Esso infatti ha altre caratteristiche di conformazione, che lo fanno rientrare sotto un'altra disposizione. Sicché, fino a che non si dimostri che il caso concreto, per le forme “altro”, in realtà è riconducibile all'*eadem legis ratio*, non gli si potrà applicare la disposizione che si vuole invece applicare.

L'argomento efficace a questo scopo è appunto l'abuso (25). Con esso si afferma che la funzione dell'atto non va d'accordo con la sua forma, e poiché la sostanza deve prevalere, esso ricade perciò sotto una differente *ratio legis*, congruente invece a quella

(24) Si tratta dunque, come per l'abuso rileva GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., 1, di “fallimento della programmazione normativa”.

(25) Per comprendere l'abuso come tecnica argomentativa resta fondamentale lo studio di RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.

A me pare che in casi come quelli in esame lo schema argomentativo dell'abuso sia il seguente. C'è una disposizione *D* che prevede un caso *C* e vi connette l'effetto *E*. C'è un caso *c*, che non produce l'effetto *E* perché non ha le caratteristiche strutturali e formali di *C*. Ha infatti le caratteristiche previste in una diversa disposizione, *non-D*, cui consegue l'effetto *non-E*. Se si interpreta secondo lo stretto diritto, a *c*, non essendo sussumibile in *C*, non segue *E*. Ma *c* ha le caratteristiche teleologiche, anche se non quelle strutturali, di *C*. Dunque averlo conformato come *non-C* significa aver usato in modo anomalo il suo diverso tipo: un'altra conformazione per una stessa funzione. E allora, nella sua normalità esso è (o comunque equivale a) *C*. Quindi ai fini della norma, per cui conta appunto la normalità, esso produce egualmente l'effetto *E*.

funzione, ma espressa da un'altra norma, 'elusa', che assoggetta l'atto ad un diverso effetto giuridico.

E' questo dunque che l'argomento dell'abuso consente, e che non è invece ottenibile con il solo argomento dello spirito oltre la lettera. Con quest'ultimo si arriva a ricondurre il caso ad una diversa regola derivabile dalla stessa disposizione. Con l'abuso invece si riesce a ricondurre il caso ad una diversa regola derivabile da un'altra disposizione.

5.2. Il giurista che abbia consuetudine con i modi del ragionamento giuridico non fatica a riconoscere il procedimento sopra descritto. E' quello dell'analogia (26). L'argomento dell'abuso rientra dunque sia pure in senso lato nel genere dei ragionamenti per analogia, che operano riconducendo i casi sotto disposizioni che a prima vista non li concernono.

Prossimo il genere; ma diversa la specie. Cosa c'è di specificamente diverso, qui? C'è che con l'analogia, invocando l'identità di *ratio* si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che non è re-*

(26) Nell'uno e nell'altro tipo di argomento, infatti, una disposizione (*rectius*: il suo effetto giuridico) è estesa ad un caso diverso (*rectius*: è estesa ad un caso in sé non riconducibile alla fattispecie di quella) che però presenti una somiglianza rilevante (*rectius*: che in una diversa fattispecie presenti però identità di *ratio*, cioè appunto di funzione). Sull'analogia, dati i limiti e le finalità di questo saggio, basterà rinviare a FALK, *Die Analogie im Recht*, Mainz, 1906; GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1919; PFÄNDER, *Logik*, Tübingen, 1963; HÖFFDING, *Der Begriff der Analogie*, Leipzig, 1924; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; M. S. Giannini, *L'analogia giuridica*, Jovene, 1941, 516 ss.; BOBBIO, *Analogia*, in *N. N. D. I.*, I, Torino, 1957, 601 ss.; PERELMAN OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 1966; PIANO MORTARI, *Analogia. Premessa storica*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 344 ss.; HESSE, *Modelli e analogie nella scienza*, Milano, 1980; BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. It.*, 1968, 695 ss.; MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968; VILLA, *Evoluzione e nuovi orientamenti del procedimento per analogia*, in VIOLA-VILLA-URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; KLUG, *Juristische Logik*, Berlin, 1982, 8 ss.; J. R. MURRAY, *The Role of Analogy in Legal Reasoning*, in *UCLA Law Review*, 1982, 833 ss.

Sul rapporto tra analogia e abuso DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, cit., c. 1581; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 319; COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, 2443-2445; PINO, *op. cit.*, 166.

golato. Invece con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che è regolato* (27). Regolato da una diversa disposizione, che grazie all'argomento dell'abuso viene disapplicata. L'atto dichiarato abusivo ha infatti la sua (diversa) regola, e l'argomento dell'abuso serve appunto a sottrarlo a quella altrimenti normale (28).

Qui si vede quale sia, in termini sia di politica del diritto, sia di tecnica giuridica, l'effetto argomentativo dell'abuso. Ogni caso ha la sua regola. Dire che una norma è "elusa" è un strumento retorico, che dissimula con l'enfasi di riprovazione dell'abuso il pericolo di uno strappo alla legalità ed alla razionalità sotteso al ricondurre un caso dalla sua regola ad un'altra. Dire 'elusa' infatti presuppone che quella norma si dovesse applicare. Ma perché, se la fattispecie è altra?

Il valido impiego dell'argomento dell'abuso – che ne segna anche il limite – dipende dunque dal poter legittimamente affermare due cose. Senza di che, il ricorso all'abuso non sarebbe che un abuso. Ecco quali.

La prima vuole avere valenza di principio generale, comune all'analogia come all'abuso: nella qualificazione dei fatti giuridici la funzione conta più della struttura (29).

(27) L'analogia serve insomma a colmare una lacuna, e vi riesce estendendo una disposizione secondo la sua *ratio* e non secondo la sua fattispecie. L'abuso serve a disapplicare una disposizione, e vi riesce sostituendole nel suo caso un'altra disposizione, individuata secondo la *ratio* e contro la fattispecie. Una particolare attenzione agli aspetti logico argomentativi sottesi al ricorso al concetto di abuso è nello scritto di RESTIVO, *Contributo*, cit. 121 e ss.

(28) Nella nostra specie, a ricondurre l'operazione economica dal più favorevole regime fiscale al regime fiscale meno favorevole che si assume eluso.

(29) L'adozione di questa idea, che è alla base dell'analogia, non è avvenuta per caso. Ricordarlo ci spiega anche le ragioni della recezione dell'abuso. Contro la proposta di ricorrere all'analogia per colmare le lacune, la pandettistica aveva fatto osservare che non esistono lacune, perché se il caso non è regolato vuol dire che è irrilevante, cioè previsto e regolato in negativo. Vera fedeltà alla legge è dunque non estendergli un'altra regola. Facendolo si disapplica ciò che il legislatore ha stabilito. L'ammissione dell'analogia in tutti i moderni ordinamenti sta a testimoniare che è prevalsa l'idea che la *ratio* sia più importante della fattispecie. Che dunque laddove non soccorra un'altra regola espressa, debba valere quella cui la sua *ratio*, se non la sua fattispecie, riconduce il caso. Se ci chiediamo perché quell'idea abbia prevalso, la risposta è che essa aumenta la coerenza dell'ordinamento, e con essa la sua giustizia e la sua efficienza. Dopotutto, noi non crediamo più che il diritto sia (solo) la legge, e che il legislatore abbia tutto previsto; sappiamo che la legge è solo fonte, non diritto; che il diritto è oltre; e

E' appunto il principio che regge anche l'analogia. Qui, nel silenzio della legge, il caso è ricondotto come si sa alla norma con la cui fattispecie presenta una somiglianza rilevante. Ma nello stabilire, tra varie caratteristiche – che magari conducono a norme diverse – quale sia rilevante per la somiglianza, quelle funzionali contano più di quelle strutturali. Del resto, è un principio non solo corretto, ma ineludibile. Infatti, il metodo alternativo, di applicare le regole privilegiando la struttura, appare subito impercorribile. E' evidente che il senso giuridico degli atti non è nella struttura ma nella funzione, e solo essa consente di applicare la regola conveniente (30). La funzione prevale perché essa esprime il vero senso della struttura. Una struttura che esprime una funzione diversa da quella standard (ad esempio: un atto a struttura onerosa che per il carattere meramente simbolico del corrispettivo ha una funzione liberale) equivale infatti ad una diversa struttura (nell'esempio: ad un atto a titolo gratuito). In caso di discrasia tra struttura e funzione, la funzione è dunque decisiva.

La seconda concerne il caso particolare dell'abuso: nella qualificazione dei fatti giuridici la funzione è decisiva solo se univoca.

La funzione è decisiva, come detto. Ma non più quando non conduce univocamente in una direzione. A un atto con la stessa struttura di un altro, ma diversa funzione, inerente al caso regolato da una diversa norma, è giusto che si applichi la diversa regola della funzione. Ma a un atto con la stessa struttura di un altro, e con in parte la stessa funzione, e in parte una funzione diversa, come disapplicare *sic et simpliciter* la regola che lo concerne? Per applicare fondatamente all'atto 'abusivo' la stessa severa regola di un altro, assumendo che esso la elude, e in realtà realizza abusivamente il caso da essa regolato, per parlare insomma convenientemente di abuso, e poter così legittimamente applicare una diversa regola, *disapplicando l'altra*, bisogna tassativamente soddisfare una condizione più complessa di quella che regge l'analogia, concorrendo qui (e non lì) due regole, e di pari gerar-

che l'idea che tutto sia previsto è solo una *fictio*, espressione di quella più radicale *fictio* che è la volontà del legislatore, se intesa in senso psicologico.

(30) Ad esempio: se taluno demolisce la cosa di un altro, qual è la regola? Lo stesso fatto è del tutto diverso agli effetti giuridici secondo che si tratti – ma questa è la *ratio* – di danneggiamento, ed allora l'agente paga il proprietario, o di opera, ed allora il proprietario paga l'agente. E' dunque la *ratio* che decide della regola.

chia. Eccola. La fattispecie strutturalmente e formalmente diversa da quanto prevede la regola ritenuta elusa deve realizzare – *in tutto e per tutto* - la stessa funzione supposta dalla regola che si vuol applicare, e non realizzare – *neppure in parte* - la funzione supposta dalla regola che invece si vuol disapplicare (ad esempio: l'atto oneroso non può essere trattato da gratuito se il corrispettivo è inadeguato per difetto) (31). Solo a questo patto la sua diversa regola non è violata ma legittimamente disapplicata. Fino a che infatti concorre, almeno in parte, con la struttura anche la funzione propria della regola che in grazia dell'asserito abuso si vorrebbe disapplicare, la sua disapplicazione è ingiustificata. Nell'ambiguità o plurivocità della funzione, la struttura riprende il sopravvento.

5.3. Da tutto ciò si ricava un'inequivoca indicazione pratica per la casistica qui in esame.

Non è inutile ricordare che la giurisprudenza comunitaria ha oscillato tra una nozione lata di abuso, per la quale è sufficiente il perseguimento del vantaggio fiscale (sentenza Halifax), ed una più stretta per la quale, per definire abusiva la conformazione di un atto ed applicargli altro regime, occorre che esso abbia il *solo* scopo di perseguire il vantaggio fiscale (sentenza Huddersfield, sentenza Auer).

Ebbene, il ragionamento svolto squalifica l'accezione lata, e chiarisce che solo l'accezione più rigorosa è razionalmente sostenibile. Se infatti l'atto, pur conformato per inseguire un vantaggio fiscale, assolve comunque la funzione corrispondente alla sua struttura, se insomma non è che una variante del tipo che ammette legittimamente un miglior trattamento fiscale, perché negarglielo? Se è vero che l'abuso (quando c'è; ed abbiamo appena concluso che c'è quando viene interamente meno la funzione dell'atto) è perseguibile, è altrettanto vero che è lecito agire in modo da conseguire, secondo e non contro le regole, il miglior trattamento fiscale.

In sintesi: le operazioni economiche saranno fiscalmente perseguibili in quanto abusive quando la sostanza non corrisponda più all'apparenza, la funzione alla struttura. Fino a che la sostan-

(31) Sarà bene chiarire che mi riferisco alla funzione tipica e caratterizzante dell'atto. Non sarebbero dunque rilevanti a questi fini funzioni meramente accessorie e marginali, di per sé non utili ad individuare la disciplina applicabile.

za, la funzione, sussiste, sia pure in varianti capaci di vantaggi fiscali, l'atto non è abusivo solo perché astuto.

E' importante sottolineare che, d'altronde, l'impossibilità di disapplicare *in toto* una norma, e la necessità invece di applicarla almeno in proporzione della ricorrenza nell'atto da regolare della struttura e della funzione suoi propri, è confermata dalla stessa ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia. Che nella citata sentenza del 17 gennaio 2008, n. 105/07 (Lammers), statuisce proprio che affinché una normativa nazionale antiabuso risulti proporzionata è necessario che trovi operatività solo limitatamente alla parte in cui mancano nell'atto abusivo la struttura e funzione normali.

La domanda giusta da farsi non è dunque – come invece la nostra Cassazione – se l'abuso ricorra quando c'è comunque lo scopo del vantaggio fiscale, o invece quando c'è solo questo scopo. Qui la risposta come visto è scontata: scopo esclusivo! Bensì se, quando (come nel caso Lammers) la funzione è mista (e la normativa antiabuso deve applicarsi in proporzione), si possa ancora parlare di atto abusivo. E la logica fa propendere per la risposta negativa.

Ciò significa, in pratica, che se la conformazione dell'operazione sospetta di abuso può invocare ragioni economiche (e non solo fiscali) comunque sufficienti a giustificare quella conformazione, essa non può essere ritenuta abusiva.

6. L'abuso di forme giuridiche: come ciò imponga l'identificazione del caso di abuso con il caso di negozio simulato per finalità di frode alla legge

Giungiamo così alla seconda domanda: abuso di che?

6.1. Sono esistite infatti nella storia molte nozioni di abuso del diritto. Altro è l'abuso del diritto soggettivo, altro l'abuso interpretativo del diritto oggettivo, altro l'abuso di potere. L'evoluzione vi ha affiancato una nuova figura: l'abuso delle forme giuridiche, o dei tipi legali.

Domandiamoci allora: a quale si riconduce, o almeno si avvicina, la nozione utilizzata dalla nuova giurisprudenza tributaria?

Evidente essendo che qui non è presente alcun ruolo dei diritti soggettivi, o dei poteri in senso stretto, il caso è piuttosto ricon-

ducibile all'abuso di forme giuridiche. Ha anch'esso una sua genealogia, dalla quale si possa ritenere che la Corte europea l'abbia tratto, e l'italiana ereditato?

Il piccolo mistero ha una spiegazione. L'antecedente diretto – da cui il concetto comunitario è tratto senza nominarlo (né la giurisprudenza comunitaria potrebbe, non dovendo essa mai denunciare, per motivi politici, i suoi debiti con gli ordinamenti nazionali), si ritrova esattamente analogo nel diritto tedesco.

A questo, infatti, appartiene il concetto generale di *Rechtmissbrauch* (abuso di diritto) che, benché più antico, in epoca moderna viene solitamente agganciato ad un dato normativo: il § 242 BGB (32), secondo il quale il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come richiede la buona fede, tenuto conto degli usi e del traffico giuridico. Di quel concetto generale è applicazione particolare la nozione di *Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten* (abuso delle possibilità di forma giuridica). E proprio questo concetto troviamo citato in quella nazionale (33).

Agganciato al principio del § 242 BGB l'abuso diviene una delle manifestazioni della violazione del canone della buona fede. L'idea poi di abuso delle possibilità di forma giuridica richiama ovviamente quella di *Gestaltungsfreiheit*, cioè – diremmo noi – di libertà negoziale, e in particolare di determinare il contenuto del contratto. Qui il potere di autonomia del privato svia l'atto, la cui forma è utilizzata in modo deviato. La tutela allora accordata contro l'abuso è per lo più quella dell'inefficacia dell'atto abusivo (34). Una visione, elaborata in Germania (35), che ha trovato epigoni in Italia (36).

Nell'ordinamento tedesco quel concetto di abuso delle forme non è più solo dottrinale. E la sua consacrazione normativa riguarda proprio la materia tributaria. Il § 42 dell'*Abgabeordnung*,

(32) "*Leistung nach Treu und Glauben*. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

(33) Cfr. Cass., sez. trib., 29 aprile 2005, n. 20398, cit.; Cass. sez. trib. 25 ottobre 2005, n. 22932, cit.

(34) Per l'inefficacia – e non l'illiceità – come conseguenza dell'abuso, v. nella nostra letteratura GAMBARO, op. cit. 5 ss.

(35) Cfr. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, cit., *passim*.

(36) ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, cit.

a maggior ragione nel nuovo testo in vigore da pochi mesi (37), ha infatti introdotto nello *Steuerrecht* la regola per cui «1. *La legge tributaria non può essere elusa attraverso un abuso di conformazione giuridica. Se la fattispecie di un negozio è prevista da una specifica norma tributaria intesa ad impedire l'elusione fiscale, i suoi effetti saranno quelli previsti da questa norma. Negli altri casi la pretesa tributaria deriva dalla sussistenza dell'abuso, nel significato previsto dal 2° comma, nella stessa misura in cui sarebbe derivata se fosse stata utilizzata una conformazione giuridica adeguata alla pratica degli affari.* 2. *Sussiste un abuso quando viene scelta una conformazione inadeguata, che determina per il soggetto d'imposta o per il terzo un vantaggio fiscale non previsto ove fosse stata utilizzata una forma adeguata. Ciò non vale ove il soggetto di imposta provi che esistono ragioni, diverse da quelle fiscali, di particolare rilevanza nel quadro complessivo del rapporto, che giustificano la scelta.*».

Non ci vuol molto a riconoscere in questa disposizione la regola che la Corte europea rielabora, nella mancanza di una norma corrispondente, come un principio sotteso al sistema comunitario. Questo è dunque il concetto di abuso da essa utilizzato. Abuso della forma giuridica.

6.2. Di questa tipologia di abuso, la Cassazione fa, nella scia della Corte europea, un *tertium genus* tra atti fisiologici perché regolari, e atti patologici propri delle frodi fiscali. Si insiste infatti che nell'atto abusivo ed elusivo del contribuente, volto a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche, non vi sarebbe alcun elemento simulatorio o fraudolento. Ma è davvero così?

(37) "Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftliche Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung ersteht. 2. Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind".

Se con ciò si voleva dire – e questa è stata certamente una preoccupazione – che per l’abuso non si richiede alcun elemento soggettivo, ciò è esatto. Ma non giustifica la distinzione: neanche per la simulazione si richiede l’*animus*, né per la frode. Esse rilevano come tali, purché ne ricorrano i requisiti oggettivi, a prescindere dall’indagine sull’*animus* (38).

Se invece si voleva dire che si tratterebbe appunto di un terzo e diverso genere di atti, si dice cosa insostenibile.

Si consideri: come detto, per la qualificazione come abusivo occorre che l’atto pur avendo le forme di un tipo, abbia integralmente la sostanza dell’altro. Ciò esclude la realtà giuridica del tipo formalmente realizzato. Impedisce di configurarlo anche semplicemente come un negozio indiretto, in cui lo scopo tipico sia pure relegato in secondo piano, sussiste.

Sarebbe poco savio affermare in contrario che no, le diverse forme dell’atto abusivo sono vere e volute, e non finte. Mancando per definizione di una sostanza economica corrispondente (altrimenti non c’è abuso), esse sono “vere e volute” solo per i fini fiscali. Cioè per opporle al fisco, così come ogni atto simulato è voluto formalmente almeno nella misura necessaria a poterlo opporre al terzo che simulando si tenta di eludere. Sono dunque solo apparenza.

Inoltre, poiché la norma fiscale è inderogabile, e la forma destinata ad eluderla serve ad aggirarla con un’apparenza di estraneità ma una sostanza di interferenza, quell’apparenza a fini fiscali, senza sostanza economica corrispondente, e corrispondente invece ad una sostanza economica che vorrebbe l’applicazione della norma elusa, è fraudolenta. Si è detto come la giustificazione economica dell’operazione formale non debba ricorrere, e debba ricorrere l’elusione e il perseguimento del vantaggio fiscale, per poter parlare di abuso. Ma se così è, l’atto è necessariamente giuridicamente inconsistente ed apparente, e finalizzato a surrogare un diverso atto, invece sostanziale, per fini di aggiramento del diritto tributario. Questa parafrasi descrive invariabilmente la condizione dell’atto simulato o fraudolento.

(38) Per converso, l’indagine sull’*animus* non è sempre stata ritenuta estranea all’accertamento del carattere abusivo di un atto. Si pensi all’*animus nocendi* degli atti emulativi: su cui Cass. 27 giugno 2005, n. 13732, inedita. In tema da ultimo DITTA, *Atti emulativi e abuso del diritto*, in http://vetrina.ilsolare24ore.com/consulenteimmobiliare/archivio/777/CI777_1868_1872.pdf

Tutto ciò impone di riconoscere nell'atto abusivo, *ex se*, in quanto per definizione corrispondente ad una conformazione giustificata dal solo scopo di lucrare un vantaggio fiscale, ma assolutamente priva di giustificazione economica, tanto un negozio relativamente simulato, che dissimula il diverso negozio di cui con l'argomento dell'abuso gli si applica il regime fiscale, quanto un negozio la cui causa conforme alla esteriore struttura è insussistente, ed in frode alla legge. Come tale duplicemente invalido. E proprio perché invalido suscettibile di cadere, non influire sulla qualificazione della specie, ed essere sostituito da una qualificazione che legittima il diverso trattamento ai fini tributari.

6.3. Del resto, e a titolo di riprova: per poter scavalcare il negozio abusivo occorre che esso sia invalido ed inefficace. Ma invalidità ed inefficacia derivano nel nostro sistema solo *ex lege*. A quale altra ragione, se non alla simulazione ed alla frode, le ricondurremo? La nostra giurisprudenza, che escogita la categoria dell'abuso, non è legittimata a crearne. Né si potrebbe sostenere che si abbia qui l'unico caso che consente all'interprete larga discrezionalità nella qualificazione di nullità: la violazione di norma imperativa. Ciò per due ragioni.

La prima: è dominante il convincimento che le norme fiscali non siano norme imperative nel senso che la loro violazione determini la nullità degli atti.

La seconda: perché la violazione di norma imperativa determini la nullità dell'atto esso deve essere esserle contrario nel suo contenuto. E qui invece la conformazione data al contenuto dell'atto è astrattamente valida, ma antiggiuridica (non nel suo contenuto, bensì) in quanto elusiva.

La "costruzione" dell'abuso fatta dalla Cassazione ha dunque stretto bisogno per stare in piedi e raggiungere i suoi fini, della invalidità per simulazione e frode. L'inefficacia del negozio formale a qualificare la specie, e conseguentemente l'inopponibilità all'amministrazione fiscale, non troverebbero altrimenti spiegazione.

Ne segue che l'amministrazione fiscale che tacci di abusività un atto, per radicare la domanda di accertamento del suo carattere abusivo non potrà fare a meno di allegare ed argomentare che la sua conformazione è solo esteriorità, che la funzione è diversa – e dovrà dir quale sia – e che per questa ragione ed in quei limiti l'atto richiama un diverso e meno favorevole regime. Potrà dun-

que evitare il nome ma non la sostanza delle impugnative per simulazione o per frode.

Anzi, la domanda giusta da farsi a questo punto non è più quella sulla caratteristica e gli effetti dell'abuso, ma a che serva in definitiva il ricorso retorico all'argomento dell'"abuso" se esso, per la sua stessa essenza, nella sostanza riecheggia i luoghi logici della esteriorità ed apparenza dell'atto, della sua realtà intesa a mascherare una diversa operazione economica e ad aggirare un regime fiscale, che sono i luoghi logici tipici delle controversie di simulazione e di frode.

7. A che cosa non serviva ed a che cosa può essere servito il ricorso giurisprudenziale al concetto di abuso

Ma se così è, sorge il dubbio che tutta la costruzione, indubbiamente elaborata e dotta, creata dalle Corti per squarciare il velo dietro cui si riparano forme raffinate di sospetta evasione, sia solo un arzigogolato artificio retorico per aggirare le strettoie dell'azione di simulazione e frode e rendere facile (forse troppo) la riconduzione ai regimi impositivi.

Se ne potrebbe dedurre insomma – se non è malizia del critico – che il vero fine argomentativo del ricorso all'abuso in così autorevoli sedi giudiziarie, sia stato non tanto il rispetto di un percorso logico, o l'effettiva necessità costruttiva, ma un altro: sfruttare l'aura di riprovazione che accompagna l'abuso, per far passare più facilmente un trattamento assai (troppo?) severo delle attività d'impresa (39).

Non sembra infatti che l'impiego dell'argomento dell'abuso sia davvero dipeso dalla necessità di raggiungere una conclusione altrimenti inattuabile. Perché, come visto, affermando in chiaro che un atto è solo apparente perché non ha sostanza economica corrispondente alla forma, e fraudolento perché ha il solo scopo di eludere il fisco lucrando vantaggi fiscali indebiti, si replica perfettamente la nozione di (preteso) abuso oggi elaborata (40), e si

(39) Sul rapporto dell'argomento dell'abuso con la ricerca da parte dell'interprete di ampi spazi di discrezionalità, PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit. 55, *passim*.

(40) Al lettore basta confrontare questo concetto con quello di abuso della sentenza Halifax (operazioni controverse che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva, e della

arriva argomentativamente esattamente là dove si vuole e si deve arrivare: squarciare il velo, far cadere la sua forma, farne emergere la sostanza, e ricondurla sotto la norma fiscale ad essa pertinente. E tutto questo – come si vede – senza nemmeno nominare l’abuso.

E se così fosse, se nominare l’abuso non è servito alla costruzione ma solo alla colorazione, l’interprete che aveva creduto di veder nell’ultima giurisprudenza tributaria risorgere dalle sue ceneri il concetto che è stato chiamato l’araba fenice del pensiero giuridico, dovrebbe ironicamente concludere: molto rumore per nulla.

legislazione nazionale che le traspone, procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all’obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni, e hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito) per rendersi conto che dicono la stessa cosa.

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

**LA VIGILANZA SULLE COOPERATIVE DI
CREDITO: PROBLEMI APERTI IN ORDINE ALLA
RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE**

Vittorio Santoro

LA VIGILANZA SULLE COOPERATIVE DI CREDITO: PROBLEMI APERTI IN ORDINE ALLA RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE

Vittorio Santoro

Professore ordinario di Diritto Commerciale nell'Università di Siena

Sommaro

1.	Premessa.....	2
2.	Le nuove regole di vigilanza sulle banche di credito cooperativo.	3
3.	(Segue). La vigilanza in ordine agli obblighi imposti dalla legge bancaria.....	8
4.	Banche di credito cooperativo e iscrizione all'Albo.....	14
5.	La vigilanza sulle banche popolari.....	18
6.	Breve auspicio conclusivo.....	23

L'Autore - attraverso una lettura combinata del d.lgs. n. 2 agosto 2002, n. 220 recante norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi e delle disposizioni presenti nel Testo unico bancario - pone in risalto le difficoltà di ricostruzione dell'attuale sistema di vigilanza sulle cooperative bancarie (banche popolari e banche di credito cooperativo) soprattutto con riferimento alle competenze delle due Autorità coinvolte, da un lato, la Banca d'Italia e, dall'altro, il Ministero dello sviluppo economico. L'auspicio è - sia per le BCC che per le Banche popolari - quello di una rivisitazione normativa. Per le BCC vi è l'esigenza di meglio individuare i confini tra le competenze delle due vigilanze, accrescere lo spazio della revisione cooperativa, prevedere il coordinamento fra le autorità, stabilire che la violazione degli adempimenti mutualistici - segnalata dalla vigilanza cooperativa - obblighi la vigilanza creditizia ad assumere i provvedimenti di rigore di sua competenza. Per quanto riguarda le banche popolari, preso atto della scelta legislativa di inquadrarle tra gli enti mutualistici, occorrerà ugualmente estendere ad esse la vigilanza cooperativa nei medesimi termini che per l'altra categoria.

The Author - by a combined reading of the legislative decree no. 2 August 2002, n. 220 providing rules for the reorganization of the cooperative institutions and arrangements in the Text Banking - highlights the difficulties of rebuilding the existing system of supervision for cooperative banks, particularly with reference to powers of the two authorities involved, the Bank of Italy and the Ministry of Economic Development. The hope is - both for the BCC and the "banche popolari" - a regulatory review. For BCC, there is a need to better identify the boundaries between the powers of the two Authorities, increase the space of cooperative review, provide for coordination between the authorities determine that a breach of mutual obligations - reported by the cooperative supervision - obliged the credit supervision to take strict measures within its competence. As for the "banche popolari", noted the choice of legislative to consider them as mutual entities, it will need also extend to them the supervision cooperative in the same terms as for the other category.

1. Premessa

È noto che le cooperative di credito, nella duplice veste di banche popolari e di banche di credito cooperativo, sono state investite dalla riforma delle società in modo anomalo (1); l'anomalia non ha risparmiato nemmeno il regime di vigilanza in ragione del rapido stratificarsi di norme derivanti da varie fonti.

La situazione di partenza era sufficientemente chiara: l'art. 28, secondo comma, Tub recitava e recita che alle suddette banche «non si applicano i controlli sulle società cooperative attribuiti all'autorità governativa dal codice civile». Si tratta della scelta tradizionale del nostro ordinamento funzionale ad evitare contrasti nell'azione di vigilanza, ma anche intesa a subordinare la mutualità alla tutela della stabilità delle banche cooperative vigilate; la riprova è nella medesima formulazione delle disposizioni della legge bancaria. Valga per le banche popolari l'esempio dell'art. 31 che consente ad esse l'abbandono della mutualità a mezzo di trasformazioni o fusioni eterogenee in funzione dello «interesse dei creditori ovvero per esigenze di rafforzamento patrimoniale del sistema», presupposti rimessi alla valutazione della Banca d'Italia che rilascia l'autorizzazione. Valga per le banche di credito cooperativo l'esempio dell'art. 35 che consente, «per periodi determinati» e, appunto, in funzione di stabilità, «una operatività prevalente a favore di soggetti diversi dai soci», previa autorizzazione della Banca d'Italia. Il limite di tale impostazione è

(1) Cfr. CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, in DE TILLA-ALPA-PATTI (a cura di), *Nuovo diritto societario* a cura di, Padova, 2003, 655 ss.; CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive*, in *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario*, Firenze, 2004, 19 ss.; DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative dopo la riforma del diritto societario e il decreto legislativo 310/2004*, in *Coop. Cred.*, 2004, 465 ss.; SANTORO, *Le cooperative regolate dalle leggi speciali*, in SANDULLI-VALENSISE (a cura di), *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Milano, 2005, BLANDINI, *Localismo e ricorso al mercato dei capitali delle banche cooperative nell'ultimo atto della riforma del diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, 678 ss.; PRESTI, *Le banche cooperative e la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 8 ss.; COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, vol. IV, Torino, 2007, 1117 ss.

evidente e da tempo sottolineato da quella dottrina che osserva: «non è privo di rilievo già il fatto che la vigilanza sia stata affidata a soggetti istituzionalmente preposti al governo del credito (...). La Banca d'Italia non solo diremmo [è] naturalmente portata a prestare maggiore attenzione alle esigenze di governo del credito ma [ha] anche istituzionalmente tale dovere», conseguentemente «la caratterizzazione mutualistica degli enti sottoposti a vigilanza rimane in secondo piano rispetto alla tutela del risparmio» (2). Tali rilievi terminavano con l'auspicio di una riforma intesa ad affidare la vigilanza sulla mutualità delle cooperative di credito a soggetti istituzionalmente preposti a tale scopo in modo tale da garantire un'efficace dialettica tra autorità di vigilanza ed una più appropriata tutela della mutualità creditizia. L'auspicio è stato finalmente raccolto dal legislatore con la riforma contenuta nel d.lgs. n. 2 agosto 2002, n. 220 recante norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi (3), occorrerà verificare se in modo adeguato.

2. Le nuove regole di vigilanza sulle banche di credito cooperativo

In prima approssimazione nulla sembra cambiare con il nuovo provvedimento, infatti, l'art.1, quarto comma, esordisce: «sono fatte salve le diverse forme di vigilanza previste dalle disposizioni vigenti». Tuttavia, il successivo art. 18, primo comma, dispone una parziale eccezione per le banche di credito cooperativo, esso afferma che «fatte salve le competenze della Banca d'Italia e tenuto conto degli ambiti di competenza delle diverse autorità vigilanti, le banche di credito cooperativo (...) sono assoggettate alla disciplina dei controlli sugli enti cooperativi attribuiti all'autorità governativa, limitatamente al rispetto delle disposizioni di cui all'art. 21, comma 3, della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e delle norme riguardanti i rap-

(2) Così PACIELLO-SANTORO, *Capitale e riserve nelle Casse rurali e artigiane*, in AA.VV., *Casse rurali e artigiane*, Napoli, 1989, 168; ROCCHI, *Il controllo giudiziario e la vigilanza amministrativa*, in *Le cooperative dopo la riforma*, cit., 236.

(3) Cfr. CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, 2005, 73 ss.

porti mutualistici ed il funzionamento degli organi sociali» (4).

Mentre, dunque, il sistema di vigilanza sulle banche popolari permane invariato ed unitariamente affidato alle cure della Banca d'Italia, quello sulle minori cooperative di credito è, opportunamente, divenuto misto con la cura del rispetto delle regole mutualistiche più “sensibili” affidata al Ministero dello sviluppo economico (art. 1, primo comma, d.lgs. n. 220/2002), che l’esercita anche a mezzo delle Associazioni nazionali di rappresentanza (art. 3, d.lgs. n. 220/2002), le quali a loro volta si avvalgono di revisori di cooperative (art. 7, d.lgs. n. 220/2002) (5).

La vigilanza mutualistica avrà ad oggetto, in particolare, i rapporti mutualistici, il funzionamento degli organi sociali e l’applicazione dell’art. 21, terzo comma, l. n. 59/92 il quale, a sua volta, richiama, fra l’altro, disposizioni in tema di: 1) relazione degli amministratori e dei sindaci sulla gestione mutualistica; 2) rivalutazione delle quote e delle azioni; 3) rimborso del sovrapprezzo a favore del socio uscente; 4) contribuzione ai fondi mutualistici (6). Ciascuno di questi ambiti di competenza è suscettibile di creare un conflitto tra le due Autorità di vigilanza, senza che il legislatore si sia adeguatamente preoccupato, come pure ha fatto in altri ambiti disciplinari, di disporre forme di collaborazione attraverso scambio di informazioni, conferenze congiunte, divieto di opporsi reciprocamente il segreto di ufficio e così via (7).

In verità la regolamentazione secondaria emanata con decreto del ministro delle attività produttive, del 22 dicembre

(4) Cfr. SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: “la mutualità che visse due volte”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 606 s.

(5) Per una descrizione compiuta cfr. MORARA, *Il sistema dei controlli*, GENCO (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Milano 2003, 257 ss.; CUSA, *Lo scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, (in corso di pubblicazione), 11 ss.

(6) Cfr. MARANO-DE STASIO, *La vigilanza sulla mutualità delle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 699, secondo i quali l’elenco delle competenze è tassativo.

(7) Il nostro ordinamento conosce, ormai, forme di coordinamento fra Autorità di vigilanza basate su una ben più sostanziale parità (*peer review*): v., fra gli altri, CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio*, Bologna, 2007, 151 ss.

2005 – sentita la Banca d'Italia ai sensi dell'art. 18 d.m. 6 dicembre 2004 - dispone alcuni flussi informativi dei quali è destinataria la Banca d'Italia in particolare in ordine : 1) al momento di inizio della revisione cooperativa (art. 10, secondo comma); alla trasmissione del verbale di revisione (art. 13, secondo comma); all'impossibilità di svolgere la revisione (art. 14); al momento della conclusione della revisione cooperativa (art. 15); agli adempimenti riguardanti l'Albo delle cooperative (art. 16) e, soprattutto, obbliga sia il Ministero sia le Associazioni di categoria a segnalare «senza indugio» «aspetti di rilievo per le competenze esclusive della Banca d'Italia». Viceversa quest'ultima non è obbligata a informare il Ministero e le Associazioni in ordine alla propria attività di vigilanza, ancorché nel corso di tale attività e, in particolare, nel corso di ispezioni venga a conoscenza di violazioni di regole mutualistiche.

Allo stato in virtù dell'inciso secondo il quale «sono fatte salve le competenze dalla Banca d'Italia» e tenuto conto anche del fatto che la medesima regolamentazione secondaria, appena citata, obbliga la vigilanza cooperativa verso quella creditizia e non viceversa, mi sembra si debba concludere che in ipotesi di contrasto tra, da un lato, le esigenze di stabilità creditizia, di sana e prudente gestione e di efficienza del sistema finanziario (art. 5 Tub) e, dall'altro, le esigenze di tutela della mutualità, le prime debbano prevalere sulle seconde (8). Si tratta di una sostanziale conferma di una scelta già da tempo operata dal legislatore nazionale e, oggi, solo temperata dal fatto che la Banca d'Italia dovrà motivare in contraddittorio (9) con l'altra Autorità l'inevitabilità di una scelta pregiudizievole per la mutualità (10).

(8) Sul punto argomenterò più ampiamente *infra* par. 3.

(9) L'obbligo della Banca d'Italia di motivazione dei provvedimenti, per altro, è ormai regola generale ai sensi dell'art. 24 l. n. 262/2005; qui si aggiunge la specifica legittimazione del Ministero dello sviluppo economico a "contraddire" fino al punto di impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo.

(10) In tal senso non mi sembra di potere condividere l'affermazione di Casale (*op. cit.*, 75; cui *adde* MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 702 ss.) secondo il quale «tale apparente limitazione del controllo di effettività della mutualità nella cooperazione di credito non intacca il cuore dell'attività di vigilanza, che consiste sempre e comunque nel rispetto delle *norme riguardanti i rapporti mutualistici*», prova ne sia ancora una volta il ricordato art.

La vigilanza ovvero, come si esprime il legislatore, la “revisione cooperativa” ha una duplice funzione, da un lato, quella assistenziale vale a dire aiutare gli organi di direzione e di amministrazione delle cooperative con «suggerimenti e consigli per migliorare la gestione ed il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la partecipazione dei soci alla vita sociale» (art. 4, secondo comma, lett. *a*), d.lgs. n. 220/2002). Tale funzione non interferisce sulle competenze della Banca d'Italia, ma piuttosto, se svolta dalle Associazioni di categoria e/o dal Ministero senza tenere conto degli indirizzi di vigilanza creditizia, potrebbe risolversi in un pregiudizio anziché in un aiuto per la banca di credito cooperativo “consigliata” (11). Si intende evitare anche tale evenienza pregiudizievole attraverso una formazione dei revisori adeguata anche alle esigenze della vigilanza creditizia; difatti l’art. 8, quarto comma, d.m. 22 dicembre 2005, dispone che «la Banca d'Italia è sentita in merito all’adeguatezza dell’organizzazione dei corsi e degli esami e dei relativi programmi» (12).

L’altra funzione è di vigilanza in senso proprio ed è volta ad accertare «la natura mutualistica dell’ente, verificandone la legittimazione a beneficiare delle agevolazioni fiscali, previdenziali e di altra natura». Dalla formulazione della disposizione emerge un suggerimento circa un ambito di competenza completamente autonomo della vigilanza mutualistica la cui precisa valenza, tuttavia, deve essere confermata sulla base di una lettura complessiva delle norme.

Per ora mi limito a segnalare che qualora l’accertamento sia negativo, l’Associazione di categoria propone la variazione

35 Tub, che sacrifica proprio i rapporti mutualistici sull’altare della stabilità bancaria.

(11) In tale caso, si potrebbe configurare (come suggeriscono MARANO-ZOPPINI, *La nuova vigilanza e la riforma del diritto societario*, in *Riv. Coop.*, 2003, 1, 18 s. con più generale riferimento alla revisione cooperativa) un’ipotesi di responsabilità del revisore. Resta fermo che gli amministratori possono non aderire al consiglio, senza che ciò li faccia incorrere nella “successiva diffida” (*ivi*, 19).

(12) MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 701, ritengono, invece, che sia improprio che la Banca d'Italia debba essere sentita in ordine all’organizzazione dei corsi; essi partono, tuttavia, dall’assunto, che qui non si condivide, che l’ambito di vigilanza mutualistica, affidato sia di competenza autonoma ed esclusiva del Ministero e delle Associazioni di categoria, v. *infra* par. 4.

dell'iscrizione dalla Sezione della mutualità prevalente dell'Albo delle cooperative a quella delle cooperative a mutualità non prevalente (art. 16, primo comma, d.m. 22 dicembre 2005). Il Ministero, a sua volta, verificata l'effettiva sussistenza dei presupposti del provvedimento sanzionatorio, dispone la variazione, sentita la Banca d'Italia. La proposta e il correlativo provvedimento ministeriale di cancellazione della banca di credito cooperativo dall'Albo deve, invece, avere a presupposto la perdita della qualità di ente cooperativo (13).

Infine, a differenza che per le altre cooperative il Ministero non ha la facoltà di adottare gli altri provvedimenti sanzionatori, definiti dall'art. 12 del d.lgs. n. 220/2002 "effetti della vigilanza", quali: 1) la gestione commissariale; 2) lo scioglimento per atto dell'autorità; 3) la sostituzione dei liquidatori; 4) la liquidazione coatta amministrativa (14). Questi ultimi sono assorbiti dai provvedimenti sanzionatori, ancorché le fattispecie non siano pienamente corrispondenti, previsti per le banche nel Titolo IV del Tub. Va da sé che detti provvedimenti dovranno essere proposti dalla Banca d'Italia e formalizzati da Ministro dell'economia al pari che per qualsiasi altra banca (15). Alla Banca d'Italia, pertanto, compete la valutazione discrezionale, ancorché eventualmente motivata sulla base delle risultanze della revisione cooperativa, circa l'opportunità di proporre al Ministro dell'economia l'amministrazione straordinaria ovvero la liquidazione coatta amministrativa.

(13) Sulle interferenze dei provvedimenti di rigore, promossi dalla Banca d'Italia, con il potere ministeriale di cancellazione dovrà tornare *infra* par. 4.

(14) Cfr. MORARA, *Il sistema dei controlli*, cit., 268 ss.; ROCCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 232 ss.; GENCO, *Il governo dell'impresa cooperativa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p.622 s.; DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., 480 s.

(15) RUGGIERO-MACCHIONE, *Vigilanza sulle banche di credito cooperativo: problematiche applicative*, in *Dir. Prat. Soc.*, 2005, 21, 36 ss.; MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 704 s.

3. (*Segue*). La vigilanza in ordine agli obblighi imposti dalla legge bancaria

Poste tali premesse, occorre chiedersi se la definizione di un ambito di competenza autonoma – ancorché concorrente – in capo alla vigilanza cooperativa e, insieme, il fatto che vi sia ormai ampia applicazione delle norme codicistiche alle banche di credito cooperativo non comporti una radicale rilettura delle disposizioni contenute nel Titolo II, Capo V, Sezione II Tub, relative alle banche di credito cooperativo (16). Personalmente ritengo che occorre prestare estrema cautela, in quanto le richiamate disposizioni rivestono pur sempre il carattere prevalente di norme speciali funzionali allo svolgimento dell'attività creditizia, ancorché da parte di società cooperative (17). Ciò si evince da due dati immediati: 1) il contesto in cui le disposizioni si trovano; 2) il quadro di riferimento generale, definito nell'art. 28, primo e secondo comma del Tub. A tale ultimo riguardo è importante osservare che: a) il primo comma dell'art. 28, cit., stabilisce una riserva di svolgimento dell'attività creditizia a favore di due sole forme di cooperative di credito, quella delle banche popolari e quella delle banche di credito cooperativo, con ciò la disposizione non solo non apre a qualsiasi cooperativa di credito, ma mostra la sua prima funzione che è quella di marcare il confine con il fenomeno della banca di fatto in forma cooperativa, in alcuni periodi piuttosto diffuso e preoccupante; b) il secondo comma dell'art. 28, cit., a sua volta denota il carattere prevalente della vigilanza bancaria secondo quanto sin qui si è venuto già dicendo.

Tuttavia, in dottrina si riscontra l'affermazione che «il rispetto degli artt. 28, 34, 35, 37 e 150-bis t.u.b. da parte della b.c.c. non esula dall'ambito di controllo dell'Autorità governativa, né è irrilevante ai fini dell'accertamento sui requisiti di mutualità, di esclusiva competenza ministeriale» (18). L'affermazione sarebbe suffragata dalle disposizioni contenute negli artt. 1, secondo comma, e 18, primo comma, d.lgs. n.

(16) Cfr. DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., 476 ss.; CUSA, *Lo scopo mutualistico*, cit., 7 ss. (§3.2.1.)

(17) Diversamente DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., specialmente 486.

(18) Cfr. MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 705.

220/2002, in particolare in ragione del fatto che la prima disposizione afferma che la vigilanza sull'accertamento dei requisiti mutualistici è "riservata" al Ministero.

In senso contrario non può sfuggire che il medesimo articolo, al successivo comma quarto, fa salve le diverse forme di vigilanza, e che il successivo art. 18 individua la sfera di competenza del Ministero senza alcun riferimento alle disposizioni della legge bancaria, anzi con esclusivo riferimento alle norme speciali in materia di società cooperative e, implicito, riferimento alle disposizioni codicistiche che reggono le medesime.

Si può, anzi, si deve condividere con gli autori in critica l'auspicio di «una modifica del decreto verso un rafforzamento della vigilanza sulla mutualità, e comunque una maggiore collaborazione fra Ministero e Banca d'Italia», ma allo stato tale rafforzamento e tale collaborazione non sono previste. All'opposto, il legislatore non ha provveduto né alla abrogazione degli articoli del testo unico che fondano la competenza della vigilanza bancaria in materia di banche di credito cooperativo, né alla esplicita riallocazione delle competenze sottese a tali articoli (19).

In funzione della delimitazione delle rispettive competenze, si apre, pertanto, un problema di rilettura delle disposizioni richiamate in un quadro sistematico; fermo restando che non si dubita che, nella rispettiva sfera di competenza, Banca d'Italia e Ministero esercitino una vigilanza concorrente (20) con ambiti di sovrapposizione anche ampi.

Preliminare è ribadire che le finalità sottese alle due vigilanze non sono equiordinate: si è già osservato che, in ipotesi di contrasto, in funzione della scala di valori espressa dal nostro ordinamento, le finalità mutualistiche soccombono rispet-

(19) Si hanno, invece, esempi recenti di riallocazione esplicita delle competenze della Banca d'Italia in ragione della delicatezza delle problematiche sottese, è il caso della c.d. legge sulla tutela del risparmio che ha abrogato le disposizioni di legge che fondavano la competenza della Banca d'Italia in tema di concorrenza fra le banche.

(20) Cfr. PALLOTTI, *La riforma del sistema di vigilanza delle cooperative alla luce del D.lgs. n. 220/2002 (primi approcci operativi)*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 55 ss.; DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., 480 s.; ROCCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 236; ma così anche MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 699.

to alle esigenze di tutela del credito. Tale affermazione merita di essere suffragata, in dettaglio, con ulteriori argomenti:

A) gli ambiti della vigilanza cooperativa sono tassativi (art. art. 3, secondo e terzo comma, d.m. 22 dicembre 2005), laddove quelli della vigilanza creditizia non lo sono; dunque, la legge speciale sulla vigilanza cooperativa si arresta di fronte alle competenze della Banca d'Italia. L'impostazione delle norme primarie trova conferma nel d. m. 22 dicembre 2005, ove, di nuovo l'accento è posto piuttosto sull'esclusività delle competenze della Banca d'Italia, in particolare l'art. 3, quarto comma, recita: «Restano ferme le competenze generali di vigilanza, che spettano in via esclusiva alla Banca d'Italia ai sensi del Tub. La vigilanza cooperativa è esercitata tenendo conto di tali competenze nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa e al fine di evitare duplicazioni di adempimenti e di controlli e di contenere gli oneri a carico delle banche di credito cooperativo»; il successivo art. 4 prevede, alla lett. b), che la revisione cooperativa, volta all'accertamento della natura mutualistica dell'ente, si svolga nei limiti della disposizione appena richiamata.

B) Determinante è constatare come la legge provveda a distribuire tra le due "vigilanze" i poteri sanzionatori. Difatti, l'ampiezza del potere sanzionatorio, e la sua ripartizione tra le diverse Autorità di vigilanza, non può non definire anche l'ampiezza e la ripartizione dei rispettivi compiti di vigilanza, ciò anche in considerazione del fatto che la medesima autorità (meglio diremmo il medesimo complesso di vigilanza) che decide la sanzione è preposta a verificare l'esistenza dei presupposti del provvedimento di rigore. Orbene, al Ministero è assegnato esclusivamente l'irrogazione della sanzione relativa alla variazione dell'iscrizione e alla cancellazione dall'Albo, mentre alla Banca d'Italia competono i ben più pregnanti poteri di valutare la sussistenza dei presupposti, anche concernenti le irregolarità mutualistiche, in ordine all'amministrazione straordinaria e alla liquidazione coatta amministrativa al fine di proporre i provvedimenti di rigore al Ministro dell'economia. È da escludere, invece, che le irregolarità possano essere accertate dalla vigilanza cooperativa per essere, poi, segnalate alla Banca d'Italia la quale, a sua volta,

sarebbe obbligata a provvedere, tale impostazione avrebbe dovuto essere prevista esplicitamente, mentre invece contrasta con l'art. 150-*bis* Tub.

Infatti, quest'ultimo articolo, aggiunto nella legge bancaria dall'art. 38 d.lgs. n. 310/2004, esclude l'applicabilità degli artt. 2545-*sexiesdecies* e 2545-*septiesdecies* che, rispettivamente, disciplinano non solo la sanzione bensì anche l'accertamento in ordine allo «irregolare funzionamento delle società cooperative» e, il mancato perseguimento «dello scopo mutualistico». Sicché la Banca d'Italia può sia autonomamente accertare il verificarsi di tali presupposti (21) sia, come per lo più accadrà, valersi dell'accertamento compiuto in sede di revisione cooperativa, per proporre, rispettivamente, l'amministrazione straordinaria o la liquidazione coatta, ciò essa farà purché non in contrasto con le finalità di tutela creditizia. All'apposto il Ministero dello sviluppo economico non potrà che segnalare alla Vigilanza creditizia il verificarsi dei presupposti e, al più, vigilare e contestare l'eccesso di potere qualora, pure in carenza di motivazioni inerenti alla tutela creditizia la Banca d'Italia non proponga alcun provvedimento al Ministro dell'economia.

Con ciò non voglio affermare che la Vigilanza cooperativa non debba occuparsi della mutualità a tutto campo, ma fuori di tale primo confine essa non può che suggerire alla Vigilanza creditizia i provvedimenti di maggiore rigore. In tale campo incontra il limite della competenza della Banca d'Italia e, quando ciò accade essa è recessiva.

Sostengono ancora Marano e De Stasio che l'Autorità governativa ha anche il compito di vigilare in ordine all'applicazione delle «disposizioni sul funzionamento degli organi sociali contenute nel t.u.b. (ad es., negli artt. 33, 34 e 37 t.u.b.)» (22). Anche, in tale caso, la questione è in verità più complessa nonostante che l'art. 18, primo comma, d.lgs. n. 220/2002 disponga la competenza della vigilanza cooperativa in ordine «al funzionamento degli organi sociali». Mentre tale disposizione sicuramente copre l'applicazione delle norme del codice civile e delle leggi speciali della cooperazione per quan-

(21) Cfr. SALAMONE, *Le banche popolari*, datt., Relazione al Seminario di Studi presso l'Università di Siena, 13 aprile 2007, 6.

(22) MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 705.

to applicabili, per ciò che concerne le norme del testo unico bisogna ancora verificare la loro funzionalizzazione alla mutualità o, piuttosto, alla stabilità bancaria, ove nel dubbio, per le dette ragioni di contesto, bisogna propendere per la seconda soluzione.

Provo qui di seguito a svolgere qualche considerazione più puntuale, ancorché non esaustiva. Vi sono, fra le disposizioni richiamate da Marano e De Stasio, certamente alcune prevalentemente attinenti all'aspetto mutualistico, in primo luogo quelle meramente ripetitive di disposizioni del codice civile: si pensi alla regola del voto capitario, o a quella relativa al valore nominale delle azioni. In verità si potrebbe dire che, oggi, non vi è più ragione perché tali disposizioni siano collocate nel testo unico bancario. La loro, originaria, funzionalizzazione alla vigilanza creditizia in termini, rispettivamente, di controllo sugli assetti proprietari (voto capitario) e di capitalizzazione (complesso del valore delle azioni), da una parte, è legame troppo labile, dall'altra inutile posto che, comunque, gli obiettivi di controllo della Banca d'Italia possono essere perseguiti efficacemente al di là delle disposizioni richiamate.

Di altre disposizioni si potrebbe dire a maggior ragione che riguardano esclusivamente il versante mutualistico. Il caso emblematico è quello dell'art. 34, ult. co., Tub che a sua volta richiama l'art. 30, quinto comma, a tenore del quale «le delibere del consiglio di amministrazione di rigetto delle domande di ammissione a socio debbono essere motivate avuto riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie e allo spirito della forma cooperativa. Il consiglio di amministrazione è tenuto a riesaminare la domanda di ammissione su richiesta del collegio dei probiviri ...». Tale disposizione deroga all'art. 2528, quarto comma (per altro dichiarato non applicabile dall'art. 150-*bis*, primo comma, Tub) che, invece, dispone la facoltà dell'aspirante socio di ricorrere all'assemblea che decide a maggioranza in via definitiva. Vero è che già la disposizione della legge bancaria mostra un certo favore per la porta aperta, ma la nuova norma del codice è ancora più favorevole tanto che ci si sarebbe potuti aspettare, in sede di coordinamento, l'abrogazione della norma speciale. La sopravvivenza di quest'ultima, dunque, può essere letta oggi piuttosto come un limite al pieno dispiegarsi della mutualità. La scelta potrebbe essere giustificata in considerazione del fatto che gli

amministratori, di banche cooperative, sono compiacenti con gli indirizzi di vigilanza creditizia volti a chiudere la porta a quelli aspiranti il cui merito creditizio venisse giudicato dubbio. Sicché dietro il rigetto della domanda dell'aspirante socio, motivato dall'interesse della società, comparirebbe la motivazione "sostanziale" della stabilità della banca cooperativa. In definitiva, rispetto a tale ultimo interesse il principio della porta aperta diverrebbe recessivo. Se così è, anche la funzione di vigilanza in ordine a tale norma è piuttosto affidata alla Banca d'Italia che non alla vigilanza cooperativa.

Vi sono, poi, disposizioni più chiaramente concepite in funzione della qualità di banca, ecco alcuni esempi: 1) così la regola in ordine denominazione demarca, con la riserva circa l'uso del termine "credito cooperativo", il confine con la banca abusiva; 2) l'applicazione della disposizione dell'art. 33, terzo comma, Tub con esclusione dell'applicabilità dell'art. 2542, quarto comma c.c., impedisce la nomina di consiglieri di amministrazione riservata a Stato o enti pubblici (23), in conformità con l'indirizzo favorevole all'impresa bancaria quale impresa privata sottesa al nostro ordinamento di settore a far data, almeno, dagli anni '90; 3) il numero minimo dei soci pari a duecento non ha significato mutualistico (quanti più soci dovrebbe avere una cooperativa nel settore della grande distribuzione!) ma è numero più congruente con il capitale minimo di cui devono essere dotate le banche; 4) infine, la destinazione del settanta per cento degli utili netti annuali a riserva, anziché il ben più misero trenta per cento delle altre cooperative, si spiega esclusivamente con gli obiettivi di patrimonializzazione propri delle aziende di credito.

4. Banche di credito cooperativo e iscrizione all'Albo

Si è detto che il potere sanzionatorio è indicativo dei limiti di competenza di vigilanza e, inoltre, che le sanzioni a disposizione della vigilanza creditizia sono la variazione e la cancellazione dall'Albo. Partendo da un breve inquadramento della disciplina dell'Albo in relazione alle banche di credito coope-

(23) Su tale disposizione cfr. anche DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., 479.

rativo, è infine importante chiarire quali siano i presupposti di applicazione della sanzione della variazione e della cancellazione dall'albo di tali banche.

Dispone l'art. 15 d.lgs. n. 220/2002 che «è istituito a fini anagrafici e della fruizione dei benefici fiscali o di altra natura, l'Albo nazionale degli enti cooperativi». A sua volta, l'art. 2 del d.m. di attuazione (23 giugno 2004), nel ribadire l'istituzione dell'Albo, dispone che esso si componga di due sezioni: «nella prima sezione devono iscriversi le società cooperative a mutualità prevalente (...) nella seconda sezione devono iscriversi le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente».

In particolare le banche di credito cooperativo dovranno iscriversi necessariamente nella sezione delle cooperative a mutualità prevalente, in ottemperanza al precetto dell'art. 223-terdecies, disp. att. c.c., mentre, a differenza, delle altre cooperative non possono liberamente deliberare «l'introduzione e la soppressione» delle clausole di prevalenza, ciò perché l'art. 150-bis, quarto comma del Tub richiama il secondo comma dell'art. 2514 c.c. che, appunto, concede tale facoltà. Dunque le banche di credito cooperativo non potranno né costituirsi senza la clausola di prevalenza, né deliberare in corso di tempo una modificazione dello statuto. Infine tali banche, al momento di iscrizione all'Albo dovranno dichiarare l'appartenenza alla categoria, appunto, di banche di credito cooperativo (art. 4, quarto comma, d.m. 23 giugno 2004) (24).

Tuttavia, non vi è dubbio che qualora una banca di credito cooperativo perda di fatto il requisito della mutualità prevalente, il Ministero dovrà provvedere al declassamento nella sezione della mutualità non prevalente (25). Già l'art. 28, com-

(24) Cfr. COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, cit., 1127.

(25) COSTA, *op.ult.cit.*, 1127, pone il quesito del mancato rispetto di fatto del requisito della prevalenza senza darvi risposta; v. anche PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Studio n. 5617/I* del Consiglio nazionale del notariato, 5; DE STASIO, *La disciplina delle banche cooperative*, cit., 486 ss. Invece, PALLOTTI, *La riforma del sistema di vigilanza*, cit., 81 ss.; PAOLUCCI, *Riordino della vigilanza sugli enti cooperativi*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2003, 1171, hanno affermato che la riforma del sistema di vigilanza cooperativa non prevede più la sospensione, bensì solo la cancellazione dall'albo per il caso di inottemperanza alle

ma 2-*bis*, Tub dispone che sono considerate a mutualità prevalente le banche di credito cooperativo «che rispettano i requisiti di mutualità previsti dall'art. 2514 del codice civile...», frase relativa con evidente carattere delimitativo. Inoltre, mentre per le cooperative in generale, l'art. 5, d.m. 23 giugno 2004, testualmente dispone: «le società cooperative che perdono il requisito della prevalenza sono iscritte a cura della Direzione generale [del Ministero delle attività produttive ora Ministero dello sviluppo economico] nella sezione delle cooperative prive del requisito predetto» (26); con riferimento specifico alla banche di credito cooperativo l'art. 16 d.m. 22 dicembre 2005, a sua volta, precisa che «il soggetto che ha conferito l'incarico, nel formalizzare l'esito della revisione, qualora ritenga che ricorrano i presupposti per la variazione dell'iscrizione o per la cancellazione dall'Albo previsto dall'art. 223-*sexiesdecies*, comma 1, della disposizioni per l'attuazione e transitorie del codice civile, trasmette la relativa proposta al Ministero, unitamente al verbale di revisione, nel termine di cui all'articolo 15, comma 1. Copia della predetta comunicazione è inviata anche alla Banca d'Italia. (...) Qualora il Ministero ritenga che ricorrano i presupposti per la variazione dell'iscrizione o la cancellazione, la dispone, sentita la Banca d'Italia». Dunque, nell'art. 16 appena citato, è testuale che la banca di credito cooperativo deve essere iscritta nella sezione della mutualità non prevalente qualora ne ricorrano i presupposti, vale a dire qualora non rispetti i requisiti delle cooperative a mutualità prevalente (art. 2514 c.c.): limiti alla distribuzione dei dividendi, indisponibilità delle riserve, contribuzione ai fondi mutualistici.

regole mutualistiche, in realtà nelle more dell'attuazione del d.lgs. 220/2002 e in ragione delle modificazioni introdotte nel codice civile tese a ricomprendere anche le cooperative a mutualità non prevalente nella vigilanza cooperativa, si è successivamente stabilito che l'inottemperanza meno grave alle regole mutualistiche dà luogo alla variazione nel registro, nei casi più gravi si provvedere anche alla liquidazione coattiva all'esito della quale consegue la cancellazione dall'Albo. In ogni caso nel sistema ormai vigente la cancellazione non può aversi che per dismissione volontaria o coattiva, che sia, delle caratteristiche di qualsiasi tipo di ente mutualistico: v. Circolare 4 agosto 2005, Prot. 1578744, del Ministero dello sviluppo economico, avente ad oggetto: "Albo delle società cooperative".

(26) Con riferimento alle cooperative in generale, cfr. MORARA, *Il nuovo albo per le società cooperative*, in *Società*, 2004, 1438.

La Vigilanza cooperativa gode di autonomia piena nel valutare la presenza negli statuti e l'effettiva osservanza delle clausole attinenti ai requisiti suddetti.

Dunque, l'iscrizione all'Albo, nella sezione della mutualità prevalente, certifica l'esistenza delle condizioni affinché le cooperative possano accedere ai benefici fiscali (27); la variazione dell'iscrizione esclude l'accesso ai benefici. Posto che il Ministero ha, in via autonoma, tale potere esso verifica e regola la possibilità che le cooperative e nello specifico le banche di credito cooperativo siano legittimate a beneficiare «delle agevolazioni fiscali e di qualsiasi altra natura». In tale chiave, acquista un senso più specifico anche la disposizione dell'art. 4, lett. b), d.m. 22 dicembre 2005 che impone alla vigilanza cooperativa l'accertamento della "natura mutualistica dell'ente" con il limite immediatamente dopo specificato di verificarne «la legittimazione a beneficiare delle agevolazioni fiscali, previdenziali e di altra natura».

Può sembrare un esito limitato rispetto a certe premesse e auspici, ma si deve sottolineare non è una competenza da poco quanto ad effetti ed è tale, talvolta, da costringere la Vigilanza creditizia, ancorché riluttante, ad assumere essa stessa provvedimenti di rigore. Infatti, il mancato accesso alle agevolazioni, specie fiscali, può portare la banca di credito cooperativo alla crisi patrimoniale, aprendo perciò le prospettive dell'amministrazione straordinaria, dell'incorporazione in altra banca e, nei casi più gravi, della liquidazione coattiva.

Anche l'operatività non prevalente a favore dei soci dovrebbe essere sanzionata con il passaggio alla sezione dell'Albo della mutualità non prevalente e la perdita conseguente dei benefici fiscali; ma a tal proposito si deve tenere conto dell'art. 35 Tub - purtroppo non abrogato e non modificato - e del fatto che esso introduce un ulteriore *vulnus* nell'ambito delle competenze della vigilanza cooperativa poiché stabilisce: «le banche di credito cooperativo esercitano il credito prevalentemente a favore dei soci. La Banca d'Italia può autorizzare, per periodi determinati, le singole banche di credito cooperativo a una operatività prevalente a favore di soggetti diversi dai soci, unicamente quando sussistano ragioni

(27) Cfr. F. SALERNO, *Fusione di banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 403.

di stabilità». A dire di una parte della dottrina la competenza esclusiva del ministero «comprende anche l'osservanza delle norme del t.u.b. attinenti ai rapporti con i soci (art. 28, comma 2-*bis* e art. 35 t.u.b.)» (28). Se ben comprendo l'assunto di tali autori competerebbe esclusivamente al Ministero la facoltà di variare la sezione dell'Albo in cui è iscritta la banca cooperativa, qualora la stessa non abbia rispettato il requisito di prevalenza, ciò ancorché la Banca d'Italia si sia avvalsa del potere di autorizzazione in deroga.

Si tratta di un'interpretazione sostanzialmente abrogativa della seconda parte dell'art. 35 Tub e come tale non condivisibile. Infatti, in dottrina è pacifico che la facoltà di autorizzare la deroga da parte della Banca d'Italia risponde all'esigenza di non destabilizzare la banca di credito cooperativo, come conferma proprio l'art. 28, comma 2-*bis*, Tub, a tenore del quale i requisiti di prevalenza non sono quelli previsti in generale per le cooperative ma quelli specifici – e comprensivi dell'eventuale deroga di Banca d'Italia – previsti dall'art. 35 successivo.

Se si seguisse l'opinione in critica giungeremmo ad un risultato paradossale, in quanto l'eventuale deroga concessa dalla Banca d'Italia, anziché risanare il patrimonio della cooperativa di credito interessata, aprirebbe una falla ancora maggiore. Difatti, da un lato, si autorizzerebbe l'operatività con non soci in ragione del maggiore merito creditizio di questi ultimi a fronte del merito creditizio dei soci, dall'altro, secondo l'interpretazione in critica la banca perderebbe subito i benefici fiscali. Sicché a fronte di un beneficio patrimoniale futuro e tutto sommato incerto legato al rientro dagli affidamenti che l'autorizzazione in deroga intende favorire, vi sarebbe una diminuzione patrimoniale immediata e certa data dalla completa sottoposizione a tassazione del reddito di impresa.

Anche in ordine al potere di cancellazione dall'Albo di competenza del Ministero, si verifica una grave interferenza con i poteri di Banca d'Italia e del Ministro dell'economia. Per comprendere tale affermazione è bene precisare che la cancel-

(28) Cfr. MARANO-DE STASIO, *La vigilanza*, cit., 705; ma v. BLANDINI, *Localismo e ricorso al mercato dei capitali*, cit., p.682 s.; MARASÀ, sub art. 2520, in *Società cooperative* a cura di Presti, in *Comm. riforma soc.* di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p.127 s. e PETRELLI, *Le banche cooperative*, cit., 15.

lazione di una cooperativa dall'Albo può essere disposta solo in seguito all'estinzione conseguente a liquidazione volontaria o concorsuale e nel caso di trasformazione e fusione eterogenea (29). In considerazione di ciò è evidente che Il Ministero dello sviluppo economico, salvo per il caso della liquidazione volontaria, si limiterà a prendere atto dell'esito di procedure governate dalla vigilanza creditizia.

5. La vigilanza sulle banche popolari

Se, dunque, i termini entro cui si è realizzato lo spostamento di competenze di vigilanza in ordine alle banche di credito cooperativo lascia insoddisfatti, ancor più perplessi si resta di fronte al fatto che la vigilanza sulle banche popolari è di completo appannaggio della Banca d'Italia (art. 28, secondo comma, Tub e art. 1, quarto comma, d.lgs. n. 220/2002). Eppure già per tempo (precisamente a far data dal d.lgs. n. 4 agosto 1999, n. 342) il legislatore aveva provveduto ad espungere dalla disciplina dell'art. 30 Tub quella disposizione che riservava alla Banca d'Italia il potere di riformare la decisione del consiglio di amministrazione della banca di rigettare la domanda di ammissione di nuovi soci cooperatori. Si era con ciò posto rimedio al più eclatante "sviamento di potere" della Banca d'Italia rispetto alle funzioni che le sono proprie per coprire un ambito specificamente riferito alla mutualità.

L'atteggiamento del legislatore è, in verità, ondivago, perché, in seguito all'intervento di coordinamento delle nuove disposizioni societarie del codice civile con le norme della legge bancaria, le banche popolari sono state ricomprese nel novero degli enti mutualistici. Infatti, l'art. 150-*bis* Tub, come inserito dal d.lgs. n. n. 310/2004, riafferma il carattere mutualistico delle popolari, poiché dispone che ad esse si dovranno applicare le medesime regole del codice civile che si applicano alle banche di credito cooperativo fatta eccezione per gli artt. 2512, 2514 c.c. (art. 150-*bis*, secondo comma, Tub) in altre parole fatta eccezione per quelle disposizioni che fondano i

(29) Si consideri, per altro, che la fusione e secondo alcuni anche la trasformazione per le banche di credito cooperativo sono praticabili solo nei limiti previsti dall'art. 36 Tub.

criteri di mutualità prevalente (30). Le banche popolari si confermano quali cooperative che non hanno accesso ai benefici fiscali (31) e, dunque, sono nella nuova terminologia del codice civile cooperative a mutualità non prevalente. Si ricordi, d'altra parte, che alle popolari non si applicavano e non si applicano le disposizioni delle leggi speciali sulla cooperazione e in particolare quelle che sono alla base dei vantaggi fiscali per la cooperazione: ciò vale, infatti, sia per ciò che concerne l'art. 26 della c.d. legge Basevi (così dispone l'art. 1, d.l. n. 569/48); sia complessivamente la legge l. n.59/92 (così dispone l'art. 21, ottavo comma della legge medesima) (32).

Non è questo il luogo per condurre una rassegna completa degli articoli del codice civile che si applicano alle banche popolari (33), interessa piuttosto notare che tra tali articoli compaiono alcuni il cui connotato in funzione mutualistica è particolarmente rilevante. Mi riferisco a: 1) l'art. 2545 c.c. il quale dispone che gli amministratori e i sindaci «in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio debbono, nelle relazioni previste dagli articoli 2428 e 2429 indicare specificamente i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico»; 2) l'art. 2521, secondo comma, c.c. il quale sia pure con norma dispositiva, derogabile da espressa clausola contraria dell'atto costitutivo, stabilisce l'operatività esclusiva con i soci (34); 3) l'art. 150-*bis*, se-

(30) Alle popolari non si applica, altresì, l'art. 2530, co. 1, c.c. che concede la facoltà agli amministratori di società cooperative di non autorizzare la cessione di quote o azioni; precetto incompatibile con l'accesso ai mercati regolamentati nei quali sono, invece, significativamente presenti alcune banche popolari.

(31) Cfr. MARASÀ, sub *art. 2520*, cit., 125; F. SALERNO, *Fusione*, cit., 436.

(32) Occorre rammentare, in particolare che la l. n. 59/92 ha disposto la contribuzione obbligatoria delle cooperative ai fondi mutualistici con eccezione, appunto, per le popolari.

(33) In proposito cfr. SALAMONE, *Le banche popolari*, cit., 4 ss.

(34) Tuttavia PETRELLI (*Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, cit., 41) ritiene che la disposizione richiamata non sia applicabile alle banche popolari in quanto «proprio le esigenze di stabilità bancaria (...) inducono a maggior ragione a ritenere che la banca popolare, istituzionalmente cooperativa a mutualità non prevalente e quindi operante indifferentemente con soci e non soci, debba poter operare, per le medesime ragioni di stabilità, con i terzi a prescindere da qualsiasi autorizzazione statutaria. In altri termini, *nelle banche popolari le ragioni di stabilità prevalgono net-*

sto comma, Tub che prevede la possibilità della ripartizione di ristorni a favore dei soci delle banche popolari. Il sistema di diritto positivo comporta che la Banca d'Italia sia titolare esclusiva della funzione di vigilanza con riguardo anche a quegli aspetti della disciplina – quali quelli appena citati – funzionali allo scopo mutualistico (35). Tuttavia, non è vero che non esiste un ambito, sia pure molto ristretto, nel quale si esplica una funzione di controllo, quantomeno formale, da parte della vigilanza cooperativa: mi riferisco all'iscrizione all'Albo tenuto a cura della competente Direzione generale del Ministero dello sviluppo economico.

Infatti, l'iscrizione nell'Albo delle società cooperative è testuale non solo per le banche di credito cooperativo, ma anche per le banche popolari (36): l'art. 223-*terdecies*, disp. att. c.c., come modificato dall'art. 37 d.lgs 310/2004, infatti recita: «Alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo si applica l'articolo 223-*duodecies*; il termine per l'adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni inderogabili del codice civile è fissato al 30 giugno 2005. Entro lo stesso termine le banche cooperative provvedono all'iscrizione presso l'Albo delle società cooperative». A sua volta il d.m. 23 giugno 2004 ha chiarito che l'Albo si compone di una sezione della mutualità prevalente ed una della mutualità non prevalente (art. 2); sicché in considerazione della citata disposizione dell'art. 150-*bis* Tub, ai sensi della quale le Popolari sono necessariamente cooperative a mutualità non prevalente, esse sono obbligate a iscriversi nella corrispondente sezione (37). In tale senso de-

tamente sulle ragioni della mutualità, facendo sì che la banca possa operare con terzi anche se lo statuto tale attività non preveda»; posso convenire che nel richiamare l'art. 2521, co. 2, c.c. il legislatore non ha tenuto in debito conto il carattere di cooperative a mutualità non prevalente delle popolari, ma l'interprete deve prendere atto della norma positiva senza proporre interpretazioni che sviliscono l'autonomia statutaria della banca cooperativa, benché non esiste limite nella legge.

(35) Cfr. SALAMONE, *Le banche popolari*, cit., 6.

(36) Già in precedenza è stata sostenuta l'iscrivibilità delle Popolari nello schedario generale della cooperazione: cfr. SANTORO, *Accesso delle banche popolari alle agevolazioni previste per le società cooperative*, in *Dir. banc.*, 1987, II, 156 ss. Oggi, tuttavia, l'iscrizione all'Albo è non solo testuale ma anche obbligatoria. Con riferimento alle disposizioni vigenti, cfr. PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, cit., 48 s.

(37) Le popolari devono iscriversi, altresì, nella categoria residuale denominata "altre cooperative", così PETRELLI, *Le banche cooperative*, cit., 49.

pone anche la Circolare 4 agosto 2005, Prot. 1578744, del Ministero delle attività produttive (avente ad oggetto: “Albo delle società cooperative”), la quale precisa che l’iscrizione «deve essere riservata esclusivamente agli enti qualificati giuridicamente» secondo sette tipologie tassativamente indicate, fra le quali è espressamente indicata quella delle banche popolari.

Ci si deve a questo punto chiedere quale sia il fine dell’iscrizione delle Popolari posto che nessuna funzione di controllo sulle stesse è demandata alla vigilanza cooperativa.

Occorre, tuttavia, partire più da lontano per chiarire quale sia la funzione non solo dell’iscrizione all’Albo ma, complessivamente, quale sia la funzione di vigilanza sulle cooperative a mutualità non prevalente. Orbene, a tal proposito la dottrina ha ben chiarito che una delle novità più importanti in ordine alla riforma delle società cooperative è proprio l’unitarietà della disciplina degli enti mutualistici ai quali tutti è richiesto, sia pure con gradi diversi, di rispettare lo scopo mutualistico (38). Per tale ragione è necessario che la revisione cooperativa vigili sul rispetto delle regole anche per quanto riguarda le cooperative a mutualità non prevalente (39). L’unica facoltà (ovvero obbligo se ne ricorrono le condizioni) che le cooperative hanno è quella di potere passare dall’una all’altra mutualità con i noti riflessi di carattere fiscale e agevolativi (40). L’unico modo per uscire dal mondo cooperativo è la cancellazione dall’Albo che consegue, esclusivamente alla «perdita [della] natura giuridica» di società cooperativa. Ipotesi che si

(38) Cfr. BELVISO, *Le cooperative a mutualità prevalente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 28 ss.

(39) Cfr. BELVISO, *Le cooperative*, cit., 24. A fronte di tale “costrizione” vi è il vantaggio di non essere obbligati alla devoluzione del patrimonio effettivo nel momento in cui si viene iscritti nella sezione della mutualità non prevalente: cfr. BONFANTE, *La cooperativa a mutualità prevalente*, in *La disciplina civilistica e fiscale della “nuova” società cooperativa*, Padova, 2005, 52; *contra* F. SALERNO, *Fusione*, cit., 437 ss., il quale, a torto, non tiene conto del fatto che il legislatore considera unitariamente il fenomeno cooperativo.

(40) A proposito dell’art. 2545-*octies* c.c., Guido Bonfante efficacemente scrive: «si tratta di un quadro legislativo che innova profondamente rispetto al passato consentendo alla cooperativa di passare dal tipo agevolato a quello non agevolato e viceversa senza particolari difficoltà»; cfr. BONFANTE, *op. loc. ultt. cit.*

verificano «all'avvenuta definizione delle procedure liquidatorie e fallimentari nonché alla fusione e alla trasformazione della cooperativa in altra forma societaria» (41).

Io credo che, non diversamente che per tutte le altre cooperative a mutualità non prevalente, anche per le banche popolari l'iscrizione all'Albo ha la funzione di trattenerle nel contesto degli enti cooperativi, a tal fine la loro rilevazione anagrafica è preliminare e necessaria (42). Tuttavia, diversamente dalle altre cooperative a mutualità non prevalente, le banche popolari (finché rimangono tali) non hanno alcuna facoltà di passare all'altra sezione, così come (coerentemente con ciò) sono escluse dalle agevolazioni fiscali. Si può però, a mio avviso, ragionevolmente sostenere che la loro iscrizione all'Albo svolge anche un'altra funzione: vale a dire essa costituisce presupposto per l'accesso ad eventuali agevolazioni non fiscali in specie a carattere previdenziale; difatti, l'Albo è istituito ai fini «della fruizione dei benefici fiscali [ma anche] di altra natura» (art. 15, primo comma, d.lgs. n. 220/2002) laddove le Popolari sono esplicitamente escluse solo dal beneficio fiscale.

Poste tali premesse è gioco forza osservare che – nonostante l'affermazione di principio contenuta nell'art. 28, secondo comma, Tub, anche per le banche popolari esiste un ambito (certamente molto modesto) di vigilanza concorrente affidata alle “autorità cooperative”. Difatti, non è dubbio che la gestione dell'Albo è affidata alla cura esclusiva del Ministero dello sviluppo economico (Direzione generale per gli enti cooperativi) (art. 2, primo comma, d.m. 23 giugno 2004). Sicché al medesimo Ministero competerà sia l'accertamento dei presupposti per l'iscrizione, sia di quelli per la cancellazione dall'Albo. In particolare la cancellazione dall'Albo sarà disposta: 1) nel caso di banca popolare che si sia posta in liquidazione volontaria, a seguito di autonomo accertamento del Ministero in ordine all'effettiva estinzione della banca popolare; 2) nel caso di banca popolare, che sia autorizzata dalla Banca d'Italia alla trasformazione ovvero alla fusione eteroge-

(41) Cfr. Circolare 4 agosto 2005, Prot. 1578744, del Ministero dello sviluppo economico, avente ad oggetto: “Albo delle società cooperative”.

(42) Sull'iscrizione all'albo delle banche popolari in funzione esclusivamente anagrafica, cfr. PETRELLI, *Le banche cooperative*, cit., 48.

nea, a seguito di accertamento del compimento dell'operazione di trasformazione e di fusione nonché della sussistenza dell'autorizzazione della Banca d'Italia; 3) nel caso di banca popolare sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, a seguito dell'accertamento della sussistenza del provvedimento ministeriale di messa in liquidazione nonché dell'avvenuta definizione della procedura liquidatoria. Per semplificare la procedura, nei casi sub 2 e 3 sarebbe auspicabile che la Banca d'Italia segnalasse alla competente Direzione generale del Ministero dello sviluppo economico la conclusione della procedura indicando, contemporaneamente, gli estremi identificativi vuoi delle autorizzazioni vuoi del provvedimento di rigore.

6. Breve auspicio conclusivo

La stratificazione delle norme rende, dunque, complessa e spesso insoddisfacente la ricostruzione del sistema di vigilanza su entrambe le forme di cooperative di credito. Si deve, pertanto, esprimere un forte auspicio di rivisitazione dell'intero sistema. In ordine alle banche di credito cooperativo, sarà opportuno delimitare meglio le competenze delle due vigilanze accrescendo lo spazio della revisione cooperativa, oltre che disponendo il coordinamento fra le autorità, stabilendo che la violazione degli adempimenti mutualistici – segnalata dalla vigilanza cooperativa – obblighi la vigilanza creditizia ad assumere i provvedimenti di rigore di sua competenza. Per quanto riguarda la banche popolari, preso atto della scelta legislativa di inquadrarle tra gli enti mutualistici, occorrerà ugualmente estendere ad esse la vigilanza cooperativa nei medesimi termini che per l'altra categoria.

PALOMAR

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

PALOMAR:
PRIMO TRIMESTRE 2009

SOMMARIO

- ALBANIA – Approvato il nuovo codice elettorale
- ANDORRA – Rafforzati i diritti delle coppie di fatto
- CAMERUN – Approvato il decreto presidenziale di attuazione della legge sulle regioni
- CANADA – Il Governatore generale sospende la sessione parlamentare appena iniziata
- CANADA – La Corte Suprema innova la sua giurisprudenza sul principio di uguaglianza giudicando su un affirmative action program a favore di alcune comunità aborigene
- CILE – Le istituzioni cilene rafforzano la tutela delle confessioni religiose minoritarie
- CITTÀ DEL VATICANO – Approvata la nuova legge sulle fonti del diritto
- COLOMBIA – La Colombia approva due leggi di tutela dei diritti delle persone anziane e delle donne
- COREA DEL SUD – La Corte costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'irretroattività degli effetti delle proprie decisioni di incostituzionalità
- COREA DEL SUD – La Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità relativa alle disposizioni di legge che puniscono penalmente l'adulterio
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – La Corte dichiara l'incompatibilità del database britannico del DNA con l'articolo 8 della Convenzione
- DANIMARCA – La Groenlandia si pronuncia sulla sua indipendenza dalla Danimarca
- EMIRATI ARABI UNITI – Approvati emendamenti ad alcuni articoli della Costituzione
- FILIPPINE – La Corte suprema decide il primo caso di ricorso diretto individuale, confermando l'importanza del diritto alla sicurezza
- FILIPPINE – La Corte suprema dichiara incostituzionale l'accordo di pace negoziato dal Presidente per mancato rispetto delle competenze presidenziali e del principio di sovranità dello Stato
- FILIPPINE – La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedono la sottoposizione obbligatoria a test sull'uso di stupefacenti per tutti i candidati a cariche pubbliche
- FRANCIA – Approvata la legge per prorogare le deroghe al sistema Schengen
- GAMBIA – La Corte suprema rigetta un ricorso contro le modifiche alla legge sulle autonomie locali
- GEORGIA – Il Parlamento georgiano ha approvato una riforma costituzionale riguardante il Parlamento stesso, il Governo, il diritto di proprietà e il sistema giudiziario
- GIAPPONE – Il Parlamento approva la legge che attribuisce la cittadinanza giapponese anche a bambini nati al di fuori del vincolo matrimoniale
- INDIA – Deepak Bajaj v. State of Maharashtra & Anr. Writ Petition (Crl.) No.77 of 2008. La Corte suprema fa il punto sul diritto alla vita ed alla libertà personale
- INDIA: approvato il nuovo pacchetto di misure antiterrorismo

- KYRGYZSTAN – Approvata la legge sulla libertà di coscienza e le organizzazioni religiose
- LETTONIA – La Corte Costituzionale lettone riconosce il diritto dei detenuti alle ferie retribuite
- LIBERIA – La Corte suprema annulla la sospensione del Presidente del Senato
- LUSSEMBURGO – Approvato il nuovo statuto della Commissione consultiva per i diritti umani
- LUSSEMBURGO – Il Parlamento approva importanti riforme in materia di integrazione e cittadinanza
- MESSICO – Approvata la legge che consente ai malati terminali l'interruzione del trattamento
- MONTENEGRO – Riconosciuta l'indipendenza del Kosovo
- NEPAL – La Corte suprema del Nepal dichiara legittimi i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso
- PORTOGALLO – Il Parlamento respinge la legalizzazione del same-sex marriage
- PORTOGALLO – Approvato il nuovo Statuto delle Isole Azzorre
- REGNO UNITO – La High Court fa il punto in tema di eutanasia e richiede l'intervento del legislatore
- REGNO UNITO – Approvato il Climate Change Act 2008
- REGNO UNITO – La High Court riconosce il diritto del minore di non essere sottoposto a trapianto
- REGNO UNITO – Adottata la nuova Costituzione delle Isole Falkland
- REPUBBLICA DEMOCRATICA DEL CONGO – Realizzato il decentramento territoriale
- RUSSIA – Il Presidente Medvedev firma i primi emendamenti alla Costituzione russa del 1993
- RUSSIA – Approvata definitivamente la legge sul database del DNA
- SERBIA – Nuove riforme per l'ingresso nell'Unione europea
- SPAGNA – Il Governo approva il piano nazionale per i diritti umani
- SPAGNA – Dichiarata l'illegittimità della presenza del crocifisso in aula
- STATI UNITI – La Corte suprema della California afferma che i medici non possono negare alcun trattamento sanitario a pazienti omosessuali sulla mera base delle proprie convinzioni religiose
- STATI UNITI – Approvati gli emendamenti all'American with Disability Act volti ad ampliare la tutela per i soggetti diversamente abili, superando la rigida interpretazione della Corte suprema
- STATI UNITI – Il same-sex marriage è al centro di molteplici modifiche e sviluppi costituzionali nei singoli stati dell'Unione
- STATI UNITI – La Corte suprema conferma la possibilità dei mezzi della marina militare di utilizzare i sonar nelle esercitazioni militari, nonostante il pericolo di danni all'ecosistema marino
- SUDAFRICA – La Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittime alcune disposizioni relative ai matrimoni tradizionali
- SUDAFRICA – La High Court della sezione provinciale di Transvaal autorizza l'uso del nome di "Congress of the People" per la formazione di un nuovo partito politico
- TAILANDIA – La Corte costituzionale scioglie tre dei partiti politici di maggioranza nella coalizione di governo ed interdice il Primo ministro dalla politica per un arco di tempo di cinque anni

UCRAINA – La Corte costituzionale definisce i poteri del Presidente della Repubblica di indizione di referendum popolari

UNGHERIA – La Corte costituzionale annulla la legge sulle unioni omosessuali

UNIONE EUROPEA – Prosegue il processo di riforma delle istituzioni europee dopo la pronuncia della Corte costituzionale della Repubblica Ceca

UNIONE EUROPEA – Il Tribunale di primo grado si pronuncia per la terza volta sulla controversia tra il Consiglio e l'Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran

URUGUAY – Il Presidente pone il veto alla depenalizzazione dell'aborto

ALBANIA – Approvato il nuovo codice elettorale

Dopo lunghi dibattiti il 18 novembre 2008 l'Albania ha varato una nuova legge elettorale, particolarmente criticata dai partiti minori che si reputano penalizzati dal sistema proporzionale con sbarramento. Il nuovo sistema elettorale, infatti, prevede una riorganizzazione delle circoscrizioni su base provinciale che lega il numero dei deputati eletto in ciascuna provincia alla popolazione in essa residente che, peraltro, aumenta il valore dei voti espressi nelle province di Tirana, Fier ed Elbasan e fissa una soglia di sbarramento su base provinciale che penalizza i partiti minori. Questi ultimi hanno più volte ribadito la loro contrarietà al nuovo testo, opponendosi anche alla disposizione che ne limita i poteri nell'ambito delle Commissioni elettorali.

La redazione del nuovo testo della legge elettorale segna anche un importante passo in avanti nelle dinamiche partitiche, essendo il frutto di un accordo tra i due principali partiti, il PD, al governo, e il PS, attualmente all'opposizione. Sono queste le premesse, salutate con approvazione anche dai principali osservatori internazionali quali l'OSCE e l'UE, a partire dalle quali si giocherà la prossima sfida elettorale, prevista per giugno 2009, in cui sarà possibile verificare anche la capacità delle autorità di redigere liste elettorali che consentano uno svolgimento regolare delle elezioni; già in passato, infatti, vi sono stati problemi dovuti alla irregolarità dei documenti di identità dei partecipanti al voto, da cui restano ancora esclusi circa un milione di albanesi residenti all'estero. *(Valentina Rita Scotti)*

ANDORRA – Rafforzati i diritti delle coppie di fatto

Il 3 ottobre 2008 il *Consell General* (Parlamento) di Andorra ha approvato all'unanimità dei tre gruppi che lo compongono, il *Partido Liberal* (PLA), il *Partido Socialdemócrata* (PS) e *Centre Democrata Andorra* (CDA), la nuova legge sulla sicurezza sociale andorrana, che sostituisce la precedente del 1968. L'accordo politico per redigere una nuova normativa in questa materia era stato firmato il 14 dicembre 2005 e, dopo tre anni di trattative, i gruppi parlamentari hanno raggiunto un punto d'incontro ed elaborato la legge di riforma. Tra le varie novità spicca il rafforzamento dei diritti delle coppie di fatto, in particolare per ciò che concerne la successione per causa di morte. Infatti, la normativa appena approvata prevede che la pensione del defunto, di cui prima poteva beneficiare solo il coniuge o i familiari più stretti, possa essere devoluta a chi, in generale, «si occupa delle spese del *de cuius*». Di fatto, quindi si riconoscono diritti successori anche ai conviventi *more uxorio*. (Irene Spigno)

CAMERUN – Approvato il decreto presidenziale di attuazione della legge sulle regioni

Il 12 novembre, il decreto presidenziale n. 2008/376 ha trasformato le 10 province del Camerun in Regioni. Questo provvedimento dà attuazione alla legge n. 2004/19 del 22 giugno 2004 sulle regioni, ma, contrariamente alle aspettative di introduzione di un maggiore decentramento, lo fa in senso marcatamente conservatore. Il decreto dispone che il Camerun sia costituito da 10 regioni, 58 divisioni e più di 300 sub-divisioni, cui possono aggiungersi nuovi enti territoriali costituiti dal Presidente. A capo di ognuno di questi vi è un governatore – nel caso delle regioni – o un funzionario divisionale di nomina presidenziale. Il governatore ed i funzionari divisionali rappresentano il Capo di Stato nelle loro unità amministrative e, per quanto riguarda in particolare il governatore, secondo l'interpretazione maggioritaria, la sua posizione sarebbe sovraordinata rispetto al Presidente del consiglio regionale eletto cui la Costituzione affida il potere esecutivo (art. 57.3 Cost.).

Questo decreto presidenziale è stato fortemente criticato dai partiti di opposizione, in particolare la *Cameroon Democratic Union*, e dalla *Foundation for Human Rights and Development* oltre che, più in generale, dalla comunità anglofona camerunense. L'atto presidenziale è stato indicato come incostituzionale rispetto alla Costituzione del 1996, segnatamente al suo Titolo X dedicato alle collettività territoriali decentrate, la cui attuazione avrebbe richiesto un più significativo decentramento. (*Gabriella Angiulli*)

CANADA – Il Governatore generale sospende la sessione parlamentare appena iniziata

Le elezioni del 14 ottobre 2008 per il rinnovo dei componenti della *House of Commons* hanno segnato una perdita di seggi per il partito di governo, quello conservatore (ben 16 seggi in meno rispetto alla precedente legislatura), e, viceversa, una crescita elettorale tanto del partito liberale quanto del *New Democratic Party*.

Le due Camere, dopo la consultazione elettorale, sono state convocate per la prima volta il 18 novembre 2008 e il 19 il Governatore generale, Michaëlle Jean, ha pronunciato il “discorso del trono” che segna l’apertura di una nuova sessione parlamentare.

La successiva crisi di governo è stata determinata dall’annuncio da parte del Ministro delle finanze, James Michael Flaherty, di un piano di tagli alla spesa pubblica in assenza di misure volte a promuovere lo sviluppo economico. Tale iniziativa ha condotto i liberali e il *New Democratic Party* a coalizzarsi e a presentare una mozione di sfiducia che avrebbe dovuto essere votata l’8 dicembre 2008. Se la mozione fosse stata approvata, il Governatore generale avrebbe potuto scegliere di investire la nuova coalizione così costituita nella formazione di un nuovo governo o di indire nuove elezioni.

Il 4 dicembre 2008, tuttavia, la proposta del Primo ministro di disporre la *Prorogation* della prima parte della Quarantesima Sessione del Parlamento canadese fino a fine gennaio è stata accolta dal Governatore che l’ha formalizzata in una Dichiarazione pubblicata il 5 dicembre sul *Canada Gazette*. Con il termine *Prorogation* si intende sia la fine della sessione parlamentare in occa-

sione della quale ha luogo una specifica cerimonia all'interno del Senato, sia, come è nel caso in esame, la sospensione dell'esame delle votazioni sui progetti di legge è più in generale di tutta l'attività parlamentare ad eccezione della trattazione dei *private member's bills*.

L'accoglimento della richiesta del Primo ministro è stata criticata dalla stampa. Il *Globe and Mail*, autorevole quotidiano canadese, ha invocato le dimissioni di Stephen Harper, ritenendo che la sospensione dei lavori parlamentari, lungi dal condurre in breve tempo ad un accordo tra i partiti politici che consenta la permanenza in carica dell'attuale governo, sia stata esclusivamente volta ad evitare per il momento il voto di fiducia. È stato sottolineato da più parti il ruolo decisivo svolto in questa circostanza dal Governatore generale, organo costituzionale che si è viepiù caratterizzato per lo svolgimento di funzioni meramente formali nell'ambito della forma di governo canadese. Da un altro punto di vista, però, il Governatore generale si è limitato a dar seguito ad una richiesta del Primo ministro, come avviene ormai per convenzione; al contrario, sono rarissimi i casi di rifiuto, l'ultimo dei quali risale al 1926.

Peraltro, il 22 dicembre 2008 il Primo ministro Harper, nonostante le note vicende istituzionali, ha nominato diciotto senatori e un giudice della Corte suprema federale, Thomas Cromwell, già giudice della Corte di appello della Nuova Scozia. Sebbene quest'ultima nomina sia stata preceduta da consultazioni con le forze politiche di opposizione, alle designazioni non hanno fatto seguito le tradizionali *hearings* dinanzi al Parlamento, data la sospensione delle attività.

Il Parlamento è stato ufficialmente convocato di nuovo il 26 gennaio 2009, quando si è tenuto per la seconda volta nell'arco di sei mesi il "discorso del Trono", di apertura della seconda parte della Sessione. Il 27 gennaio il Ministro delle Finanze ha presentato alla *House of Commons* il *budget* per il 2009. Il 3 febbraio la Camera ha approvato il bilancio, come modificato durante l'esame parlamentare al fine di obbligare il Governo a relazionare sistematicamente al Parlamento durante l'esercizio finanziario sull'andamento economico e fiscale e sullo stato di attuazione del *budget* nonché di introdurre misure di sostegno alla crescita economica. Il documento è stato adottato con 211 voti favorevoli e 91 contrari, questi ultimi espressi dai parlamentari del *New Democratic Party* e del *Bloc Quebecois*. La maggior parte dei li-

berali, invece, ha sostenuto l'Esecutivo: così, contrariamente alle attese e grazie all'accordo tra i due principali partiti politici, sembra essersi conclusa positivamente la crisi di governo verificatasi alla fine del 2008. (Cristina Fasone)

CANADA – La Corte Suprema innova la sua giurisprudenza sul principio di uguaglianza giudicando su un *affirmative action program* a favore di alcune comunità aborigene

Nel 1992 il Governo federale canadese ha adottato l'*Aboriginal Fisheries Strategy* quale strumento per favorire il coinvolgimento di alcune comunità aborigene nel settore della pesca. In particolare si introduceva un progetto pilota per la commercializzazione del pescato tramite il quale si assicurava a tre comunità aborigene una licenza di pesca in esclusiva sul *Fraser River*, in *British Columbia*, in alcuni giorni dell'anno e conseguentemente il diritto di vendere quanto realizzato. Contro tale provvedimento hanno esperito un ricorso per violazione della *section 15* della Carta canadese dei diritti e delle libertà dinanzi alla Corte provinciale della *British Columbia* un gruppo di pescatori e di commercianti nel settore ittico operanti nella medesima Provincia, ma non appartenenti alle minoranze aborigene interessate. Mentre la Corte provinciale ha ritenuto discriminatorio il programma governativo, nei successivi gradi di giudizio tanto la Corte suprema della *British Columbia* quanto la Corte di appello della Provincia, quest'ultima adducendo almeno cinque differenti ragioni (fra le quali quella del giudice Kirkpatrick affermava la necessità di risolvere la controversia secondo la *section 25* sui diritti degli aborigeni piuttosto che alla luce della *section 15*), si sono pronunciate per la sua conformità alla Carta canadese dei diritti e delle libertà.

La Corte suprema federale si è espressa sul caso di specie nella sentenza *R. v. Kapp, 2008 SCC 41* del 27 giugno 2008, seguendo un percorso argomentativo in parte nuovo rispetto alla giurisprudenza consolidata sulla *section 15* della Carta. I ricorrenti avevano sostenuto che il riconoscimento della licenza di pesca alle tre comunità aborigene determina una discriminazione sulla base della razza; il Governo canadese, invece, aveva dichiarato che lo scopo perseguito attraverso il programma è quello di migliorare le condizioni di vita di un gruppo svantaggiato.

La Corte ha affrontato la questione del rapporto tra la *section 15 (1)* e la *section 15 (2)* e, più specificamente, si è interrogata sulla possibilità che la prima offra una protezione autonoma ad un programma federale come quello in esame contro l'accusa di essere discriminatorio. Sia le previsioni contenute nella *section 15 (1)*, volte a prevenire discriminazioni nei confronti di gruppi di individui identificati sulla base dei criteri ivi indicati (razza, origine nazionale o etnica, colore della pelle, religione, sesso, età, infermità fisica o mentale), sia quella della *section 15 (2)*, che consente la promozione di azioni positive, sono indispensabili per l'affermazione del principio di uguaglianza sostanziale che la *section 15* nella sua interezza intende promuovere.

Proprio in virtù dello stretto legame che intercorre tra le due norme, la Corte ha richiamato la sentenza resa sul caso *Lovelace v. Ontario 1 S. C. R. 950, 2000 SCC 37*, nella quale il giudice Iacobucci ha proposto due differenti interpretazioni della *section 15 (2)*: secondo la prima, che è prevalsa nella pronuncia citata, essa fornisce un supporto interpretativo rispetto alla *section 15 (1)*; per la seconda, invece, la *section 15 (2)* costituisce una deroga o un'esenzione nei confronti dell'applicazione della *section 15 (1)*. Nella sentenza *R. v. Kapp*, però, la Corte delinea una terza opzione: «se il Governo è in grado di dimostrare che il programma impugnato è conforme ai criteri della *section 15 (2)*, è del tutto inutile condurre un'analisi ai sensi della *section 15 (1)*». In particolare, il *test* da condurre alla luce della *section 15 (2)*, a parere della Corte, prevede che a) il Governo dimostri l'esistenza di un obiettivo migliorativo o correttivo di una data condizione di svantaggio; b) che il programma sia rivolto ad una categoria di soggetti svantaggiati identificabile sulla base dei criteri di cui alla *section 15 (1)*. Secondo la Corte, il «*purpose*» - *based approach*», oltre a conferire un ruolo indipendente alla *section 15 (2)*, ha il vantaggio di semplificare il procedimento di controllo degli atti da parte del giudice evitando che questi siano inizialmente considerati come discriminatori e solo successivamente giustificati in quanto migliorativi delle condizioni di un gruppo svantaggiato. Otto su nove giudici hanno ritenuto che il programma federale sia costituzionalmente legittimo alla luce della *section 15* e della sua nuova interpretazione in ragione degli obiettivi che il Governo ha dichiarato di voler perseguire, ad esempio il raggiungimento dell'auto-sufficienza economica delle comunità aborige-

ne, caratterizzate tradizionalmente da livelli di reddito inferiori rispetto al resto della popolazione.

Pur condividendo l'opinione della maggioranza dei giudici circa la legittimità costituzionale del programma governativo, il giudice Bastarache, rinviando alla posizione assunta dal giudice Kirkpatrick della Corte di appello della *British Columbia*, ha ritenuto che la questione vada risolta unicamente applicando la *section 25* della Carta. A suo giudizio, infatti, il riferimento contenuto in questa *section* ai diritti degli aborigeni, istituendo un collegamento diretto tra i diritti protetti e il peculiare *status* riconosciuto alle comunità aborigene, rende la loro posizione nell'ordinamento canadese un *unicum*. (Cristina Fasone)

CILE – Le istituzioni cilene rafforzano la tutela delle confessioni religiose minoritarie

Nel corso del 2008 sono stati numerosi gli esempi del crescente impegno delle istituzioni cilene a protezione delle confessioni religiose diverse da quella cattolica. Nel 1999 all'approvazione della *ley de culto e igualdad religiosa* non aveva fatto seguito una sua tempestiva ed efficace attuazione, rimanendo di fatto sospesa l'applicazione di alcune sue disposizioni, in particolare di quelle più contestate dalla Chiesa cattolica, come l'art. 20, volto ad assicurare una piena parificazione nel trattamento di tutte le confessioni iscritte nel *registro de entidades religiosas* presso il Ministero della giustizia e quindi dotate di personalità giuridica di diritto pubblico.

L'adozione del *reglamento de asistencia religiosa en establecimientos de la fuerzas armadas y de las orden y seguridad*, mediante decreto supremo n. 155 del Ministero della difesa del 18 luglio 2007, ma entrato in vigore soltanto a giugno del 2008 dopo la pubblicazione nel *Diario Oficial*, consentirà la nomina di ministri di culto di tutte le confessioni registrate presso le forze armate, i *carabineros* e la *policía de investigaciones* affinché offrano assistenza spirituale al personale dipendente. L'art. 14 del regolamento prevede che i comandanti in capo dei differenti corpi delle forze armate, il direttore generale dei *carabineros* e il direttore generale della *policía de investigaciones* designeranno i ministri di culto su proposta di ciascuna Chiesa.

Più recentemente, il 19 settembre 2008, la Corte di appello di Santiago ha confermato la sanzione pecuniaria imposta all'emittente televisiva pubblica TVN dal *Consejo Nacional de Televisión (CNTV)* per aver screditato e ridicolizzato durante una trasmissione televisiva le forme e le modalità di culto della Chiesa evangelica, attraverso le offese pubblicamente arrecate ad un suo rappresentante, il pastore Luis Hernández de Licantén. Respingendo il ricorso, la Corte ha ritenuto che l'emittente non ha violato semplicemente la dignità di un individuo, ma ha arrecato un pregiudizio a tutti coloro che appartengono alla medesima comunità religiosa di quest'ultimo.

Infine, il 6 novembre 2008 il Parlamento cileno ha deliberato all'unanimità l'istituzione della giornata in onore delle Chiese evangeliche e protestanti prevista per il 31 ottobre, in memoria della presentazione delle tesi luterane e dell'inizio della riforma protestante. Si tratta della prima festività di origine non cattolica ad essere riconosciuta nell'ordinamento cileno. (*Cristina Fasone*)

CITTÀ DEL VATICANO – Approvata la nuova legge sulle fonti del diritto

Il 1° ottobre 2008 il Pontefice ha promulgato la nuova legge sulle fonti del diritto (legge sulle fonti del diritto - n. LXXI) che è entrata in vigore il 1° gennaio 2009. Tale strumento legislativo abroga e sostituisce integralmente la legge sulle fonti del diritto 7 giugno 1929, n. II e, come è specificato nell'introduzione del testo normativo, è finalizzato a «procedere ulteriormente nel sistematico adeguamento normativo dell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano, avviato con la legge fondamentale del 26 novembre 2000».

In primo luogo la legge in commento riconosce l'ordinamento canonico quale prima fonte normativa e primo criterio di riferimento interpretativo, distinguendolo dalle altre fonti principali indicate nelle leggi promulgate dal Pontefice, dalla Pontificia commissione o da altre autorità cui il Pontefice abbia conferito l'esercizio del potere legislativo. Ciò costituisce una innovazione rispetto al testo del 1929 che, al contrario, non poneva l'ordinamento canonico in una posizione sovraordinata rispetto alle altre fonti principali ed è un elemento particolarmente significativo in quanto nell'ordinamento canonico si possono conside-

rare compresi la legge comune della Chiesa latina, il Codice per le Chiese orientali e altre disposizioni integrate nel tessuto strutturale della Chiesa con lo stesso rango dei codici, il diritto divino, naturale e positivo. Tra le fonti principali, inoltre, è stata inserita la conformità dell'ordinamento vaticano alle norme di diritto internazionale generale e a quelle derivanti da trattati e altri accordi di cui la Santa Sede è parte.

Un secondo elemento rilevante è costituito dal meccanismo di recepimento della legislazione italiana in via suppletiva che è stato innovato con l'abbandono dell'automatismo e l'introduzione di un meccanismo selettivo che ne rende necessario il recepimento da parte della competente autorità vaticana. Parte della legislazione italiana, tuttavia, viene recepita nella stessa legge sulle fonti. In particolare, il codice civile del 1942 (fino all'entrata in vigore della legge in commento il Vaticano recepiva il codice civile italiano del 1865) con una serie di eccezioni fra le quali la cittadinanza, la capacità giuridica dei chierici e dei consacrati, il matrimonio, le funzioni anagrafiche, le donazioni, i rapporti di lavoro, la funzione notarile; il codice penale ed il codice di procedura penale recepiti nel 1929, con le modifiche apportate con leggi vaticane; le leggi amministrative, salvo specifica normativa vaticana. (*Gabriella Angiulli*)

COLOMBIA – La Colombia approva due leggi di tutela dei diritti delle persone anziane e delle donne

Con la legge 1251 del 24 novembre 2008, il Congresso della Colombia ha adottato una legge con la quale intende proteggere, promuovere e difendere i diritti delle persone anziane, intendendosi come tali coloro che hanno compiuto i sessanta anni. Tale normativa mira a promuovere e tutelare, tra le altre cose, il reinserimento nel mondo del lavoro e nella società, la vita familiare e altri interessi, conformemente a quanto previsto sia da numerosi trattati internazionali firmati dalla Colombia, che dall'art. 46 della Costituzione colombiana, il quale stabilisce che lo Stato, la società e la famiglia devono concorrere per la protezione e l'assistenza delle persone anziane e promuovere la loro integrazione nella vita della collettività. Gli strumenti proposti per la realizzazione degli obiettivi indicati nella legge sono principalmente l'elaborazione e l'attuazione di azioni sociali integrate, i-

donee ad intervenire nel momento in cui la persona anziana cerca di reinserirsi nel mondo del lavoro, garantendo l'uguaglianza e l'accessibilità alle opportunità occupazionali.

Tali azioni devono anche assistere l'anziano durante il percorso lavorativo e quello formativo, sino a giungere al momento del pensionamento. Analoghe misure sono previste anche per le cure sanitarie che devono essere garantite in tutte le fasi della vita; in particolare, la necessità di cure mediche si presenta maggiormente proprio nel momento della vecchiaia. Oltre l'intervento da parte dello Stato, secondo una prospettiva solidaristica, la legge n. 1251 sancisce anche la responsabilità della società civile e della famiglia, che hanno il compito di promuovere delle azioni sociali tenendo in considerazione le condizioni fisiche, sociali, psicologiche, culturali ed educative dell'anziano. È prevista inoltre l'istituzione del Consiglio nazionale dell'anziano, un organo consultivo del Ministero della protezione sociale con carattere permanente. Esso è composto dal Ministro o vice Ministro della protezione sociale, che è anche il presidente, e dal Ministro o vice Ministro dell'educazione, da rappresentanti non governativi che si occupano di servizi rivolti agli anziani, da un rappresentante della comunità accademica o scientifica che si occupi di questi temi, da un delegato della *Defensoría del pueblo* e da altri membri esponenti di settori rilevanti nelle politiche relazionate agli *over* sessantenni. Il fine di tale organo è quello di implementare e verificare lo stato di attuazione ed efficienza di tutte le politiche pubbliche e dei programmi adottati in applicazione della legge n. 1251, appoggiare e rafforzare la partecipazione della comunità e della famiglia nelle azioni necessarie per lo sviluppo fisico, psichico, economico, sociale e politico dell'anziano.

Con la legge n. 1257, approvata il 4 dicembre 2008, si è invece introdotta nell'ordinamento colombiano una normativa volta alla sensibilizzazione, prevenzione e sanzione di tutte le forme di violenza e discriminazione contro le donne. In particolare, la tutela dei diritti delle donne è garantita sia nell'ambito pubblico che in quello privato, mediante l'indicazione delle condotte vietate, includendovi, oltre a quelle ormai unanimemente riconosciute sia a livello comparato che internazionale, anche quelle idonee a provocare danni di natura patrimoniale ed economica. È stata così tipizzata la condotta di "violenza economica", con la quale si intende qualunque azione od omissione rivolta a creare un danno economico nei confronti di una donna, oppure ad esercitare un

controllo abusivo sul suo patrimonio. La legge inoltre definisce anche il concetto di danno, distinguendo tra danno psicologico, fisico, sessuale e patrimoniale.

I principi sanciti nella legge sono quelli dell'uguaglianza non solo formale, ma reale ed effettiva, la qualificazione dei diritti della donna come diritti umani, il principio di corresponsabilità a carico della società civile e della famiglia, l'autonomia e la libertà della donna e il divieto di discriminazione. La legge, inoltre, prevede che tutte le vittime di violenza debbano ricevere: l'assistenza sociale e giuridica, le informazioni complete relative ai propri diritti e l'assistenza medica; è prevista anche l'organizzazione di una campagna di sensibilizzazione ad ampio raggio, che coinvolga sia le strutture educative, ma anche quelle lavorative e sanitarie.

La legge n. 1257 introduce delle modifiche sia nel codice penale che in quello di procedura penale, mediante la previsione di misure di tutela immediate in seguito alla denuncia di maltrattamenti subiti nell'ambiente domestico. Viene infine introdotta nel codice penale una circostanza aggravante che si applica quando la persona offesa di determinati reati è una donna. (*Irene Spigno*)

COREA DEL SUD – La Corte costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'irretroattività degli effetti delle proprie decisioni di incostituzionalità

In una sentenza emessa il 30 settembre 2008 (2006Hun-Ba108), con una maggioranza di 8 giudici contro 1, la Corte costituzionale della Repubblica di Corea ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata con riferimento all'articolo 47, secondo comma, del *Constitutional Court Act*, rubricato "Effetti delle decisioni di incostituzionalità", e che al secondo comma prevede – come regola generale – l'irretroattività degli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità della Corte costituzionale. Unica eccezione a questa regola – contenuta nello stesso articolo – è prevista per la dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale.

Il caso originava da una precedente decisione della Corte costituzionale emessa nel 2003, che aveva dichiarato l'incostituzionalità della legge sul trattamento pensionistico per gli impiegati statali, nella parte in cui prevedeva che il trattamen-

to potesse essere sospeso, qualora si fosse accertato che un beneficiario godesse di ulteriori fonti di reddito. Successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità della Corte, l'ufficio governativo competente non aveva provveduto a corrispondere le mensilità arretrate e non erogate ai ricorrenti, affermando che la decisione della Corte non aveva efficacia retroattiva. Questi promosero allora una causa nei confronti dell'ufficio, sollevando, nel corso di questa, questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, secondo comma. Il giudice *a quo* ritenne infondata la questione di legittimità e, come tale, la rigettò. I ricorrenti decisero allora di presentare ricorso individuale diretto alla Corte costituzionale, contestando nuovamente la legittimità costituzionale della disposizione che prevede la generale irretroattività degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale.

Nella decisione in analisi, la Corte, nell'opinione di maggioranza, riconosce che la scelta – di fatto spettante al legislatore – di prevedere una generale irretroattività degli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità, può andare a detrimento dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza. Tuttavia, essa ritiene che i vantaggi derivanti da questo regime per la certezza del diritto e per il principio di protezione delle legittime aspettative, creati dall'esistenza di una norma nel sistema, prevalgano sulle conseguenze negative appena ricordate e rappresentino uno degli elementi qualificanti l'esistenza di uno stato di diritto. Confermato il bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore nella redazione dell'art. 47, secondo comma del *Constitutional Court Act*, la Corte costituzionale afferma, tuttavia, di dover riconoscere una limitata retroattività alle proprie decisioni di incostituzionalità in alcune circostanze. Si individuando così quattro ulteriori eccezioni al principio generale, che si applicano, nell'ordine, a) al singolo caso di specie che ha dato origine al ricorso individuale diretto presentato da un singolo ricorrente, e che ha condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale; b) a tutti quei singoli e analoghi ricorsi individuali presentati dagli altri ricorrenti, prima della dichiarazione di incostituzionalità; c) alle controversie di fronte a corti ordinarie in cui i ricorrenti siano parte in giudizio, e per quali non si sia promosso ricorso diretto individuale alla Corte, ma che siano state decise facendo applicazione delle disposizioni di legge ovvero della legge dichiarata incostituzionale. Oltre a questi tre casi specifici, la Corte afferma altresì che dovrà ammettersi una retroattività degli effetti della decisione in tutti

quei casi – individuati volta per volta dalla Corte – in cui gli interessi riconosciuti dalla legge dichiarata incostituzionale non corrono alcun pericolo di essere compromessi e il mancato riconoscimento di retroattività andrebbe piuttosto a ledere significativamente i principi di giustizia ed eguaglianza.

Nella ricostruzione effettuata, invece, nell'unica opinione dissenziente, si sottolinea il primato della Costituzione su tutti gli atti che occupino una posizione subordinata nella gerarchia delle fonti. Da questa premessa – nell'ottica del giudice redattore – discenderebbe che una legge dichiarata incostituzionale dalla Corte, dovrebbe risultare soggetta ai principi della Costituzione sin dalla sua entrata in vigore. Nel momento in cui ne viene dichiarata l'incostituzionalità essa dovrebbe pertanto essere considerata come se non fosse mai esistita. L'articolo 47, secondo comma, del *Constitutional Court Act*, prevedendo la retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità per il solo ambito penale, non risulterebbe in linea con la Costituzione ed in particolare con l'istituzione di un sistema di giustizia costituzionale teso a tutelare la supremazia della stessa Legge fondamentale. Nella prospettiva del giudice, una dichiarazione di incostituzionalità dovrebbe quindi avere – di regola – effetti *ex tunc*, con l'unica eccezione dei rapporti giuridici già esauriti. La determinazione di eccezioni al regime generale stabilito dall'art. 47, secondo comma, comunque, non potrebbe essere rimessa alla Corte, ma in quanto attività che implica scelte politiche e di bilanciamento tra principi fondamentali dell'intero sistema giuridico, dovrebbe essere svolta dal legislatore. (*Gianluca Gentili*)

COREA DEL SUD – La Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità relativa alle disposizioni di legge che puniscono penalmente l'adulterio

In una decisione presa in data 30 ottobre 2008, la Corte costituzionale della Corea del Sud ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla legge del 1953 che qualifica l'adulterio come fattispecie penalmente rilevante e prevede una condanna detentiva sino ad un massimo di due anni senza alcuna pena alternativa. La questione era stata sollevata invocando una presunta violazione del diritto alla *privacy* da parte

della legge, nella controversia che vedeva coinvolta la popolare attrice sudcoreana Ok So-ri, condannata penalmente a seguito della denuncia da parte dell'allora marito, scaturita da una relazione extraconiugale della stessa attrice con un cantante lirico.

Nonostante soltanto quattro dei nove giudici che compongono la Corte si siano espressi a favore della costituzionalità della legge, questa resta tuttavia in vigore. L'art. 23 del *Constitutional Court Act*, che stabilisce i *quorum* necessari per alcune particolari categorie di deliberazioni della Corte, afferma che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge può avvenire soltanto qualora sei (2/3) dei nove giudici si esprimano in tal senso. Nella presente decisione solo cinque di essi hanno ritenuto incostituzionale la legge, argomentando la propria visione in tre separate opinioni dissenzienti.

La Corte, nell'opinione di maggioranza, ha affermato che, nonostante la legge limiti in modo evidente il diritto individuale alla libertà sessuale e il diritto alla *privacy*, questa non viola il principio costituzionale che fa divieto di eccessiva restrizione dei diritti sanciti in Costituzione. La legge, nell'ottica della Corte, risponderebbe, in modo non ultroneo, alla percezione sociale ancora diffusa che l'adulterio danneggia l'ordine sociale e violi i diritti del coniuge.

Nonostante sia raro che un soggetto condannato per adulterio sia sottoposto ad effettiva pena detentiva (nel 2007, solo 47 persone su di un totale di 639 condanne hanno effettivamente scontato una pena a carattere detentivo, mentre le altre hanno visto la loro pena sospesa), ad oggi le denunce per infedeltà si contano nell'ordine delle migliaia ogni anno.

La legge era stata approvata nel 1953 con l'intento di proteggere la parte femminile del rapporto di coniugio, ritenuta quella più debole all'interno del rapporto stesso. Le opinioni dissenzienti della Corte hanno posto l'attenzione sulle mutate condizioni matrimoniali nella odierna società, sul fatto che la legge ha assunto oggi il carattere di strumento legale di vendetta nei confronti del coniuge infedele e sulla significativa intrusione che consente alle autorità in una delle sfere private più riservate. La questione di costituzionalità sollevata nei confronti della legge si inserisce in una lunga serie di impugnazioni che, a far data dal settembre 1988, anno di istituzione della Corte, dopo l'adozione della nuova Costituzione a carattere democratico nel 1987, sono state presentate anche nel 1990, 1993, e 2001. In tale ultima oc-

casione, la Corte aveva respinto la questione di costituzionalità con una maggioranza di 8 giudici ad 1. (*Gianluca Gentili*)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – La Corte dichiara l'incompatibilità del *database* britannico del DNA con l'articolo 8 della Convenzione

Il 4 dicembre 2008, la Corte europea ha pronunciato, nel caso *S. et Marper*, una importantissima sentenza di condanna nei confronti del Regno Unito per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

I ricorrenti, S. e Michael Marper, hanno adito la Corte europea avverso il diniego delle autorità giurisdizionali nazionali di ingiungere alla polizia inglese l'obbligo di cancellazione dei loro dati sensibili dal database del DNA.

Di fatto, secondo quanto previsto dall'art. 48 della legge del 1984, le autorità britanniche possono prelevare e conservare campioni di DNA delle persone accusate di aver commesso dei reati, da inserire in un apposito database ai fini dell'indagine penale in corso e per prevenire infrazioni future. Alla giovane età di 11 anni, il sig. S. fu arrestato con l'accusa di furto il 19 gennaio 2001 e, nel mese di luglio, venne rilasciato in applicazione di una sentenza di assoluzione piena.

Il signor Michael Marper fu arrestato il 13 marzo 2001 con l'accusa di molestie nei confronti della sua compagna ma il suo caso venne definitivamente archiviato pochi mesi dopo, a seguito della avvenuta riconciliazione tra i due.

La Corte europea, nell'esame della normativa nazionale applicabile al caso di specie, ha rilevato la sostanziale congruenza tra l'azione posta in essere dalle autorità britanniche nei confronti dei ricorrenti e l'art. 48 della suddetta legge.

Prima di valutare la compatibilità di tale norma con i principi della Convenzione europea dei diritti umani, il Supremo organo ha ricordato come in diversi Stati membri del Consiglio d'Europa siano state approvate legislazioni simili a quella oggetto della controversia in esame. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nella maggior parte di tali ordinamenti, in cui i dati sensibili dei cittadini assolti a seguito di regolare processo a loro carico vengono automaticamente distrutti, negli ordinamenti di Regno Unito, Galles e Irlanda del Nord non sono previste le medesime ga-

ranzie. In questi Paesi, la legge autorizza il prelievo e la conservazione dei campioni del DNA di ogni cittadino accusato di un qualsiasi reato, per una durata di tempo illimitata, a prescindere dalle caratteristiche della persona sospettata e dell'esito dell'azione penale a suo carico.

Sviluppate tali premesse, la Corte ha sottolineato la necessità di procedere alla valutazione del caso concreto alla luce del necessario bilanciamento tra l'interesse legittimo delle autorità britanniche di prevenzione dei reati e il diritto alla *privacy* dei due cittadini, sancito dall'art. 8 della Convenzione europea del 1950. Tale disposizione è stata inoltre interpretata in relazione all'art. 9 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 sulla protezione dei dati personali e alle numerose raccomandazioni emesse dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in tale materia.

La Corte ha pertanto affermato che il carattere «generale ed indiscriminato» del potere attribuito alle autorità britanniche non può rappresentare il giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato rinvenibili nella fattispecie concreta del caso in esame.

Il potere esercitato nei confronti dei ricorrenti è stato valutato alla stregua di una azione «non necessaria in una società democratica», eccedente il margine d'apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato membro nell'operare eventuali restrizioni a molteplici diritti contenuti nella Convenzione, tra cui, per l'appunto, il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Con tale decisione, la Corte ha voluto affermare con forza il diritto alla *privacy* degli innocenti, costantemente violato in alcuni ordinamenti da essa stessa evocati, nonostante la sua pronuncia, com'è noto, produrrà degli effetti esclusivamente nell'ordinamento britannico. Nella parte motiva della sentenza, il supremo Organo ha sottolineato come il potere indiscriminato conferito alle autorità britanniche sia in grado di inficiare l'applicazione del principio della presunzione di innocenza nei confronti delle persone sospettate di aver commesso dei reati. Queste ultime, in virtù della legislazione vigente nel Regno Unito, in Galles e nell'Irlanda del Nord, vengono poste sullo stesso piano dei criminali ritenuti colpevoli di gravi reati. Una tale situazione non può essere accettata in un periodo storico in cui, sempre più spesso, tra il bisogno imperativo di sicurezza (dello Stato) e la libertà individuale (del singolo) è quasi sempre la prima a prevalere. (*Angela Maria Rosa Scerbo*)

DANIMARCA – La Groenlandia si pronuncia sulla sua indipendenza dalla Danimarca

Il 25 novembre 2008 si è svolto il referendum nel quale i residenti in Groenlandia sono stati chiamati a pronunciarsi sull'indipendenza dell'isola dalla Danimarca. La Groenlandia, infatti, fin dal XVIII secolo è stata dominata dalla Danimarca che nel 1953, dopo averle revocato lo *status* di colonia, l'ha incorporata nel suo territorio. A seguito della concessione di una limitata *home rule* nel 1979, è stata assicurata una crescente autonomia all'isola.

La *Section 28* della Costituzione danese (si veda anche l'*Annex* agli *Standing Orders*) stabilisce che due membri del Parlamento nazionale siano eletti in Groenlandia. Essi, tuttavia, non godono dei medesimi poteri attribuiti agli altri parlamentari potendo partecipare, ad esempio, alle sedute delle commissioni permanenti soltanto quando sono trattate questioni inerenti all'isola e, comunque, senza diritto di voto, sebbene ne siano membri a tutti gli effetti (*Section 8*, par. 12, degli *Standing Orders*).

Da un punto di vista istituzionale, il riconoscimento dell'*home rule* è consistito nella costituzione di un Governo e di un Parlamento della Groenlandia, quest'ultimo dotato di poteri legislativi. Tra le materie sottratte alla competenza dell'Assemblea figurano, però, quelle relative al diritto penale, al sistema di polizia, a quello giudiziario e al sistema carcerario sulle quali legifera attualmente il *Folketing* danese.

Si presenta come del tutto peculiare la condizione dell'isola rispetto alla conduzione delle relazioni internazionali, essendole consentito, ad esempio, unica regione all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea, di non partecipare al processo di integrazione comunitaria dal 1985 (essenzialmente per mantenere il controllo sulla politica della pesca). Nonostante tendenzialmente per la gestione della politica estera essa sia ricondotta sotto la giurisdizione danese, in numerosi casi le è stata garantita la facoltà di negoziare e di aderire ad accordi internazionali. Così la Groenlandia partecipa con una propria delegazione all'Organizzazione mondiale del commercio e al Consiglio nordico (di cui sono membri la Finlandia, la Svezia, l'Islanda, la Norvegia, la Danimarca e i territori autonomi della Groenlandia, delle isole Faroe e delle Åland); è parte di un accordo di associazio-

ne con la Comunità europea in materia di pesca e ha una propria rappresentanza presso le istituzioni dell'Unione europea, a Bruxelles.

Il tentativo di avviare il processo volto a perseguire l'indipendenza dell'isola risale a qualche anno fa: il 21 giugno del 2004 il *Danish and the Greenlandic Home Rule Government* ha istituito la *Greenland-Danish Commission on Self-Governance* con l'obiettivo di avanzare delle proposte circa il futuro assetto delle relazioni tra Danimarca e Groenlandia. Nel rapporto finale presentato ad aprile 2008 si prospettano un ampio numero di opzioni: il riconoscimento dell'indipendenza, la costituzione di un Unione sul modello del *Kingdom of Iceland* tra il 1918 e il 1944, la conclusione di un accordo di *Free Association*, la nascita di uno Stato federale, l'aumento delle garanzie per l'autogoverno della Groenlandia, la completa integrazione nella Danimarca.

Prima della pubblicazione del rapporto, il 2 gennaio del 2008 il Primo ministro della Groenlandia, Hans Enoksen, ha annunciato che sarebbe stato indetto un referendum consultivo per sondare gli orientamenti della popolazione. Nell'ambito della consultazione popolare oltre il 75 per cento dei votanti si è espresso a favore dell'indipendenza, anche se tale risultato dovrebbe condurre inizialmente alla garanzia della completa autonomia dell'isola per quanto concerne la scelta della lingua ufficiale, le materie della sicurezza, della polizia e della giustizia e l'estensione del suo controllo sui giacimenti petroliferi e minerari. In particolare, poi, la normativa in materia penale e l'amministrazione della giustizia sarebbero rimesse, rispettivamente, alle leggi adottate dal Parlamento dell'isola e alle corti istituite nel suo territorio, con l'eccezione dell'ultimo grado di giudizio che seguirebbe ad essere esercitato dalla Corte suprema danese.

Soddisfazione è stata espressa dalla organizzazione canadese degli Inuit Tapiriit Kanatami poiché tali misure sono suscettibili di accrescere la tutela dei diritti e degli interessi delle comunità Inuit residenti in Groenlandia. Queste ultime, infatti, costituiscono una minoranza nell'ambito del Regno di Danimarca, mentre fino ad aprile 2007 il partito politico che li rappresenta, Inuit Ataqatigiit, faceva parte della coalizione di governo in Groenlandia.

Sebbene l'esito del referendum non sia vincolante per il Parlamento danese, quest'ultimo ha manifestato il suo impegno a ratificarne con legge i risultati in modo che producano i loro effetti

a decorrere dal 21 giugno 2009, quando ricorrerà il trentesimo anniversario dall'adozione del primo provvedimento volto a garantire condizioni di autonomia alla Groenlandia. *(Cristina Fasone)*

EMIRATI ARABI UNITI – Approvati emendamenti ad alcuni articoli della Costituzione

Gli Emirati Arabi Uniti sono uno Stato federale composto da sette emirati. All'interno di tale Stato federale, si possono individuare tre organi fondamentali disciplinati dalla Costituzione: il Consiglio supremo, il Consiglio dei ministri e il Consiglio federale nazionale.

Il Consiglio supremo costituisce l'organo principale dello Stato (art. 46); esso è composto dai sovrani dei sette Emirati e, oltre ad elaborare la politica generale della Federazione, partecipa al procedimento normativo, essendo necessaria la sua ratifica sia per le modifiche costituzionali che per le leggi ordinarie. Il Consiglio elegge il proprio Presidente, che dura in carica cinque anni e può essere rieletto.

Il Consiglio dei ministri è invece l'organo esecutivo della Federazione ed è guidato dal Primo Ministro.

Il Consiglio federale nazionale (di seguito CFN) è titolare della funzione legislativa e di controllo sul Governo. In origine, i 40 membri che lo compongono e che rappresentano i sette Emirati, venivano nominati dagli Emiri. L'attuale sistema elettorale, prevede, invece, che ogni sovrano scelga un collegio elettorale il cui numero deve essere di almeno 100 volte superiore a quello dei membri del CFN di ogni Emirato (otto per Abu Dhabi e Dubai, sei per Sharjah e Ra's al-Khaimah e quattro per Fujairah, Ajman e Umm al-Qaiwain). I membri di ciascun collegio eleggono la metà dei membri del CFN del proprio Emirato, mentre la restante parte è eletta direttamente dall'Emiro. L'introduzione di questo sistema elettorale, utilizzato per la prima volta nel 2006, oltre ad aver permesso l'elezione della prima donna al CNF, ha rappresentato un primo passo verso il rafforzamento dei poteri di tale organo, ed è stato accompagnato da una serie di provvedimenti rivolti al consolidamento della funzione legislativa ed allo sviluppo di un efficace cooperazione e coordinamento tra il CFN e gli altri organi costituzionali.

A completare l'assetto istituzionale, la Costituzione prevede un «sistema giudiziario federale», composto da Tribunali di prima istanza e da una Corte suprema e la cui indipendenza è garantita dalla Carta.

Il Consiglio supremo della Federazione degli Emirati Arabi Uniti ha ratificato diversi emendamenti alla Costituzione. Le modifiche in questione attengono in particolare alla previsione d'incompatibilità con la carica di membro del Governo, all'assunzione dei poteri da parte di un Vice-primo ministro in caso d'impossibilità del Primo ministro, alla regolamentazione delle modalità attraverso cui si giunge alla ratifica di determinati trattati internazionali, alle modalità di costituzione, durata in carica ed organizzazione del Consiglio federale nazionale.

Partendo dall'esame delle modifiche costituzionali che interessano il Consiglio dei ministri, la riforma prevede che uno dei Vice-primo ministro – in precedenza era uno soltanto – eserciterà le funzioni ed assumerà i poteri del Primo ministro quando quest'ultimo è assente per qualsiasi motivo, ciò sulla base di un ordine espresso del Presidente del Consiglio supremo e su indicazione del Primo ministro.

Il nuovo art. 62 stabilisce che il Primo ministro o i suoi Vice o ogni altro Ministro della Federazione non possono, mentre sono in carica, svolgere alcuna attività professionale, commerciale, finanziaria che abbia come controparte il governo federale o i governi locali. Possono però, ed è qui la novità della riforma, far parte del consiglio di amministrazione di società che svolgano attività commerciali o finanziarie.

In base, poi, all'art. 64, così come emendato, il Primo ministro, i Vice-primo Ministro, i Ministri sono collegialmente responsabili nei confronti del Presidente del Consiglio supremo della Federazione, per l'esecuzione delle direttive di politica generale sia all'interno della Federazione che all'estero.

Gli emendamenti all'assetto costituzionale toccano anche il Consiglio federale nazionale. Ed invero, l'art. 72 dispone che la durata in carica dei membri del Consiglio federale nazionale è stata infatti portata dagli originari due a quattro anni. L'art. 78 precisa che il Consiglio federale nazionale terrà una sessione annuale ordinaria che inizierà le proprie attività nella terza settimana di ottobre, invece che nella terza di novembre come previsto in precedenza. Potrà poi essere convocata una sessione straordinaria.

La modifica all'art. 81 prevede che il Consiglio federale nazionale sarà dotato di un Segretariato generale, guidato da un Segretario generale, le cui funzioni saranno specificate con delibera dello stesso e approvate dal Presidente del Consiglio supremo. (Caterina Panzarino)

FILIPPINE – La Corte suprema decide il primo caso di ricorso diretto individuale, confermando l'importanza del diritto alla sicurezza

«Pur essendo separati dal resto del mondo dietro mura segrete, le vittime di rapimenti non sono separate dalla protezione dei propri diritti fondamentali così come sanciti dalla Costituzione. Questa costituisce, infatti, una volta celeste che tutto avvolge e ricomprende nella sua protezione». Sono queste le parole con cui si apre la sentenza emessa dalla Corte suprema delle Filippine a seguito del primo ricorso proposto tramite procedura di *amparo*. In una decisione unanime del 7 ottobre 2008, la Corte suprema ha affermato l'importanza del diritto alla vita, alla libertà e agli altri fondamentali diritti umani garantiti dall'art. III, sezione 1 della Costituzione delle Filippine del 1987 nel dichiarare la violazione di questi diritti ai danni di due cittadini filippini.

Le vicende che hanno portato alla decisione della Corte suprema risultano articolate. Nel febbraio 2006 Raymond e Reynaldo Manalos vengono prelevati dalle proprie abitazioni da soldati dell'esercito filippino, con l'accusa di far parte di un gruppo paramilitare conosciuto come *New People's Army*. Condotti in un campo di prigionia vengono posti in catene e torturati. Il 13 agosto 2007, i due Manalos riescono a fuggire dal campo di prigionia, dopo 18 mesi di detenzione e tortura.

Il 23 agosto 2007, i due fratelli presentarono istanza alla Corte suprema per la concessione di misure urgenti di interdizione e ingiunzione (*Petition for Prohibition, Injunction, and Temporary Restraining Order*) nei confronti dell'esercito, affinché essi non potessero essere ulteriormente sottoposti a tortura e privati della libertà personale, senza un provvedimento formale di accusa. Essi presentano inoltre istanza formale di risarcimento danni per le lesioni subite. Il 24 agosto 2007 la Corte concesse le misure urgenti di interdizione, fissando una successiva udienza per la decisione sul merito della controversia.

In pendenza del ricorso di fronte alla Corte suprema e della decisione nel merito, il 24 ottobre 2007 entrarono in vigore le norme che introducono e disciplinano il ricorso di *amparo* nel sistema legale filippino (*Rule on the Writ of Amparo*). I richiedenti presentarono allora istanza ufficiale alla Corte, affinché questa considerasse la richiesta già avanzata come un ricorso di *amparo* per la tutela dei propri diritti fondamentali. La Corte, confermando le misure urgenti, accolse la richiesta dei fratelli, inviando la causa alla Corte di appello, che per prima deve conoscere delle controversie di *amparo*. Il 27 dicembre 2007 la Corte di appello risolse la controversia a favore dei Manalos, affermando il diritto dei due fratelli ad ottenere la presentazione alla Corte di tutti i documenti ufficiali e non, dai quali si deducessero i motivi per la sottoposizione a misure di detenzione, così da poter valutare la legittimità della stessa, ed i dati sulle condizioni fisiche dei due soggetti raccolti durante il periodo di detenzione, così da poter provare se fossero stati sottoposti a tortura.

La decisione della Corte suprema in oggetto origina dalla impugnazione proposta dal Segretario della difesa nazionale e del Comandante in capo delle forze armate delle Filippine avverso la sentenza della Corte di appello. Nel confermare la decisione della Corte di appello, la Corte suprema stabilisce che i Manalos sono stati sottoposti ad una reiterata violazione del diritto alla sicurezza (*right to security*). La Corte ha ritenuto che il diritto alla sicurezza e alla libertà da ogni forma di minaccia dei due fratelli fosse stato violato dalla condotta delle autorità militari che avevano agito senza una preventiva decisione giurisdizionale sulla loro responsabilità penale e che avevano posto in essere atti di tortura, come tali vietati dalla Costituzione. La Corte sottolinea la piena responsabilità degli apparati militari che non hanno proceduto ad adeguate investigazioni prima di procedere alla detenzione e durante tutto il periodo di questa.

In base alle norme che hanno introdotto l'istituto dell'*amparo* nell'ordinamento giuridico filippino, questo può essere proposto da ogni persona il cui diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza è stato violato, o corre il pericolo di essere violato, da un atto commissivo ovvero omissivo illegittimo, posto in essere da un pubblico ufficiale o dal datore di lavoro, ovvero un soggetto o ente privato. Tale strumento fu esplicitamente introdotto nel sistema giuridico a seguito di sollecitazioni nate nell'ambito del *National Consultative Summit on Extrajudicial Killings and Enfor-*

ced Disappearances, svoltosi nel luglio del 2007, come strumento di protezione nei confronti dei due fenomeni citati. (Gianluca Gentili)

FILIPPINE – La Corte suprema dichiara incostituzionale l'accordo di pace negoziato dal Presidente per mancato rispetto delle competenze presidenziali e del principio di sovranità dello Stato

In una decisione emessa in data 14 ottobre 2007, con una maggioranza di 8 a 7, la Corte suprema delle Filippine si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del progettato accordo di pace raggiunto dal Presidente in carica Gloria Macapagal-Arroyo con il Fronte di Liberazione islamico dei Moro (*Moro Islamic Liberation Front*, MILF). I Moro costituiscono un gruppo etnico plurilingue stanziato nella regione di Bangsamoro ed il maggiore gruppo etnico di religione non cristiana nelle Filippine. Sino dagli anni '70 del XX secolo il MILF impugna le armi per ottenere l'indipendenza delle province musulmane filippine.

Il memorandum d'intesa sul territorio ancestrale (*Memorandum of Agreement on the Ancestral Domain*, MOA-AD) avrebbe attribuito alla minoranza musulmana un ampio livello di autonomia attraverso l'istituzione di quello che viene definito come l'"ente giuridico" di Bangsamoro (*Bangsamoro Juridical Entity*, BJE), nella regione di Mindanao. La Corte suprema ha tuttavia rilevato che, durante il processo di negoziazione avvenuto tra le parti, il Presidente ha fatto un uso non conforme a Costituzione dei propri poteri così come stabiliti dalla stessa Legge fondamentale.

La Corte ha infatti affermato che il Presidente ed il consulente presidenziale per il processo di pace avrebbero commesso un grave abuso dei propri poteri e della discrezionalità loro concessa nell'ambito delle trattative di pace, non ponendo in essere le necessarie consultazioni con le popolazioni e gli enti locali loro rappresentativi interessati dal memorandum. Inoltre, avrebbero garantito, a seguito della firma del memorandum, la modifica di alcune disposizioni della Costituzione, senza che questo rientri in alcun modo tra le prerogative presidenziali. Nell'ottica della Corte, la dichiarazione di compatibilità a Costituzione di un atto che

prevede tali garanzie costituirebbe la certificazione di una palese usurpazione di potere nei confronti del Congresso e dei cittadini.

L'aspetto più rilevante delle concessioni fatte dal Presidente al MILF, tuttavia – e ritenuto dalla Corte significativamente incompatibile non solo con l'art. X, sezione 20, della Costituzione che indica le competenze legislative assegnate alle regioni autonome, ma anche con l'intera struttura della Costituzione e con il principio di indivisibilità e sovranità dello Stato – è rappresentato dal livello di autonomia concesso alla BJE. Nella decisione, la Corte ha dichiarato infatti che «il MOA-AD non può essere ritenuto compatibile con la presente Costituzione e le leggi in vigore». Non soltanto le disposizioni specifiche che ne costituiscono il contenuto, ma anche la stessa *ratio* che sottende queste disposizioni – lo speciale rapporto associativo che si vuole instaurare tra il governo centrale filippino e il BJE – sono incostituzionali. Le disposizioni delineerebbero infatti un ente – il BJE – qualificabile come uno Stato autonomo ed in cammino verso la piena indipendenza». Ed invero, alcuni tra gli obblighi che il governo centrale avrebbe assunto tramite il MOA-AD nei confronti del BJE, sarebbero consistiti nell'assicurare all'ente giuridico una significativa presenza negli incontri internazionali cui avrebbe partecipato lo Stato delle Filippine (vedi ad esempio quelli nell'ambito dell'ASEA o con le agenzie specializzate delle Nazioni Unite), ed una gestione esclusiva delle risorse derivanti da giacimenti di petrolio, carbone, olio minerale, gas naturale ed ogni altra fonte energetica riconducibile al suolo ricompreso all'interno della BJE. Il BJE avrebbe inoltre potuto rinegoziare con Stati stranieri ogni precedente accordo per lo sfruttamento delle risorse forestali precedentemente stipulato dal governo centrale.

La Corte sottolinea come il memorandum rappresenti una parte significativa degli accordi necessari per poter attuare l'accordo di pace firmato a Tripoli nel giugno 2001 tra il Governo filippino e il MILF. Il memorandum dovrà comunque, alla luce della valutazione della Corte, essere rinegoziato con un contenuto che lo ponga in linea con le disposizioni costituzionali concernenti la separazione di poteri e le competenze attribuite al Presidente in questi ambiti. (*Gianluca Gentili*)

FILIPPINE – La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale delle norme che prevedono la sottoposizione obbligatoria a test sull’uso di stupefacenti per tutti i candidati a cariche pubbliche

Nella decisione unanime emessa il 3 novembre 2008 nella causa *Social Justice Society v. Dangerous Drugs Board and Phi-lippine Drug Enforcement Agency (PDEA)*, la Corte suprema delle Filippine ha dichiarato incostituzionali le disposizioni dell’art. 36 della legge RA 9165, conosciuta come *Comprehensive Dangerous Drugs Act of 2002*, che richiedevano obbligatoriamente la sottoposizione a test sull’uso di stupefacenti per tutti i candidati a cariche pubbliche e soggetti accusati di crimini. La Corte, nella stessa decisione ha tuttavia affermato la legittimità costituzionale delle norme del citato articolo che prevedono test casuali per gli studenti di scuola secondaria e funzionari di enti pubblici e privati.

Nel dichiarare la illegittimità costituzionale delle disposizioni, la Corte ha sottolineato come queste introducano un ulteriore requisito di eleggibilità, oltre a quelli tassativamente già previsti nella Costituzione del 1987, consistente nella prova della non assunzione di stupefacenti in base ai risultati del test obbligatorio.

La Corte ha rilevato inoltre come anche la predisposizione di test obbligatori a carico di un accusato di un crimine risulti incostituzionale in quanto, nelle parole della Corte, l’imposizione di un test che misuri l’assunzione di droghe rappresenta un palese tentativo di utilizzare uno strumento medico come meccanismo incriminatorio o di pressione nei confronti di un soggetto già accusato di altri reati.

Inoltre, in entrambi i casi, il test si presenterebbe come una palese violazione del diritto alla *privacy* previsto all’interno dell’articolo III, sezione 2 della Costituzione.

Al contrario, nel rilevare come il consumo di stupefacenti nel paese sia aumentato in misura esponenziale negli ultimi anni, e rappresenti un fattore di incremento del tasso di criminalità, la Corte ha ritenuto ragionevole e costituzionalmente legittimo il test qualora sia somministrato in modo non predeterminato a studenti della scuola secondaria e dipendenti di imprese pubbliche. I motivi che hanno condotto la Corte a ritenere costituzionalmente legittima questa seconda ipotesi, sarebbero riconducibili alle minori aspettative in termini di tutela della *privacy* di cui i

dipendenti e gli studenti sarebbero portatori; alla presenza di precise linee guida che devono essere rispettate nella somministrazione del test ed alla esistenza di interessi primari di tutela del diritto alla salute dei cittadini e di lotta alla criminalità che si accompagna al consumo di stupefacenti. (*Gianluca Gentili*)

FRANCIA – Approvata la legge per prorogare le deroghe al sistema Schengen

Il 1 dicembre 2008 l'Assemblea nazionale ha definitivamente approvato la legge n. 2008-1245 mirante a prorogare l'applicazione degli artt. 3, 6 e 9 della legge n. 2006-64 del 23 gennaio 2006 sino al 31 dicembre 2012. Tale proroga si prefigge lo scopo di favorire il contrasto del terrorismo internazionale, anche in deroga alle previsioni dell'accordo di Schengen. Esemplicativo, a riguardo, è il caso dell'art. 3, che consente alle autorità di polizia di poter richiedere, anche in concomitanza con l'attraversamento delle frontiere, informazioni sull'identità a tutte le persone nei cui confronti esistano ragioni plausibili per sospettare che stiano per commettere reati, che possano fornire informazioni utili per la risoluzione di un'inchiesta e che siano state precedentemente oggetto di inchieste. (*Valentina Rita Scotti*)

GAMBIA – La Corte suprema rigetta un ricorso contro le modifiche alla legge sulle autonomie locali

Con verdetto del 13 ottobre 2008 la Corte suprema del Gambia ha rigettato il ricorso proposto da due deputati dell'opposizione per violazione della Costituzione, segnatamente dell'art. 192 che assegna alle comunità locali una propria autonomia amministrativa. Il ricorso era stato proposto ai sensi dell'art. 127 comma 1 lett. b), che assegna alla Corte la giurisdizione sulla presunta incostituzionalità di leggi per eccesso di potere. La legge 13/2008, adottata in febbraio dal Parlamento del Gambia, apportava alcune modifiche alla legge sulle autonomie locali del 2002, ovvero l'assegnazione al Presidente della Repubblica del potere di sciogliere i consigli comunali e deporre i consiglieri regolarmente in carica. La Corte ha motivato la decisione adducendo un'erronea istruzione del processo da parte dei ricor-

renti, nonché la propria incompetenza a decidere casi di questo tipo. (*Giorgio Giuliano*)

GEORGIA – Il Parlamento georgiano ha approvato una riforma costituzionale riguardante il Parlamento stesso, il Governo, il diritto di proprietà e il sistema giudiziario

Il 9 ottobre il Parlamento georgiano, con un'ampia maggioranza (notevolmente superiore rispetto a quella dei due terzi richiesta dall'art. 102 della Costituzione), ha approvato definitivamente quattro leggi che modificano sette articoli della Costituzione promulgata nel 1995 e, da allora, più volte riformata, non ultimo nel febbraio dello scorso anno. La revisione costituzionale riguarda quattro diverse materie: i gruppi parlamentari, il rapporto di fiducia fra Governo e Parlamento, il diritto di proprietà e l'Ufficio del Procuratore generale. Le leggi in commento sono state fatte oggetto di una opinione (n. 503 / 2008, CDL(2008)121, 24 novembre 2008) da parte della *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)* nella quale si illustrano i singoli emendamenti apportati al testo costituzionale.

La prima legge ha modificato l'art. 58 riducendo da 7 a 6 il numero minimo di membri del Parlamento necessario per costituire un gruppo parlamentare. Questa riforma ne segue un'altra analoga che nel febbraio del 2005 aveva portato le dimensioni minime del gruppo parlamentare da 10 a 7 membri, dopo che il numero dei parlamentari eletti con metodo proporzionale era stato ridotto da 150 a 100 ed in ragione del fatto che il sistema elettorale proporzionale prevedeva una soglia di sbarramento del 7%. La medesima *ratio* – ossia l'esigenza di assicurare a tutti i partiti che superano la soglia di sbarramento la possibilità di formare un gruppo parlamentare – è alla base della riforma in commento che fa seguito alla riduzione a 75 dei deputati avvenuta con la riforma costituzionale del febbraio 2008, e alla riduzione al 5% della soglia di sbarramento.

La seconda legge di revisione costituzionale ha modificato l'art. 80 introducendo, a seguito dell'elezione di un nuovo Parlamento, la revoca dei poteri del Governo da parte del Presidente prima di una nuova votazione di fiducia. Nel quadro di una forma di governo nella quale si prevede che l'Esecutivo sia respon-

sabile tanto dinanzi al Presidente che al Parlamento (art. 80), questa riforma riequilibra i rapporti fra i tre organi estendendo al Parlamento un meccanismo che esisteva già per il Presidente della Repubblica: la revoca dei poteri del Governo in caso di rinnovo dell'organo dinanzi al quale quest'ultimo è responsabile.

La terza legge ha modificato l'art. 21 riguardante il diritto di proprietà. La riforma persegue l'obiettivo di rafforzare lo *status* giuridico del diritto di proprietà e del diritto all'eredità. L'articolo novellato ribadisce l'inviolabilità di tali diritti e pone una riserva di legge sulla disciplina delle restrizioni, ammesse solo nel caso in cui ciò sia reso necessario da esigenze della società o da situazioni di emergenza; qualora ciò si verificasse, inoltre, viene garantito un indennizzo preventivo e giusto, non inferiore al valore forfetario del bene sul mercato, esente da imposte.

Infine, la quarta legge di revisione costituzionale riguarda il sistema giudiziario ed ha modificato gli art. 64, 73, 76 e 84. La riforma si è resa necessaria in quanto la versione originaria della Costituzione georgiana del 1995 poneva la funzione di *prosecution* nell'ambito dell'autorità giudiziaria ma, nel 2004, una riforma costituzionale era intervenuta a separare tale funzione dall'autorità giudiziaria senza che a ciò seguisse né una disciplina di rango costituzione, né una di rango primario. Con la riforma in commento si dispone l'incardinamento dell'Ufficio del Procuratore generale nel Ministero della Giustizia rendendolo, dunque, un organo governativo. Di conseguenza il Procuratore generale è sottratto alla procedura di *impeachment* e, per assicurare una maggiore indipendenza di quest'organo, il mandato del Ministro della giustizia non può essere revocato dal Primo ministro bensì dal Presidente della Repubblica, come già avviene per il Ministro dell'interno e per quello della difesa. In seguito alla riforma costituzionale, il 21 ottobre è stata approvata una nuova legge sull'Ufficio del Procuratore generale. (Gabriella Angiulli)

GIAPPONE – Il Parlamento approva le legge che attribuisce la cittadinanza giapponese anche a bambini nati al di fuori del vincolo matrimoniale

Il 5 dicembre 2008, la Dieta giapponese ha approvato il provvedimento legislativo volto a modificare la legge sulla cittadinanza, con il supporto della coalizione di governo, formata dal

Partito Democratico del Giappone, il Partito Comunista nipponico e il Partito Social-Democratico. La Corte suprema giapponese, infatti, il 4 giugno 2008 aveva dichiarato la legge vigente incostituzionale perché discriminatoria nei confronti dei bambini nati da genitori di diversa nazionalità e al di fuori del vincolo di coniugio. La legge, così come modificata, consentirà ai bambini nati da padre giapponese e madre straniera, non uniti in vincolo matrimoniale, di poter invocare la cittadinanza giapponese qualora il padre riconosca la paternità del figlio.

In base al testo della legge così come vigente prima della decisione della Corte suprema e dell'attuale revisione, soltanto ai bambini riconosciuti dal padre prima della loro nascita era concessa la cittadinanza nipponica. Coloro che invece non venivano riconosciuti prima di questo evento, potevano acquisire la cittadinanza solo nell'ipotesi che i due genitori contraessero matrimonio.

Il Ministero della giustizia stima che annualmente dai 600 ai 700 bambini precedentemente esclusi dalla possibilità di acquisire la cittadinanza nipponica, potranno adesso beneficiarne. Il nuovo testo della legge si applica a tutti quei bambini nati dopo il gennaio 2003.

La misura ha incontrato opposizione nei partiti più conservatori presenti in Parlamento, i quali hanno sostenuto che la legge difetterebbe di qualsiasi procedura volta a prevenire richieste di cittadinanza manifestamente infondate, e volutamente presentate al fine di poter accedere al mercato del lavoro nipponico.

Proprio al fine di monitorare l'applicazione della legge, nel nuovo testo risultante dopo la modifica, la coalizione governativa ed il principale partito di opposizione hanno convenuto di approvare una risoluzione che obbliga il Governo a presentare in Parlamento ogni sei mesi i risultati dell'applicazione della legge. La risoluzione esorta altresì all'introduzione di misure quali il controllo tramite analisi del DNA al fine di contrastare fenomeni abuso. Il Ministero della giustizia rimane comunque scettico nell'attuazione di questo tipo di procedura, in quanto potrebbe creare una nuova forma di discriminazione contro i bambini nati da genitori stranieri. Gli stessi partiti hanno poi introdotto all'interno della legge una disposizione che prevede che le richieste di cittadinanza manifestamente infondate siano punite con pena detentiva sino ad un anno di reclusione e pecuniaria sino a 200.000 yen. (*Gianluca Gentili*)

INDIA – Deepak Bajaj v. State of Maharashtra & Anr. *Writ Petition (Crl.) No.77 of 2008*. La Corte suprema fa il punto sul diritto alla vita ed alla libertà personale

A partire dal 1980, la Corte suprema indiana ha realizzato un'intensa attività interpretativa al fine di definire e di precisare il significato dei termini diritto alla vita ed alla libertà personale, tutelati dall'art. 21 della Costituzione. In base a tale disposizione, «nessuno può essere privato della propria vita o della propria libertà personale se non in base alle procedure stabilite dalla legge».

Già nel 1978, nel caso *Maneka Gandhi*, la Corte suprema aveva sostenuto che «l'espressione vita nell'art. 21 non indica semplicemente il diritto ad un'esistenza fisica o animale ma il diritto alla vita include il diritto ad una vita vissuta con dignità di essere umano».

Con la sentenza in commento, il supremo collegio delinea ancor meglio il significato della norma, sottolineando che il diritto alla vita tutelato dall'art. 21 comprende anche il diritto alla reputazione.

Ed invero, la Corte suprema, nel pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento giudiziario restrittivo della libertà personale ha sostenuto che qualsiasi provvedimento di tal genere può essere adottato solo per la tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza dello Stato e di altri beni giuridici fondamentali a questo equiparabili e dunque preminenti rispetto al diritto alla libertà personale che deve ritenersi comprensivo anche del diritto alla reputazione. Il giudice Katyu nel redigere la pronuncia cita il giudice inglese Lord Denning ed una sua famosa sentenza del 1970, nella quale si sostiene che «la libertà di un uomo è tenuta in così alta considerazione dalla legge inglese che non può essere né limitata né impedita eccetto che nelle ipotesi in cui vi sia una incontrovertibile certezza». Il senso della citazione sta nel fatto che la polizia deve essere certa del coinvolgimento di un soggetto in un crimine prima di procedere ad arrestarlo, non essendo sufficiente il mero sospetto.

Venendo al caso concreto la Corte sostiene che «se un soggetto nei confronti del quale era stato emanato ed eseguito un provvedimento di custodia cautelare preventiva riesce a dimostrare che il provvedimento in questione è palesemente illegittimo perché dovrebbe essere mantenuto in stato di detenzione? Ordinare

a questo soggetto, nonostante l'illegittimità del provvedimento in questione, di tornare in prigione per poi essere di lì a poco rilasciato non ha significato e senso. Occorre a tal proposito ricordare che ogni essere umano ha un diritto fondamentale alla libertà tutelato dall'articolo 21 della Costituzione». Il supremo collegio aggiunge ancora che l'art. 21 tutela il diritto alla vita ed alla libertà personale, il più importante tra i diritti fondamentali e, dunque, se un soggetto viene messo in prigione nonostante possa essere dopo poco rilasciato, la sua reputazione viene comunque danneggiata irrimediabilmente, la reputazione che, come è noto, costituisce parte del diritto alla vita di cui all'art. 21 della Carta Costituzionale e come tale va tutelato.

Concludendo, dunque, se un soggetto viene sottoposto ad un ordine preventivo di custodia cautelare che dimostra essere stato emanato al di fuori delle ipotesi di necessaria tutela dell'ordine pubblico della sicurezza dello Stato e di altri beni giuridici a questo equiparabili, questo è dunque da considerarsi illegittimo. (*Caterina Panzarino*)

INDIA: approvato il nuovo pacchetto di misure antiterrorismo

In risposta ai recenti attacchi terroristici di Mumbai, il Parlamento indiano ha approvato un nuovo pacchetto di misure antiterrorismo. Esso si compone di due atti normativi: l'*Unlawful Activities Prevention Amendment of 2008* (UAPA) e il *National Investigation Agency Bill* (NIA).

Il Governo indiano ha garantito che si utilizzerà la nuova legislazione in modo tale da evitare qualsiasi tipo di abuso, nonostante l'introduzione di una serie di misure altamente restrittive della libertà personale e dei diritti fondamentali. In particolare, l'UAPA, non contenendo una definizione precisa di quale condotta possa integrare un atto di terrorismo o organizzazione terroristica, permette di ricomprendervi le fattispecie più varie, allunga il periodo minimo di custodia cautelare per i soggetti sospettati di essere coinvolti in atti di terrorismo da 15 a 30 giorni, ed il periodo massimo dagli originari 90 giorni agli attuali 180, richiede in alcuni casi che siano i soggetti accusati a provare la loro innocenza.

La seconda legge istituisce un'agenzia federale che avrà lo scopo fondamentale di combattere il terrorismo in India; essa po-

trà operare nei singoli Stati senza la necessità di alcuna autorizzazione da parte degli stessi. Si occuperà oltre che di reati di stampo terroristico, di contrabbando internazionale di valuta, di traffici di esseri umani, di traffico di sostanze stupefacenti, di crimine organizzato, di dirottamenti aerei, di violazioni della legge sull'energia atomica e di quella sulle armi di distruzione di massa. Infine, la nuova disciplina relativa all'agenzia nazionale di investigazione autorizza la costituzione di Tribunali speciali in grado di tenere udienze non pubbliche, senza tuttavia definire o limitare le ipotesi in cui si potrà fruire di tale possibilità. (*Caterina Panzarino*)

KYRGYZSTAN – Approvata la legge sulla libertà di coscienza e le organizzazioni religiose

Il 6 novembre il Parlamento monocamerale kirgiz (Jogorku Kenesh) ha approvato all'unanimità, con 79 voti favorevoli (su 90 membri), una legge restrittiva sulle pratiche religiose "Sulla libertà di coscienza e le organizzazioni religiose nella Repubblica Kirgiz". Il disegno di legge era stato oggetto di un'opinione congiunta della Commissione di Venezia (*European Commission for Democracy Through Law*) e dell' OSCE/ODIHR *Advisory Council on Freedom of Religion or Belief* (l'OSCE/ODIHR partecipa alle sessioni plenarie della Commissione di Venezia ed in alcuni casi i due organismi internazionali redigono congiuntamente le opinioni) che vi aveva individuato diversi profili di violazione della libertà religiosa. Fra questi: la vaghezza di molte disposizioni che lasciano spazio a possibili abusi e discriminazioni da parte delle autorità preposte; l'introduzione di un obbligo di registrazione presso l'organo statale competente per gli affari religiosi per le organizzazioni religiose e le missioni di organizzazioni religiose estere; l'introduzione di requisiti necessari per la registrazione legati alle dimensioni della comunità religiosa come il numero minimo di 200 membri; l'istituzione di un organo statale che vigili sulle organizzazioni religiose; diverse disposizioni che limitano la libertà di espressione in materia religiosa e di proselitismo come quelle che pongono forti restrizioni alla produzione ed alla diffusione di materiale religioso e quella che impone l'uso integrale del nome della religione su tutti i materiali religiosi; la

mancanza di adeguate garanzie della libertà religiosa dei non cittadini.

Il Governo kyrgyzo ha giustificato tali restrizioni alla libertà religiosa con l'esigenza di controllare meglio le frange radicali dell'islam a fini anti-terroristici. (*Gabriella Angiulli*)

LETTONIA – La Corte Costituzionale lettone riconosce il diritto dei detenuti alle ferie retribuite

La Corte costituzionale lettone nella sentenza del 21 ottobre 2008 ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme contenute nella sezione 52 del codice esecutivo penale per contrasto con l'articolo 107 della Costituzione (*Satversme*). Le norme impugnate prevedevano che i detenuti lavorassero per otto ore al giorno, sei giorni alla settimana e con un solo giorno di riposo, per un totale quindi quarantotto ore settimanali; inoltre, era comunque garantito loro un giorno di riposo ulteriore per le festività nazionali. È da precisare che per i giorni di riposo la normativa non prevedeva alcuna retribuzione. Il ricorrente – un detenuto – pur riconoscendo che il lavoro dei carcerati non è del tutto assimilabile al lavoro in generale, affermava che la rieducazione del condannato non si poteva basare solo sull'attività lavorativa, ma anche su altri aspetti della vita comunque da tutelare; in virtù di tali affermazioni, denunciava la non conformità delle norme in materia di lavoro carcerario sopra indicate con l'art. 107 della Costituzione, secondo il quale «ogni lavoratore ha il diritto di ricevere, a lavoro eseguito, un compenso adeguato che non deve essere inferiore alla paga minima stabilita dallo Stato e ha il diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali». Per difendere la costituzionalità delle norme impugnate è intervenuta in giudizio la *Saeima* (Parlamento lettone), il cui rappresentante ha precisato che il lavoro dei detenuti costituisce un aspetto specifico dell'esecuzione penale, il cui fine è quello di garantire ai carcerati l'acquisizione di particolari abilità per un più facile inserimento nel mondo del lavoro una volta terminata la pena e non quello di competere nel libero mercato del lavoro. Inoltre il rappresentante del Parlamento ha precisato che il diritto dei lavoratori alle ferie retribuite può essere applicato alle persone indicate nell'articolo 106 della Costituzione, ossia a coloro che possono liberamente scegliere il proprio impiego e posto di lavoro in conformità alle

proprie abilità e qualifiche, escludendo così coloro che sono sottoposti a restrizione di libertà personale. L'articolo 107 della Costituzione deve essere letto in combinato disposto con l'art. 89, in virtù del quale lo Stato deve riconoscere e proteggere i diritti fondamentali dell'uomo conformemente alla Costituzione e ai trattati internazionali firmati dalla Lettonia. Anche l'*Ombudsman* e il Ministro della giustizia sono intervenuti nel procedimento, affermando che l'attività lavorativa svolta dai detenuti non può essere considerata allo stesso modo delle attività svolte al di fuori della custodia carceraria, anche se i principi in materia di lavoro che derivano dal rispetto dei diritti umani devono essere osservati anche con riferimento ai detenuti. Di conseguenza tutti i diritti consacrati dalla Costituzione possono essere riconosciuti anche ai reclusi solo nel momento in cui il loro esercizio sia compatibile con le finalità del regime carcerario. Sia la normativa carceraria europea, che le regole minime elaborate in sede di Nazioni Unite, prevedono che i carcerati che lavorano hanno diritto a solo un giorno libero alla settimana. Ma, nonostante ciò, se non vi è un motivo legittimo, e come tale non è considerato dalla Corte costituzionale lettone nella presente decisione la finalità propria del regime carcerario, la normativa che prevede che i carcerati debbano lavorare quarantotto ore anziché quaranta, come tutti gli altri lavoratori, è ingiustificata e come tale illegittima e contraria alla Costituzione, in quanto implica una restrizione dei loro diritti fondamentali.

Come sottolineato precedentemente, le norme impugnate inoltre escludevano che i giorni di ferie dei carcerati fossero retribuiti. Sia la *Saeima* che il Ministro della giustizia hanno affermato che la finalità della retribuzione delle ferie consiste nella compensazione della mancanza del salario durante il periodo di riposo. Di conseguenza, per quanto riguarda il lavoro dei detenuti è da considerare che essi sono a carico dello Stato e non hanno quindi bisogno di denaro durante il periodo in cui non lavorano. Ma la Corte, nel rivalutare la finalità del lavoro carcerario, che avrebbe dunque il compito di avvicinare il più possibile i detenuti alla realtà cui andranno incontro dopo aver scontato la pena, ha affermato che lo Stato dovrebbe garantire il salario per i giorni di ferie, in quanto ciò rappresenterebbe un incentivo al lavoro. Secondo l'opinione della Corte, il salario potrebbe servire, in un posto come il carcere nel quale molti servizi sono riconosciuti ai livelli minimi, per assicurare ulteriori servizi sanitari o alimentari.

La Corte conclude affermando che in molti Stati europei come in Bulgaria, in Bosnia e Herzegovina, in Croazia, in Slovenia, in Finlandia, in Ungheria, in Germania ecc. i detenuti godono del diritto alle ferie retribuite. La Corte ha quindi dichiarato incostituzionali le norme impugnate, rinviando però l'effetto temporale della sua decisione al 1° maggio 2009. (*Irene Spigno*)

LIBERIA – La Corte suprema annulla la sospensione del Presidente del Senato

Il 27 settembre 2008 la Corte suprema della Liberia ha annullato una precedente decisione del Senato del mese di agosto, con la quale era stato sospeso il Presidente *pro tempore* Isaac Nyenabo ed era stato nominato al suo posto Lahai Lassanah. La decisione della Corte interviene a seguito di un ricorso presentato dal presidente del Partito Nazionale Democratico della Liberia (NDPL), il quale riteneva la sospensione di Nyenabo incostituzionale e priva di alcun fondamento normativo. Subito dopo la richiesta da parte del NPDL, tutte le azioni conseguenti alla sospensione del Presidente *pro tempore* sono state bloccate, compresa l'elezione per ricoprire il posto vacante. Secondo il Senato la sospensione del Presidente *pro tempore* è avvenuta in applicazione dell'art. 38 della Costituzione, il quale prevede che «ciascuna Camera adotta il proprio regolamento di procedura, fa rispettare l'ordine e con la maggioranza dei due terzi dei componenti può decidere di espellere un membro». Inoltre l'art. 47 della Costituzione stabilisce che il Presidente *pro tempore* possa essere rimosso con la maggioranza dei due terzi. La Corte suprema sostiene invece che vi siano state delle irregolarità procedurali nella sospensione del Presidente, in quanto il Senato aveva motivato tale atto in virtù della mancanza di fiducia e la Costituzione prevede che in questo caso colui che viene espulso possa esercitare, a tutela delle proprie prerogative, il diritto al contraddittorio. Il Senato si è difeso affermando che quanto avviene al suo interno non ha rilevanza esterna, sostenendo così da un lato la prevalenza del regolamento interno di una Camera rispetto alla Costituzione e dall'altro la violazione da parte della Corte suprema del principio di separazione dei poteri, in quanto con la sua decisione di annullamento della sospensione di Nyenabo avrebbe oltrepassato i limiti della propria competenza, invadendo quella del pote-

re legislativo. In virtù dei poteri che la Costituzione della Liberia riconosce alla Corte suprema, questa può, in applicazione del combinato disposto degli artt. 20(b) e 66 della Carta fondamentale, controllare che vengano rispettate le indicazioni contenute nella Costituzione stessa e nella legge, senza che il potere legislativo possa in alcun modo adottare normative, nemmeno in via eccezionale, che privino la Corte suprema dei suoi poteri. La Corte ha ribadito che con la sua decisione non ha usurpato competenze proprie del potere legislativo, ma ha solo rilevato l'irregolarità formale di un'azione intrapresa da alcuni membri della Camera alta del Parlamento, in conformità ai poteri attribuitigli dalla Costituzione che stabilisce delle regole in modo che vi siano dei controlli reciproci fra i diversi organi dello Stato. (*Irene Spigno*)

LUSSEMBURGO – Approvato il nuovo statuto della Commissione consultiva per i diritti umani

Il 22 ottobre la Grande camera dei deputati ha approvato la legge n. 5882 che modifica lo statuto della Commissione consultiva per i diritti umani. Già il 12 agosto 1999 il Governo lussemburghese aveva annunciato la propria volontà di istituire una Commissione consultiva per i diritti umani, sul modello della Commissione nazionale consultiva francese e in ottemperanza ai c.d. principi di Parigi, approvati nel 1992 dalla Commissione per i diritti umani delle Nazioni unite. In virtù di tali principi, l'organo di garanzia dei diritti umani deve essere un organo ausiliario del Governo e disciplinato in Costituzione o in un testo legislativo che ne chiarisca le funzioni di organo consultivo del Governo, competente in materia di tutela dei diritti umani. A tali requisiti, il Comitato internazionale di coordinamento delle istituzioni nazionali di protezione dei diritti umani, istituito dalla stessa Commissione delle Nazioni unite, ha aggiunto anche la presenza di uno *status* legislativo dell'organo stesso. Il 7 maggio 2007, dunque, il Primo ministro lussemburghese ha avviato la procedura, presentata in Parlamento il 28 gennaio 2008 come progetto di legge, affinché alla Commissione consultiva per i diritti umani sia riconosciuto lo stesso status del Mediatore civico, dell'*Ombudsman*, della Commissione nazionale per la protezione dei dati e del Centro per l'uguaglianza di trattamento.

Ai sensi della legge n. 5882, quindi, la Commissione, che diviene un organo consultivo presso l'Ufficio del Primo ministro, continuerà ad occuparsi delle questioni di portata generale senza interferire nelle competenze degli altri organi (e soprattutto con l'esame dei ricorsi individuali dei cittadini) e, anzi, con il compito precipuo di garantire le sinergie fra di essi. Essa, inoltre, ha la possibilità di elaborare *report* indipendenti, come ribadito anche dal ruolo meramente consultivo spettante al rappresentante del Governo che partecipa alle sue riunioni, propone progetti e programmi d'azione per la promozione dei diritti umani e consiglia il Governo nella nomina dei membri nazionali presso le istituzioni non giurisdizionali di protezione e promozione dei diritti umani. La legge, infine, autorizza la Commissione a dotarsi di un proprio regolamento interno e ad organizzarsi in gruppi di lavoro, i cui *report* sono resi noti dopo l'approvazione da parte del *plenum* della Commissione. (*Valentina Rita Scotti*)

LUSSEMBURGO – Il Parlamento approva importanti riforme in materia di integrazione e cittadinanza

Il 15 ottobre 2008, la Grande camera dei deputati ha approvato la legge n. 5620 sulla cittadinanza lussemburghese, che si propone di contribuire al consolidamento dell'integrazione degli stranieri residenti in Lussemburgo, attualmente ammontanti al 41,6% della popolazione.

Rileva, in particolare, l'art. 13 che consente il mantenimento della doppia cittadinanza ai cittadini stranieri che facciano richiesta di naturalizzazione; parametri necessari per l'acquisizione della cittadinanza sono la residenza di almeno sette anni consecutivi sul territorio lussemburghese, la conoscenza della lingua e il completamento di un corso d'educazione civica sulle istituzioni del paese e i diritti fondamentali che esso tutela. Specularmente si pone l'art. 29, recante disposizioni transitorie particolari, con cui si attribuisce, per un periodo di 10 anni, la possibilità di richiedere l'affiancamento della nazionalità lussemburghese a quella del paese in cui si risiede agli individui che possano provare di discendere da antenati lussemburghesi alla data del 1° gennaio 1900. La legge, infine, trasferisce dal potere legislativo a quello esecutivo la competenza a decidere sulle richieste di naturalizzazione; a tal fine si è proceduto anche all'abrogazione dell'art. 10

e, successivamente, alla modifica dell'art. 9 della Costituzione. In particolare, l'abrogazione dell'art. 10 Cost. consente il trasferimento della competenza dal potere legislativo a quello esecutivo, mentre la modifica dell'art. 9 Cost. trasferisce, in conseguenza della mutata attribuzione delle competenze, ai tribunali amministrativi la gestione dei ricorsi in materia di naturalizzazione.

Da ultimo, proseguendo nel tentativo di favorire la coesione sociale e di integrare la popolazione straniera residente, il Parlamento ha approvato, l'11 novembre 2008, la legge n. 5825 concernente l'accoglienza e l'integrazione degli stranieri nel Granducato. Il provvedimento, in ragione della mutata composizione etnica degli abitanti, cui si è già fatto riferimento, prevede in primo luogo l'ampliamento del campo di applicazione della legge sull'integrazione degli stranieri del 1993 anche mediante la predisposizione di apposite misure di informazione, orientamento e sostegno, finanziario ma non solo, per favorire l'inserimento degli stranieri nella società lussemburghese; incaricato dell'implementazione di tali misure è l'Ufficio lussemburghese per l'accoglienza e l'integrazione degli stranieri (OLAI), istituito dalla stessa legge n. 5825. Ai sensi dell'art. 5 della legge n. 5825, l'OLAI è anche tenuto a definire, di concerto con il Comitato interministeriale per l'integrazione, «il piano d'azione nazionale pluriennale di integrazione e lotta alla discriminazione in cui si identificano i principali assi strategici di intervento e le misure politiche in corso e da mettere in opera». La legge, infine, disciplina l'introduzione nel sistema lussemburghese del contratto d'accoglienza e integrazione, già previsto dall'ordinamento francese come strumento per precisare, in una lingua nota allo straniero, i valori e i diritti tutelati nello Stato. (*Valentina Rita Scotti*)

MESSICO – Approvata la legge che consente ai malati terminali l'interruzione del trattamento

Dopo che l'Assemblea legislativa del *Distrito Federal* ha approvato la *ley de voluntad anticipada*, che concede ai malati terminali della capitale il diritto di rifiutare mezzi, trattamenti e/o procedimenti medici volti ad allungare loro la vita, anche il Parlamento federale ha approvato una riforma della *ley general de salud* che permette, tra le altre cose, l'interruzione del tratta-

mento da parte dei malati terminali, che potranno così ricevere anche soltanto i farmaci per lenire il dolore.

La nuova legge permette ai malati incurabili di firmare, davanti ad alcuni testimoni, un documento in cui manifestano la volontà di sospendere i trattamenti medici inutili per un miglioramento delle loro condizioni. Tale dichiarazione può essere rivista dagli interessati in qualsiasi momento. Nel caso un malato terminale non sia in possesso delle facoltà, e non ci siano familiari, il comitato di bioetica medica sarà responsabile circa la concessione dell'eutanasia passiva. (*Luis Amezcu*)

MONTENEGRO – Riconosciuta l'indipendenza del Kosovo

Il 3 ottobre 2008 il Parlamento del Montenegro ha adottato una risoluzione in cui si evidenzia la necessità, per lo sviluppo ed il progresso del paese, di accelerare l'ingresso nella NATO e nell'Unione europea. Sebbene questo fosse l'oggetto primario della risoluzione, essa ha tuttavia suscitato maggiore interesse e dibattito perché, nonostante la strenua opposizione di alcuni gruppi parlamentari filo-serbi, contiene anche un esplicito riconoscimento del Kosovo quale Stato indipendente. Il 10 ottobre, quindi, il governo ha reso definitivo il riconoscimento, compiendo così una scelta che pone il Montenegro in forte discontinuità con le richieste della Serbia di attendere la pronuncia della Corte internazionale di giustizia sulla legittimità della dichiarazione unilaterale di indipendenza kosovara per evitare di minare la stabilità della regione balcanica. Conseguenza diretta del riconoscimento, peraltro, è stata l'espulsione, quale "persona non grata", dell'ambasciatrice montenegrina dal territorio della Serbia. Questa situazione non ha tuttavia interrotto i negoziati per l'accordo sulla doppia cittadinanza, raggiunto il 21 novembre, ma non ancora ratificato, che consentirebbe ai residenti in Montenegro di continuare a mantenere sia la cittadinanza montenegrina che quella serba.

A poche ore dal riconoscimento da parte della Repubblica del Montenegro, anche la Macedonia ha riconosciuto l'indipendenza del Kosovo, cui è seguita, da parte della Serbia, l'espulsione degli ambasciatori quali "persone non grate", anche in ragione del voto dell'Assemblea generale delle Nazioni unite che il giorno 8 ottobre ha autorizzato la Serbia ad adire la Corte internazionale di

giustizia per verificare la conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza kosovara. La Macedonia ha tuttavia chiarito che non è intenzionata a riservare lo stesso trattamento all'ambasciatore serbo a Skopie.

In seguito a questi ulteriori riconoscimenti, dunque, ammonta a 50 il numero dei paesi che hanno riconosciuto il Kosovo quale Stato indipendente. Fra i paesi dell'area balcanica, in particolare, si ricordano i riconoscimenti di Albania, Bulgaria, Croazia e Turchia, mentre si attende ancora il riconoscimento della Grecia, che temporeggia in ragione dei buoni rapporti da tempo instaurati con la Serbia e della storica conflittualità con la Macedonia. *(Valentina Rita Scotti)*

NEPAL – La Corte suprema del Nepal dichiara legittimi i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso

Il 17 novembre 2008 la Corte suprema del Nepal ha ritenuto legittimi i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso. In particolare, essa ha raccomandato al Governo di porre fine a tutte le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale degli individui, di estendere gli stessi diritti goduti dagli eterosessuali alle minoranze di genere, con particolare riferimento all'istituto giuridico del matrimonio.

Secondo il collegio, gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (LGBT) sono «persone normali» a prescindere dalla loro sessualità. Essi devono, quindi, «esercitare i loro diritti» e vivere una vita normale ed indipendente all'interno della società. La Corte ha aggiunto che essendo persone normali ed equiparabili a tutte le altre, la loro crescita fisica come il loro orientamento sessuale e la loro identità di genere sono tutte espressione di un normale processo di crescita. Da ciò discende che devono essere loro garantiti gli stessi diritti, un'identità ed una libertà di espressione, che prescinde anche dal sesso che essi avevano alla nascita. Il supremo giudice ha chiesto al Governo di costituire un comitato composto da sette membri: un medico indicato dal Ministero della salute, un rappresentante della Commissione nazionale per i diritti umani, il Ministro del lavoro, un rappresentante della polizia, un sociologo nominato dal Governo, un rappresentante del Ministero per la popolazione e l'ambiente, un avvocato come

rappresentante della comunità LGBT, per poter condurre uno studio sulla legislazione e sulle procedure adottate in altri paesi in relazione ai matrimoni tra soggetti dello stesso sesso.

In base alle raccomandazioni del suddetto comitato, il Governo dovrà provvedere ad emanare poi un'apposita normativa in tema di relazioni e matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, avendo cura, come chiede la Corte, di non discriminare le minoranze di genere. *(Caterina Panzarino)*

PORTOGALLO – Il Parlamento respinge la legalizzazione del *same-sex marriage*

Il Parlamento portoghese il 10 ottobre 2008 ha votato con una larga maggioranza contro la proposta di legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. In realtà si trattava di due proposte presentate da *Bloco de Esquerda* e *Os Verdes*, due partiti minori dell'opposizione, sostanzialmente identiche, che differivano solo per il fatto che quella presentata da *Os Verdes* conteneva delle limitazioni in materia di adozione. Entrambi i partiti però sostenevano che la Costituzione portoghese garantisce gli stessi diritti a tutti e la protezione contro la discriminazione legata all'orientamento sessuale. Sia il *Partido socialista* (che è attualmente al Governo), che il principale partito dell'opposizione, il *Partido Social Democrata*, hanno votato contro le proposte e il progetto presentato da *Os Verdes* ha ottenuto solo diciassette voti favorevoli su duecentotrenta parlamentari e quella del *Bloco* appena undici. Attualmente il Portogallo si trova in un momento fondamentale del processo di modernizzazione, cominciato l'8 marzo 2007, data in cui il Parlamento ha legalizzato l'aborto. L'approvazione della normativa sull'aborto era stata preceduta da un referendum e da vivaci discussioni, dovute alla necessità di superare la forte opposizione avanzata dalla Chiesa cattolica. Ma con riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, il *Partido socialista* ha affermato che sarebbe necessario un profondo dibattito nazionale.

In Portogallo intanto si attende la pronuncia del Tribunale supremo sul ricorso presentato da due donne portoghesi nei confronti delle quali, nel 2006, un ufficiale di stato civile si era rifiutato di celebrare il matrimonio. *(Irene Spigno)*

PORTOGALLO – Approvato il nuovo Statuto delle Isole Azzorre

Il 29 dicembre 2008 il Presidente portoghese, Anibal Cavaco Silva, ha promulgato il nuovo statuto di autonomia delle Isole Azzorre, che si compone di 147 articoli. L'Assemblea legislativa delle Isole Azzorre – che unitamente a Madeira rappresentano una delle due regioni portoghesi che godono di un regime speciale di autonomia – ha approvato il nuovo statuto che, secondo quanto disposto dalla Costituzione portoghese, per la sua entrata in vigore necessita di un'ulteriore approvazione del Parlamento nazionale e della successiva promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. In realtà, il Parlamento portoghese ha approvato lo statuto per due volte, ma il Presidente ha rifiutato di promulgarlo, rinviando la legge al Parlamento, per presunta incostituzionalità di alcune norme. In particolare, era in dubbio la legittimità delle disposizioni relative allo scioglimento dell'Assemblea legislativa, alla dichiarazione dello stato di emergenza, all'organizzazione delle forze di sicurezza e alcuni diritti. Infatti, otto articoli erano stati dichiarati incostituzionali dal Tribunale costituzionale portoghese. Secondo quanto affermato da Silva, lo statuto rappresenterebbe una “regressione per la democrazia”, in quanto incide in modo consistente sul regolare funzionamento delle istituzioni: ad essere contestata è, in particolare, le modalità di scioglimento dell'Assemblea legislativa delle Isole, per il quale sono previsti aggravati procedurali a carico del Presidente stesso. In tal modo, non solo si rende lo scioglimento del Parlamento regionale più complesso rispetto quello del Parlamento nazionale, ma, altresì, mediante una legge ordinaria (lo statuto) si incide sulle competenze del Presidente previste dalla Costituzione lusitan. (*Irene Spigno*)

REGNO UNITO – La *High Court* fa il punto in tema di eutanasia e richiede l'intervento del legislatore

Nel Regno Unito l'eutanasia è assimilata all'omicidio ed è sanzionata nella forma del suicidio assistito, con una pena detentiva configurabile nel massimo sino a 14 anni.

La pronuncia dell'*High Court* in oggetto riguarda la sig.ra Debbie Purdy, malata di sclerosi multipla, condannata a vivere su

una sedia a rotelle e desiderosa di prendere un aereo per la Svizzera ove è lecito il suicidio assistito attuato in strutture private all'esterno delle istituzioni medico ospedaliere. Tuttavia, il viaggio senza l'aiuto del marito le è fisicamente impossibile, quest'ultimo dunque, rischierebbe una condanna a quattordici anni di reclusione nel caso in cui la sua condotta fosse considerata assistenza al suicidio. Per questo motivo la ricorrente si è rivolta all'autorità giudiziaria. In particolare, la sig.ra Pardy ha sostenuto che vi sia una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella parte in cui tutela il suo diritto alla vita privata ed alla vita familiare ad opera del *Director of Public Prosecutions*, in quanto non sono state da lui elaborate linee guida che chiariscano le circostanze concrete in cui si è perseguiti per il reato di assistenza al suicidio come è stato fatto, ad esempio, per i reati di violenza domestica.

Il *Lord Justice Scott Baker*, giudice chiamato a pronunciarsi, ha chiarito che non vi è stata alcuna violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed in particolare dei diritti della ricorrente.

Invero, il pronunciamento si articola in due momenti fondamentali. In primo luogo il giudice precisa che, nonostante la grande simpatia espressa per la sig.ra Purdy e suo marito e «tutti gli altri soggetti che si trovano nella medesima situazione e che vogliono conoscere anticipatamente se saranno perseguiti per aver commesso ciò che secondo alcuni la legge in realtà permetterebbe, in particolare aiutare una persona amata ad andare all'estero per mettere fine alle proprie sofferenze quando non è in grado di farlo da sola», il favoreggiamento al suicidio non è permesso dalla legge, anzi. Inoltre, sottolinea che l'unica strada da percorrere sarebbe quella di una modifica legislativa. Infatti, il *Lord Justice Scott Baker* ritiene che la fattispecie relativa al suicidio sia perfettamente circostanziata nella legislazione britannica (*The suicide Act of 1961*) e soltanto il Parlamento possa provvedere a modificarla. Sottolinea infine che il *Code of Practice for Crown Prosecutors*, elaborato dal *Director of Public Prosecution* soddisfa la Convenzione europea per i diritti dell'uomo e rispetta la necessità di chiarezza e prevedibilità della pena. Il fatto che non vi siano linee guida specifiche relative al favoreggiamento al suicidio mentre queste siano previste per altre fattispecie di reato è legato a particolari e prevalenti interessi sociali e problematiche da risolvere ad esse connessi, mentre nel caso in esame la disci-

plina si presenta chiara di per se stessa e non necessita di alcuna ulteriore specificazione.

In sintesi, la Corte sostiene che la legislazione vigente in Gran Bretagna prevede la punibilità della fattispecie di assistenza al suicidio e che soltanto un intervento del legislatore potrà portare ad una modificazione della fattispecie e della eventuale punibilità di condotte idonee ad integrarla, non potendo il giudice sostituirsi al legislatore. (*Caterina Panzarino*)

REGNO UNITO – Approvato il *Climate Change Act 2008*

Il Parlamento inglese ha approvato il 19 novembre 2008 il *Climate Change Act*, firmato dalla Regina in data 26 novembre 2008. Si tratta della prima legge al mondo che prevede una notevole riduzione delle emissioni di gas serra, l'80% entro il 2050 e che dunque ha fondamentale rilievo nel panorama internazionale con riferimento alla tutela dell'ambiente.

L'atto normativo in questione individua due obiettivi principali, entrambi di lungo periodo, il cui raggiungimento definitivo è fissato, come visto, per il 2050. In particolare, la Gran Bretagna dovrà provvedere alla riduzione delle emissioni di gas serra dell'80%, oltre ad assicurare l'adozione di tutte le misure necessarie per controbilanciare l'impatto ambientale dei cambiamenti climatici.

Il *Climate Change Act 2008* si compone di alcune "parti" fondamentali ed introduce notevoli innovazioni nel sistema legislativo relativo alle emissioni di gas serra vigente nel paese.

La prima attiene proprio alla quantificazione della riduzione, individuata nella misura dell'80% (rispetto al livello del 1990) entro il 2050. Con riferimento poi alle modalità attraverso le quali dovrà essere realizzata è prevista la necessità di individuare obiettivi intermedi accanto a quello di lungo termine. Il Segretario di Stato ha l'obbligo di provvedere ad introdurre le misure per la riduzione delle emissioni di gas serra almeno dell'80%, e gli dovrà inoltre stabilire il *carbon budget* ossia il livello di emissioni consentite con riferimento al singolo anno, per il periodo transitorio di cinque anni che parte nel 2008 e termina nel 2012.

Un altro elemento di grande importanza è quello relativo alla creazione di un organo consultivo "autonomo". La legge, infatti, prevede la costituzione del Comitato sui cambiamenti climatici,

con la funzione di fornire consulenza al Governo oltre che a tutte le pubbliche amministrazioni interessate sulle modalità attraverso le quali procedere alla riduzione delle emissioni e su ogni altra materia relativa ai cambiamenti climatici.

Ulteriore novità concerne le modalità di verifica degli obiettivi raggiunti. La legge prevede l'obbligo per il Governo di riferire annualmente al Parlamento sui risultati raggiunti, in base al rapporto annuale preparato dal Comitato sui cambiamenti climatici. Inoltre, la legge autorizza il Governo e le amministrazioni competenti ad adottare per il tramite di fonti normative secondarie provvedimenti attuativi della legge in questione così migliorando l'efficacia delle misure stesse. Ed ancora, introduce apposite procedure volte a valutare l'impatto ed il rischio derivante dai cambiamenti climatici oltre all'obbligo per il Governo di elaborare un programma di adeguamento a tali cambiamenti, programma in grado di garantire e contribuire alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile. Infine, la legge conferisce al Comitato per i cambiamenti climatici il potere di rivolgersi anche a consulenti esterni per la realizzazione di analisi di rischio e di programmi di azione oltre a consulenze su temi specifici e rapporti sui progressi compiuti in materia. (*Caterina Panzarino*)

REGNO UNITO – La *High Court* riconosce il diritto del minore di non essere sottoposto a trapianto

Rilevante è la pronuncia della *High Court* britannica relativa alla richiesta avanzata da una tredicenne di non essere sottoposta a trapianto di cuore. La decisione presenta profili di grande interesse non solo con riferimento al tema del cosiddetto diritto a morire, ma altresì per l'età della richiedente.

L'Alta corte britannica ha rigettato la richiesta di trapianto avanzata dall'*Hereforeshire Primary Care Trust*, successivamente alla verifica da parte dell'ufficiale per la protezione dell'infanzia della volontà irremovibile della ragazza nel non subire alcun intervento legata ad i possibili esiti negativi dello stesso ed alla necessità di essere poi sottoposta a cure prolungate e pesanti. (*Caterina Panzarino*)

REGNO UNITO – Adottata la nuova Costituzione delle Isole Falkland

Il Governo britannico e quello delle Falkland hanno trovato un accordo sulla nuova Costituzione per le tanto disputate isole del sud dell'Atlantico, un territorio inglese che è stato più volte rivendicato anche dall'Argentina.

La Carta fondamentale è stata emessa con un ordine approvato dal *Privy Council* tenuto dalla Regina il 5 novembre 2008 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 2009.

In base alla nuova Costituzione, che descrive con precisione le relazioni tra Isole Falkland e Gran Bretagna, i principali poteri di governo spettano all'esecutivo locale, mentre quello inglese detiene un potere di veto «nell'interesse del buon governo», accanto a specifiche competenze in particolari settori quali la difesa, la sicurezza e l'ordinamento giudiziario.

La Costituzione contiene, inoltre, espresse previsioni per l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al Patto internazionale per i diritti civili e politici.

Più in generale, essendosi le isole Falkland sviluppate in maniera considerevole sia dal punto di vista economico che sociale rispetto al momento in cui venne approvata la precedente Costituzione nel 1985, si è ritenuto necessario procedere all'approvazione di una nuova Carta che potesse dar conto di questi cambiamenti. Ed invero, la nuova Carta Fondamentale ha rafforzato i poteri di autodeterminazione del Governo, ha accresciuto notevolmente la democrazia locale, lasciando al Governo inglese i poteri sufficienti a tutelare gli interessi britannici.

Essa, inoltre, ha introdotto istituzioni apposite volte a rafforzare la trasparenza e l'affidabilità dell'amministrazione locale. Si tratta in particolare del *Public Accounts Commitee* e del *Complaints Commissioner*, che avrà il compito di investigare su ogni ricorso presentato per presunti casi di cattiva amministrazione. Inoltre, il capo relativo alla tutela dei diritti viene aggiornato ed implementato in modo da adeguarlo e renderlo conforme alle disposizioni dei principali accordi internazionali sul tema.

Altri importanti cambiamenti comportano: l'individuazione di un Direttore generale quale capo dei servizi pubblici; l'adeguamento della Carta fondamentale alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale dei diritti civili e politici.

Ci sono, infine, alcune modifiche con riferimento all'acquisizione del «Falkland Islands Status» (che include il diritto di voto), il riferimento ai cittadini del Commonwealth è sostituito con quello ai cittadini britannici. I cittadini britannici dei territori di oltremare dovranno, dunque, allo stato attuale, presentare una richiesta per ottenere tale *status* che non sarà più garantito in via automatica (tramite registrazione o naturalizzazione), come accade invece per i cittadini del Regno Unito. (*Caterina Panzarino*)

REPUBBLICA DEMOCRATICA DEL CONGO – Realizzato il decentramento territoriale

Il 7 ottobre 2008 il Parlamento del Congo ha adottato due leggi organiche in materia di decentramento territoriale. Le due leggi – rispettivamente la n. 15 del 2008, sulle modalità di organizzazione e funzionamento della Conferenza dei Governatori delle Province, e la n. 16 del 2008, che disciplina la composizione, l'organizzazione ed il funzionamento degli enti locali ed i loro rapporti con lo Stato e le Province – rappresentano il coronamento della riforma territoriale decisa nell'estate dai due rami parlamentari con la legge n. 12 del 2008 (del 31 luglio), contenente i «principi fondamentali relativi alla libera amministrazione delle Province». Si tratta di una legge, redatta da un apposito «Consiglio nazionale per la creazione ed il monitoraggio del processo di decentramento amministrativo nella Repubblica Democratica del Congo» (creato *ad hoc* con un decreto ministeriale del 26 marzo 2008), con cui vengono istituite venticinque Province, dotate per la prima volta – in linea con i principi contenuti nella Costituzione del 18 febbraio 2006, che fanno riferimento alla libera amministrazione delle Province, nonché alla loro autonomia di gestione delle risorse umane, economiche, finanziarie e tecniche – di rilevanti margini di autonomia tanto politica, quanto giuridica e finanziaria. La Provincia, che è definita come «componente politica ed amministrativa del territorio della Repubblica Democratica del Congo, dotata di una personalità giuridica e gestita dagli organi locali», prende ad amministrare il 40% delle entrate dovute a livello nazionale, diversamente da quanto avveniva in precedenza, quando la generalità delle entrate era gestita dallo Stato centrale, che era poi chiamato ad operarne la redistribuzione fra

le precedenti undici Province, concepite quali enti di mero decentramento amministrativo. Per quanto riguarda le altre competenze provinciali, gli artt. 32 e seguenti della legge n. 12 del 2008, pur richiamando il riparto delineato dagli artt. 202, 203 e 204 della Costituzione, ampliano i margini di intervento delle Province, ammettendo che queste prendano parte alla predisposizione dei meccanismi di tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali consacrati nella Carta fondamentale e che possano altresì legiferare, tra le altre cose, in materia di protezione dei gruppi di persone svantaggiate, di tutela dell'ambiente e del paesaggio, nel campo dei diritti civili, nell'ambito della ricerca scientifica e tecnologica, della stampa, delle telecomunicazioni, dei trasporti, dell'elaborazione dei programmi minerari e forestali, dell'istruzione, della regolazione del territorio, del regime delle acque e della produzione, trasporto ed utilizzo dell'energia. La legge definisce inoltre i rapporti fra l'organo legislativo (l'Assemblea provinciale) e l'organo esecutivo (il Governo provinciale), i quali vengono improntati sull'istituto della fiducia.

Quanto alle due leggi organiche del 7 ottobre 2008, la n. 15 del 2008 ha carattere essenzialmente tecnico, visto che si limita a definire i compiti della Conferenza dei rappresentanti degli esecutivi provinciali, intesa quale organo chiamato ad emettere pareri e a formulare suggerimenti rispetto alla politica ed alla legislazione statali; viceversa, la più articolata n. 16 del 2008 è suddivisa in sei titoli che disciplinano l'organizzazione interna delle varie realtà territoriali che compongono la Provincia (la Città, il Comune, il «*Secteur*» e la «*Chefferie*») ed i rapporti di queste con lo Stato e le Province. Ai sensi dell'art. 6, per Città bisogna intendere ogni capoluogo di Provincia e ogni agglomerato composto di almeno 100.000 abitanti, che venga riconosciuto come Città con un decreto del Primo ministro emanato su proposta del Ministro dell'interno; in base all'art. 46, il Comune si configura come quella parte della Città composta di almeno 20.000 abitanti, che parimenti abbia ottenuto il riconoscimento da parte del Primo ministro; per quanto riguarda il «*Secteur*» e la «*Chefferie*», consistono in raggruppamenti, rispettivamente eterogenei od omogenei, di comunità tradizionali organizzate ed amministrate sulla base di consuetudini conformi «alla legge, agli editti, all'ordine pubblico, al buon costume», che sono guidate da un soggetto investito dal potere pubblico ed i cui limiti sono fissati con decreto del Primo ministro emanato su proposta del Ministro

dell'interno, previo parere conforme dell'Assemblea provinciale. Per quanto attiene ai rapporti fra i suddetti enti locali e le realtà dotate di autonomia politica (ossia lo Stato e le Province), l'art. 95 prevede che i Governatori delle Province (che vengono definiti «autorità di tutela») possano esercitare un controllo, preventivo – in alcune ipotesi tassativamente previste – o successivo sugli atti degli enti territoriali decentralizzati. Gli artt. 99 e 100 stabiliscono inoltre che, nel caso di controllo *a priori* che abbia esito negativo, il rappresentante dell'ente locale che intendeva emanare l'atto possa presentare un ricorso «amministrativo e/o giurisdizionale» e che, qualora l'autorità di tutela non si pronunci nel termine di trenta giorni, il silenzio equivalga ad una decisione negativa. Pur non essendo stato creato un apposito organo di concertazione (diversamente da quanto avviene a livello interprovinciale, con la creazione della Conferenza dei Governatori delle Province), l'art. 101 richiede che almeno una volta l'anno ogni Governatore di Provincia si incontri con i Capi degli esecutivi degli enti locali esistenti nella Provincia, al fine di «armonizzare i rispettivi punti di vista». (*Elisa Ciardelli*)

RUSSIA – Il Presidente Medvedev firma i primi emendamenti alla Costituzione russa del 1993

Il 22 dicembre 2008, il Consiglio federale ha approvato definitivamente all'unanimità due emendamenti alla Costituzione russa, proposti dal Presidente Medvedev nel mese di novembre, con cui si estende la durata del mandato presidenziale (art. 81, c. 1 Cost.) da 4 a 6 anni e dei membri della Camera bassa del Parlamento (art. 96, c. 1 Cost.) da 4 a 5 anni. Alla definitiva approvazione del Consiglio federale ha fatto seguito, in data 30 dicembre 2008, la firma presidenziale, necessaria affinché la riforma costituzionale possa essere promulgata, ai sensi di quanto previsto dall'art. 108 della Carta costituzionale.

Tale riforma, che costituisce la prima modifica alla Costituzione russa del 1993, avrà effetto a partire dalla prossima legislatura.

Tuttavia, sin da quando il Presidente Medvedev pronunciò il suo primo discorso alla Nazione, alcune formazioni partitiche si opposero con forza alla proposta di revisione costituzionale, annunciando di voler fondare un nuovo partito con il precipuo sco-

po di proteggere la Costituzione. Come sottolineato dal governo federale e, in particolar modo dallo stesso Presidente, la riforma in parola contribuirà a rendere il sistema politico-partitico maggiormente flessibile, senza intaccare l'essenza delle istituzioni politiche della Federazione russa. (*Angela Maria Rosa Scerbo*)

RUSSIA – Approvata definitivamente la legge sul database del DNA

Il 5 dicembre 2008, il Presidente Medvedev ha firmato una legge che permetterà la creazione di un «database federale del DNA» contenente una serie di dati sensibili dei cittadini ritenuti colpevoli di alcuni gravi reati penali.

Essa si è ispirata, essenzialmente, al contenuto della legislazione vigente nel Regno Unito che prevede la possibilità di conservare campioni di DNA dei sospetti criminali, a seguito del loro arresto.

Tuttavia, a differenza di quest'ultima, la legge approvata dal Consiglio federale lo scorso 26 novembre permetterà alle autorità russe di raccogliere e conservare esclusivamente il DNA dei detenuti condannati per gravi reati, quali l'omicidio e la violenza sessuale, senza prevedere la possibilità di catalogare i dati dei cittadini assolti a seguito di regolare processo.

Sul punto appare doveroso segnalare come la legislazione in vigore nel Regno Unito sia stata dichiarata contraria all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani. Nella attesissima pronuncia, emessa il giorno precedente all'approvazione definitiva della legislazione russa, la Corte europea ha evidenziato la necessità di operare una distinzione nel trattamento dei cittadini condannati in virtù della legge penale e quelli semplicemente sospettati di aver commesso dei reati. Nonostante tale pronuncia non sia in grado di sortire effetti giuridici nell'ordinamento russo, è importante sottolineare come, a prima vista, la normativa approvata nella Federazione russa non contrasti con i principi generali enunciati dalla Corte europea dei diritti umani. (*Angela Maria Rosa Scerbo*)

SERBIA – Nuove riforme per l'ingresso nell'Unione europea

Il 23 ottobre il Parlamento ha adottato la legge n. 97-2008, che si pone come momento fondamentale per consentire al paese l'inserimento nella c.d. «lista bianca» di Schengen, ossia nel novero dei paesi candidati ad essere ammessi al circuito europeo che consente la libera circolazione degli individui.

La legge riguarda diversi aspetti, ritenuti fondamentali anche per il proseguimento degli accordi di associazione con l'Unione europea. In primo luogo, infatti, la legge si occupa del trattamento dei dati personali, implementando le norme già presenti in Costituzione ed in particolare l'art. 42 Cost., che sancisce la tutela costituzionale dei dati personali e prevede che la legge disciplini le modalità per punire l'uso improprio degli stessi, e l'art. 97 Cost., che genericamente tutela i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini. La legge 97-2008, inoltre, sancisce, in ottemperanza alle disposizioni contenute nell'art. 8 Cost., l'inviolabilità dei confini della Repubblica serba. Sostituendo così una legge del 1979, il provvedimento in questione definisce le procedure per realizzare un effettivo controllo delle frontiere, introducendo elevati *standards* di controlli e definendo le modalità di cooperazione fra le varie forze dell'ordine coinvolte, prevedendosi, inoltre, la smilitarizzazione delle frontiere ed il trasferimento delle competenze relative al loro controllo dall'esercito al Ministero dell'Interno.

Da ultimo, la legge 97-2008 istituisce l'Agenzia per il contrasto della corruzione, cui è affidato il compito di monitorare l'implementazione della strategia nazionale per il contrasto della corruzione e il piano d'azione per la risoluzione dei conflitti d'interesse. L'Agenzia sarà inoltre competente a controllare il finanziamento pubblico ai partiti e a garantire la cooperazione internazionale in materia di contrasto della corruzione. Le nuove norme sulla corruzione prevedono, quindi, che i pubblici ufficiali siano interdetti, per tutta la durata dei propri uffici, dall'istituzione di società ed abbiano l'obbligo di informare l'Agenzia dei possibili tentativi di corruzione messi in atto da terzi durante l'esercizio delle loro funzioni.

Quanto alla struttura dell'Agenzia, essa si pone come un organismo indipendente, i cui oneri finanziari sono a carico dell'Assemblea nazionale, e si compone di un direttore e di dieci membri, eletti dal Parlamento rispettivamente su proposta del

Presidente della Repubblica, del Governo, della Commissione amministrativa parlamentare, della Suprema Corte di Cassazione, dell'Istituzione nazionale per le audizioni, dell'*Ombudsman*, del Commissario per le informazioni di pubblico rilievo, del Consiglio economico e sociale, dell'Associazione nazionale degli avvocati e dell'Associazione dei giornalisti. (*Maja Stojanovic*)

SPAGNA – Il Governo approva il piano nazionale per i diritti umani

Il 12 dicembre 2008, il Governo ha approvato il piano nazionale per i diritti umani, il quale prevede varie misure per rafforzare la tutela dei diritti, in particolare di coloro che sono sottoposti a restrizione di libertà personale. In primo luogo, con riferimento alla detenzione, si propone: l'introduzione di videocamere all'interno delle stazioni di polizia, la riduzione del termine di otto ore dall'arresto previsto per ricevere l'assistenza di un legale e l'immediata comunicazione dell'arresto per i minorenni. Una legge avrà il compito di tutelare i diritti umani dei carcerati e l'incremento delle garanzie nei centri di internamento per stranieri. Inoltre, si prevede la riforma della *ley organica sobre la libertad religiosa*, l'istituzione di un Osservatorio sul pluralismo religioso e la formazione di funzionari pubblici con particolari competenze in materia religiosa. Specifiche disposizioni concernono la giustizia: è prevista l'elaborazione di un progetto di legge che garantisca l'effettività della tutela giudiziaria dei diritti dei cittadini e verrà rafforzata la protezione delle vittime del terrorismo. Tra gli obiettivi indicati nel piano vi è la riforma della legge sui diritti e libertà degli stranieri, che include l'estensione del diritto di voto nelle elezioni municipali agli stranieri extracomunitari residenti e il riconoscimento dei diritti di riunione, associazione, istruzione e assistenza legale gratuita, conformemente a quanto stabilito dal *Tribunal constitucional* nella sent. n. 236/2007. Nell'ambito dell'ufficio del *Defensor del Pueblo* sarà istituito un apposito organo che si occuperà della difesa del cittadino spagnolo all'estero e verranno ratificati i seguenti trattati internazionali: la Convenzione sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e di lesa umanità, il Protocollo facoltativo del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione contro le munizioni a grappolo e la Convenzione internazionale sulla prote-

zione di tutte le persone contro le sparizioni forzate. In applicazione del principio di uguaglianza tra uomini e donne, si prevede che continui la lotta contro la violenza di genere, mediante il controllo telematico delle misure di allontanamento degli aggressori. Il Piano, infine, contiene disposizioni per quanto riguarda la posizione della Spagna nell'ambito della lotta per l'abolizione della pena di morte e la prevenzione della tortura, attraverso la previsione di un programma speciale contro la tratta di esseri umani, che implicherà la concessione della residenza in Spagna alle vittime.

Con l'effettiva attuazione del Piano verrà istituita una Commissione che avrà il compito di vigilare sulla corretta applicazione delle sue disposizioni. (*Rosario Tur Ausina*)

SPAGNA – Dichiarata l'illegittimità della presenza del crocifisso in aula

Con la decisione 288/2008, la seconda sezione del Tribunale amministrativo di Valladolid, ha ordinato la rimozione dei crocifissi dalle aule scolastiche e dagli spazi comuni del *Colegio Público Macias Picavea*. Il fatto posto alla base della decisione è il seguente: l'*Asociación Cultural Escuela Laica* aveva richiesto al *Colegio* di procedere alla rimozione dei simboli religiosi presenti nelle aule e negli spazi comuni dell'istituto scolastico, ottenendo però una risposta negativa. L'associazione ha quindi impugnato la decisione di diniego, lamentando la violazione, tra gli altri, degli artt. 14, 16 e 27 della Costituzione, che sanciscono rispettivamente il principio di uguaglianza, la libertà ideologica e religiosa e la libertà di insegnamento. Si è costituita in giudizio la *Junta de Castilla y León* (in quanto la *Comunidad Autónoma* ha competenza in materia di istruzione), la quale ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso per motivi formali, affermando da un lato che il ricorrente non aveva esperito tutti i rimedi amministrativi, e dall'altro che sussisteva litispendenza derivata dalla presenza di un altro ricorso dal medesimo contenuto promosso dalla stessa associazione contro lo stesso istituto scolastico, ma avverso un altro atto amministrativo. Le due eccezioni proposte dalla *Junta de Castilla y León* sono state respinte dal Tribunale, il quale ha affermato che per la tutela giudiziale in materia di diritti fondamentali non è necessario aver previamente esaurito tutti i

rimedi amministrativi e che non era ravvisabile la litispendenza, posto che si trattava comunque di atti diversi, anche se di contenuto analogo. Il Tribunale, nella sua argomentazione, considera indubitabile il fatto che il crocifisso abbia una connotazione religiosa e che tale presenza si tradurrebbe nella sostanza in “proselitismo illecito”, in quanto tendente a manipolare la coscienza di individui non in grado di difendersi perché ancora in fase di sviluppo. Inoltre, la presenza di simboli religiosi negli spazi comuni dell’istituto scolastico pubblico potrebbe provocare la sensazione che lo Stato è più vicino alla confessione da essi rappresentata e quindi più vicino a coloro che la professano, in violazione del terzo comma dell’art. 16, che, secondo l’interpretazione del *Tribunal constitucional* nella sent. n. 46/2001, impone che lo Stato non possa abbracciare né prestare il suo appoggio a nessun credo religioso e che non debba esistere confusione alcuna tra i fini religiosi e quelli statali. La non confessionalità implica la neutralità dello Stato di fronte alle distinte confessioni, e tale affermazione è ancora più vera con riferimento all’esposizione di simboli dinanzi a soggetti “deboli”, perché in fase di formazione, quindi maggiormente manipolabili. Per questi motivi il Tribunale pone in capo all’istituto scolastico l’obbligo di rimuovere i simboli religiosi presenti nelle aule e negli spazi pubblici. (*Irene Spigno*)

STATI UNITI – La Corte suprema della California afferma che i medici non possono negare alcun trattamento sanitario a pazienti omosessuali sulla mera base delle proprie convinzioni religiose

Con una decisione unanime emessa in data 18 agosto 2008, la Corte suprema dello Stato della California ha affermato che nessun trattamento medico può essere negato a pazienti omosessuali sulla base degli orientamenti religiosi dei medici o di una loro obiezione di coscienza.

La controversia risolta dalla Corte originava dal rifiuto di procedere ad una inseminazione artificiale opposto ad una coppia lesbica da una clinica della fertilità (*North Coast Women’s Care*) della città di Vista, nella contea di San Diego, California. La coppia aveva allora impugnato il rifiuto affermando che esso violava le disposizioni antidiscriminatorie contenute all’interno del *Unruh Civil Rights Act* (una legge statale che fa divieto ad imprese

pubbliche e private di discriminare i propri utenti sulla base di razza, sesso, religione e orientamento sessuale ed altri ambiti). Al contrario, la clinica ed i medici che operano in essa avevano affermato che sia la *California Declaration of Rights*, contenuta nell'art. 1 della Costituzione della California, che la Costituzione federale degli Stati Uniti proteggevano la propria libertà di credo religioso e consentivano quindi di negare questo trattamento.

La Corte, rifiutando quest'ultima interpretazione, nella propria decisione ha affermato che il *Unruh Civil Rights Act* costituisce una legge a carattere neutro di generale applicabilità, la quale richiede che gli enti che effettuano servizi al pubblico forniscano servizi completi ed in condizioni di eguaglianza, a tutte le persone che ne facciano richiesta, a prescindere dal proprio orientamento sessuale. I medici, di religione cristiana, alla richiesta della coppia avevano risposto affermando che si sarebbero rifiutati di procedere ad alcuna inseminazione su coppie non unite in matrimonio e avevano indicato alla coppia una diversa clinica dove procedere al trattamento, ad un costo sensibilmente maggiore. Inoltre, il Primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, che tutela la libertà di religione, non pone in essere alcuna esclusione a favore dei medici dagli obblighi che gravano su di essi, in base alle disposizioni antidiscriminatorie previste dal citato *Act*, anche quando questi possano incidentalmente confliggere con alcuni precetti della religione professata dai medici. Con riferimento alla Costituzione dello Stato della California, ed alla luce della propria precedente giurisprudenza, la Corte afferma che atti materiali ovvero disposizioni di legge che entrano in relazione con il diritto garantito dall'articolo 1, sezione 4 della Costituzione, devono essere soggetti al livello di scrutinio più elevato e stringente (*strict scrutiny*) che, in questo caso, non giustifica la limitazione al principio di eguaglianza, neppure alla luce della tutela del valore della libertà religiosa.

La Corte conclude la propria analisi affermando che i medici avrebbero potuto evitare il conflitto tra gli obblighi derivanti dalla propria professione e quelli scaturenti dal proprio credo religioso, eliminando del tutto la pratica dell'inseminazione artificiale dai servizi offerti dalla clinica (in condizione quindi di eguaglianza per tutti i cittadini), ovvero chiedendo ad un altro medico della clinica di effettuare la procedura al loro posto.

La Corte suprema californiana, con una decisione emessa il 15 maggio 2008, aveva dichiarato la incostituzionalità di una

legge che vietava il matrimonio tra persone omosessuali sulla base delle disposizioni contenute all'interno della Costituzione dello Stato della California. (*Gianluca Gentili*)

STATI UNITI – Approvati gli emendamenti all’*American with Disability Act* volti ad ampliare la tutela per i soggetti diversamente abili, superando la rigida interpretazione della Corte suprema

Il 25 settembre 2008, il Presidente degli Stati Uniti George W. Bush ha firmato e promulgato la legge (*American with Disabilities Act Amendments Act 2008*, ADAAA 2008) che dispone modifiche all’*American with Disabilities Act 1990* (ADA 1990), dopo che il disegno di legge era stato approvato dalla *House of Representatives* in data 26 giugno 2008 e dal Senato il 12 settembre successivo.

Le modifiche che la legge appena entrata in vigore pone in essere, sono esplicitamente volte a ristabilire e riaffermare gli originari intenti di protezione e l’ampiezza d’intervento che avevano determinato l’adozione dal parte del Congresso del ADA 1990. Questi, infatti, erano stati frustrati a seguito di un’interpretazione letterale e stringente delle disposizioni dell’originario ADA 1990 da parte della Corte suprema degli Stati Uniti in due significative decisioni: *Sutton v. United Airlines* (1990), che aveva sollecitato le corti a considerare, nella determinazione se qualificare o meno un soggetto come disabile, l’eventuale assunzione di farmaci, e *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* (2002), in cui la Corte suprema aveva stabilito che il termine “disabilità” doveva ricevere un’interpretazione restrittiva. Tra gli intenti originari dello ADA 1990 vi erano quelli di fornire un ampio e chiaro mandato a tutti gli organi federali per l’eliminazione di ogni tipo di discriminazione nei confronti di soggetti diversamente abili in ogni ambito sociale, ma soprattutto con riferimento all’ambito lavorativo.

Lo ADAAA 2008, in particolare, rigetta esplicitamente un’interpretazione restrittiva della definizione di disabilità e ribadisce in modo chiaro che l’intento dell’ADA 1990 è quello di fornire la più ampia protezione possibile nei confronti di tutti coloro che sono sottoposti a discriminazioni sulla base della propria condizione di disabile; il ADAAA 2008, inoltre, pone direttamen-

te in essere un bilanciamento tra gli interessi del datore di lavoro e del lavoratore in determinate circostanze di fatto stabilendo quali interessi debbano prevalere; fa infine esplicito divieto di considerare trattamenti farmaceutici o sanitari ai fini della determinazione dell'esistenza di una condizione di disabilità in un soggetto. (*Gianluca Gentili*)

STATI UNITI – Il *same-sex marriage* è al centro di molteplici modifiche e sviluppi costituzionali nei singoli stati dell'Unione

Nel corso degli ultimi mesi, negli Stati Uniti, il tema del *same-sex marriage* ha ricevuto un'attenzione particolarmente intensa, sia come risultato di decisioni giudiziarie che di modifiche costituzionali. Tutto ciò ha riguardato, però, non il livello di Governo federale, ma bensì gli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati dell'Unione. Questa attenzione si sostanzia non solo in decisioni delle Corti supreme dei singoli Stati che hanno qualificato il *same-sex marriage* come diritto costituzionalmente protetto, ma anche iniziative popolari volte – ove questo è consentito dalla Costituzione – alla modifica del testo costituzionale al fine di evitare che gli organi giurisdizionali, investiti del potere di *judicial review*, possano interpretare alcune disposizioni del testo costituzionale nel senso di qualificare il matrimonio omosessuale come istituto costituzionalmente protetto.

Successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità, avvenuta nel maggio 2008, della Corte suprema della California, nei confronti di una legge che avrebbe vietato il matrimonio tra omosessuali, per violazione delle disposizioni della Costituzione statale che prevedono il diritto alla formazione di una famiglia, è stata la Corte suprema del Connecticut ad esprimersi nello stesso senso il 10 ottobre 2008. In una decisione presa a maggioranza di 4 giudici contro 3, la Corte suprema ha affermato che il principio di eguaglianza e il diritto alla *privacy* contenuti all'interno della Costituzione dello Stato del Connecticut, impongono alla Corte di sottoporre ad uno stretto scrutinio le discriminazioni poste in essere sulla base degli orientamenti sessuali. Lo Stato, nell'ottica della Corte, non è riuscito ad argomentare una giustificazione sufficiente per l'esclusione delle coppie omosessuali dal vincolo del matrimonio.

La tutela del *same-sex marriage* come diritto protetto dalla Costituzione della California, ha subito però una inaspettata battuta di arresto il 5 novembre 2008, quando, a seguito di una iniziativa di modifica della Costituzione di origine popolare (*Proposition 8*), espressamente consentita dall'art. II, sezione 8 della Costituzione di quello Stato, i cittadini dello Stato della California si sono espressi, con il 52% delle preferenze, a favore dell'introduzione in Costituzione di una previsione che definisce il matrimonio esclusivamente come l'unione di un uomo e di una donna. L'emendamento che ne risulta, di fatto ha l'effetto di contraddire e superare la decisione presa dalla Corte suprema nel maggio 2008.

Analoghi emendamenti costituzionali sono stati introdotti tramite referendum e per iniziativa popolare anche negli Stati dell'Arizona (*Proposition 102*, approvata con il 56,2% dei voti validamente espressi) e della Florida (*Proposed Constitutional Amendment n. 2*).

La correttezza del procedimento di modifica della Costituzione della California è stata però messa in discussione da alcuni gruppi di attivisti a favore dei matrimoni omosessuali, i quali hanno impugnato la legittimità costituzionale della *Proposition 8* e della votazione avvenuta, sostenendo che la modifica costituzionale posta in essere non potrebbe essere qualificata come semplice emendamento, ma bensì come procedimento di revisione, come tale – in base alle disposizioni della Costituzione della California – escluso dalla possibilità di avvenire tramite referendum. La Corte suprema della California il 19 novembre 2008 ha accettato di valutare la legittimità del procedimento di emendamento della Costituzione. La decisione è attesa per il marzo 2009.

Anche in Connecticut a seguito della decisione della Corte suprema, gruppi conservatori si sono mobilitati a favore di una modifica della Costituzione statale. Per una peculiarità della stessa Costituzione, che prevede che i cittadini si esprimano ogni 20 anni sull'opportunità di convocare una *Constitutional Convention* che modifichi il testo della Legge fondamentale (art. 13, sezione 2 della Costituzione), i tentativi di superare la decisione della Corte hanno puntato all'espressione di un voto positivo nella votazione per l'istituzione della *Convention*, tenutasi il 4 novembre 2008. I cittadini dello Stato del Connecticut si sono espressi però al 59% in senso contrario all'istituzione della

Convention. Ad oggi, più di metà degli Stati della federazione hanno già adottato modifiche costituzionali volte a limitare l'applicazione dell'istituto del matrimonio solo ad unioni eterosessuali, mentre la maggior parte dei restanti Stati hanno definito il matrimonio in senso analogo in disposizioni di legge. Al momento, Massachusetts e Connecticut, come conseguenza delle decisioni delle proprie Corti supreme, sono gli unici Stati che qualificano il *same-sex marriage* come situazione costituzionalmente protetta. (*Gianluca Gentili*)

STATI UNITI – La Corte suprema conferma la possibilità dei mezzi della marina militare di utilizzare i sonar nelle esercitazioni militari, nonostante il pericolo di danni all'ecosistema marino

Nella decisione *Winter v. National Resources Defense Council*, presa a maggioranza di 6 giudici contro 3 il 11 dicembre 2008, la Corte suprema degli Stati Uniti ha confermato la possibilità per i mezzi della marina militare statunitense di utilizzare nelle proprie esercitazioni al largo delle coste della California la strumentazione sonar ad ampio raggio, rigettando le prospettazioni di numerosi gruppi ambientalisti che sottolineavano come tale strumento risultino dannosi per la vita marina, e per quella delle balene in primo luogo.

La Corte, nell'opinione di maggioranza redatta dal *Chief Justice* John G. Roberts, ha affermato che, seppure non trascurando l'importanza della tutela dell'ecologia e della vita dei mammiferi marini, questi interessi sono tuttavia chiaramente posti in secondo piano, nel caso di specie, dalla necessità della marina militare statunitense di poter effettuare esercitazioni caratterizzate da un alto tasso di attendibilità e verosimiglianza a situazioni reali, nell'intento di poter contrastare efficacemente eventuali minacce poste da sottomarini nemici. Ciò non significa, nell'ottica della Corte, che gli interessi militari debbano sempre prevalere su quelli ecologici, ma nel caso di specie, questi si presentano come primari.

Di opinione diversa e contrapposta è l'opinione dissenziente dei *Justices* Ruth Ginsburg e David Souter e quella parzialmente dissenziente del *Justice* Stephen Breyer.

La prospettazione dei gruppi ambientalisti aveva concentrato la propria attenzione sulle gravi conseguenze che l'utilizzo di questi strumenti comporta, causando la perdita del senso dell'orientamento nelle balene ed il loro arenarsi in massa sulle coste. Il tratto di Oceano che fronteggia le coste della California risulta inoltre abitato da cinque specie diverse di balene in via di estinzione.

La decisione della Corte suprema riforma la decisione della Corte di appello per il nono circuito che aveva invece ordinato alla marina militare di limitare l'utilizzo del sonar ad ampio raggio nelle proprie esercitazioni militari. La Corte non si è pronunciata sulla sussistenza dell'obbligo per la Marina militare di porre in essere una periodica valutazione di impatto ambientale, anche se da fonti militari si afferma che la Marina sta già provvedendo in tal senso. (*Gianluca Gentili*)

SUDAFRICA – La Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittime alcune disposizioni relative ai matrimoni tradizionali

L'8 dicembre 2008 la Corte costituzionale sudafricana ha confermato il giudizio di illegittimità costituzionale pronunciato dalla *High Court* di Durban rispetto alle disposizioni del *Recognition of Customary Marriages Act*, 1998, a quelle del *KwaZulu Act*, 1985 e a quelle del *Natal Code*, 1987 che determinano una ingiustificata discriminazione tra la condizione dei due coniugi sia durante sia al termine del matrimonio, limitatamente ai matrimoni tradizionali contratti prima del 15 novembre 2000, data di entrata in vigore del citato *Recognition Act*.

Nell'ambito del giudizio *Gumede vs. President of the Republic of South Africa and Others*, la ricorrente, che si era sposata con matrimonio tradizionale nel 1968 e aveva avviato le pratiche per il divorzio nel 2003, lamentava l'impossibilità di vedersi attribuire una parte dei beni acquistati nel corso del matrimonio giacché soltanto dall'entrata in vigore del *Recognition Act* è assicurato automaticamente il regime di comunione dei beni. In precedenza l'istituto del matrimonio tradizionale era regolato, invece, dal diritto consuetudinario, come previsto nelle *sections* 7(1) and 7(2) del *Recognition Act*.

Nella Provincia di KwaZulu Natal, peraltro, le norme consuetudinarie riguardanti il matrimonio tradizionale sono state codificate nel *KwaZulu Act* e nel *Natal Code* dove, nella *section 20*, si stabilisce che il marito è il capo della famiglia e il proprietario di tutti i suoi beni.

La norma determina quindi un'evidente discriminazione in base al sesso, ai sensi della *section 9 (3)* della Costituzione sudafricana: «Lo Stato non può discriminare ingiustamente, direttamente o indirettamente, qualcuno per una o più ragioni, incluse la razza, il sesso, l'orientamento sessuale, la gravidanza, lo stato civile, le origini sociali o etniche, il colore, l'età, l'handicap, la religione, la coscienza, le credenze, la cultura, la lingua e la nascita». Dato che tale tipo di discriminazione figura nell'elenco della *section 9*, si presume ingiusta e spetta al convenuto giustificare la limitazione del diritto di proprietà per le donne. Nel caso di specie il convenuto non ha provveduto a fornire giustificazioni né si potrebbe considerare come tale quanto previsto dalla *section 8 (4)* del *Recognition Act* che riconosce al giudice che concede il divorzio la facoltà di dividere tra i coniugi il patrimonio acquisito durante il matrimonio. Tale previsione, infatti, non tiene conto delle discriminazioni subite dalla moglie negli anni di matrimonio.

La Corte ha dichiarato incostituzionali la *section 7 (1)* del *Recognition Act*, ove prevede che le conseguenze patrimoniali derivanti da un matrimonio tradizionale contratto prima dell'entrata in vigore del *Recognition Act* siano disciplinate dal diritto consuetudinario; la *section 7 (2)* del *Recognition Act* che introduce un trattamento differenziato tra matrimoni tradizionali, a seconda della loro data di conclusione; la *section 20* del *KwaZulu Act* e la *section 20* del *Natal Code* in quanto prevedono che il marito abbia il controllo esclusivo e la proprietà di tutti i beni della famiglia; la *section 22* del *Natal Code* degli Zulu, secondo la quale tutti coloro che vivono nel *kraal* (casa) sono tenuti ad obbedire al capo famiglia. (*Cristina Fasone*)

SUDAFRICA – La *High Court* della sezione provinciale di Transvaal autorizza l'uso del nome di “*Congress of the People*” per la formazione di un nuovo partito politico

Il 12 dicembre 2008 la *High Court* della Provincia di Transvaal ha respinto il ricorso presentato dall'*African National Congress* al fine di interdire ad un nuovo partito politico l'assunzione del nome di *Congress of the People*. La sentenza sul caso *African National Congress v. Congress of the People* è intervenuta a seguito delle rilevanti trasformazioni subite dal sistema politico sudafricano nel 2008, dopo ben quattordici anni di dominio incontrastato dell'*African National Congress*. A causa della sconfitta subita al Congresso dell'*African National Congress* a dicembre del 2007, il Presidente della Repubblica Sudafricana Thabo Mbeki è stato sostituito alla guida del partito da Jacob Zuma e ha rassegnato le dimissioni da Capo dello Stato a settembre 2008. Il 25 settembre Kgalema Motlanthe è stato eletto dall'Assemblea nazionale sudafricana come nuovo Presidente della Repubblica e rimarrà in carica fino alle elezioni del 2009. Prima delle recenti vicende politiche, si riteneva pressoché certo che Jacob Zuma avrebbe assunto la Presidenza dopo la consultazione elettorale.

Tuttavia, una parte dei membri dell'*African National Congress*, tra i quali l'ex Ministro della difesa, Mosiuoa Lekota, non condividendo gli orientamenti della *leadership*, ha costituito un nuovo partito che concorrerà alle elezioni. La denominazione scelta dai fondatori di questa formazione politica, quella di *Congress of the People*, è all'origine della controversia. Il *Congress of the People*, infatti, fu il consesso nel quale fu adottata il 26 giugno 1955 il *Freedom Charter*, uno dei documenti politicamente più rilevanti della storia del Sudafrica. Come asserito nella sentenza, «In essa sono contenute i principi per i quali combatterono e soffrirono coloro che presero parte alla lotta per la libertà. I principi della *Freedom Charter* sono alla base della Costituzione della Repubblica del Sudafrica del 1996». L'*African National Congress* è l'unica organizzazione politica, tra quelle che hanno partecipato all'elaborazione del *Freedom Charter*, ad essere ancora attiva. A tal proposito, però, si precisa che l'*African National Congress* non rivendica alcun diritto sul nome scelto né contesta di per sé il riferimento ad uno specifico evento storico, bensì ritiene che l'uso del nome *Congress of the People* possa falsare illegittimamente e surrettiziamente la competizione elettorale, tra-

smettendo agli elettori un messaggio distorto che avvantaggia il partito in questione.

Il parametro di giudizio è costituito dalla *section 16* dell'*Electoral Commission Act* n. 51 del 1996, che indica le ipotesi nelle quali è negata la registrazione di un partito politico a fini elettorali. A parere della Corte, nessun elettore ragionevole e adeguatamente informato potrebbe scambiare un partito politico costituito nel 2008 per un evento politico occorso nel 1955. Semmai il continuo richiamo ai principi del *Freedom Charter* da parte dei fondatori del *Congress of the People* potrebbe indurre gli elettori ad associare il partito alla sede nella quale il documento fu redatto. Ad ogni modo, secondo la Corte, anche in questa ipotesi la scelta del citato nome non determina un inganno a danno degli elettori né li confonde (*section 16 (1 i) Electoral Commission Act*). Infine, rispetto alle rimostranze dell'*African National Congress* circa il fatto che il *Congress of the People* si presenterebbe come l'unico erede e sostenitore dei valori affermati nel 1955, la Corte concorda con il difensore del convenuto sulla circostanza che, una volta avvenuta la registrazione, esso sarà autorizzato ad «usare il nome Partito del Congresso esclusivamente per un partito politico». Per le suddette ragioni respinge il ricorso.

L'*African National Congress* ha dichiarato di voler ricorrere in appello dinanzi alla Corte suprema. Intanto il 19 dicembre 2008 il *Congress of the People party* è stato ufficialmente registrato presso l'*Independent Electoral Committee*. (Cristina Fasone)

TAILANDIA – La Corte costituzionale scioglie tre dei partiti politici di maggioranza nella coalizione di governo ed interdice il Primo ministro dalla politica per un arco di tempo di cinque anni

Con una decisione presa all'unanimità il 2 dicembre 2008, la Corte costituzionale thailandese ha ordinato lo scioglimento del *People's Power Party* (PPP), il partito di maggioranza all'interno della coalizione di governo in Thailandia, e disposto l'interdizione per cinque anni da ogni incarico politico per il Primo ministro in carica Somchai Wongsawat e altri 37 membri del partito, a seguito delle risultanze di un'indagine su frodi elettorali compiute nel-

le elezioni del 2007 e su ripetuti ed accertati episodi di corruzione commessi da esponenti del partito. Assieme al PPP, la Corte ha altresì disposto lo scioglimento di altri due dei sei partiti facenti parte della coalizione governativa, il *Chart Thai* ed il *Matchimathipathai*, interdicensi rispettivamente 43 e 29 membri di questi dalla politica, anch'essi per un arco di tempo di un lustro.

La decisione, basata sul combinato disposto delle sezioni 68 e 237 della Costituzione, risulta essere l'ultimo atto di una catena di eventi iniziata nel 2006, prima della redazione ed approvazione dell'attuale Costituzione thailandese, entrata in vigore soltanto nel 2007, e nella quale la Corte costituzionale ha svolto un ruolo fondamentale.

Il Primo ministro Wongsawat, in particolare, risulta essere il cognato del precedente Primo ministro Taksin Shinawatra, imprenditore plurimiliardario, proprietario di un vero e proprio impero delle telecomunicazioni, fondatore e *leader* del partito politico *Thai Rak Thai* (TRT) e deposto da un golpe militare nel 2006. Shinawatra, attualmente in esilio "volontario" nel Regno Unito, risulta imputato in Thailandia in numerosi procedimenti per reati di corruzione e abuso di potere.

Il PPP era stato fondato come successore diretto del TRT, in quanto la Corte costituzionale, a seguito del colpo di Stato, aveva sciolto il TRT e interdetto Shinawatra.

Wongsawat aveva assunto l'incarico di Primo ministro della Thailandia il 17 settembre 2008, dopo essere stato nominato dalla Camera bassa del Parlamento. L'elezione avveniva a seguito della rimozione del successore diretto di Shinawatra alla guida dell'Esecutivo, l'ex Primo ministro Samak Sundaravej, avvenuta anch'essa ad opera della Corte costituzionale. Sundaravej, che aveva fondato il PPP con il dichiarato intento di raccogliere l'eredità di Shinawatra e del TRT, era stato rimosso dalla Corte dal proprio incarico per aver accettato un compenso da un'emittente televisiva, a fronte della partecipazione ad un programma a carattere culinario, in violazione della sezione 267 della Costituzione thailandese. La sezione, infatti, prevede che «[...] con l'eccezione delle cariche assunte e dei doveri adempiuti in base a previsioni di legge, al Primo ministro e ai Ministri è fatto divieto di accettare alcun incarico in società, compagnie o imprese al fine di perseguire finalità di profitto o di condivisione di utili, ovvero di assumere la posizione di dipendente nei confronti di qualsiasi soggetto». In base alla sezione 182 della Costituzione,

una violazione della sezione 267 porta all'immediata rimozione del pubblico ufficiale dall'incarico ricoperto.

La rimozione dell'ex Primo ministro Sundaravej era inoltre intervenuta dopo che la Corte costituzionale aveva, in almeno altre due occasioni, nel luglio 2008, censurato il comportamento di esponenti del PPP e Ministri nel governo dello stesso Sundaravej: nel primo caso aveva ordinato la rimozione del Ministro della salute pubblica Chaiya Sasomsup, dopo aver riscontrato da parte sua la violazione della legge che impone a coloro che rivestano incarichi pubblici la dichiarazione delle proprie partecipazioni azionarie in imprese; nel secondo caso aveva dichiarato l'incostituzionalità di una dichiarazione ufficiale congiunta Thailandia-Cambogia, firmata dal Ministro degli esteri Noppadon Pattama, a favore della dichiarazione da parte dell'Unesco del Tempio di Preah Vihear situato al confine appunto dei due paesi, come sito Patrimonio mondiale dell'umanità, in quanto, in base alla sezione 190 della Costituzione, qualsiasi atto o trattato teso a modificare il territorio dello Stato della Thailandia deve essere approvato dal Parlamento nazionale.

A seguito di questi avvenimenti, nel settembre 2008, il PPP aveva ufficialmente manifestato l'intenzione di modificare la Costituzione del 2007 al fine di limitare i poteri degli organi giurisdizionali e favorire invece un allargamento delle competenze dei ruoli di vertice dell'Esecutivo, dichiarando di voler in questo modo aumentare il tasso di democraticità del paese. Una delle sezioni di cui si proponeva la modifica risultava proprio la sezione 237, cui la decisione in oggetto fa riferimento.

La richiesta di scioglimento del PPP che ha portato alla decisione in oggetto, è stata presentata di fronte alla Corte costituzionale dall'Ufficio del Procuratore generale i primi giorni dell'ottobre 2008 ai sensi del secondo paragrafo della sezione 68 della Costituzione, ed in risposta ad una raccomandazione della Commissione elettorale nazionale. Quest'ultima aveva emesso la raccomandazione a seguito delle risultanze delle indagini promosse nei confronti di un altro esponente del PPP, il vicesegretario Yongyuth Tiyapairat, che avevano condotto, nel luglio 2008, alla condanna dello stesso per accertata compravendita di voti durante le elezioni che nel dicembre del 2007 avevano visto l'ampia affermazione del PPP e dell'attuale coalizione di governo (si trattava delle prime elezioni dal golpe che aveva deposto Shinawatra e dall'entrata in vigore della nuova Costituzione). La

Corte costituzionale aveva accettato di decidere sulla richiesta nello stesso mese di ottobre 2008.

La sezione 68 della Costituzione rappresenta una disposizione cardine all'interno dello stesso testo fondamentale. Essa, compresa nella parte della Costituzione dedicata ai "diritti a proteggere la Costituzione", afferma al primo paragrafo che «è fatto divieto a qualsiasi soggetto di utilizzare i diritti e le libertà sanciti all'interno della Costituzione per [...] acquisire una posizione di potere che consenta di governare il paese con mezzi diversi da quelli previsti dalla stessa Costituzione». La sezione prosegue affermando che, qualora l'operato di un soggetto o di un partito politico possa essere ricondotto a quanto descritto nel primo paragrafo, chiunque sia a conoscenza di questa condotta ha il diritto di sottoporre la questione all'attenzione del Procuratore generale e presentare formale richiesta alla Corte costituzionale, affinché questa decida sulla questione, potendo imporre la cessazione di tale condotta. Il terzo paragrafo è chiaro nell'affermare che «qualora la Corte costituzionale decida di ordinare la cessazione della condotta sussumibile sotto la fattispecie prevista al secondo paragrafo, la stessa Corte può ordinare anche lo scioglimento del partito politico». Il paragrafo finale, in questo caso, consente anche la interdizione del *leader* del partito dalla politica per un arco di tempo di cinque anni.

A ricondurre espressamente i reati di frode elettorale sotto la fattispecie vietata dal primo paragrafo della sezione 68, è la sezione 237, ove si afferma che qualsiasi candidato in una competizione elettorale che, in prima persona ovvero indirettamente, influenzi l'esecuzione delle consultazioni in modo da impedire uno svolgimento onesto e corretto, sarà privato dei diritti elettorali per cinque anni. Nel caso in cui – prosegue la sezione 237 – vi siano prove convincenti che il *leader* o un dirigente del partito politico abbia conosciuto della indebita influenza e l'abbia ignorata, ovvero l'abbia posta in essere in prima persona, l'intero partito politico verrà ritenuto responsabile di una condotta sussumibile sotto la fattispecie prevista dal primo paragrafo della sezione 68; e la Corte potrà così procedere allo scioglimento del partito e all'interdizione dalla politica del *leader* e dei vertici del partito stesso, questi ultimi anche se che non direttamente coinvolti nella condotta.

Il Presidente della Corte – giudice Chat Chalavorn – redattore della decisione unanime, ha affermato in essa che con tale sen-

tenza la Corte «intende stabilire uno *standard* politico ed un chiaro esempio. Infatti, i partiti politici disonesti minacciano alla base il sistema democratico della Thailandia».

A seguito della decisione della Corte costituzionale, il *People's Alliance for Democracy* (PAD), principale partito di opposizione, ha posto fine alle proteste iniziate due mesi prima della decisione della Corte e che avevano portato alla occupazione dei due aeroporti di Suvarnabhumi e Don Muang nella città di Bangkok, bloccando ogni traffico commerciale verso la capitale e più di 300.000 viaggiatori stranieri. Il PAD, in particolare, sin dall'esilio dell'ex Primo ministro Thaksin Shinawatra, si è sempre opposto alla nomina al vertice dell'Esecutivo di membri del PPP vicini allo stesso Shinawatra, che – a detta del PAD – avrebbero semplicemente operato sotto l'influenza di Shinawatra, che avrebbe così potuto governare sulla Thailandia a dispetto della sua cacciata determinata dal golpe del 2006. (*Gianluca Gentili*)

UCRAINA – La Corte costituzionale definisce i poteri del Presidente della Repubblica di indizione di referendum popolari

Il 21 ottobre 2008 sono state pubblicate le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale ucraina n. 6-rp/2008, che ha precisato la natura dei poteri del Presidente della Repubblica e del Parlamento (*Verkhovna Rada*) riguardo all'indizione di referendum popolari.

In Ucraina il Presidente della repubblica è eletto per cinque anni a suffragio universale diretto secondo il disposto dell'art. 103 Cost. I poteri più rilevanti di cui dispone sono la nomina del Primo ministro su indicazione della maggioranza parlamentare (art. 83 Cost.), lo scioglimento della *Verkhovna Rada* nei casi in cui questa non riesca ad esprimere una maggioranza (art. 90 Cost.) ed il potere di iniziativa legislativa ex art. 93 (che ascrive alla *Rada* l'onere di esaminare i progetti di legge presentati dal Presidente con particolare celerità). Dal canto suo il Parlamento dispone del potere di *impeachment* contro il Presidente della Repubblica nel caso di tradimento o altri crimini la cui individuazione è demandata alle fonti ordinarie (art. 111, c. 1 Cost.), mentre non è prevista dalla Costituzione ucraina la possibilità di rimuovere per ragioni di opportunità politica il Capo dello Stato.

La prassi costituzionale di questi due organi è nel senso di un bilanciamento dei poteri; tuttavia, concreta è la possibilità che si crei un corto circuito nel funzionamento dei due organi qualora siano espressione di maggioranze politiche diverse, mancando strumenti che li obblighino alla collaborazione. La Corte costituzionale ucraina è, invece, disciplinata dal Capitolo XII della Costituzione, la disposizione più importante del quale è l'art. 150, che prevede (c. 1, n. 1) che la Corte esamini la costituzionalità di leggi, atti del Primo ministro, del Governo nonché gli atti della Repubblica autonoma della Crimea, su ricorso del Presidente della Repubblica, di 45 deputati della *Rada*, della Corte suprema di Ucraina, del Rappresentante dei Diritti umani della *Verkhovna Rada*, nonché del Parlamento (anch'esso chiamato *Verkhovna Rada*) di Crimea. Sempre su richiesta di questi organi la Corte è chiamata ad esprimersi sull'interpretazione della Costituzione e delle leggi ordinarie. Altra competenza di cui è tributaria la Corte costituzionale è un ruolo di esame pregiudiziale della richiesta di *impeachment* formulata dal Parlamento nei confronti del Presidente della Repubblica, da un punto di vista del rispetto della procedura (art. 151, c. 2 Cost.).

La Corte ha ricordato come l'art. 106, c. 1 n. 6) prevede che il Presidente della Repubblica sia tenuto a indire un referendum costituzionale nel caso previsto dall'art. 156 Cost. Quest'articolo disciplina le modifiche ad alcuni Capitoli della Costituzione ucraina, ovvero il Capitolo I ("Principi generali"), il Capitolo III ("Elezioni. Referendum") ed il Capitolo XIII ("Sulle modifiche alla Costituzione"). Per questi nuclei di disposizioni è infatti necessario che il progetto di legge sia proposto dal Presidente della Repubblica al Parlamento, o che il Parlamento stesso lo presenti a maggioranza di due terzi. Il progetto si intende approvato quando riceve i suffragi dei due terzi della *Rada* ed è poi ratificato dal corpo elettorale tramite referendum. Quest'ultimo viene indetto dal Presidente della Repubblica, ed è necessario solo nei casi di modifiche delle disposizioni di cui sopra (per le restanti disposizioni costituzionali una diversa procedura è prevista dall'art. 155 Cost.).

Di tutt'altra natura sono i referendum che si tengono ex art. 72, c. 2 per l'approvazione di una legge ordinaria, che possono invece essere anche propositivi e si tengono con la raccolta di firme di almeno tre milioni di cittadini in almeno due terzi degli

oblast della Repubblica, ed una soglia minima di centomila firme in ciascun *oblast*.

Nel caso risolto dalla Corte tramite la sentenza in oggetto, il Presidente della Repubblica aveva sottoposto alla Corte il quesito se l'indizione del referendum di cui all'art. 72, c. 2 Cost. fosse un atto che ricalcasse da un punto di vista procedimentale il referendum costituzionale ex art. 156, e che quindi prevedesse l'intervento della *Verkhovna Rada* e del Presidente. L'intento era quello di neutralizzare l'iniziativa popolare appiattendone la procedura su quella prevista per il referendum costituzionale. La Corte ha risposto, tuttavia, in maniera negativa, dando della Costituzione un'interpretazione letterale che parte dall'art. 1 («L'Ucraina è uno stato sovrano e indipendente, democratico, sociale e di diritto») e si snoda attraverso l'art. 5 comma 2 («Il popolo è il depositario della sovranità a l'unica fonte del potere»). In base a questa lettura, non è possibile per la Corte che una procedura referendaria sia sottoposta a vincoli non richiesti dalla Costituzione stessa. Ne segue che il referendum di cui all'art. 72, c. 2 non ammette alcuna interferenza da parte di altri organi costituzionali, ed è direttamente operativo ed efficace. (*Giorgio Giuliano*)

UNGHERIA – La Corte costituzionale annulla la legge sulle unioni omosessuali

Il 16 dicembre 2008 la Corte costituzionale ungherese (*Köz-társaság Alkotmánybírósága*) ha annullato la legge sulle unioni non matrimoniali approvata il 17 dicembre 2007. Questa legge permetteva di registrare le unioni civili presso le case comunali ungheresi, istituendo quindi una forma di unione alternativa al matrimonio, ed aperta – oltre che ad eterosessuali – anche a gay. È proprio la creazione di questo secondo *genus* di unione ad aver attirato la censura della *Köz-társaság Alkotmánybírósága*, la quale ha motivato la propria sentenza con il fatto che la legge finirebbe, nel caso delle coppie eterosessuali, per svalutare l'istituzione del matrimonio. La Corte ha sostenuto che ben sarà, al contrario, ammissibile una legge che istituisca unioni civili aperte ai soli omosessuali, salvaguardando perciò per le coppie eterosessuali il matrimonio come sola forma di unione civile. (*Giorgio Giuliano*)

UNIONE EUROPEA – Prosegue il processo di riforma delle istituzioni europee dopo la pronuncia della Corte costituzionale della Repubblica Ceca

Il 26 novembre 2008, la Corte costituzionale della Repubblica Ceca si è pronunciata sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione.

La ratifica del Trattato era stata sospesa a seguito di una mozione presentata il 24 aprile 2008 da un gruppo di senatori appartenenti al Partito Democratico Civico (ODS) guidato dal Primo ministro Mirek Topolánek, e alcuni membri del Partito Cristiano-democratico (KDU-CSL). Con tale mozione i senatori avevano chiesto alla suprema Corte di vagliare la conformità del Trattato con molteplici disposizioni costituzionali.

A seguito di una attenta analisi, la Corte ha rigettato all'unanimità le argomentazioni dei parlamentari e ha stabilito che il Trattato non è in contrasto con la Carta fondamentale della Repubblica Ceca. In particolare, secondo quanto stabilito dal supremo organo, l'ulteriore trasferimento di competenze nazionali alle istituzioni europee, derivante dall'adesione al Trattato, è pienamente conforme al dettame dell'art. 10a della Costituzione ceca che prevede espressamente la possibilità di approvare un accordo internazionale comportante la cessione di quote di sovranità a favore di istituzioni e organizzazioni internazionali. Come evidenziato dalla stessa Corte, la suddetta norma costituzionale risulta pertanto compatibile con l'art. 48 del TUE. Il punto 6 di tale ultima disposizione stabilisce che il Consiglio europeo possa modificare «in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e attribuisce l'iniziativa di tale modifica ai governi degli Stati membri, al Parlamento europeo e alla Commissione. Inoltre, la decisione finale del Consiglio potrà entrare in vigore «solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali».

Alla luce di quanto precede, il supremo Organo ha stabilito che il Trattato europeo riformato non contrasta con l'ordine costituzionale della Repubblica e non viola i principi fondamentali contenuti nell'art. 1 della Costituzione (sovranità, principio unitario, democrazia, rispetto dei diritti e delle libertà degli individui e dei cittadini). Interpretando tale norma in combinato disposto con l'art. 9, par. 2 della Carta fondamentale (principio della *rule*

of law), il giudice delle leggi ha affermato che nell'attuale fase di integrazione europea, il principio di sovranità non deve essere inteso in senso assoluto. A suo avviso, infatti, la cessione di un certo numero di competenze nazionali continuerà a dipendere dalla libera volontà degli Stati e ciò non comporterà un indebolimento della sovranità ma rafforzerà ulteriormente il loro ruolo nel quadro delle azioni congiunte.

L'importante decisione della Corte costituzionale è stata pronunciata in una fase cruciale del processo di integrazione europea. Il Parlamento ceco potrà finalmente dare impulso al processo di ratifica del Trattato che si concluderà, tuttavia, solo a seguito della controfirma del Presidente della Repubblica Václav Klaus. Quest'ultimo, da sempre contrario all'adesione della Repubblica Ceca al Trattato di Lisbona, ha recentemente dichiarato di essere disposto a superare le proprie riserve e a controfirmare la ratifica solo nel caso in cui anche l'Irlanda riesca a superare l'*impasse*.

Com'è noto, l'esito negativo del *referendum* irlandese per l'approvazione del Trattato europeo riformato ha imposto la necessità di procedere ad una seria riflessione sul futuro dell'Unione, senza provocare, tuttavia, una brusca interruzione del processo di riforma delle istituzioni europee, al pari di quanto accaduto a seguito delle consultazioni referendarie del 2005, con cui i cittadini francesi e olandesi si opposero all'approvazione del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa. Di fatto, fu proprio a seguito dei suddetti *referendum* che il Consiglio europeo del 16 e 17 giugno 2005 avviò un periodo di riflessione in cui le istituzioni europee e i Governi degli Stati membri dell'Unione collaborarono attivamente per superare l'*impasse* costituzionale dell'Unione europea.

Come si ricorderà, tuttavia, l'abbandono del progetto di Costituzione europea e la contestuale decisione di procedere alla riforma delle istituzioni dell'Unione mediante una modifica dei prevalenti Trattati avvenne non senza ostacoli e contraddizioni. Così, al termine del periodo di riflessione, dopo ben due anni di lavori, un primo importante documento fu adottato dal Parlamento europeo, nell'ambito della sessione plenaria del 7 giugno 2007, in vista dell'imminente Consiglio europeo del 21 e 22 giugno.

L'approvazione della *road map* per il processo costituzionale europeo fu preceduta da un ampio dibattito cui parteciparono Presidenza e Commissione e che vide confrontarsi difensori e av-

versari del Trattato costituzionale. La relazione adottata definitivamente dagli eurodeputati apparve del tutto coerente e in sostanziale linea di continuità con la Dichiarazione di Berlino del 25 marzo, resa in occasione del 50° anniversario del Trattato di Roma e sottoscritta dai Presidenti del Consiglio europeo, del Parlamento e della Commissione, il cui obiettivo principale era quello di dare all'Unione europea una «base comune rinnovata» entro le elezioni del Parlamento europeo del 2009. Adottando con 469 voti favorevoli, 141 contrari e 32 astensioni il testo redatto dai relatori Barón Crespo, del gruppo socialista e Brok, del gruppo del partito popolare europeo, il Parlamento ribadì pertanto il proprio sostegno al contenuto del Trattato costituzionale e invitò gli Stati membri a concludere il processo di ratifica. La risoluzione venne poi trasmessa alla Commissione, ai Parlamenti nazionali degli Stati membri, al Comitato delle Regioni, al Comitato economico e sociale e al Consiglio dell'Unione. In vista della convocazione, da parte di quest'ultimo, della Conferenza intergovernativa incaricata di portare a conclusione i negoziati, con lo scopo di permettere la ratifica del Trattato prima delle elezioni europee del 2009, il Parlamento chiese infine la convocazione di una conferenza interistituzionale parallela, per poter contribuire in maniera sostanziale alla creazione di un consenso transpartitico e transnazionale alla Conferenza intergovernativa, partecipando attivamente, in quanto unico organo comunitario direttamente eletto, al processo di costituzionalizzazione dell'Unione. Ciò nonostante, com'è noto, a conclusione del vertice del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, la Presidenza adottò delle storiche decisioni che, riguardo al processo di riforma dei trattati, hanno sostanzialmente disatteso il contenuto della risoluzione approvata dal Parlamento al termine della seduta plenaria di giugno. Il progetto di Costituzione europea, consistente nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo, fu infatti definitivamente abbandonato. Il Consiglio elaborò così un progetto di mandato della Conferenza intergovernativa, incaricata della predisposizione di un «Trattato di riforma» che avrebbe integrato i trattati esistenti, attraverso l'introduzione di due clausole sostanziali volte a modificare il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea. Pochi mesi dopo, al termine dei lavori della Conferenza intergovernativa, il Trattato europeo riformato venne approvato durante il Consiglio europeo informale del 18 e 19 otto-

bre e venne firmato, in forma solenne, dai 27 *leaders* degli Stati membri dell'Unione europea, convenuti a Lisbona in data 13 dicembre 2007. Con la recente approvazione da parte della Svezia, i Paesi che hanno ratificato il Trattato di Lisbona sono attualmente 25.

Com'è noto, il 20 novembre 2008, il Parlamento di Stoccolma (Riksdag) ha ratificato il Trattato europeo con un'ampia maggioranza, al termine di un lungo periodo di consultazione con le autorità nazionali e le organizzazioni della società civile. Nel secondo semestre del 2009 il governo svedese assumerà inoltre la Presidenza di turno del Consiglio dell'Unione europea.

Sul punto appare doveroso sottolineare come il Trattato di Lisbona preveda delle importanti novità riguardo al sistema di rotazione della Presidenza del Consiglio. Di fatto, secondo quanto previsto dalla Dichiarazione n. 9 allegata al Trattato europeo riformato, la Presidenza del Consiglio dell'Unione - con la sola eccezione del Consiglio degli Affari esteri che seguirà il previgente criterio della c.d. «presidenza esterna»- sarà esercitata da gruppi predeterminati di tre Stati membri per un periodo consecutivo di diciotto mesi, mediante un sistema di «rotazione paritaria». In realtà, il sistema del c.d. *Team Presidencies* venne proposto per la prima volta in sede di Conferenza intergovernativa del 2004 e, solo in seguito, venne trasfuso nel Trattato di Lisbona al fine di garantire un coordinamento efficace e un alto grado di continuità istituzionale.

Successivamente, con decisione del Consiglio europeo del 1° gennaio 2007, si è deciso di dare attuazione alle disposizioni concernenti il nuovo sistema di *Team Presidencies* ancora prima dell'effettiva entrata in vigore del Trattato di Lisbona, stabilendo un preciso ordine di rotazione della Presidenza del Consiglio per il periodo 2007-2020.

Nel rinnovato quadro istituzionale la prima «*Troika* presidenziale» è stata costituita da Germania, Portogallo e Slovenia, mentre quella tutt'ora in carica è composta da Slovenia, Francia e Repubblica Ceca.

Alla luce di quanto evidenziato, nonostante le incertezze e le difficoltà oggettive riscontrabili nelle più recenti fasi di integrazione europea, i Capi di Stato e di Governo convenuti in occasione del Vertice di Bruxelles dell'11 e 12 dicembre 2008 hanno guardato con fiducia al futuro dell'Unione, fornendo ulteriori ga-

ranzie al governo irlandese che si è impegnato ad indire un nuovo *referendum* entro novembre 2009.

Una delle ragioni principali che ha spinto gli elettori irlandesi a bocciare, in prima battuta, l'approvazione del Trattato riguarda il piano di riduzione del numero dei membri della Commissione europea che priverebbe automaticamente l'Irlanda del diritto di nomina di un proprio Commissario. Per tale motivo, il Consiglio dell'Unione ha formalmente accettato di adottare una apposita decisione che consentirà a ciascuno Stato membro di nominare un Commissario europeo, purché il Trattato entri in vigore entro la fine del 2009. Prendendo atto delle molteplici riserve avanzate dal Primo ministro Taoiseach in tema di politica fiscale, famiglia, questioni sociali ed etiche e politica europea di sicurezza e difesa, i *leaders* europei hanno ulteriormente ribadito che il Trattato di Lisbona non modificherà, in alcun modo, le competenze delle istituzioni europee in materia di fiscalità e non pregiudicherà la politica tradizionale di neutralità dell'Irlanda. Inoltre, secondo quanto evidenziato dal Consiglio, lo *status* giuridico conferito alla Carta di Nizza in seguito all'entrata in vigore del Trattato europeo riformato non comprometterà le garanzie contenute nella Costituzione irlandese relative al diritto alla vita, all'istruzione e alla famiglia e contribuirà, nel contempo, al progresso sociale e alla protezione dei diritti dei lavoratori. (*Angela Maria Rosa Scerbo*)

UNIONE EUROPEA – Il Tribunale di primo grado si pronuncia per la terza volta sulla controversia tra il Consiglio e l'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*

Con due recenti pronunce il Tribunale di primo grado ha annullato due decisioni del Consiglio che dispongono il congelamento dei fondi dell'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (di seguito OMPI).

La controversia sorta tra le parti in causa risale al 2002, anno in cui il Consiglio ha emanato la prima decisione avverso la suddetta organizzazione, in conformità alla risoluzione n. 1373/2001 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite concernente «strategie di lotta contro il terrorismo» e, in particolar modo, contro il suo finanziamento.

Nell'ambito del ricorso in annullamento promosso dalla ricorrente, il Regno Unito è stato autorizzato ad intervenire a sostegno del Consiglio, dal momento che lo stesso *Secretary of State for the Home Department* (Ministro dell'Interno), con ordinanza del 28 marzo 2001, aveva incluso l'*Organisation des Mojahedines du peuple d'Iran* nell'elenco delle organizzazioni vietate ai sensi del *Terrorism Act* del 2000. L'ordinanza in parola è stata successivamente impugnata dalla OMPI dinnanzi alla *Proscribed Organisations Appeal Commission* (di seguito POAC) che, con decisione del 15 novembre 2002, ha respinto integralmente il ricorso.

Con sentenza del 12 dicembre 2006, il Tribunale di primo grado, dopo aver dichiarato la parziale irricevibilità ed infondatezza del ricorso, ha respinto la richiesta di annullamento della posizione comune 2002/340/PESC, relativa all'applicazione di misure restrittive specifiche per la lotta al terrorismo, successivamente abrogata e sostituita, all'epoca dello svolgimento della causa, con la posizione comune 2005/936.

L'organo comunitario ha fondato la sua decisione su una serie di principi ormai consolidati e confermati da una giurisprudenza costante del Tribunale stesso. Nel caso in esame, basandosi sull'interpretazione del Titolo V e del Titolo VI del Trattato UE, il giudice comunitario ha considerato l'atto in questione come espressione dell'esercizio delle competenze della Comunità, ad essa attribuite in virtù degli artt. 15 e 34 UE e, pertanto, non suscettibili di impugnazione dinnanzi al giudice comunitario, non riconoscendo, per tale ragione, la lesione del principio di tutela giurisdizionale effettiva fatta valere dalla ricorrente.

A seguito di una scrupolosa analisi, il Tribunale ha disposto, nel contempo, l'annullamento della decisione del Consiglio volta all'attuazione di misure restrittive specifiche nel quadro della lotta al terrorismo e comportante l'inserimento del nome della ricorrente nell'elenco delle persone, dei gruppi e delle entità ai quali si applicano tali disposizioni, nella sola parte riguardante l'*Organisation des Mojahedines du peuple d'Iran*.

Il Tribunale ha fondato tale giudizio sulla base del riconoscimento dell'avvenuta violazione del principio generale di rispetto dei diritti della difesa, sostanziatasi, nel caso di specie, nel mancato adempimento, da parte del Consiglio, dell'obbligo di motivazione, configurabile nella mancata comunicazione delle informazioni e degli elementi raccolti a carico dell'interessato sia con-

temporaneamente, sia dopo l'adozione di una decisione iniziale di congelamento dei fondi.

Nel considerare irricevibile la domanda di risarcimento avanzata dall'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* nei confronti del Consiglio, per ragioni di certezza del diritto (mancanza di precisione e di chiarezza nella formulazione del ricorso, mancata indicazione degli elementi necessari atti a consentire l'individuazione di un chiaro nesso di causalità tra il comportamento e il danno che si presume di aver subito), il Tribunale ha tuttavia condannato il Consiglio a sopportare, oltre alle proprie spese, i 4/5 delle spese della ricorrente, ordinando, contestualmente al Regno Unito, di provvedere al pagamento delle spese processuali ad esso imputabili.

Ciononostante, a seguito della suddetta pronuncia, il Consiglio ha emanato una serie di decisioni con cui ha costantemente aggiornato l'elenco delle persone e delle entità sottoposte al congelamento dei fondi e ha nuovamente incluso, tra queste, la ricorrente.

Nell'ambito della causa T-256/07, l'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* ha chiesto al Tribunale di annullare due decisioni del Consiglio: la decisione 2007/445/CE, adottata il 28 giugno 2007 e la decisione 2007/868/CE, emanata il 20 dicembre dello stesso anno.

Il 23 ottobre 2008, il Tribunale di primo grado si è pronunciato sul ricorso promosso dall'Organizzazione, rigettando la richiesta riguardante la prima decisione e disponendo, nel contempo, l'annullamento della seconda, nella parte in cui menziona la OMPI tra le organizzazioni terroristiche a cui si applicano le misure restrittive di cui sopra.

Secondo quanto evidenziato dal Tribunale, il Consiglio dell'Unione, nell'adottare la decisione del 28 giugno 2007, aveva tenuto in debito conto le indicazioni contenute nella sentenza del 12 dicembre 2006, ottemperando pienamente all'obbligo di motivazione nei confronti della OMPI e assicurando alla stessa il diritto alla difesa. Quanto alla valutazione dell'attendibilità della motivazione fornita, il Tribunale ha constatato che l'esistenza di un provvedimento di un'autorità nazionale (nella fattispecie, l'ordinanza dello *Home Secretary* britannico) volta alla proscrizione della OMPI quale organizzazione terroristica poteva ragionevolmente costituire, all'epoca dei fatti, una prova sufficiente

per l'inserimento dell'Organizzazione nell'elenco stilato dal Consiglio dell'Unione.

Per quanto concerne, invece, la valutazione degli elementi di prova effettuata dal Consiglio nella fase precedente all'emanazione della decisione del 20 dicembre 2008, il Tribunale è giunto a delle conclusioni nettamente differenti. A suo avviso, infatti, il Consiglio non ha preso in considerazione l'importante decisione emessa dalla *Proscribed Organisations Appeal Commission*. Quest'ultima, oltre ad essere la prima giurisdizione competente a vagliare la legittimità del rifiuto dello *Home Secretary* di concedere la revoca del proprio provvedimento, ha espressamente ordinato al Ministro dell'interno britannico di eliminare la OMPI dall'elenco delle organizzazioni proscritte. Nell'emanare la propria decisione, il Consiglio ha ritenuto di mantenere la OMPI nell'elenco per il semplice fatto che lo *Home Secretary* avesse proposto l'impugnazione della decisione della POAC dinanzi alla *Court of Appeal*. Anche in questo caso, il Tribunale ha rilevato come il Consiglio non abbia tenuto conto di una successiva decisione della *Proscribed Organisations Appeal Commission* che ha negato l'autorizzazione al Ministro dell'interno di ricorrere alla Corte d'appello. Proprio in virtù di tali constatazioni, il Tribunale ha annullato la decisione 2007/868/CE, nella parte in cui riguarda l'*Organisation des Mojhedines du peuple d'Iran*.

Successivamente, con una sentenza del 4 dicembre 2008, nella causa T-284/08, il Tribunale ha annullato altresì la decisione 2008/583/CE, nella parte in cui aggiornava l'elenco delle entità sottoposte al congelamento dei capitali, tra le quali figurava, ancora una volta, la ricorrente.

L'importanza di tale pronuncia non è rinvenibile tanto nel contenuto della stessa, quanto nella procedura utilizzata. Di fatto, l'organizzazione aveva promosso il ricorso in annullamento in data 21 luglio 2008 avverso la suddetta decisione del Consiglio del 15 luglio dello stesso anno. L'udienza preliminare si è svolta il 3 dicembre e non era mai accaduto che il Tribunale pronunciasse la propria decisione a distanza di un solo giorno dallo svolgimento dell'udienza.

Per quanto attiene, brevemente, alla parte motiva della sentenza, appare doveroso segnalare come l'organo giurisdizionale abbia nuovamente basato la propria decisione sull'inadempimento, da parte del Consiglio, dell'obbligo di moti-

vazione che ha comportato, di conseguenza, la lesione dei diritti di difesa della OMPI. A suo avviso, infatti, «i nuovi elementi portati all'attenzione del Consiglio» non sono stati sufficientemente argomentati. Il Consiglio si era infatti basato sull'apertura di una inchiesta giudiziaria disposta dal *parquet antiterroriste* del *Tribunal de grande instance* di Parigi nel 2001 e su due successive requisitorie suppletive promosse nei confronti dell'organizzazione nel 2007. Il successivo rifiuto, da parte della giurisdizione francese e dello stesso Consiglio, di fornire al Tribunale le informazioni contenute nella suddetta documentazione ha comportato, inevitabilmente, l'impossibilità per il giudice europeo di esercitare in modo appropriato il controllo di legittimità dell'atto comunitario controverso. (*Angela Maria Rosa Scerbo*)

URUGUAY – Il Presidente pone il veto alla depenalizzazione dell'aborto

Dopo un acceso dibattito nella società civile e dopo la votazione che si è conclusa con pochi voti di differenza tra le opposte fazioni, il Parlamento dell'Uruguay ha approvato il progetto di legge sulla depenalizzazione dell'aborto. La legge sulla "salute sessuale e riproduttiva" è stata approvata dalla Camera dei deputati con 49 voti a favore contro 48, e dal Senato con 18 voti a favore e 13 contrari. La nuova legge autorizzava una donna a interrompere la gravidanza entro le prime dodici settimane. Anche la possibilità dell'aborto era ristretta a due casi di rischio, di malformazione del feto o di salute della madre.

Tuttavia il 13 novembre scorso il presidente dell'Uruguay, Tabaré Vazquez, ha posto il proprio veto alla legge di depenalizzazione dell'aborto. Il progetto è tornato quindi alle due Camere del Parlamento, cui era richiesta, per una nuova approvazione della legge, una maggioranza dei tre quinti dei voti di ciascuna Camera, ossia al meno 60 deputati e 18 senatori, il cui raggiungimento era ritenuto improbabile. La Costituzione dell'Uruguay prevede, inoltre, che se il Parlamento non rifiuta le osservazioni del Potere esecutivo entro trenta giorni, il veto rimane confermato e non è possibile presentare un nuovo progetto di legge sullo stesso tema fino alla legislatura successiva. Il 20 novembre scorso, pertanto, le Camere hanno provato a superare le osservazioni dell'esecutivo, ma come era previsto, la somma dei voti

dell'Assemblea generale uruguaiana non ha superato il veto del Presidente della Repubblica, ed è stata quindi approvata una legge sulla *Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva* che, a differenza della proposta iniziale, non include la depenalizzazione dell'aborto entro le prime dodici settimane di gravidanza. (*Luis Amezcua*)

GIURISPRUDENZA

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

NOTA A SENT. CORTE COSTITUZIONALE,
N. 170 DEL 23 MAGGIO 2008

Salvatore Rizzo

Nota a sentenza
Corte costituzionale
n.170 del 23 maggio 2008

Salvatore Rizzo
Assegnista di Ricerca
nell'Università di Siena

**Corte costituzionale, sentenza n.170 del 23 maggio 2008 –
BILE *Presidente* – TESAURO *Redattore* Fondosviluppo S.p.a.
c. Veneto Banca Soc. Coop. a. r.l.**

Leggi di interpretazione autentica – Qualificazione - Applicazione – retroattività – Esclusione – Portata innovativa.

(Legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 17).

I. La disposizione, come questa Corte ha affermato, è interpretativa qualora esistendo una oggettiva incertezza del dato normativo ed un obiettivo dubbio ermeneutico, sia diretta a chiarire il contenuto di preesistenti norme, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili a queste. Il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione, essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione.

II. Il carattere interpretativo della disposizione censurata comporta che essa si è saldata a norme precedenti intervenendo sul significato normativo di queste, dunque lasciandone intatto il dato testuale ed imponendo una delle possibili opzioni ermeneutiche già ricomprese nell'ambito semantico della legge interpretata, in modo che il suo sopravvenire non ha fatto venire meno le norme interpretate, in quanto le disposizioni si sono congiunte dando luogo ad un precetto unitario.

(I – II) La vicenda processuale.

La Veneto banca s.c.a.r.l. verso la fine degli anni novanta aveva acquisito tramite un'operazione di fusione per incorporazione, autorizzata dalla Banca d'Italia *ex art. 36 Tub*, la Banca di credito cooperativo del Piave e di Livenza. Poco tempo dopo la conclusione dell'operazione, la Fondosviluppo s.p.a., nella sua

qualità di gestore del fondo mutualistico a cui aderiva la b.c.c. incorporata, citava in giudizio innanzi al Tribunale di Treviso la banca incorporante per chiederne la condanna al pagamento di una somma quale patrimonio residuo della predetta b.c.c., sul presupposto che quest'ultima, avendo ormai perso i requisiti mutualistici, ai sensi dell'art. 26 del d.l.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (1) e dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 (2) - per come autenticamente interpretati dall'art. 17 della l. 23 dicembre 2000 n. 388 (3) (legge finanziaria per il 2001) - avesse l'obbligo di devolvere al fondo mutualistico il proprio patrimonio residuo, dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati.

Nel giudizio si costituiva la banca convenuta la quale, contestando la fondatezza della domanda, eccepiva l'illegittimità costituzionale del citato art. 17 l. n. 388/2000 sul presupposto che quest'ultimo non si fosse limitato ad interpretare ma, al contrario, avesse innovato il contenuto delle disposizioni interpretate, in particolare dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59 del 1992, allar-

(1) L'art. 26 del d.l.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577, dispone che: «*Agli effetti tributari si presume la sussistenza dei requisiti mutualistici quando negli statuti delle cooperative siano contenute le seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi superiore alla ragione dell'interesse legale ragguagliato al capitale effettivamente versato; b) divieto di distribuzione delle riserve fra i soci durante la vita sociale; c) devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale – dedotto soltanto il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati – a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico. (...)».*

(2) L'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 così dispone: «*Deve inoltre essere devoluto ai fondi di cui al comma 1 il patrimonio residuo delle cooperative in liquidazione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, di cui al primo comma, lett. c), dell'art. 26 del citato d.l.C.p.S. 17 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni».*

(3) Il testo dell'art. 17 della l. 23 dicembre 2000 n. 388 è il seguente: «*Le disposizioni di cui all'art. 26 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, ratificato con modificazioni dalla legge 2 aprile 1951, n. 302, all'art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e all'art. 11, comma 5, della legge 31 gennaio 1992, n. 59, si interpretano nel senso che la soppressione da parte di società cooperative o loro consorzi della clausole di cui al predetto articolo 26 comporta comunque per le stesse l'obbligo di devolvere il patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici di cui al citato articolo 11, comma 5. Allo stesso obbligo si intendono soggette le stesse società cooperative e loro consorzi nei casi di fusione e di trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente, in enti diversi dalla cooperative per le quali vigono le clausole di cui al citato articolo 26, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali».*

gando la relativa fattispecie anche alle ipotesi di fusione e di trasformazione e facendo riferimento al patrimonio effettivo, anziché al patrimonio residuo.

Il Tribunale, ritenendo l'eccezione di illegittimità costituzionale non manifestamente infondata, con ordinanza del 12 giugno 2007 sollevava, in riferimento agli artt. 101, 102, e 104 della Costituzione, questione di illegittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 388/2000.

Secondo il giudice rimettente, infatti, il ricorso alle norme interpretative, retroattive, come indicato dalla giurisprudenza della medesima Corte costituzionale, è consentito sempre che queste siano coerenti con la funzione di chiarire il senso delle norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili con il tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti.

Diversamente, qualora la lettera della norma interpretata sia chiara, al punto da non aver mai dato adito a dubbi interpretativi o a contrasti giurisprudenziali, la stessa qualificazione della disposizione come interpretativa conforterebbe l'inesistenza di detto carattere, facendo emergere il reale intento del legislatore, di attribuirle efficacia retroattiva. Tanto si riscontrerebbe nel caso di specie, in quanto la lettera della norma interpretata, ovvero il comma 5 dell'art. 11 l. n. 59 del 1992, non avrebbe fatto sorgere dubbi in ordine alla sua irriferebilità ai casi di fusione e di trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente.

La Corte costituzionale, tuttavia, ritenendo che nella fattispecie ricorressero i presupposti legittimanti l'emanazione da parte del legislatore di una disposizione di interpretazione autentica, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 388 del 2000.

Le leggi di interpretazione autentica.

La sentenza in rassegna assume particolare rilievo poichè se, da un lato, si inserisce con forza nel dibattito che da tempo vede confrontarsi dottrina e giurisprudenza riguardo al corretto inquadramento delle leggi di interpretazione autentica, dall'altro lato, investe, seppur di riflesso, la questione relativa all'accertamento della sussistenza o meno per le banche di credito coopera-

tivo dell'obbligo di devoluzione del proprio patrimonio in favore dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione prima di procedere ad un'operazione di fusione per incorporazione con banche di diversa natura, *ex art. 36 del d.lgs. n. 385/1993*, d'ora innanzi Tub

Benchè, almeno in astratto, parrebbe trattarsi di questioni giuridiche molto lontane e diverse tra di loro, in verità, come pure cercherò di dimostrare nel prosieguo della trattazione, sono molteplici i punti di contatto che è possibile rinvenire tra i menzionati profili.

La prima questione su cui dobbiamo rivolgere la nostra attenzione è sicuramente rappresentata dalla necessità di accertare che cosa debba effettivamente intendersi per legge di interpretazione autentica e, soprattutto, quali caratteristiche quest'ultima debba possedere per poter essere qualificata come tale.

In termini generali, allora, iniziamo col dire che quando si parla di legge di interpretazione autentica ci si intende riferire ad un'attività mediante la quale il legislatore decide, normalmente in via generale ed astratta e con forza di legge, quale sia il significato da ascrivere ad una precedente disposizione oppure una disposizione sull'interpretazione che non impone quali strumenti ermeneutici impiegare, ma indica (prescrivendone di non discostarsene) quale significato ascrivere alla disposizione interpretata (4).

(4) Fra i contributi più significativi sul tema delle leggi di interpretazione autentica, CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305; LAVAGNA, *L'interpretazione autentica*, Roma, 1942; AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 62 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 ss.; GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali dell'irretroattività della legge*, Milano, 1970; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Art. 1-9, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1977, 115 ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, Art. 10-15, *ivi*, 154 ss.; GUASTINI, *Interpretazione*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1993, 277 ss.; TARELLO, *Interpretazione della legge*, in CICU-MESSINEO-MENGGONI (diretto da), continuato da SCHLESINGER, *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1980, I, t. 2, 241 ss.; CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 136; PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium juris*, 1997, 64 ss.; *Id.*, *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2005, 5143 ss.; *Id.*, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003; FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, in *Rass. parl.*, 1997, 747 ss.; Verde, *L'interpretazione autentica del-*

Alla luce di tale definizione possiamo, allora, distinguere all'interno della legge o della disposizione di interpretazione autentica due precisi momenti: un momento logico, consistente nell'affermazione di un enunciato interpretativo circa il significato della norma interpretata a cui la nuova norma si riallaccia sia nella formula che nella *ratio*, e un momento precettivo, tramite il quale il legislatore prescrive tale interpretazione, escludendone ogni altra (5).

Effetto connaturale di questo intervento interpretativo avente come ultimo fine quello di dichiarare *ab origine* il vero significato di una disposizione normativa sarà, pertanto, l'estensione in via retroattiva dell'efficacia della legge interpretante il cui comando, appunto, retroagirà fino al momento in cui la disposizione interpretata è entrata in vigore.

Prima di procedere oltre non è senza rilievo sottolineare come, sebbene lo strumento delle leggi di interpretazione autentica fosse stato concepito nella sua originaria formulazione come un mezzo d'intervento a carattere "eccezionale", oggi, al contrario, risulta essere eccessivamente utilizzato da parte del legislatore, potendosi probabilmente cogliere in ciò una indiretta ammissione della propria incapacità di andare al di là di una produzione normativa a breve termine. Un segnale certamente indicativo di questo eccessivo ricorso a tali leggi può essere colto osservando come sempre più spesso il legislatore effettua l'intervento interpretativo anziché mediante l'adozione di una legge, attraverso singole disposizioni aventi natura interpretativa inserite in leggi

la legge, Torino, 1997; GIARDINO CARLI, *Il legislatore interprete, problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997; ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001; ZAGREBELSKY, *Le fonti del diritto*, Torino, 1984, 69 ss.; ID., *Sull'interpretazione autentica (a proposito della «legge per Assisi»)*, in *Giur. cost.*, 1974, 3482 ss.; AMATO-BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Padova, 1994, 164 ss.; PALADIN, *Le fonti del diritto*, Padova, 1994, 185 ss.; DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2006, 140 ss.; TESAURO, *Limiti costituzionali delle leggi tributarie interpretative*, in *Corr. tributario*, 2007, 24, 1967 ss.; DE GIACOMO, *Il limite logico e giuridico della norma innovativa nell'interpretazione autentica: un caso pratico di teoria dell'interpretazione*, in A.Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, v. I, 209 ss.;

(5) Cfr., BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 191.

ordinarie che formalmente non vengono definite di interpretazione autentica (6).

Per quanto riguarda le fattispecie che possono legittimare il ricorso all'adozione di una legge (o di una disposizione) di interpretazione autentica è possibile, anche sulla base dei diversi pronunciamenti della Corte costituzionale (7), in parte richiamati pure nella sentenza in commento, individuare tre diverse tipologie di presupposti; in via preliminare occorre, tuttavia, precisare come tali presupposti non devono essere considerati come le uniche condizioni legittimanti l'intervento in via interpretativa ma, piuttosto, come delle semplici *occasio legis* che – in quanto tali – possono ricorrere oppure no, senza che da ciò ne possa derivare in alcun modo l'illegittimità della legge (o della disposizione) di interpretazione autentica.

Innanzitutto, il ricorso alla legge (o alla disposizione) di in-

(6) Vedasi in tal senso C. cost., 10 dicembre 1981, n. 18, in *Giur. it.*, 1982, I, 18 ss., ove si afferma che «non può dirsi che faccia buon uso della sua potestà il legislatore che si sostituisca al potere cui è riservato il compito istituzionale di interpretare la legge, dichiarandone mediante altra legge l'autentico significato con valore obbligatorio per tutti e, quindi, vincolante anche per il giudice, quando non ricorrono quei casi in cui la legge anteriore riveli gravi ed insuperabili ambiguità o abbia dato luogo a contrasti e applicazioni specie in sede giurisprudenziale». Analoghe considerazioni sono rinvenibili pure in Corte cost. 25 luglio 1995, n. 376, in *Foro it.*, 1997, I, 346.

(7) Cfr., C. Cost., 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. cost.*, 1957, 1067; C. Cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 952 con commento di MANNETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*; C. Cost., 31 luglio 1990, n. 380, in *Le regioni*, 1991, 1392 con commento di CASTORINA, *Innovatività della legge pseudointerpretativa o irragionevolezza degli effetti di essa?*; C. Cost., 2 maggio 1991, n. 193, in *Giur. cost.*, 1991, 1806 con commento di SOANA, *Legge di interpretazione e principio dell'affidamento*; C. Cost., 17 giugno 1992, n. 283, *ivi*, 1992, 2105 con commento di CIOFFI, *Interpretazione autentica di norma transitorie*; C. Cost., 10 febbraio 1993, n. 39, in *Giur. it.*, 1993, 301 ss., con commento di NOGLER, *Le disposizioni legislative di interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività*; C. Cost., 3 dicembre 1993, n. 424 in *Giur. cost.*, 1993, 3529 ss.; C. Cost., 26 gennaio 1994, n. 6 in *Cons. Stato*, 1994, II, 8 ss.; C. Cost., 12 luglio 1995, n. 311, in *Giur. cost.*, 1995, 2419 con commento di PUGIOTTO, *Ancora due sentenze nel variegato percorso giurisprudenziale in tema di natura e limiti delle leggi interpretative*; C. Cost., 31 luglio 1997, n. 1011, *ivi*, 1998, 1194 con commento di PUGIOTTO, *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*; più di recente, C. Cost., 4 agosto 2003, n. 291, in *Giur. cost.*, 2003, 2347; C. Cost., 11 giugno 2004, n. 168, in *Giur. cost.*, 2004, 1755; C. Cost., 7 luglio 2006, n. 274, in *Foro it.*, 2006, I, 2971; C. Cost., 26 giugno 2007, n. 234, *ivi*, 2007, I, 3004.

terpretazione autentica può essere determinato dall'esigenza di superare incertezze o discordanti interpretazioni sorte nell'applicazione della precedente normativa spesso dovuti ad una cattiva formulazione, ad una indeterminatezza o, nella maggior parte dei casi, ad un'ambiguità di significato delle disposizioni medesime.

In altri casi, l'utilizzo di tale strumento può essere determinato dalla volontà del legislatore di rimediare autoritativamente ad interpretazioni giurisprudenziali dominanti o divergenti con la linea di politica del diritto perseguita, tanto più se si tratta di interpretazioni giurisprudenziali consolidate.

Infine, il legislatore può decidere di fare ricorso a tale strumento nel momento in cui ritiene opportuno realizzare un aggiornamento della formulazione legislativa originaria, ritenuta non più adeguata per il raggiungimento di quegli scopi per i quali era stata originariamente predisposta.

Ma è, appunto, sulla effettiva portata di questo aggiornamento che sorgono i problemi relativi alla qualificazione di una legge (o di una disposizione) come di interpretazione autentica poiché spesso il legislatore ricorre a tale strumento al solo fine di poter estendere retroattivamente l'efficacia di norme (quelle interpretative appunto) aventi, tuttavia, un contenuto assolutamente innovativo (8).

(8) Circa il carattere retroattivo delle leggi interpretative due sono state le tesi che si sono confrontate; secondo un primo indirizzo, la retroattività della legge interpretativa è solo apparente: essa, infatti, non fa altro che dichiarare quale è sempre stato il significato della disposizione interpretata e prescrive di non discostarsi da esso; la disposizione interpretante ha un carattere meramente accessorio rispetto a quella interpretata, l'intero valore normativo rimane perciò alla prima disposizione che, pertanto, potrebbe definirsi ultrattiva, e non alla seconda che, per la stessa ragione non può considerarsi retroattiva, cfr., GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1899, v. I, 5; DEGNI, *L'interpretazione delle leggi*, Napoli, 1909, 100 ss.; PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, 1937, 22. Un diverso orientamento ritiene, invece, che ci si trovi di fronte ad un caso di vera e propria retroattività cioè di estensione della efficacia della legge interpretativa ad un tempo anteriore a quello della sua emanazione ed, in particolare, a tutto quello trascorso a partire dalla emanazione della legge interpretata: è il comando della legge interpretativa che impone una interpretazione ad essere sempre, in qualche modo, innovativo ed a reagire al tempo della disposizione interpretata, cfr., CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1971, 593 ss.; CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, cit., 318; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 193; ZAGREBELSKY, *Sull'interpretazione*, cit., 3485. Il confronto tra queste due posizioni teoriche è oggi ricomposto dalla dottrina più moderna nel

Proprio per questo, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina, da tempo, si suole distinguere tra leggi realmente di interpretazione autentica e leggi che, dietro lo schema formale della interpretazione autentica, hanno in realtà portata innovativa, riconoscendo soltanto alle prime e non anche alle seconde la caratteristica dell'applicabilità in via retroattiva.

Più in dettaglio, secondo la giurisprudenza costituzionale, invero non sempre uniforme, sono da considerarsi come leggi realmente di interpretazione autentica soltanto quelle leggi che, fermo restando il tenore letterale della disposizione interpretata, ne chiariscono il significato normativo e privilegiano una delle tante interpretazioni astrattamente ascrivibili a quest'ultima, in maniera che il contenuto precettivo sia espresso dalla coesistenza di due norme, quella precedente e quella successiva, che ne esplica il significato rimanendo entrambe in vigore. Le norme si sovrappongono e l'una, la successiva, non elimina l'altra, la precedente (9). In sostanza, al di là degli aspetti meramente formali quali l'intestazione o l'utilizzo di formule come ad esempio: *"l'art. x deve intendersi nel senso di..."*, ciò che più di ogni altro elemento rileva perché una legge o una singola disposizione possa essere considerata di interpretazione autentica è la sua capacità di specificare il significato "vero" (meglio obbligatorio, perché

sensu di riconoscere alla legge di interpretazione autentica un carattere comune innovativo poiché impone con forza di legge una data soluzione normativa.

(9) Come detto si deve sottolineare come l'atteggiamento della Corte costituzionale dinanzi alle leggi di interpretazione autentica non è stato sempre lineare ma piuttosto caratterizzato da improvvisi ripensamenti. Si pensi, ad esempio, a quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 424 del 1993, in *Cons. Stato*, 1995, II, 2037 ove - per la prima volta - si riconosce l'ammissibilità di una legge interpretativa che sostituisca integralmente l'articolo interpretato e tutte le disposizioni in esso contenute a condizione che resti ferma la norma. Ancora, si pensi a quanto deciso dalla Corte sotto il profilo della retroattività di tali leggi nella sentenza n. 155 del 1990, in *Foro it.*, I, 3072, ove si afferma *«l'irretroattività costituisce un principio generale del nostro ordinamento e, seppur non elevato fuori dalla materia penale, a dignità costituzionale, rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui il legislatore deve ragionevolmente attenersi in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza»*. Successivamente, però, la Corte nelle sentenze n. 6 del 1994, cit., 12 ss., e n. 153 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 1183, afferma l'esatto contrario, ovvero *«la legittimità costituzionale delle norme legislative aventi efficacia retroattiva, dal momento che il principio di irretroattività della legge - pur riconosciuto come generale dall'art. 11, comma 1, delle disp. prel. del codice civile - non ha ottenuto in sede costituzionale una garanzia specifica»*.

in realtà è quello imposto, in via interpretativa, dal legislatore stesso) desumibile dalla disposizione interpretata senza modificarne o alterarne in alcun maniera il relativo dato letterale. In questa maniera, la legge interpretante e la disposizione interpretata arrivano a formare un precetto normativo unitario dato che il contenuto precettivo fissato dalla prima è già tutto presente nella seconda senza che si realizzi una successione cronologica di norme differenti scaturendo, anzi, da questa necessaria complementarietà tra norme il riconoscimento del carattere retroattivo (la c.d. retroattività apparente) della legge interpretante.

Del tutto diverse, invece, sono le conclusioni formulabili nell'ipotesi in cui il legislatore, pur ricorrendo al requisito formale dell'intestazione come legge (o disposizione) di interpretazione autentica o, ancora, pur utilizzando formule lessicali dello stesso tenore non ha, tuttavia, come reale obiettivo l'individuazione del significato esatto desumibile dal tenore letterale della disposizione interpretata ma, al contrario, mira ad innovare l'ordinamento giuridico, introducendo elementi nuovi o del tutto estranei rispetto al testo interpretato o, addirittura, attribuendo alla disposizione interpretata un significato che non poteva ragionevolmente essergli attribuito.

In simili circostanze, infatti, l'oggetto della legge (o della disposizione) interpretativa non sarà più il contenuto normativo della disposizione interpretata ma le stesse fattispecie prima disciplinate da quest'ultima, fattispecie che, dopo tale operazione solo apparentemente interpretativa, saranno disciplinate dalla legge (o dalla disposizione) nuova, la quale a sua volta sarà suscettibile di interpretazione, e non già dalla norma risultante dall'integrazione dell'una e dell'altra disciplina succedutesi nel tempo.

Ne deriva che, ricorrendo tale ipotesi, la legge (o la disposizione) non sarà in alcuna maniera qualificabile come autenticamente interpretativa ma, al contrario, dovrà essere considerata come una nuova legge avente portata sostanzialmente innovativa, priva, pertanto, della capacità di trovare applicazione in via retroattiva (10) e soggetta all'ordinaria attitudine della legge a di-

(10) Cfr., C. Cost., 26 gennaio 1994, n. 6, cit., 9 ss., nella quale si legge: «in realtà, nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che l'art. ... non configuri, al di là della formula lessicale adottata, una norma di interpretazione autentica bensì una norma del tutto nuova destinata a svolgere i propri effetti ex tunc... la norma interpretante anziché far emergere uno dei possibili signifi-

sporre soltanto per l'avvenire, così come disposto dall'art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile.

I dubbi circa la natura interpretativa dell'art. 17 della legge n. 388/2000.

Dopo aver delineato i tratti caratterizzanti le leggi (e le disposizioni) di interpretazione autentica è necessario a questo punto procedere ad un'analisi dell'art. 17 della l. n. 388/2000 al fine di individuare nella menzionata disposizione quegli indici che permettano di chiarire se le conclusioni a cui è giunta la Corte nella sentenza in commento siano o meno condivisibili.

Il primo aspetto su cui dobbiamo porre la nostra attenzione è rappresentato dalla molteplicità e dalla diversità, sia sotto il profilo della natura che degli scopi perseguiti, delle disposizioni oggetto di interpretazione. Infatti, da un lato, l'art. 26 della legge Basevi pone a carico delle cooperative che vogliano usufruire delle agevolazioni fiscali *l'onere* di adottare determinate clausole nei propri statuti mentre l'art. 14 del d.P.R. n. 601/1973 richiede il rispetto delle condizioni indicate nel predetto art. 26 come presupposto per il riconoscimento di taluni benefici fiscali; dall'altro lato, l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 si limita soltanto a prevedere *l'obbligo* di devoluzione del patrimonio residuo da parte delle cooperative in liquidazione in favore dei fondi mutualistici, di cui al comma 1. Ora, a prescindere dalla preliminare considerazione circa il notevole lasso di tempo intercorrente tra le richiamate disposizioni, deve porsi in evidenza come l'interpretazione fornita dal primo periodo dell'art. 17 («la soppressione da parte di società cooperative o loro consorzi della clausole di cui al predetto articolo 26 comporta comunque per le stesse l'obbligo di devolvere il patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici di cui al citato articolo 11, comma 5») mentre pare astrattamente compatibile con il disposto dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, non altrettan-

cati della norma interpretata, ha aggiunto un elemento del tutto nuovo ed estraneo alla norma interpretata (...)»; più recentemente, C. Cost., 25 luglio 1995, n. 376, in *Foro amm.*, 1995, II, 1271 ss.; C. Cost., 3 novembre 2005, n. 409, in *Giur. cost.*, 2006, 2543 ss., con commento di MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e retroattività ragionevole in un caso di interpretazione autentica.*

to sembra esserlo con il contenuto delle precedenti disposizioni le quali, oltretutto, sono antecedenti alla istituzione degli stessi fondi mutualistici (11).

In secondo luogo, ulteriori elementi rivelatori della portata innovativa dell'art. 17 possono essere desunti, condividendosi sotto questo profilo le considerazioni formulate del giudice rimettente, dalla difficile equiordinazione che la disposizione in esame tenta di realizzare tra fattispecie diverse e, di conseguenza, anche tra i diversi presupposti determinanti l'obbligo di devoluzione patrimoniale in favore dei fondi mutualistici. Infatti, il citato art. 17 giunge ad equiparare alle fattispecie dello scioglimento e della liquidazione delle società cooperative, fattispecie tra l'altro che vengono considerate separatamente come se non ricorresse alcun necessario legame tra le due, le ulteriori ipotesi della volontaria soppressione delle clausole mutualistiche dallo statuto, della fusione, della trasformazione arrivando, finanche, a considerare l'ipotesi della decadenza della società cooperativa dalle agevolazioni fiscali.

Bene, volendo iniziare proprio da tale ultima ipotesi, l'operazione lascia francamente perplessi dato che risulta assai difficile, per non dire impossibile, ritenere che tra le interpretazioni (meglio tra i significati) desumibili dal testo delle disposizioni interpretate dall'art. 17, ovvero l'art. 26 della l. Basevi e l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, possa rientrarvi anche l'ipotesi della perdita delle agevolazioni fiscali. Le perplessità, inoltre, aumentano nel momento in cui si evidenzia come l'ipotesi della perdita delle agevolazioni fiscali non riveste neppure carattere di fattispecie autonoma; infatti, non è una causa capace da sola di determinare l'obbligo della devoluzione, ma è soltanto l'effetto, meglio la diretta ed immediata conseguenza, del mancato rispetto di tutta una serie di norme che, tuttavia, non hanno niente a che

(11) Cfr., F. SALERNO, *Fusione di banche di credito cooperativo e devoluzione ai fondi mutualistici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, IV, 388 ss.; FRACCHIA, *Interpretazione autentica delle norme sulla devoluzione del patrimonio di cooperative*, in *Riv. soc.*, 2002, 5, 547 ss.; DE RUBERTIS, *Incorporazione di banche di credito cooperativo e art. 17 della l. 23 dicembre 2000, n. 388: tutto da rifare o da disfare?*, in *Dir. banc.*, 2001, 562; COTRONEI, *La sanzione dell'obbligo di devoluzione*, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 54; più recentemente vedasi, SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione del patrimonio per le fusioni di banche cooperative*, in *Dir. ban.*, 2008, 2, 349 ss..

vedere con le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione della società cooperativa (12).

Ancora, risulta di notevole importanza considerare anche l'ulteriore tentativo di assimilazione che la disposizione in esame cerca di realizzare nel momento in cui, come già accennato, equipara alle menzionate fattispecie dello scioglimento (art. 26, l. Basevi) e della liquidazione (art. 11, comma 5, l. n. 59/92) di società cooperativa, anche le fattispecie della fusione e della trasformazione, «ove non vietati dalla normativa vigente». Tuttavia, anche questo tentativo non è in grado di conseguire i risultati voluti giacché, a mio parere, risultano del tutto insuperabili le differenze strutturali che ricorrono tra le menzionate fattispecie.

In primis, per quanto riguarda il richiamo all'istituto giuridico della trasformazione di società. Come noto, tale istituto si configura come quella operazione straordinaria attraverso la quale la società trasformante può assumere le caratteristiche di un nuovo e diverso modello (legale) societario e, quindi, di una nuova struttura organizzativa adottata per lo svolgimento dell'attività d'impresa senza che, tuttavia, si verifichi alcuna soluzione di continuità nell'esercizio dell'impresa (13). In sostanza, la realizzazione della operazione di trasformazione non implica alcuna vicenda né estintiva né ricostitutiva sotto diverse spoglie della so-

(12) Per rimanere nell'ambito della fattispecie oggetto della sentenza, le condizioni perché le banche di credito cooperativo possano godere delle agevolazioni fiscali sono: il rispetto dell'obbligo di iscrizione nell'albo delle cooperative, *ex art. 223-terdecies*, comma 1, disp. att. c.c.; il rispetto dell'obbligo di versare regolarmente i contributi annuali ai fondi mutualistici, *ex art. 37*, comma 2 del Tub; lo svolgimento della propria attività prevalentemente in favore dei propri soci, *ex art. 35* del Tub

(13) Cfr., PACIELLO, *La trasformazione delle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 467 ss.; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, 39; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 642 ss.; Buonocore, *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, 2006, 275 ss.; PRESTI-OLIVIERI-VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2004, 431 ss.; CABRAS, *Le trasformazioni*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Tratt. soc. per az.*, VII***, Torino, 1997, 27 ss.; CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 134 ss.; SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996, 24 ss.; SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in *Scritti in onore di Buonocore, Diritto commerciale, Società*, Milano, III, 2005, 3893 ss.; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Padova, 1985, VIII, 187 ss.

cietà che procede a trasformarsi ma, al contrario, si caratterizza unicamente per una piena continuità di tutte le posizioni soggettive (attive, passive e processuali) tra ente trasformando e soggetto trasformato, come si ricava in maniera esplicita dalla formulazione dell'art. 2498 c.c. (14). La menzionata caratteristica della continuità dei rapporti giuridici non appartiene, però, soltanto all'istituto della trasformazione ma contraddistingue anche, e forse soprattutto, l'ulteriore istituto giuridico della fusione (15), anch'esso richiamato dall'art. 17 della l. n. 388/2000. Attraverso l'operazione della fusione si realizza l'obiettivo ultimo di una riduzione ad unità dei patrimoni delle singole società partecipanti alla fusione e la confluenza dei rispettivi soci in un'unica struttura organizzativa, ovvero la società risultante al completamento della fusione, la quale proseguirà nell'attività delle società preesistenti mentre queste ultime – sia nella fusione mediante costituzione di una nuova società sia nella fusione per incorporazione – si estingueranno (16).

(14) Tale effetto già presente nella precedente formulazione dell'art. 2498 c.c. («*La società acquista personalità giuridica con l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese e conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione*»), è stato amplificato dalla riforma societaria del 2003 dato che il nuovo art. 2498 afferma: «*Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*». In dottrina v., MONTAGNANI, *Commento sub art. 2498 c.c.*, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La riforma delle società – Società a responsabilità limitata, liquidazione, gruppi, trasformazione, scissione*, Torino, 2003, 354; Palmieri, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 103 ss.

(15) L'art. 2504-bis, comma 1, c.c., ante riforma disponeva che: «*La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte*», mentre il comma 1 del nuovo art. 2504-bis c.c., dispone che: «*La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione*».

(16) Cfr., FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 990; GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, Bologna, 2005, II, 501; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 642; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 234; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 421; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 277 ss.; SANTAGATA, *Le fusioni*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato soc. per az.*, Torino, 2004, VII***, 21 ss.; SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, cit., 68.

Tuttavia, anche in tale circostanza, l'effetto estintivo che investe le società partecipanti si realizza senza che vi sia stata alcuna preliminare definizione dei rapporti economici che le predette società avevano nei confronti sia dei soggetti terzi che nei confronti dei rispettivi soci. Pertanto, la società risultante dalla fusione, una volta che questa sarà portata a termine, assumerà tutti i diritti e gli obblighi delle società partecipanti, i soci di quest'ultime diventeranno soci della società incorporante e riceveranno in cambio della loro originaria partecipazione, quote o azioni di quest'ultima, sulla base di un predeterminato rapporto di cambio mentre i creditori delle società fuse, oramai estinte, potranno far valere i loro diritti sul patrimonio della società incorporante.

In sostanza, l'essenza della fusione, analogamente alla trasformazione, risiede nella vitalità dell'impresa sociale, ovvero nella volontà di proseguire, di continuare nell'esercizio dell'impresa seppur attraverso una nuova società, una nuova organizzazione sociale e non, come si vorrebbe invece far credere tramite l'interpretazione fornita dall'art. 17, nella estinzione delle società (in questo caso cooperative) che si sono trasformate o fuse.

Diversamente dalle descritte fattispecie della trasformazione e della fusione, il momento estintivo della società contraddistingue soltanto le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione, di cui alle disposizioni oggetto di interpretazione, ovvero l'art. 26 della l. Basevi ed all'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92. Infatti, è solo nelle predette ipotesi che, dopo aver provveduto ad accertare il verificarsi di una causa di scioglimento della società cooperativa, si procederà a monetizzare tutto quanto presente nel patrimonio della medesima, ad utilizzare tali somme per la definizione dei rapporti economici pendenti nei confronti dei terzi creditori e dei propri soci e, infine, ad estinguere la società attraverso la cancellazione dal registro delle imprese.

In virtù delle evidenziate differenze, è facile ricavare la conclusione di come non solo non vi è alcuna possibilità di assimilare gli istituti della trasformazione e della fusione con le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione trattandosi di istituti aventi natura e finalità del tutto diverse tra loro ma, soprattutto, non è possibile sostenere in alcuna maniera che tra i significati, anche solo astrattamente riconducibili al tenore letterale delle norme interpretate dall'art. 17, ovvero l'art. 26 della l. Basevi e l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, possano rientrarvi le fattispecie della trasformazione e della fusione; il che, in definitiva,

equivale a riconoscere, anche sotto questo specifico profilo, la portata assolutamente innovativa del menzionato art. 17 (17).

In terzo luogo, nell'eventualità in cui quanto sinora argomentato non fosse sufficiente per ritenere dimostrato il carattere innovativo della disposizione in esame, è possibile soffermarsi su un ulteriore aspetto su cui pure la Corte si sofferma nella sentenza, seppur in termini assai riduttivi; ovvero, la questione della determinazione di che cosa dovrebbe essere devoluto ai fondi mutualistici.

Infatti, mentre da un lato, le disposizioni oggetto di interpretazione, pongono in capo alla società cooperativa l'obbligo di devolvere ai fondi mutualistici il «patrimonio *residuo* di liquidazione dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati», dall'altro lato, la disposizione interpretante, o presunta tale, richiede la devoluzione del «patrimonio *effettivo*», dedotta la sola parte corrispondente al capitale versato e rivalutato e i dividendi

(17) Cfr., F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 404; DE RUBERTIS, *Incorporazione*, cit., 2001, 577; COTRONEI, *La sanzione*, cit., 55; SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione*, cit., 351; BASSI, *Le società cooperative*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 274, ove si precisa che si tratta di una devoluzione diversa da quella precedentemente disposta dall'art. 26 della legge Basevi – che era liquidazione liquidatoria – proprio perchè in questo caso la società continua la propria attività; GENNARI, *Problemi non risolti in tema di fusioni eterogenee nel settore bancario*, in *Contr. impr.*, 2002, 1, 418 ss.; *Contra*, GENCO, *Fusione eterogenea*, cit., 99 ss.; Id., *La riforma delle società cooperative*, Milano, 2003, 306; BONFANTE, *Il Tribunale di Lanciano, l'art. 17, L. n. 388/2000 e la riforma della legislazione cooperativa*, in *Società*, 2003, 1 91 ss.; Id., *Finanziaria 2001, dall'art. 17 un "regalo" inaspettato*, in *Riv. coop.*, 2001, I, 7 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 386. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 17 della l. n. 388/2000, v. in giurisprudenza, Trib. Trento, 2 marzo 2000, in *Riv. not.*, 2000, 6, 1484 ss., con commento di Genovese, *Fusione per incorporazione di banca di credito cooperativo in banca popolare*. In tale circostanza, il Tribunale ha affermato che la fusione per incorporazione non può essere assimilata alla vicenda dello scioglimento della società bensì integra una ipotesi di successione universale dell'incorporante nei rapporti attivi e passivi della società incorporata senza, quindi, che scatti l'obbligo di devoluzione del patrimonio, dedotti il capitale versato e i dividendi maturati. Diversamente ha ritenuto la Corte di Appello di Trento con la sentenza del 12 aprile 2000, in *Società*, 2000, 10, 1212 ss., con commento di PAOLUCCI, *Limiti posti delle leggi speciali all'incorporazione di banca di credito cooperativo*. La Corte, infatti, giunge a ritenere che in caso di fusione per incorporazione di una b.c.c. in una banca popolare o in una banca s.p.a. vi sia l'obbligo da parte della incorporata di devolvere, prima dell'incorporazione, ai fondi mutualistici non soltanto la quota del 3% degli utili netti annui maturati ma anche il patrimonio residuo, dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati.

eventualmente maturati. Ebbene, sarebbe sufficiente porre a confronto il diverso dato letterale per giungere, anche in questa circostanza, alla conclusione di come la disposizione in commento aggiunga qualcosa di nuovo e di diverso rispetto ai significati desumibili dal tenore letterale delle disposizioni interpretate.

Cerchiamo, tuttavia, di essere più precisi; risulta abbastanza chiaro che un conto è parlare di devoluzione del patrimonio residuo di liquidazione ed altro è parlare di devoluzione del patrimonio effettivo. Nel primo caso, infatti, ci si riferisce alla devoluzione di un patrimonio che, per l'appunto, residua (meglio rimane, se rimane...) a seguito dello scioglimento e successiva liquidazione della società cooperativa, ovvero dopo che tutto quello che era presente nel patrimonio della società è stato utilizzato per pagare i debiti contratti. Nella seconda ipotesi, invece, la devoluzione arriverebbe ad avere per oggetto il patrimonio *effettivo* di una società che, tuttavia, non si trova in una situazione (trasformazione o fusione che sia) avente come esito finale l'estinzione della medesima società ma, al contrario, risulta essere in pieno funzionamento, ovvero, continua ad essere presente sul mercato, continua e continuerà a svolgere la propria attività d'impresa. In questa circostanza, il prezzo che la cooperativa arriverebbe a pagare per la modifica statutaria, per la partecipazione ad una fusione eterogenea, per la sua trasformazione o, in termini più generali, per la sua fuoriuscita dal mondo della cooperazione, sarebbe la totale privazione dell'impresa (18).

Tutto ciò ci consente di non condividere affatto l'opinione emersa in dottrina (19) e ripresa dalla Corte costituzionale nella

(18) Cfr., MINERVINI, *La cooperazione di sistema e la disciplina delle società cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 389; BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, 109; Id., *Le società cooperative*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2005, 274; DE STASIO, *La trasformazione delle cooperative*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 214 ss.; SALVINI, *Acquisto e perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 247 ss.; SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 731 ss.; PACIELLO, *La trasformazione*, cit., 482; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 403; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in VELLA (a cura di), *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Torino, 2004, 12 ss.; MEO, *Perdita della mutualità e sorte dell'avviamento di banca di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 104.

(19) Cfr., GENCO, *Fusione eterogenea di società cooperativa ed obbligo di devoluzione patrimoniale ai fondi mutualistici* in *Giur. comm.*, 2003, II, 119. In particolare l'Autore ritiene che «mentre la devoluzione conseguente allo

sentenza in commento (20), secondo cui l'art. 17 si è limitato, per quanto riguarda l'oggetto della devoluzione, ad introdurre un mero «criterio di adeguamento della fattispecie alla situazione in cui la cooperativa non si estingue ma al contrario continua ad esistere come soggetto diverso (...)». In verità, la conclusione a cui giunge la Corte ha una sua logicità; infatti, nel momento in cui pone sul medesimo piano, in termini di fattispecie legittimanti l'obbligo di devoluzione, la liquidazione della società cooperativa con le fattispecie della trasformazione e della fusione, logica, appunto, vuole che ne venga «precisato» (forse la Corte intendeva «adeguato») anche il relativo contenuto. Questa presunta logicità, tuttavia, svanisce allorquando si dimostra, come mi pare di aver dimostrato, che non siamo dinanzi ad un mero adeguamento, sotto il profilo patrimoniale, di fattispecie tra loro uguali o quantomeno simili ma, al contrario, siamo dinanzi al tentativo, alquanto forzato, di assimilare fattispecie completamente diverse tra di loro utilizzando come comune presupposto, o meglio come pretesto, il venir meno dei requisiti per poter accedere alle agevolazioni fiscali.

Rimane a questo punto da considerare l'ultimo aspetto su cui la Corte costituzionale si sofferma nella sentenza in commento, costituito dalla disciplina prevista per le cooperative di credito. La tematica riveste particolare rilievo poiché l'art. 17 nel momento in cui tenta di allargare l'obbligo di devoluzione alle ipotesi di «fusione e di trasformazione di cooperative, ove non vietati dalla vigente normativa, (...)» ha come vero obiettivo le sole ipotesi di fusione e di trasformazione consentite durante la vigenza della

scioglimento ed alla liquidazione del patrimonio è suscettibile di basarsi con valori storicamente determinati e coincidenti con quelli «di libro», la devoluzione effettuata in uno stato di *going concern* richiede una valutazione di tipo dinamico: a tal fine l'art. 17 ha precisato che oggetto della devoluzione deve considerarsi il patrimonio effettivo, un'espressione che fa riferimento al valore reale del patrimonio aziendale comprendendo anche i plusvalori latenti del cespiti aziendali rispetto ai valori contabili iscritti in bilancio».

(20) La Corte costituzionale relativamente alla diversità di significato tra patrimonio effettivo e patrimonio residuo, così si esprime: «*il riferimento alla nozione di patrimonio effettivo contenuto nella norma censurata può essere ritenuto una precisazione, conseguente alla necessità di operare nel caso di fusione una valutazione anche della parte dinamica del patrimonio. Tale precisazione era rilevabile già in via interpretativa, una volta ritenuto applicabile l'obbligo di devoluzione anche nel caso in cui la società non si estingueva, ma continuava, ad esistere come soggetto diverso da quello che fruiva dei benefici della mutualità*».

precedente disciplina societaria, ovvero le fusioni eterogenee di banche di credito cooperativo con banche di diversa natura, *ex art. 36 del Tub (21)*.

Occorre fare un passo indietro; come già accennato, nel vigore della precedente disciplina codicistica in materia di società, l'art. 14 della l. n. 127/1971, vietava alle società cooperative di trasformarsi in società di tipo diverso e per le quali non operassero i requisiti di cui al menzionato art. 26 della legge Basevi. La *ratio* di tale divieto, del tutto condivisibile, era quella di impedire che venissero costituite delle società cooperative al solo fine di poter usufruire del regime tributario favorevole per poi, a tempo debito, liberarsene adottando una diversa forma societaria (22).

Tuttavia, questa chiusura non era perfetta poiché conosceva una rilevante eccezione rappresentata dalla speciale disciplina introdotta con gli artt. 31 e 36 del Tub, relativi proprio alle cooperative di credito, ovvero banche popolari e banche di credito cooperativo. Infatti, per quanto riguarda le banche popolari, solo formalmente riconducibili al fenomeno della cooperazione, l'art. 21, comma 8, della l. n. 59/92 precisa come a queste ultime non trovano applicazione né le disposizioni di cui all'art. 26 della legge Basevi relativamente all'obbligo di contribuzione in favore dei fondi mutualistici, né le disposizioni della l. n. 59/92 in merito all'obbligo di devoluzione del patrimonio residuo in caso di liquidazione. A questa rilevante deroga si aggiungeva, infine,

(21) Tale questione è stata già oggetto di diverse pronunce in giurisprudenza, vedasi: Tribunale di Lecce, 26 giugno 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 99, nonché Tribunale di Lanciano, 6 novembre 2001, *ivi*, con nota di GENCO, *Fusione eterogenea*, cit., 100 ss.. La sentenza del Tribunale di Lanciano è commentata anche in *Società*, 2003, 1, 91 ss., con nota di BONFANTE, *Il Tribunale di Lanciano, l'art. 17, L. n. 388/2000 e la riforma della legislazione cooperativa*; Id., *Finanziaria 2001, dall'art. 17 un "regalo" inaspettato*, in *Riv. coop.*, 2001, I, 7 ss.; cfr., Salerno, *Fusione di banche di credito cooperativo e devoluzione ai fondi mutualistici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, IV, 388, in particolare p. 400; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, 187; MEO, *Perdita della mutualità*, cit., 102. Più recentemente Corte di Appello di L'Aquila, 22 maggio 2007, commentata da SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione*, cit., 349 ss.; mi sia consentito il rinvio anche al mio commento: *L'art. 17 della L. n. 388/2000 e l'obbligo di devoluzione in favore dei fondi mutualistici*, in *Società*, 2008, 12.

(22) Cfr., Cass., sez. I, 14 luglio 1997, n. 6349, in *Società*, 1998, 162 ss., ed in *Giur. comm.*, 1998, II, 5, con commento di SERRA, *Prospettive di incorporazione di una banca costituita in forma di società per azioni in una banca popolare*.

quanto disposto dall'art. 31 del Tub che consente alle banche popolari, alle quali non si applica neppure il divieto di trasformazione *ex art.* 14 della l. n. 127/1971, di trasformarsi in società per azioni o di partecipare ad operazioni di fusione eterogenea previa autorizzazione della Banca d'Italia e laddove ciò sia imposto da esigenze di rafforzamento patrimoniale, di tutela degli interessi dei creditori o di razionalizzazione del sistema.

Discorso in parte diverso, invece, per le banche di credito cooperativo poichè se, per un verso, a tali banche continuano ad applicarsi sia le disposizioni in tema di contribuzione ai fondi mutualistici sia le disposizioni relative all'obbligo di devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento/liquidazione della società cooperativa, dall'altro lato, l'art. 36 del Tub, in deroga al previgente divieto di trasformazione di cui all'art. 14 della l. n. 127/71, prevede che la Banca d'Italia possa autorizzare al ricorrere di particolari esigenze, ovvero tutelare gli interessi dei creditori della banca di credito cooperativo e porre rimedio ad una situazione di crisi tale da compromettere la stabilità della medesima banca, operazioni di fusione di banche di credito cooperativo con banche di diversa natura da cui risultino banche popolari o banche costituite in forma di società per azioni (23).

Inoltre, dato che le banche di credito cooperativo sono le uniche cooperative di credito che accedono alle agevolazioni fiscali, esse hanno l'obbligo di destinare il 3% degli utili netti annui in favore dei fondi mutualistici nonché l'ulteriore obbligo, ai sensi dell'art. 37 Tub, di destinare a riserva legale (quindi indisponibile) una misura pari al 70% degli utili netti annui. Quest'ultima

(23) Cfr., SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, in *Dir. banc.*, 1996, I, 313 ss.; ID., *Commento sub art. 36 Tub*, in BELLICONTENTO-PATRONI GRIFFI-PORZIO-SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 551; NIGRO, *L'intrasformabilità delle banche di credito cooperativo in banche popolari: un problema non nuovo nella nuova legislazione bancaria*, in *Coop. cred.*, 1994, 123 ss.; SANTAGATA, *La nuova disciplina della fusione tra banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, 1, in part. p. 42; RIVOLTA, *Aspetti della nuova disciplina delle concentrazioni bancarie: le fusioni eterogenee nel testo unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 265 ss.; PAOLUCCI, *Limiti*, cit., 1214; DE RUBERTIS, *Incorporazione*, cit., 577; NAPOLETANO, *Banche di credito cooperativo*, in FERRO LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria, Commentario*, Milano, 1996, I, 534 ss.; PRESTI, *Sulla trasformabilità di banca di credito cooperativo in banca popolare*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 810 ss.

previsione, tuttavia, come già ritenuto dalla dottrina (24), per la misura eccedente il limite stabilito dal codice civile (25) non ha nulla a che vedere con i requisiti mutualistici ma ha per finalità quella di garantire la stabilità patrimoniale della banca di credito cooperativo nello svolgimento dell'attività creditizia, in ragione della ridotta consistenza del proprio capitale sociale (minimo) rispetto alle altre (diverse) banche. Se, allora, nel quadro normativo così ricostruito, ritenessimo di qualificare l'art. 17 come una disposizione di interpretazione autentica e, quindi, di riconoscere la sua applicazione in via retroattiva alle pregresse operazioni di fusione eterogenea effettuate ai sensi del richiamato art. 36 Tub, avremmo come risultato la totale compromissione di quelle finalità per le quali l'ordinamento medesimo, in via del tutto eccezionale, tra la tutela della cooperazione mutualistica e l'esigenza di stabilità dell'ente creditizio in difficoltà, attribuisce priorità a quest'ultima esigenza. Infatti, l'applicazione dell'art. 17 comporterebbe che la banca incorporanda (la b.c.c.), prima di dare seguito alla operazione di fusione, dovrebbe devolvere al fondo mutualistico cui aderisce non più soltanto la contribuzione annuale del 3% ma anche tutto il restante patrimonio «effettivo», ivi inclusa la riserva indisponibile costituita con l'accantonamento del 70% degli utili netti annui, dedotto solo il capitale e gli eventuali dividendi maturati e non ancora distribuiti. Tale conclusione, tuttavia, non è assolutamente accettabile poiché, così facendo, si realizzerebbe una situazione di ingiustificato vantaggio in favore dei fondi mutualistici e, soprattutto, si renderebbe del tutto inutile ed antieconomica la stessa operazione di concentrazione aziendale dato che alla fine ad essere incorporata sarebbe

(24) Cfr., SANTORO, *Commento sub art. 37 Tub*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 567 ss.; ID., *Devoluzione del patrimonio di banche cooperative e fondi mutualistici*, in *Dir. ban.*, 2001, I, 283 ss.; MARASÀ, *Le banche cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 530, in particolare 556; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 653 ss.; PAOLUCCI, *Limiti*, cit., 1214; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 431; GENNARI, *Problemi non risolti*, cit., 418 ss.; CASTALDI-DI BIASE, *sub art. 37*, in Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, 199 ss.

(25) Occorre precisare come il previgente art. 2536 c.c., stabiliva che le società cooperative dovessero destinare a riserva legale «almeno la quinta parte degli utili netti annuali». Oggi, a seguito della riforma del 2003, l'art. 2545-*quater* c.c., ha elevato tale importo prevedendo che sia destinata a riserva legale almeno il trenta per cento degli utili netti annuali.

soltanto una società quasi priva di risorse, compromettendo definitivamente l'interesse dei creditori, le ragioni di stabilità nonché la sana e prudente gestione dell'attività bancaria, ovvero tutte quelle le ragioni in forza delle quali l'operazione di fusione eterogenea è stata autorizzata dalla Banca d'Italia.

Rispetto a tutto ciò, lasciano allora perplessi le argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza in commento, argomentazioni che fanno sorgere il dubbio che di questo specifico profilo la medesima Corte non si sia voluta occupare più di tanto perché consapevole che vi avrebbe trovato un ostacolo importante, quasi insormontabile direi, al riconoscimento della natura interpretativa dell'art. 17. Infatti, la Corte, nella convinzione di trovare sicuro sostegno al proprio argomentare nelle nuove disposizioni introdotte nel Tub a seguito della riforma del diritto societario, si è limitato a sottolineare la portata di quest'ultime a conferma del fatto che: «L'inesistenza di ogni interferenza tra autorizzazione alla fusione (art. 36 del d.lgs. n. 385 del 1993) ed obbligo di devoluzione è, peraltro, confortata, sul piano storico-sistematico, dalla circostanza che, anche a seguito delle innovazioni introdotte nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, rese necessarie dalle modifiche del codice civile sulle società, è *stato espressamente mantenuto fermo detto obbligo* (art. 150-bis, comma 5, del d.lgs. n. 385 del 1993) con una previsione anteriormente già desumibile dalle norme di detto testo unico e dalla legge n. 59 del 1992.».

Questo argomentare, però, non è del tutto corretto. In primo luogo perché, come abbiamo già dimostrato, nel vigore delle precedenti norme l'obbligo per le cooperative bancarie, in particolare per le b.c.c., di devolvere il proprio patrimonio residuo al fondo mutualistico ricorreva solo e soltanto nelle ipotesi di scioglimento e liquidazione non anche nella diversa ipotesi di fusione eterogenea, *ex art. 36 del Tub*, poiché in tale ipotesi le esigenze di tutelare gli interessi dei creditori e di garantire la stabilità della banca sono preponderanti rispetto alla tutela della mutualità.

In secondo luogo, è certamente vero che oggi, in caso di fusione eterogenea tra banche di credito cooperativo e banche di diversa natura, sussiste per la banca incorporata (la b.c.c.) l'obbligo di devoluzione del patrimonio al fondo mutualistico cui aderisce, dato che l'art. 150-bis del Tub precisa come «in tutti i casi di fusione ai sensi dell'art. 36 del Tub», trovano applicazione le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2545-*undecies* del c.c.

Pertanto, la b.c.c. prima di dare seguito alla fusione eterogenea dovrà procedere alla devoluzione in favore del fondo mutualistico del valore effettivo del proprio patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società esistente alla data di trasformazione.

Tutto questo, però, non significa che la nuova disciplina deve essere intesa come il risultato di una nuova e diversa considerazione da parte del legislatore degli interessi tutelati con tali norme né, tantomeno, da tale disciplina può ricavarsi la conferma della sussistenza di un obbligo previgente di devoluzione in caso di fusione eterogenea che le nuove disposizioni si limitano a confermare; essa deve intendersi, piuttosto, come un mero adeguamento della normativa di settore alle novità che l'innovativo art. 17 della l. n. 388/2000 ha introdotto nel sistema. Un'indiretta ma assai valida conferma di tutto ciò può cogliersi nel momento in cui si rifletta sulla seguente circostanza: ad oggi, nel caso di fusione eterogenea di una b.c.c. con una banca diversa, in forza dell'art. 150-*bis* del Tub, troveranno applicazione i commi 1 e 2 dell'art. 2545-*undecies* del c.c.; quindi la banca, prima dare seguito all'operazione di fusione, da quanto destinato al fondo mutualistico dovrà sottrarre, oltre al capitale versato e rivalutato ed ai dividendi non ancora distribuiti, anche quanto necessario al raggiungimento del capitale minimo richiesto per la nuova società risultante dalla fusione (26). Tale importo, nella fusione *ex art.* 36 del Tub, non sarà di poco conto visto che per le banche s.p.a. e le banche popolari, ovvero le uniche che posso risultare a conclusione di tale operazione, l'ammontare minimo per il capitale sociale stabilito dalle Istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia è pari a 6.300.000 euro (27). In altri termini, sarebbe errato rite-

(26) Oltre a ciò, un'ulteriore conferma della preminenza riconosciuta all'art. 36 Tub, può ricavarsi dal fatto che per le banche di credito cooperativo, qualificate per legge cooperative a mutualità prevalente, dato che l'art. 150-*bis* Tub esclude l'applicabilità a queste ultime sia dell'art. 2514, comma 2 del c.c., relativo alla modifica delle clausole di mutualità, sia degli artt. 2545-*octies* e 2545-*decies* del c.c., relativi alla perdita della mutualità prevalente ed alla trasformazione, è preclusa la possibilità di procedere ad una trasformazione eterogenea salvo, appunto, l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 36 Tub

(27) Cfr., F. SANTORO, *Le banche di credito cooperativo: trasformazione, fusione eterogenea e contribuzione ai fondi mutualistici*, in *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario*, Firenze, 2005, 90; COSTA, *La riforma delle so-*

nere che la tutela della mutualità cooperativa sia da ritenersi o-ramai prevalente rispetto all'esigenza di garantire la stabilità della banca in difficoltà e gli interessi dei creditori di quest'ultima; detto altrimenti, sarebbe un errore ritenere che la difesa della mutualità prevalga su quella disposizione eccezione qual è l'art. 36 del Tub.

cietà e le banche cooperative, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 1118 ss.; CORVESE, *La trasformazione*, cit., 187; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 420 ss.

NOVITÀ NORMATIVE

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

RIFLESSIONI CRITICHE SULLE PROCEDURE CONCILIATIVE PREVISTE DALL'ART. 140 BIS, COMMA 6, DEL CODICE DEL CONSUMO

Clara Elena Bruno

**RIFLESSIONI CRITICHE SULLE PROCEDURE
CONCILIATIVE PREVISTE DALL' ART. 140 BIS,
COMMA 6, DEL CODICE DEL CONSUMO**

Clara Elena BRUNO

*Dottoranda di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

1. L'art. 140 *bis* del codice del consumo (di seguito cod. cons.), introdotto con la legge finanziaria 2008 all'art. 2, comma 446, a tutela dei diritti dei consumatori ed utenti, prevede una procedura esperibile dalle associazioni e dagli altri enti legittimati, a vantaggio di una pluralità di soggetti danneggiati dalla condotta di un professionista. L'istituto è frutto di una elaborazione sofferta e, sebbene non sia ancora entrato in vigore, continua a destare perplessità applicative. Non è un caso che già il comma 447 della legge Finanziaria per il 2008 abbia posticipato di centottanta giorni l'entrata in vigore delle nuove norme; ed in seguito, ci sia stato il secondo ed inaspettato differimento temporale contenuto nel d.l. 25 giugno 2008 n. 112, art. 36, in ragione del quale l'acquisto di efficacia si sarebbe dovuto avere decorso un anno dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria 2008. La relazione di accompagnamento alla legge di conversione evidenzia che il rinvio è stato disposto per individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, onde estendere l'ambito di efficacia dello strumento dell'azione collettiva. Ma il 1° gennaio 2009 l'azione collettiva risarcitoria *de qua* non è entrata in vigore, avendo il Governo ha presentato il 23 dicembre 2008 un emendamento alla disposizione, in discussione al Senato, nel quale riscrive numerosi aspetti di una disciplina che era stata approvata a seguito di un errore materiale commesso da un parlamentare nel corso della votazione. Il 19 dicembre 2008 lo stesso Governo, con il decreto c.d. "milleproroghe" di fine anno, ha posticipato di ulteriori sei mesi l'entrata in vigore della "*class action all'italiana*"

Il Governo, mediante questo ulteriore rinvio, mira ad introdurre l'azione collettiva anche nel settore pubblico, con l'obiettivo di ripristinare *standards* di efficienza.

Da questo scenario articolato, emergono le difficoltà e le resistenze del legislatore nell'adozione del nuovo strumento, peraltro definito da dottrina attenta (CONSOLO, 2008) un' "opera aperta" e non compiutamente definita.

Le perplessità non risparmiano uno degli aspetti maggiormente innovativi della disciplina, quello sugli strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, previsto dall'ultimo

comma dell' art 140 *bis* del cod. cons. ed in particolare la fase conciliativa (*rectius*, transattiva).

Il comma 6 della disposizione in esame regola i procedimenti conciliativi, stabilendo che la determinazione del *quantum* da corrispondere a ciascun consumatore o utente può avvenire secondo tre modalità:

- in forza di un accordo tra l' impresa ed i singoli danneggiati;
- mediante la determinazione ad opera di un' apposita Camera di conciliazione o di organismi di conciliazione previsti dal d.lgs. n. 5/2003;
- in via giudiziale, tramite un giudizio individuale di condanna. Anche se l' art. 140 *bis* non disciplina, né prevede l'eventuale giudizio promosso dal singolo danneggiato per la determinazione delle somme ad esso spettanti, diversamente dai precedenti disegni di legge presentati in questa e nella scorsa legislatura (cfr. disegni di legge n. 3058 del 21.07.2004 e n. 1495 del 27.07.2006), il singolo rimane libero di instaurare un autonomo giudizio diretto ad ottenere una sentenza di condanna dell'imprenditore al risarcimento del danno o alle restituzione di somme. Ogni diversa conclusione si porrebbe in contrasto con il diritto di azione garantito costituzionalmente all' art. 24.

La *ratio* della disposizione è evidentemente quella di favorire forme di composizione negoziale, dirottando verso tali procedure il contenzioso "condannatorio" seriale, in modo da accrescere la diffusione di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che – come è noto – incontrano tuttora resistenza nelle abitudini dei consumatori e delle imprese

Il legislatore ha previsto un primo tentativo di conciliazione, rapido ed informale, immediatamente successivo alla chiusura del processo, introducendo a carico dell'impresa l' obbligo di proporre a ciascun consumatore aderente all'azione collettiva - nei sessanta giorni successivi alla pronuncia e sulla base dei criteri indicati nella sentenza di cui al quarto comma dell'art. 140 *bis* - il pagamento della somma offerta a titolo di risarcimento danni. Nel caso in cui il consumatore accetti l'offerta, l'impresa debitrice effettuerà il pagamento nei modi e nei tempi concordati. In caso di omesso pagamento, è espressamente previsto che la propo-

sta costituisce titolo esecutivo nei confronti dell'impresa debitrice inadempiente.

Nel silenzio della norma – che presenta indubbiamente profili di insufficienza ed oscurità in ordine alle concrete modalità di esperimento della procedura conciliativa – è agevole ritenere, anzitutto, che elementi di incertezza possono introdursi in relazione all'efficacia dell'accettazione della proposta, che, per espressa disposizione, può avvenire “in qualsiasi forma”. E' dubbio, invece, se possono ritenersi rilevanti anche i comportamenti concludenti, ovvero se anche la mera sottoscrizione del documento, depositato in cancelleria da parte dei consumatori ed utenti interessati, valga a ritenere concluso l'accordo e terminata la procedura liquidativa.

Ancora, non viene precisata la natura perentoria o ordinataria del termine di sessanta giorni che, in quest'ultimo caso, renderebbe ammissibile una proposta o accettazione tardiva. In assenza di disposizioni di dettaglio, spetterà alla prassi definire i passaggi applicativi della norma.

Nel caso in cui la controparte non effettui la proposta di pagamento entro sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, ovvero qualora non intervenga accettazione nel medesimo termine, decorrente dalla comunicazione della proposta, è previsto, alternativamente, il ricorso alla Camera di conciliazione o ad uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003.

Nel primo caso, il presidente del tribunale presso il quale si è svolto il procedimento, su domanda dei consumatori ed utenti aderenti o intervenienti, istituisce una Camera di conciliazione, affinché quantifichi la somma da corrisondersi. In assenza di diversa previsione, sembra che il ricorso alla Camera sia possibile anche ove sia pendente il giudizio di impugnazione, instaurato dall'impresa soccombente in primo grado.

Il legislatore stabilisce la composizione della Camera di conciliazione - formata da tre avvocati, di cui uno scelto dall'ente che ha esercitato l'azione collettiva, uno dall'impresa convenuta ed il terzo dal Presidente del tribunale - ma disciplina in maniera generica l'attività svolta dalla suddetta Camera, limitandosi sinteticamente a prevedere che essa «... *quantifica, con verbale sottoscritto dal Presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti*». Uno dei pochi dati inconfutabili ricavabili dalla lettura della norma è la natura di titolo

esecutivo *ex art.* 474 del c.p.c. del verbale sottoscritto dal Presidente. A onor del vero, nonostante l' espressa qualificazione, il procedimento delineato pare difficilmente riconducibile al modello della conciliazione, dal momento che la determinazione del *quantum* e delle modalità di pagamento non avviene in forza di un accordo liberamente espresso dalle parti, bensì di una determinazione del collegio, con decisione vincolante per consumatore ed impresa. Tale elemento fa propendere per la natura arbitrale del procedimento, dato che trova conforto nella espressa previsione di legge secondo la quale la sottoscrizione del verbale avviene da parte del solo presidente e non anche delle parti, a differenza di quanto normalmente avviene in caso di conciliazione. Poiché il legislatore richiama espressamente l'istituto della conciliazione, deve ritenersi che egli abbia optato per la conciliazione c.d. valutativa, ossia per il metodo in cui il Presidente, svolgendo la funzione di conciliatore, assume un ruolo attivo, esprimendo una valutazione di merito sulle questioni sottoposte alla Sua attenzione, che consiste nel formulare una proposta di accordo (valutativa).

Tuttavia, l'attività della Camera di conciliazione può risultare inutile nell'ipotesi in cui le parti non raggiungano un accordo o addirittura nel caso in cui l'impresa non vi partecipi. Invero, in tali circostanze, i singoli consumatori pur avendo una pronuncia che accerta il loro diritto al risarcimento, saranno costretti ad attivarsi nuovamente, ma in via individuale, per ottenere la liquidazione delle somme spettanti a titolo di risarcimento o di restituzione.

In base ad una lettura sistematica della disposizione, sembra potersi ritenere che, qualora anche un solo consumatore non abbia accettato l' eventuale proposta dell'azienda, il Presidente del tribunale debba predisporre appositamente una Camera di conciliazione. Tale lettura presta il fianco a non poche perplessità in ordine all' esigenza di speditezza del processo.

Come si è detto, la costituzione della Camera conciliativa non è l'unico strumento stragiudiziale di composizione delle controversie, in quanto il promotore dell' azione collettiva e l'impresa convenuta, di comune accordo, possono chiedere al Presidente del tribunale che la definizione avvenga presso uno degli organismi di conciliazione che svolge la propria attività nel comune in cui ha sede il tribunale, con le forme ed i modi di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003, recante «*Definizione dei procedimenti in*

materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366» .

Dal tenore letterale della norma si evince che lo strumento degli organismi conciliativi *ex art. 38 del d.lgs. n. 5/2003* riveste una funzione suppletiva rispetto alla Camera di conciliazione stimolata dal giudice, giacché, per la sua operatività, è richiesto l'accordo di entrambe le parti. Il modello di conciliazione societaria funge da *benchmark* per orientarsi all'interno di una disciplina nuova per il Codice del consumo, quale quella della risoluzione stragiudiziale delle controversie. Dall'esame della disposizione sembra, quindi, emergere che gli unici organismi di conciliazione chiamati *ex art. 140 bis* a gestire la fase di composizione non contenziosa della controversia a seguito dell'accertamento della responsabilità del convenuto, siano quelli iscritti nel registro istituito con d.m. n. 222/2004. Desta perplessità il mancato richiamo ad organismi di conciliazione contemplati da leggi speciali, (ad esempio il recentissimo regolamento di attuazione del d.lgs. n. 179/2007, mediante il quale è stata istituita la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e, dunque, non soggetti alla iscrizione al registro di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003. Non è dato comprendere se si tratta di una mera dimenticanza del legislatore ovvero se l'esclusione sia frutto di una di una deliberata opzione.

Ulteriori dubbi interpretativi sorgono nell'ipotesi in cui lo stesso illecito lamentato sia promosso dall'ente esponenziale con le forme del rito ordinario, mentre il giudizio proposto dal singolo, segua il rito societario. O che, ipotizzando sempre l'azione collettiva risarcitoria con rito ordinario, poi la sua ricaduta sugli interessati debba seguire il rito ordinario. Più in generale, si dovrebbe diffidare dell'opportunità di una duplice previsione per l'esperimento dell'azione collettiva risarcitoria, che genera solo confusione negli operatori del diritto. Sarebbe auspicabile una decisa scelta nel senso dell'esclusione del ricorso al rito societario ovvero, al contrario, una riespansione di quest'ultimo quale unica procedura attivabile, dato che le materie afferenti al rito societario e all'azione collettiva hanno lo stesso raggio d'azione.

Tuttavia, il rito commerciale, per sua natura rapido, avrà difficoltà di adattamento ai procedimenti con una pluralità di parti come quelli della *class action*, come pure potrebbe determinare difficoltà la previsione dell'intervento autonomo ammesso sol-

tanto entro il termine previsto per la notifica della comparsa di risposta, ai sensi dell' art. 14, primo comma del d.lgs. n. 5/2003.

Ma l' aspetto più discutibile della disciplina in esame - che dovrebbe indurre a serie riflessioni sull' effettiva utilità di una azione collettiva risarcitoria così come congegnata - risiede nel fatto che per un'azione finalizzata ad assicurare ai soggetti aderenti all'azione collettiva o intervenienti ai sensi del secondo comma dell'art. 140 *bis*, un risarcimento del danno - peraltro già accertato con sentenza - è stato previsto un tavolo di conciliazione con partecipazione facoltativa da parte dell' impresa responsabile. Sarebbe stato probabilmente opportuno prevedere sanzioni a carico dell' impresa che non partecipi alle successive fasi del procedimento, fino alla sentenza, o che non formuli alcuna seria proposta. Il rischio è evidentemente quello che il consumatore - pur avendo ottenuto una sentenza favorevole di condanna sia costretto ad avviare un ulteriore giudizio per quantificare il suo risarcimento; e probabilmente, dopo, iniziare l' azione di esecuzione forzata sulla base della seconda sentenza.

2. Un ulteriore, importante profilo attiene alla partecipazione dei consumatori che non hanno aderito all'azione collettiva alla procedura conciliativa. Mentre il testo del Senato, in fase di lavori preparatori alla redazione del Codice, prevedeva espressamente che tutti i cittadini interessati potevano ricorrere, singolarmente o tramite delega, alla suddetta Camera, un emendamento introdotto durante l' esame del testo a parte della Camera ha limitato la partecipazione a tali organismi di conciliazione "soltanto" ai consumatori ed utenti che hanno aderito all'azione collettiva. Si tratta invero di una scelta coerente con i principi su cui si fonda il nuovo assetto normativo delle *class actions*, il quale prevede che gli effetti della sentenza che conclude il processo "di classe" si estendano ai consumatori, che, pur non avendo tecnicamente partecipato al giudizio come parti, hanno manifestato una preventiva adesione all'azione collettiva. Al riguardo è stato osservato che "... diversamente, i consumatori sarebbero indotti a non compiere alcuna scelta prima della sentenza, salvo poi utilizzare le sede conciliativa disciplinata dalla norma in commento, fondando le proprie pretese creditorie sulle statuizioni di una sentenza che non fa stato nei loro confronti" (AMBROSIANI-BASILE)

La disposizione peraltro non contempla l' ipotesi in cui la procedura conciliativa sia avviata solo da alcuni consumatori/utenti interessati, mentre altri preferiscano agire disgiuntamente per la liquidazione. In assenza di contrarie previsioni – peraltro difficilmente conciliabili con i principi dell' ordinamento – deve essere sempre consentita al singolo consumatore l'azione individuale davanti al Giudice ordinario diretta alla liquidazione delle somme dovute a titolo di risarcimento. Dal tenore letterale della disposizione emerge la necessità di una espressa adesione del consumatore o utente alla procedura conciliativa affinché le determinazioni assunte possano avere effetto.

Un ultimo, ma non meno importante occasione di riflessione, attiene alla legittimazione soggettiva all' esercizio dell'azione collettiva e quindi all' utilizzo dell' eventuale procedura conciliativa, prevista dal sesto comma dell' art. 140 *bis*. L' art. 3, primo comma, lett. *a*), cod. cons. definisce il consumatore, o utente, come «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all' attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Ci si chiede quindi, se nella definizione di consumatore o utente possa essere incluso l'investitore, qualora non svolga attività professionale. Posto che l'art. 53 della Direttiva 2004/39/CE (cd. Mifid) rubricato “Meccanismo extragiudiziale per i reclami degli investitori”, raccomanda agli Stati membri l' istituzione di procedure di risoluzione extragiudiziale di controversie in materia di consumo relative alla prestazione di servizi di investimento e servizi accessori, può ritenersi che il legislatore comunitario individui nell' investitore finanziario una tipologia particolare di consumatore (in rapporto *genus ad speciem*). Questa disposizione, recepita dal legislatore italiano, è entrata nel *corpus* del Tuf all'art. 32 *ter*, nel capo destinato alla tutela degli investitori.

Occorre valutare, quindi, se sia possibile estendere la portata applicativa dell'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis* cod. cons. anche a favore degli investitori atteso che, in un' ottica ricostruttiva, anche questi ultimi, in particolare quando non svolgono un'attività professionale, possono soffrire di un deficit informativo al pari della categoria più ampia dei consumatori. Allo stato – non avendo il legislatore nazionale recepito e tradotto nel Codice del consumo l'esigenza, valutata con favore dall' Unione Europea, di annoverare gli investitori tra i soggetti che abbisognano di una particolare tutela, non sembra che l' investitore

rientri nella nozione di consumatore, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) cod. cons.

Sarebbe forse auspicabile che, nelle more della definizione della disciplina concernente l'azione collettiva risarcitoria, il legislatore consumeristico prenda atto di tale dissimmetria rispetto alle raccomandazioni comunitarie, includendo quantomeno gli investitori non professionali fra i soggetti legittimati ad esperire l'azione collettiva a carattere risarcitorio

3. In conclusione, il Codice del consumo – nonostante le pregevoli intenzioni di venire incontro alle istanze dei consumatori – sembra difettare di una chiara disciplina generale dei metodi di *Alternative Dispute Resolution*. Il cittadino-consumatore finisce ancora per una volta col restare disorientato di fronte ad un istituto conciliativo che si articola in una molteplicità di fattispecie. Se è vero che lo scopo delle procedure conciliative è quello di creare una giustizia civile differenziata, a seconda delle diverse tipologia di controversie che vengono ad esistenza, cioè nel trovare soluzioni “a misura” di controversia, “è pur vero che una forma procedurale più omogenea appare opportuna, il che non intacca assolutamente i margini discrezionali delle parti nell'accordarsi su soluzioni che esulano dagli schemi rigidi della giustizia togata” (POLEGGI)

Devono inoltre rappresentarsi alcuni rischi, probabilmente non eliminabili.

In primo luogo – a fronte dei benefici connessi all' alleggerimento del carico giudiziario ed alla traslazione delle attività di liquidazione dallo stadio collettivo ad una fase eventuale che avrebbe la funzione di definire in via amichevole le posizioni dei singoli – è concreto il pericolo che le imprese, a fronte dell' adesione alle procedure conciliative, addossino sui consumatori finali i costi di transazione, con il risultato di un possibile generale incremento dei prezzi di tutti i beni di largo consumo e di esternalità negative per la collettività.

Un ulteriore pericolo – correlato alla possibilità che si alimenti un contesto “vizioso” per effetto di azioni pretestuose o temerarie, note negli ordinamenti anglosassoni come *blackmail settlements* o *legalized blackmail* (letteralmente, ricatti legalizzati) – sembra possa essere scongiurato dalla espressa previsione di

un controllo preventivo sull' ammissibilità della domanda da parte del Giudice, ai sensi del terzo comma dell'art. 140 *bis*, che dovrebbe costituire un valido strumento per scoraggiare domande di risarcimento meramente pretestuose e strumentali. Questo comma infatti, regola i tre casi nei quali il giudice deve dichiarare l'inammissibilità della domanda e ciò può avvenire: quando la stessa sia manifestamente infondata, o qualora sussista un conflitto di interessi, oppure nella circostanza in cui l'organo giudicante «*non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo*». Sempre il terzo comma stabilisce che il giudice possa differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'Autorità indipendente. Ci si chiede quindi in questo peculiare caso quante volte il giudice potrebbe rinviare l'udienza (si spera, che ciò possa avvenire una sola volta anche se l'istruttoria non è terminata); inoltre non è prevista la durata massima della "sospensione", né si comprende cosa accada quando la decisione è impugnata davanti al Tar. Anche qui potrebbe ipotizzarsi dunque la violazione dell' art. 24 Cost.

A fronte di queste considerazioni, non resta che concludere con l'auspicio che il Parlamento in questi ulteriori mesi di proroga restanti sino al debutto dell'azione collettiva, previsto per luglio 2009, prenda atto degli aspetti lacunosi e vulnerabili di questa disciplina, per rendere la stessa uno strumento realmente efficace, disincentivante per gli illeciti di impresa e fungere da idoneo " manifesto dei diritti dei consumatori di classe", al fine di «*assicurare un elevato livello di tutela a consumatori ed utenti*», così come previsto dalle finalità del d.lgs. n. 205/2006.

BIBLIOGRAFIA:

ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 545.

AMBROSIANI-BASILE, *Prove tecniche di introduzione delle class actions – prime riflessioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 7.

AMOROSINI, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 137.

AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008.

BARRA CARACCILO, *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1044.

BOVE, *Class action : professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata* in *Guida al dir.* 2007.

BOVE, *Azione collettiva:una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze più mature* in *Guida al dir.* 2008.

BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008

CAMILLETTI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *Contratti*, 2008, 638.

CAPOBIANCO, *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita Notarile*, 2008.

CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR "Alternative Dispute Resolution"*, in *Foro it.*, 2003, 165.

CAPPIELLO, *La composizione stragiudiziale dell'azione collettiva risarcitoria: un'occasione mancata*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 193

CHINÈ-MICCOLIS, *Azione collettiva risarcitoria*, Bari, 2008.

COMPORITI, *La direttiva MiFID: le principali innovazioni*, in *Dir.banc.*, 2007, 57.

CONSOLO-BONA-BOZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione risarcitoria collettiva*, Milano, 2008.

CONSOLO, *Class action fuori dagli Usa?*, in *Riv.dir.civ.*, 1993.

CONSOLO, *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco "opera aperta"*, in *Foro it.*, 2008, 207.

COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. cons.*, in *Foro it.*, 2008, 17.

COSTANTINO, *Un tentativo di proposta ragionevole sulla tutela collettiva*, in *Foro It.*, 2007, 140.

D'ALFONSO, *La tutela risarcitoria delle pretese seriali tra "azioni di classe" ed "azioni collettive". Il nuovo art. 140 bis del Cod. cons.*, in *Studium Iuris*, 2008, 523.

DE SANTIS, *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione [in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140 bis cod. consumo]*, in *Foro it.*, 2008, 209.

DE SANTIS, *I disegni di legge italiani sulla tutela collettiva ed il Class Action Fair Act of 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006.

DONDI, *Funzione "remedial" delle "injunctive class actions"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988.

FAVA, *Class actions all'italiana "Paese che vai, usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in *Corr. Giur.*, 2004.

FAVA, *Class actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto (Le S.U. sul rapporto tra indennità di risparmio di amministrazione e tredicesima)* in *Corr. Giur.*, 2006.

FAVA, *L'importabilità delle class action in Italia*, in *Contr. e impr.*, 2004.

GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006.

GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria: la c.d. class action all'italiana*, Padova, 2008.

GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

GIUSSANI, *Studi sulle class action*, Padova, 1996.

GIUSSANI, *Un libro sulla storia della "class action"* in *Riv. crit. dir. priv.* 1989

MANTUCCI, *Conciliazione, arbitrato e gestione d'impresa nel nuovo diritto societario*, Napoli, 2008.

MARICONDA C., *ADR tra mediazione e diritti*, Napoli, 2008.

MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive* in *Quad. giust. proc. civ.*, "Le azioni seriali", Napoli, 2008.

MICONI, *La "class action" nell'ordinamento italiano: sintesi di una trasformazione*, in *La responsabilità civile*, 2008, 678.

MINERVINI, *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 939.

MULHERON, *The class action in Common Law Legal System: a Comparative Perspective*, in *Hart Publishing*, Portland Oregon, Oxford, 2004, 3.

NASCOSI, *La conciliazione stragiudiziale societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 609.

NEGRI, *La class action accelera e punta al raddoppio*, in *So-le 24 ore*, 28 ottobre 2008, 23.

NIGRO, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari: i principi di fondo delle direttive e del regolamento MIFID*, in *Dir. banc.*, 2008.

PALMIERI, *Azione collettiva risarcitoria. Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2008, 190.

POLEGGI, *art. 141*, in *Codice del Consumo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2008, 709.

RESCIGNO M., *L' introduzione della class action nell' ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur.Comm.*, 2005.

RESCIGNO P., *Sulla compatibilità del modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell' ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000.

RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le Società*, 2008, 269.

SALOMONE, *art.140 bis in Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da) FRANZONI M., Torino, 2008, 674.

SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contr.*, 2008, 173.

SCANNICCHIO (a cura di), *I metodi alternativi di soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, 2007.

SPADAFORA, *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Giustizia civile*, 2008, 353.

TRICOMI, *Rinviata al 2009 l'efficacia della class action*, in *Guida al dir.*, 2008, 72.

VACCA', *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contr.*, 2008, 860.

VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impresa*, 2008, 729.

ZUFFI, *art. 140 bis in Codice del consumo.*, (a cura di) CUFFARO, Milano, 2008, 708.

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

THE CROSSING-OVER BETWEEN CREDIT INSTITUTIONS AND FIRMS

Elisa Ceccarelli

**THE CROSSING-OVER (1)
BETWEEN CREDIT INSTITUTIONS
AND FIRMS**

The wall between banks and companies is being destroyed?

Elisa Ceccarelli

*Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico e dell'Economia
nell'Università di Pisa*

(1) A crossing over is a part of a complicated process which can occur during cell division: two chromosomes of a homologous pair may change segments, producing genetic variations in germ cells.

A bank is a *«financial intermediary which participates in the payment system and finances entities in financial deficit using the funds of entities in financial surplus»* That's sounds a little bit inadequate doesn't it?

Banks have a crucial importance in the economy for two main reasons: they are the only source of finance for a large number of borrowers and they manage the payment system. Their financial disruption is likely to be more serious than it would be with other sectors of financial system.

A failure (or a perceived threat of failure) would be very dangerous: the interconnectedness of banks is much greater than that in the most other industries so the failure of one bank can directly cause immediate losses to the interconnected banks.

Faced with deregulation and financial disintermediation banks in the industrial countries are reacting to prevent further deterioration of their financial performance and to improve their competitive position. In order to achieve these goals, we see different strategies: for example, their transformation into universal banks, diversification toward non-bank and non-financial activities, internationalization for activities and the new organizational forms to respond sooner and better to industry changes.

The reason for this variety of strategic options is related not only to each bank's starting position and resources but also to the structure of its governance.

And yet, as we develop responses to these challenges, we also need to step back and consider how we have arrived at where we are.

Originally the large Italian banks were established to operate as a mixed banks: there was no difference between short term from the various types of medium and long term banking business.

Banks had huge amount of firms' share: buying a share gives its holder part of the ownership of a company, as a result, they had a chair in the board of directors, they vote at a company's annual general meeting, they receive a proportion of distributed profits in the form of dividend – or to receive a part of the company's residual value if it goes into liquidation.

This system showed soon its weakness, during the crisis of 1930s to let a certain number of commercial banks and among them the big mixed one, go bankrupt would have been to pose a

serious threat not only to the survival of entire industrial sectors but also to the central bank itself, which, by 1932 had given advances to the three major mixed banks.

Formally, these were short term advances but they had been continuously renewed in order to keep these banks at the satisfactory level of liquidity. Moreover the Central Authority was exposed with huge credits to the commercial banking sector and secondary industry, which was practically cut off from the banks for its medium and large term credits needs was searching desperately for a solution.

The decisive breakthrough only comes in 1933 with the establishment of a state owned holding company, IRI to which all industrial securities originally owned by the mixed banks were transferred.

Following the crisis it was decided to separate short term from the various type of medium and long term banking business and this was implemented under the terms of the Banking Act of 1936, a statute which reserved each kind of business specifically for a separate type of organization. Further, any relationships between banks and industrial groups weren't allowed anymore.

Until 1970 the discussion about banks' industries shares didn't come out: in fact, the role of the state on banks' governance was too heavy and the Act of 1936 caused a really "divorce" between our protagonists.

Only a CICR (*Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio*) decree of 27th November 1970 allowed to some credit institutions to buy shares in firms only for "public" or "social" reasons. At the end of 1970s a directive (77/80/EEC) opened the banking system to competition.

In the 1980s, another CICR decree (28th January 1981) and a Banca d'Italia decree (19th June 1981) introduced a new concept of share and the difference between financial firms and industry firms. These decrees indicated the limits to the banks' firms shares and the mission that the banks had to follow: the enforcing of the credit system and the efficiency of banking itself.

During the 1990s the rules about banks' shares have been revised.

With the Amato Act (n.218/1990) Italy started the privatization state owned firms including banks: the result would be a dismantling of Italy's public sector, constituting about one fourth

of the national economy. Amato's plan was designed to free the economy from that stultifying embrace and to boost competition by opening the Italian market to more players, including foreign investors. In fact this Act overturned the bank regime of the previous 60 years and it showed the path to a private banking system.

The Ministry of Treasury decree of 22nd June, 1993 n. 242632 and the "Istruzioni di vigilanza" from Banca d'Italia of 1993, updated in 1998, fix fundamental principles.

First of all, they convert into an institution the despecialization of banking: all the banks can do both short term and long term activity and the banks' governance became a strategic choice of the single bank.

Nevertheless there are some limits for banks yet. For banks' shares in holding company, insurance company and instrumental company (that means companies which provides other services, ITC, for example) there are two kinds of limits.

Banks can't buy shares that exceed their regulatory capital.

The authorization of Banca d'Italia is due when shares exceed the 10% of the capital subsidiary company. When shares reach or exceed the 10% of the capital's subsidiary company the bank (proposed acquirer) must first notify in writing to the competent authority the size of its share, moreover a financial plan, the statute and the last two account of the target firm and the share effect for the bank shareholder (financial situation, for instance).

For firms' shares there are three types of limits: the "concentration limit", the share must not exceed the 3% of the regulatory capital of the bank shareholder to avoid risk connected to the financial and economic trend of the subsidiary company.

The "maximum limit" tends to avoid the capital risk linked to the size of the share. For listed company must not exceed the 15% of regulatory capital, for the others the 7,5% of regulatory capital.

At least the "separation limit" : the share must not reach or exceed the 15% of the capital of the subsidiary company.

On the 29th July 2008 a new chapter about the relationships between banks and firms has been written: actually CICR has decided to reduce the limits for credit institutions to buy firm's shares.

The new rules contents only thresholds of 15% of regulatory capital for the banks' stakeholders and a global limit of 60%.

The prudential assessment is inclusive of affiliated company where bank can condition broadly the management's choices: this is crucial to prevent conflict of interest and every transaction which could influence management caused by the great exposure towards affiliated companies.

In order to quantify the size of a bank's share the authorities must consider both the direct and the indirect influence. Despite, the increasing possibility to buy industry's share for credit institutions is balanced by new rules to control the respect of capital requirements.

Conclusion

The separation between bank and industry is revolving around a fundamental principle: the merciless logic of the market (supported by firms) and the logic of credit (supported by banks).

Credit institutions think about purely financial terms, investment yield, whereas firms think about purely economic terms, competition, production, that's because these two entities have always been separate, to avoid dangerous cross-contaminations.

Moreover, the 80% of italian firms run into debt and their survival skills are guaranteed by the impossibility for banks to regain of their holding in hard times.

Making a valuation of somebody creditworthiness banks could play the double role of estimator/shareholder: how could this is balanced? The shareholder role would corrupt the estimator role?

Nevertheless the wide entry of banks in capital's firms could enforced the relationship lending; its theory is based on the idea that close ties between borrowers and banks may be economically beneficial because of the banks capital growth, lower credit costs and better quality services.

This is correct correct, but we don't have to forget that credit system is a public interest as provided the section 47 of the Italian Constitution law.

The intermediation system is the most interesting under the viewpoint of coexistence of public politics of regulation (to maintain financial stability) and, on the other hand, the public politics that improve market competition.

Moreover, regarding the nature and heterogeneity of banking services these problems may involve financial intermediary and insurance broker.

In the end, the fundamental task for authorities should be a reconsideration of the principle of separation between banks and firms: we don't have to step back at 1930s, but we must think about problems that this contagion may cause.

It is important to begin creating a legal environment in which internal risk analysis, management and control systems will be able to work with public regulation.

Consequently, policymakers could reduce potential distortions by structuring policies to be more "incentive-compatible" in order to support the profit maximizing goals of investors and firms managers and, at the same time, "transparency-compatible" to protect savings, and most of all the confidence of people.

References

- BALDAN, *Il capitale finanziario e il rapporto tra banca ed industria*, Giappichelli, Torino, 2006
- BIRINDELLI, *Strutture proprietarie e sistemi di governance: riflessioni sull'esperienza delle banche italiane*, Franco Angeli, Milano 2007
- MASERA, *La corporate governance nelle banche*, Il Mulino Itinerari, Bologna, 2006
- MORI, *Banca e Impresa*, Cedam, Padova, 1988
- Nuzzo, *La separatezza tra banca ed industria* in AA.VV. *La nuova disciplina bancaria*, a cura di MORERA-NUZZO, vol.1, Giuffrè, Milano, 1996
- POPOLO-TOLINO, *Banca e Industria*, in *Il governo delle banche in Italia, commento al T.U. bancario ed alla normativa collegata*, a cura di RAZZANTE-LACAITA, Giappichelli, Torino, 2006
- PORTA, *Governo delle banche e rapporti banca-impresa*, in *Il governo delle banche in Italia* a cura di RIOLO-D. MASCIANDARO, Fondazione Rosselli, Edibank, 1999
- VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Giuffrè, Milano, 1977

NOVITÀ BIBLIOGRAFICHE

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

PALERMO, WOELK,
DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO DEI
GRUPPI E DELLE MINORANZE,
CEDAM, PADOVA, 2008

Maria Dicosola

F. PALERMO-J. WOELK
Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze
Cedam, Padova, 2008

Maria Dicosola
Assegnista di Ricerca
nell'Università di Siena

In Europa, il problema di individuare forme di trattamento differenziato per i gruppi minoritari non è nuovo: esso affonda le sue radici già nell'età della formazione dei primi Stati moderni, a seguito della ridefinizione dei confini realizzata in occasione della Pace di Westfalia. Appena istituiti, dunque, i moderni Stati europei hanno già dovuto confrontarsi con il problema dei gruppi minoritari, che, al loro interno, rivendicavano forme differenziate di trattamento giuridico. Oggi, il tema della tutela delle minoranze è ancora attuale, seppur in un contesto rinnovato. La composizione sociale degli Stati europei, in effetti, si caratterizza per una complessità sempre crescente: al loro interno, un numero ampio di gruppi esprimono interessi diversificati e spesso confliggenti e si pone la necessità di individuare soluzioni normative idonee a garantirne un equo bilanciamento.

Il volume di F. Palermo e J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, è dedicato proprio all'analisi degli strumenti normativi di protezione degli interessi dei gruppi minoritari negli ordinamenti contemporanei, alla loro evoluzione nel corso del tempo e alle possibili linee di sviluppo per garantirne una maggiore efficacia. Il tema è affrontato attraverso due piani di lettura autonomi ma interdipendenti: la protezione dei diritti delle minoranze è esaminata, da una parte, alla luce del dilemma teorico tra uguaglianza e diversità e, dall'altra, nell'ottica della progressiva perdita di sovranità statale nella definizione delle regole volte alla loro protezione.

Quanto al primo profilo, il testo si apre con il racconto del mito di Procuste: se è vero che, secondo giustizia, tutti gli uomini devono essere uguali, l'uguaglianza, esasperata, è irragionevole. Procuste, infatti, per la pretesa di assicurare la giustizia, rendendo uguali i giganti e i non-giganti tagliando le gambe agli uni ed allungando gli altri, provocò indicibili torture ad entrambi. In realtà, come sostenne Teseo, nel punirlo per la sua condotta scellerata, «ogni gigante ha il diritto di essere un gigante e ogni non-gigante un non-gigante. Entrambi sono uguali di fronte alla legge». La protezione delle minoranze, dunque, consiste nel riconoscimento del loro diritto a conservare la propria identità, differenziandosi dai gruppi che, in una determinata area territoriale, costituiscono la maggioranza.

La complessa questione del rapporto tra uguaglianza e diversità è affrontata, in particolare, nel secondo capitolo del testo, nel

quale si distinguono gli ordinamenti che privilegiano un approccio “liberale individualista” da quelli che adottano un approccio “pluralista”: nei primi, il trattamento differenziato dei gruppi minoritari è ammesso come eccezione alla regola generale del principio di uguaglianza; negli altri, invece la protezione delle diversità è un elemento che arricchisce, specificandola, l’uguaglianza. Quest’ultimo approccio viene considerato dagli autori più moderno, come emerge dalla lettura dei testi costituzionali più recenti che dedicano un numero considerevole di disposizioni a garanzia dei diritti dei gruppi minoritari.

E, nell’ottica del rapporto tra uguaglianza e differenza, vengono analizzati alcuni dei principali strumenti tecnici adottati dagli ordinamenti allo scopo di garantire diritti differenziali agli appartenenti a minoranze: il diritto di non discriminazione, i “diritti particolari”, i “diritti riservati”, il diritto all’autogoverno.

In particolare, tra gli strumenti di tutela delle minoranze, pone notevoli problemi quanto al bilanciamento con il principio di uguaglianza, il diritto di rappresentanza politica, esaminato in dettaglio al capitolo 6. In questo caso, infatti, l’uguaglianza della rappresentanza finisce per essere un connotato essenziale del carattere democratico di un ordinamento. Occorre evitare, tuttavia, il rischio della “dittatura della maggioranza”, che, seppur nel rispetto formale dei principi, finisce per snaturare l’essenza della democrazia: come specificano gli autori, si deve raggiungere un punto di equilibrio tra democrazia e principio maggioritario, da una parte, e diritti delle minoranze, dall’altra. E tale equilibrio è raggiungibile solo attraverso forme di cooperazione effettiva, e non solo simbolica, tra la maggioranza e le minoranze, forme idonee a consentire a queste ultime una concreta capacità di influenzare le decisioni degli organi rappresentativi.

In quest’ottica vengono presentati i modelli di rappresentanza delle minoranze, che variano dall’estremo della rappresentanza preferenziale, assicurata o garantita, a quello opposto del mero divieto di discriminazione, passando per soluzioni intermedie. Richiamando la decisione della Corte costituzionale italiana n. 261/1995, si distinguono gli strumenti di rappresentanza delle minoranze in «*strumenti di rappresentanza (politicamente) assicurata*» e «*strumenti di rappresentanza (giuridicamente) garantita*». Tra i primi, vengono descritti gli strumenti elettorali: i sistemi proporzionali sono considerati il sistema migliore per garantire il diritto di rappresentanza delle minoranze, qualora non siano

previste clausole di sbarramento o, se previste, sia ammessa la possibilità di una loro deroga a beneficio dei gruppi minoritari; nei sistemi maggioritari, si fa riferimento ai criteri per la determinazione dei distretti elettorali, richiamando, a questo proposito, la complessa vicenda del *gerrymandering* negli Stati Uniti. A giudizio degli autori, sono più incisivi gli strumenti di rappresentanza giuridicamente garantita. A livello nazionale, quest'ultima si realizza attraverso la riserva di seggi ai membri delle minoranze indipendentemente dai risultati elettorali. La riserva di seggi (o posti) può inoltre essere prevista negli organi esecutivi (governi e apparati amministrativi), oltre che negli organismi giudiziari.

Infine, si descrive lo strumento della predisposizione di organismi consultivi, che svolgono un ruolo di intermediazione tra i gruppi minoritari e gli organi decisionali: tali organismi, che si sono diffusi negli ultimi anni in particolare nei paesi dell'Europa centro-orientale, sono considerati, dagli autori, particolarmente adeguati a individuare un bilanciamento tra principio democratico e diritti delle minoranze.

Resta il fatto che l'efficacia di tali strumenti è subordinata, in ogni caso, alla possibilità, per ciascun ordinamento, di selezionare i gruppi rispetto ai quali applicare le misure, escludendo, di conseguenza, altri dal loro ambito di operatività. Si fa riferimento, in particolare, alle discriminazioni poste in essere in alcuni Paesi attraverso le modalità di attribuzione della cittadinanza, presupposto per il riconoscimento dei diritti di rappresentanza politica.

Come anticipato, il tema del trattamento dei gruppi minoritari è inoltre affrontato nella prospettiva dei soggetti chiamati a stabilire le norme idonee a garantirne la protezione. Sotto quest'ultimo profilo, dall'esame in senso diacronico degli ordinamenti presi in considerazione emerge, in primo luogo, una evidente tendenza alla progressiva internazionalizzazione del diritto delle minoranze. Se, come scriveva A. Pizzorusso, nel 1967, le minoranze erano una questione di "diritto pubblico interno", oggi il riferimento agli standard internazionali e sovranazionali di tutela è imprescindibile. Ciò è evidente, in particolare, in Europa, dove si registra una tendenza all'armonizzazione dei sistemi e, al contempo, alla moltiplicazione dei soggetti chiamati a porre le regole.

La progressiva internazionalizzazione degli strumenti per il trattamento delle minoranze emerge nella ricostruzione storica

delle “cinque stagioni” della tutela minoritaria, proposta nel capitolo 4.

Nell’era di Westfalia, contestualmente alla nascita dello Stato moderno e dei nazionalismi, si delineano due approcci. Uno è quello della Francia e dell’Inghilterra, nazioni *demos*, il cui atteggiamento nei confronti delle minoranze è neutro. L’altro è quello delle nazioni etniche della Germania, dell’Italia e di diverse aree dell’Europa centrale: in questi Paesi, la nazione aspira a farsi Stato, unificando aree territoriali in realtà non omogenee. A questi si aggiunge l’approccio degli imperi multinazionali, sorti e prosperati in un’epoca nella quale il concetto di nazione era del tutto irrilevante: l’emergere del nazionalismo li mette fortemente in crisi.

Tra il Congresso di Vienna e la fine della prima guerra mondiale, si fa strada l’idea della corrispondenza tra Stato e nazione e le minoranze sono considerate come eccezioni rispetto all’idealtipo dello Stato-nazione: si alimenta così un alto potenziale di conflitti di natura etnica. In questo contesto, comincia a nascere un diritto internazionale delle minoranze, attraverso l’adozione di trattati.

Nel periodo che intercorre tra le due guerre mondiali, la caduta degli imperi multietnici determina il proliferare di Stati nazionali. Si pensava che la causa della guerra fosse stata proprio l’aspirazione delle nazioni a costituirsi in Stati indipendenti: per questo, il trattato di pace del 1919 si fondava sulla “dottrina Wilson” secondo la quale ad ogni Stato dovrebbe corrispondere una nazione: in realtà, si trattava di una teoria fondata su una *fic-tio iuris* che era molto lontana dalla realtà. Anche in questa fase continuano a diffondersi i trattati come strumenti di disciplina delle minoranze.

Alla fine della seconda guerra mondiale, in risposta agli orrori che i nazionalismi avevano creato in tutta Europa, si apre una nuova era, che vede la centralità dell’individuo e non dei gruppi: risponde a questo orientamento la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Con particolare riferimento alle minoranze, si approvano nuovi trattati, come l’Accordo De Gasperi-Gruber del 1946 per la tutela della minoranza di lingua tedesca della provincia di Bolzano, il trattato sul territorio libero di Trieste del 1954, sulla protezione della minoranza slava in Italia e italiana in Jugoslavia, ecc.

Dopo il 1989, la fine della guerra fredda e la caduta dell'Unione Sovietica determinano il risveglio, violento, delle identità nazionali, fino ad allora sopite dalla generale negazione dei diritti di libertà. L'ordinamento internazionale reagisce attraverso l'adozione di nuovi strumenti specifici: risalgono a questo periodo l'istituzione del gruppo permanente sulle minoranze all'interno della sottocommissione ONU per i diritti umani, l'istituzione dell'Alto Commissario per le minoranze nazionali, l'adozione della Carta europea delle lingue minoritarie e regionali e della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali.

In questo periodo si sviluppa, inoltre, il fenomeno della condizionalità internazionale, anche con riferimento ai diritti delle minoranze. Come noto, infatti, l'adesione dei Paesi dell'Europa centro-orientale all'Unione è stata ammessa purché siano soddisfatte alcune condizioni, tra le quali il rispetto dei diritti umani e delle minoranze. I paesi candidati, o che abbiano stipulato accordi di associazione e stabilizzazione con l'Unione europea, sono dunque tenuti ad adeguare la loro legislazione interna agli standard europei in tema di diritti delle minoranze, nella prospettiva dell'adesione. Quest'ultima è forse la frontiera più avanzata del diritto delle minoranze nazionali, consentendo, al contempo, l'«internazionalizzazione del diritto costituzionale e la costituzionalizzazione del diritto internazionale». Inoltre, secondo gli autori, la condizionalità e più in generale l'internazionalizzazione del diritto delle minoranze, coinvolgendo un numero sempre maggiore di attori nell'elaborazione degli strumenti per il trattamento delle diversità può avere effetti positivi, in quanto «aiuta a sottrarre la disponibilità esclusiva della tutela delle minoranze alle maggioranze occasionali (nazionali e politiche)». In tale nuova prospettiva, F. Palermo e J. Woelk sottolineano come la tutela delle minoranze possa essere considerata «un fattore paradigmatico dell'attuale processo di costruzione di uno spazio costituzionale europeo». Si tratta di uno spazio costituzionale nel quale operano tre sfere giuridiche a cerchi concentrici: l'Europa dell'Unione e della Comunità europea, il Consiglio d'Europa e l'OSCE. Al loro interno, e nella loro interazione, si realizza, sia attraverso l'elaborazione e il rispetto degli atti normativi, sia attraverso lo strumento della condizionalità, la protezione dei diritti delle minoranze. Ed è proprio nella pluralità dei soggetti che elaborano gli standard di protezione e ne verificano il rispetto

che prende forma il nuovo diritto europeo delle diversità. Tuttavia, resta ancora da verificare quanto questo meccanismo sarà veramente efficace.

In conclusione, la costante ricerca dell'equilibrio tra principio maggioritario e garanzia del diritto alla differenza, da un lato, e la progressiva internazionalizzazione degli strumenti idonei ad assicurare tale equilibrio, dall'altro, sono i due caratteri essenziali alla luce dei quali, in questo testo, il tema dei diritti delle minoranze è affrontato. I due aspetti sono fortemente interdipendenti. Infatti, il fondamento giuridico della convivenza, come affermano F. Palermo e J. Woelk, sta nella costante ricerca dell'equilibrio tra uguaglianza e differenza, tra democrazia e Stato di diritto: il suo raggiungimento può essere assicurato solo prevedendo strumenti sempre modificabili e adeguati ai contesti nei quali operare, escludendo misure rigide, che, come nel mito di Procuste, rischiano di provocare conseguenze aberranti. La complessità degli strumenti volti a regolare i rapporti tra i gruppi all'interno dei sistemi sociali non può, d'altra parte, essere assicurata se non in un sistema policentrico di produzione delle norme: come affermano gli autori, infatti, il «primo pilastro del moderno diritto delle diversità è rappresentato dalla sua regolamentazione multilivello». In questo senso, la «mera tutela delle minoranze», strumento idoneo a garantire protezione a gruppi identificati sulla base di fattori di differenziazione prestabiliti, costituisce un requisito imprescindibile ma non sufficiente per garantire la convivenza tra i gruppi nelle società contemporanee: occorre invece spostarsi verso il «governo delle differenze», che, fondato sul principio di sussidiarietà, può essere posto in essere solo grazie alla cooperazione tra diversi soggetti istituzionali ed è sempre aperto alla possibilità di adeguamento ad una molteplicità di situazioni concrete e alla negoziazione tra i soggetti coinvolti. Tra di essi, assumono un ruolo fondamentale non solo i diversi livelli di governo nazionale e gli attori sovranazionali, ma anche i rappresentanti degli stessi gruppi minoritari.

Tuttavia, stabilire gli standard per la protezione dei diritti dei gruppi minoritari, adeguandoli di volta in volta alla realtà concreta nella quale sono destinati a trovare applicazione, è un'operazione delicata, che rischia di produrre conseguenze negative. In particolare, l'estrema flessibilità delle misure da adottare, qualora non sia fondata su una profonda conoscenza dei caratteri dell'ordinamento al quale esse sono rivolte, rischia di con-

durre all'approvazione di strumenti solo formalmente, ma non sostanzialmente adeguati a risolvere il problema del bilanciamento tra i gruppi portatori di interessi configgenti. In Europa, ad esempio, l'exasperazione della dicotomia che contrappone le nazioni *demos* dei Paesi dell'area occidentale alle nazioni *ethnos* dell'area centro-orientale, rischia di condurre all'introduzione di doppi standard di protezione dei gruppi minoritari: alla richiesta di una tutela minima ai Paesi della "vecchia" Europa, così, finisce per fare da contrappunto l'imposizione di forme di protezione eccessivamente dettagliate nella "nuova" Europa. In tale contesto, l'asimmetria degli standard può condurre al loro rifiuto o ad un recepimento solo formale seguito poi da una disapplicazione di fatto nella concreta realtà sociale o nella interpretazione dei testi legislativi forniti dagli organi di giustizia ordinaria o costituzionale. Ad ogni modo, il diretto coinvolgimento e il rafforzamento del ruolo degli stessi gruppi minoritari nell'elaborazione degli standard di protezione dei loro diritti, può rivelarsi un metodo essenziale per scongiurare i rischi connessi all'imposizione unilaterale di modelli. In effetti, solo il confronto dialettico tra soggetti istituzionali e gruppi minoritari, posti nella condizione di incidere concretamente sulla elaborazione degli standard per il trattamento delle differenze, può essere in grado di assicurare l'effettività di un moderno sistema di governo delle differenze.

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

CHIONNA,
LA PUBBLICITÀ DEI PATTI PARASOCIALI,
GIUFFRÈ, MILANO, 2008

Gabriella Gimigliano

V. V. CHIONNA
La pubblicità dei patti parasociali
Giuffrè, Milano, 2008

Gabriella Gimigliano
Assegnista di Ricerca
nell'Università di Siena

La *pubblicità* come il principale criterio selettivo della fattispecie-patto parasociale è l'idea che l'Autore manifesta in termini di "sensazione" nelle pagine iniziali e che, successivamente, prende corpo.

Un'attenta indagine del tessuto normativo individua nella disciplina della durata dei patti (art. 122, d.lgs. n. 58/1998; art. 2341-bis c.c.) un implicito giudizio di validità del patto parasociale, evidenziando che la diversità delle scelte normative operate nel contesto delle società per azioni "chiuse" ed "aperte" si giustifica nella diversa funzione giuridica che la *pubblicità* svolge nell'uno e nell'altro contesto. Nelle società chiuse, l'informazione societaria compone il tradizionale conflitto tra "regole sociali" e "regole parasociali", a presidio degli interessi dei soci estranei al patto, affinché la proprietà e la gestione non possano essere stabilmente predeterminate, senza il beneficio dell'*exit*, da una volontà che privilegia l'interesse egoistico dei soci pattisti. Nelle società "aperte", al contrario, «l'ago della bilancia pare forse spostarsi verso la prevalenza dei principi del mercato finanziario (...)» e la *pubblicità* risponde ad una "regola di mercato": le norme del Testo Unico della Finanza sull'informazione societaria, allo stesso modo della previgente normativa sulla *pubblicità* delle partecipazioni rilevanti e delle partecipazioni reciproche nelle società quotate (artt. 5, 5-bis, 5-ter e 5-quater l. n. 216/1974), individuano nella segretezza dell'assetto organizzativo e patrimoniale dell'emittente un limite alla corretta formazione della volontà di investimento e di disinvestimento, prescrivendo la trasparenza di ogni patto attinente al governo della società e di ogni altro fatto idoneo ad intervenire sul processo di formazione del prezzo dell'azione.

Il primo nodo che l'indagine si propone di sciogliere concerne la rilevanza che la *pubblicità* riveste nell'intera vicenda negoziale del patto parasociale. Secondo l'art. 122 Tuf alle società quotate sono prescritti, limitatamente ai patti espressamente richiamati, i seguenti obblighi *pubblicità* dei patti: a) la comunicazione alla Consob; b) il deposito in copia presso il registro delle imprese e c) la pubblicazione per estratto sulla stampa quotidiana, sanzionandone l'inosservanza con la nullità del patto e, nel comma successivo, con la sospensione del diritto di voto in assemblea.

Passando al vaglio le diverse ricostruzioni della fattispecie summenzionata che, con esiti non coincidenti, stabiliscono un preciso nesso di complementarità tra il primo ed il terzo comma dell'art. 122 Tuf, i rilievi critici dell'Autore travolgono la tesi che individua nell'inadempimento degli obblighi pubblicitari un fatto assolutamente irrilevante rispetto alla valutazione di validità del patto parasociale ma altresì le interpretazioni di segno opposto che collegano all'inottemperanza degli obblighi pubblicitari l'invalidità (nullità assoluta o nullità relativa), l'inefficacia ovvero l'inopponibilità del patto parasociale.

Al contrario, secondo l'Autore, altro è la nullità del patto altro è la sospensione del voto: sono due «autonome sanzioni pecuniarie» che condividono il presupposto, ma operano in autonomia e non sono necessariamente contestuali. «Ben potrebbe accadere», scrive l'Autore, «che trovi applicazione solo la seconda come nel caso in cui il pattista dovesse votare in assemblea – senza aver pubblicato il patto – prima della scadenza dei termini fissati al primo comma dell'art 122 t.u.i.f.». L'obbligo di astensione dal diritto di voto, infatti, decorre dalla stipulazione del patto non ancora pubblicato che, nel contempo, non può essere considerato «irrimediabilmente nullo» agli effetti del terzo comma dell'art. 122 quando il termine di quindici giorni dalla pubblicità è ancora pendente.

La distinzione tra nullità e sospensione del diritto di voto risponde all'idea della “doppia anima” del patto parasociale, l'una opera sul piano negoziale e l'altra su quello organizzativo. Mentre, però, è il sistema del diritto dei contratti ad impedire, rispetto alla nullità, ogni rilevanza giuridica della pubblicazione tardiva del patto parasociale, è al contrario la centralità del principio generale della trasparenza del mercato finanziario a suggerire di valorizzare la possibilità di rimuovere le cause del divieto rispetto all'esercizio del diritto di voto. Si viene così a delineare un sistema di incentivi che, facendo leva sulla sanabilità tardiva, può rendere meno stabile l'unitarietà del disegno dei pattisti.

La norma all'art. 122 Tuf non sembra affatto esaustiva della disciplina della pubblicità dei patti parasociali, pertanto il secondo nodo da sciogliere è rappresentato dai possibili profili di sovrapposizione con l'art. 2341-ter c.c., che disciplina gli obblighi di *pubblicità* dei patti parasociali nelle “società che fanno appello al mercato del capitale di rischio”. Sopravvive

l'ipotesi che la pubblicità dei patti parasociali collegati a società quotate ma estranei, in ragione del loro oggetto, all'art. 122 Tuf siano sottoposti alla diversa disciplina delle società chiuse.

Consideriamo l'art. 2341-*ter*: la disposizione prescrive che i patti parasociali siano comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea – dichiarazione trascritta nel verbale da depositare presso l'ufficio del registro delle imprese -; in mancanza, il diritto di voto dei possessori delle azioni alle quali il patto si riferisce sarà sospeso e le deliberazioni assembleari assunte con il voto determinate del socio-pattista saranno annullabili. Delle due l'una: o la locuzione «patti parasociali» all'art. 2341-*ter* c.c. è omnicomprendensiva di ogni forma di patto parasociale ovvero implicitamente richiama soltanto i patti di cui all'art. 2341-*bis* c.c., comma 1.

La valutazione dei profili di ordine sostanziale e processuale del diritto societario, come modificati dalla riforma del 2003, è fortemente influenzata dalla ricostruzione dell'art.2341 *bis* c.c., fattispecie che, informata ad un criterio selettivo di natura funzionale (oggetto e finalità), si applica soltanto – sostiene l'Autore - a presidio di «istanze di tutela che nascono, su quel piano, in capo ai soci estranei al patto i quali, privi della possibilità di recedere (o di liquidare l'investimento attraverso il mercato regolamentato) non potranno restare a lungo vincolati ad un funzionamento, per così dire, “parasociale”». Così accade che una volta privilegiata la lettura estensiva della locuzione, le sfere di applicazione soggettiva ed oggettiva degli articoli 2341 *ter* c.c. e 122 Tuf presentino profili di sovrapposizione e profili di autonomia, delineando un assetto giuridico profondamente stratificato. Il sistema pubblicitario si presenta così articolato su tre livelli; *a*) la pubblicità del patto parasociale non necessaria; *b*) la pubblicità necessaria alla tutela dell'interesse del socio estraneo al patto ma non anche dei soggetti terzi rispetto alla società (il mercato); *c*) la pubblicità necessaria per l'interesse sia del socio estraneo al patto che del terzo, estraneo alla società. Questi tre piani di garanzia sembrano trovare il proprio fondamento nei principi della c.d. informazione societaria che, scrive l'Autore, sono «in grado di dare una logica sistematica compiuta all'intero impianto pubblicitario dei patti parasociali».

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 1 - 2009

STELLA,
L'ENFORCEMENT NEI MERCATI FINANZIARI,
GIUFFRÈ, MILANO, 2008

Chiara Nappini

P. STELLA
L'enforcement nei mercati finanziari
Giuffrè, Milano, 2008

Chiara Nappini
*Dottoranda di Ricerca in Diritto della Banca
e del Mercato Finanziario
nell'Università di Siena*

Se si dovesse definire con un solo aggettivo il libro di Paolo Stella, il termine più appropriato probabilmente sarebbe “ricognitivo”.

Il lettore de “*L’enforcement* nei mercati finanziari”, non si trova di fronte al tentativo di un autore di “spiegare” la crisi che sta attraversando attualmente il sistema finanziario, che cosa e perché non ha funzionato nei mercati finanziari, né tantomeno si trova di fronte ad una analisi sui rimedi possibili agli effetti scaturenti dalla crisi. Forse un lettore interessato soprattutto a ricercare in un volume ricette diagnostiche e curative probabilmente potrebbe rimanere deluso.

Paolo Stella, invece, si rivolge a coloro che hanno bisogno di un quadro generale sul livello di applicazione delle leggi da parte degli ordinamenti giuridici, ossia il livello di *enforcement* presente nei mercati finanziari, parola questa che sintetizza ciò che altrimenti potrebbe definirsi come “certezza del diritto”. L’autore muove le proprie considerazioni sulla base dell’idea che tanto più un sistema può considerarsi efficiente quanto più è in grado di garantire sicurezza ed incisività nell’applicazione delle proprie leggi. È per questo motivo che la sua analisi tralascia, volutamente, l’autoregolamentazione: questa è considerata una arma spuntata quando non è riconosciuto legislativamente e “culturalmente” un impianto sanzionatorio capace di costituire un reale deterrente a comportamenti per nulla virtuosi e pregiudizievoli per coloro che si rivolgono ai mercati finanziari.

È proprio la necessità di riflettere sulle ragioni della crisi dei mercati finanziari da parte degli operatori del sistema, giuristi ed economisti compresi, ad avere spinto l’autore del libro a porre in essere un lavoro di ricognizione degli strumenti legislativi di cui dispongono gli attori pubblici e privati che operano all’interno dei mercati finanziari; il libro vuole essere uno strumento prodromico alla comprensione delle cause e dei possibili rimedi da realizzare per intervenire e “curare” gli effetti della crisi. Esso dà ai lettori gli strumenti per poter, poi, autonomamente riflettere su ciò che è presente a livello normativo e ciò che le recenti e frene-

tiche riforme poste in essere nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, è in grado o meno di affrontare e gestire una crisi importante e complessa come quella che stiamo vivendo.

Per fare questo, Paolo Stella utilizza una precisa metodologia.

In primo luogo il lavoro si svolge a trecentosessanta gradi, ponendo in essere costantemente un parallelo tra il nostro ordinamento e i principali sistemi di *civil law* e *common law*, in particolare Francia, Inghilterra e, naturalmente, Stati Uniti. La scelta dei paesi non è casuale. Questi Stati, insieme al nostro, hanno dimostrato una attenzione particolare all'esigenza di assicurare effettività alla tutela dei risparmiatori, degli investitori e delle minoranze procedendo al rafforzamento dei poteri di cui dispongono le Autorità di vigilanza - rispettivamente CONSOB, AMF, FSA e SEC - a seguito del verificarsi di scandali finanziari che hanno fortemente minato la fiducia nei confronti dei diversi protagonisti dei mercati finanziari.

In secondo luogo, Stella sceglie di descrivere in maniera puntuale l'attività di *enforcement* di cui si avvalgono i quattro ordinamenti giuridici, distinguendo il ruolo giocato dall'attore pubblico e dall'attore privato.

In questa ottica, il capitolo secondo si concentra interamente, attraverso una analisi accurata e minuziosa, sul *public enforcement* presente nel nostro ordinamento, indagando sia sui elementi relativi ai mercati finanziari sia su quelli attinenti alla sfera del diritto societario, entrambi profondamente legati, prima nelle varie forme di autotutela poi nell'attività esercitata dalla Consob. L'autore descrive puntualmente i poteri di cui può disporre l'Autorità di vigilanza – ispettivi, investigativi, ingiuntivi, decisorii, sanzionatori – ponendo in luce il rafforzamento di questi poteri avviato con l'introduzione della legge sulla tutela del risparmio.

Il terzo capitolo è interamente dedicato all'analisi comparativa delle funzioni che l'attore pubblico ha assunto negli Stati Uniti, in Inghilterra e in Francia attraverso le rispettive Autorità di vigilanza. L'autore non solo compie una descrizione analitica dei

poteri di cui dispongono attualmente queste *Authorities*; compie l'ulteriore passo di individuare di volta in volta gli scopi delle riforme attuate, le indagini che le hanno precedute, le cause e le diverse motivazioni che le hanno dettate, per ciascuno dei paesi presi a riferimento. Il richiamo costante alle rispettive esperienze che hanno indotto i legislatori a porre sistematici interventi legislativi sembra portare alla conclusione, per l'autore, che il *public enforcement* è tanto più forte ed è tanto più in grado di raggiungere lo scopo a cui è preordinato quanto più la garanzia dell'efficienza dei mercati finanziari passa per il rafforzamento dei poteri delle pubbliche autorità di vigilanza, anche in quei paesi, come per esempio gli Stati Uniti, in cui è maggiormente radicata l'idea che l'azione dei privati possa avere un ruolo decisivo nella regolazione dei mercati e degli attori economici.

Il quarto capitolo lascia ampio spazio al ruolo svolto dall'attore privato negli ordinamenti stranieri esaminati, in particolare dalla tutela offerta da uno degli istituti più discussi del momento, ossia le *class actions*. Questa parte è prevalentemente dedicata ad una indagine ricostruttiva sul loro funzionamento negli Stati Uniti, paese dove più che mai predomina l'assunto che la tutela degli interessi collettivi deve essere affidata quanto meno anche all'azione privata. Qui l'istituto in esame, oltre a svolgere una funzione risarcitoria nei confronti di una classe di soggetti che hanno subito un pregiudizio al loro investimento a causa di un comportamento illecito di una società, è anche quella di colmare le lacune esistenti nell'operato della SEC; le azioni di classe suppliscono, cioè, alle carenze delle autorità indipendenti che, per ragioni di organico, di budget o di natura politica non sono in grado di perseguire tutte le violazioni di legge, assicurando ai danneggiati l'effettività dei loro diritti.

Stella ha cura di descrivere dettagliatamente il funzionamento delle *class actions* e non solo. Con accento critico analizza l'importante, forse troppo enfatizzato, ruolo svolto, per esempio, dagli avvocati, ma anche dalle Corti, dai consulenti nonché approfondisce gli aspetti legati ai modi ed ai tempi processuali ed

alle difficoltà nella determinazione del danno risarcibile, elemento, questo, su cui militano le maggiori perplessità.

Una descrizione analitica quale essere quella presente nel libro persegue sicuramente l'intento di mettere il lettore nelle condizioni di sviluppare una sensibilità critica nei confronti dell'istituto delle *class actions* nei mercati finanziari; soprattutto crea una opportunità per riflettere sull'adeguato equilibrio e coordinamento nell'attività di *enforcement* pubblica e privata nei mercati di cui dovrebbe dotarsi un sistema giuridico.

Anche in Inghilterra e in Francia l'istituto è presente; Stella si concentra, in maniera precisa e dettagliata, sulle similitudini e sulle differenze nell'utilizzo delle *class actions* tra questi paesi – soprattutto l'Inghilterra - e gli Stati Uniti, descrivendo al contempo il processo di riforma in atto in Francia con cui il legislatore sta cercando di rafforzare l'azione di *enforcement* privata.

L'ultima parte del libro è dedicata al rapporto di coordinamento tra la Consob e le altre Autorità indipendenti, nazionali ed internazionali, ma soprattutto si concentra sul potere sanzionatorio della prima. Stella si interroga sulla capacità del sistema normativo di costituire, nel nostro paese, un serio fattore inibitorio degli illeciti amministrativi e penali in materia di diritto societario e dei mercati finanziari, alla luce dei più recenti rafforzamenti introdotti dalle riforme succedute negli ultimi anni. Il risultato a cui giunge sembra nettamente orientato a considerare, da questo punto di vista, un sistema di *public enforcement* debole, non in grado di costituire alcun effetto di deterrenza contro comportamenti dolosi. È per questo che risulta estremamente utile l'analisi del percorso verso cui è preordinata l'introduzione nel nostro paese di una *class actions* nei mercati finanziari, evidenziando in chiave critica, le difficoltà che una normativa sulle azioni di gruppo può incontrare nel nostro paese.

Qui il lettore – ormai consapevole grazie agli strumenti conferiti dalla descrizione proposta dal libro – è posto di fronte alla domanda se considerare positivamente o meno uno spostamento dell'attività di *public enforcement* esercitata dall'Autorità di vigi-

lanza verso un maggiore utilizzo di strumenti di tipo privatistico, per dare una maggiore certezza nell'applicazione di leggi. Su questo punto l'autore ha una sua chiara posizione orientata nel senso di considerare, alla luce del nostro attuale diritto dei mercati finanziari, l'introduzione della *class actions* assai dubbia.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 1 - 2009

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805