

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 7 - dicembre 2012

IANUS Diritto e finanza

N. 7
dicembre 2012

IANUS

Diritto e Finanza

N. 7 - 2012

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 7 - dicembre 2012

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

Prefazione, di ANGELO BARBA	5
Regolamentazione insufficiente o insoddisfacente? Un'indagine delle possibili cause “normative” alla radice della crisi in Europa e Stati Uniti, di RICCARDO DE CARIA	9
Il meccanismo di allerta precoce e il controllo politico dei parlamenti nazionali: un approccio critico alla questione democratica e ai vincoli imposti dal processo di integrazione, di GIOVANNI ESPOSITO, TOMASO FERRANDO	37
Il capo di Stato nelle repubbliche parlamentari in tempo di crisi: una fisiologica espressione dualista del sistema, di MARIO PERINI	89
Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione, di DAVIDE DE GRAZIA	129
Crisi e diritto del lavoro: la via della sostenibilità, di VALENTINA CAGNIN	177
I giovani nel mercato del lavoro: analisi delle misure adottate per superare la crisi, di ENRICA CARMINATI, SERENA FACELLO	195
Il diritto del lavoro ai tempi della crisi. L' <i>horror vacui</i> negli ultimi accordi fiat: la “lotta” all’assenteismo patologico, di STELLA LAFORGIA	217
Le ragioni del licenziamento per motivi economici in tempo di crisi. Il “regolare funzionamento” dell’organizzazione del lavoro: ipotesi di ricerca, di ALBERTO VALENTI	239

ALTRI SAGGI

Anatomia e anomalia di un governo tecnico, di TOMMASO EDOARDO FROSINI	267
Recesso convenzionale e convertibilità automatica delle azioni con determinazione convenzionale del valore dei titoli. Note a margine del parere del Consiglio di Stato sulle regole statutarie della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. e del successivo intervento del legislatore, di GIUSTINO DI CECCO	279
Note critiche sulla giurisprudenza in tema di doppio trasferimento immobiliare, di ANDREA VITUCCI	321

NOVITÀ NORMATIVE

L'Associazione delle nazioni asiatiche sud-orientali adotta la prima Dichiarazione dei diritti umani: l'alba di un nuovo sistema regionale di tutela dei diritti, di ANNA MARIA LECIS COCCO-ORTU	357
---	-----

MATERIALI

Gruppo di lavoro "Undirittogentile": Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa, di PAOLO ZATTI	369
<i>Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 16 ottobre 2012</i>	

PREFAZIONE

Tradizionalmente il fascicolo di Ianus del secondo semestre raccoglie di atti del workshop per giovani ricercatori che si è tenuto presso l'Università di Siena nella primavera precedente. Tuttavia, questo fascicolo registra un cambiamento: oltre agli atti del workshop, il fascicolo vede la pubblicazione di tre ulteriori saggi. Registriamo questo cambiamento come il benvenuto segno di una crescita lenta ma assidua della Rivista, della quale è bene riconoscere il merito in particolare a coloro che, curandone i fascicoli, hanno profuso il loro impegno nella conservazione e nel miglioramento di uno strumento che è importante per rilanciare il confronto studiosi del diritto giovani e meno giovani e recuperare l'idea dell'*universitas* come comunità. In questa prospettiva si inquadra anche un'importante modifica nella struttura organizzativa della Rivista. Il Direttore sarà coadiuvato fin dalla pubblicazione del prossimo fascicolo da un Comitato di direzione, composto da docenti di discipline giuridiche, interni o esterni alla nostra Università che, ciascuno per il proprio ambito di ricerca e di competenza, avranno la responsabilità di seguire il processo di referaggio anonimo ad opera di un esperto del ramo esterno all'Università di Siena. Un Comitato scientifico composto da membri di elevatissimo prestigio accademico svolgerà invece la funzione di organo di garanzia.

Chiudo queste poche righe introduttive, ringraziando tutti i partecipanti al workshop su "Il diritto al tempo delle crisi" per l'entusiasmo e la serietà profusi. Tutti coloro che hanno accettato di pubblicare su Ianus si sono sottoposti non soltanto al confronto con il *discussant* in sede di seminario, ma anche alla valutazione del loro lavoro finale da parte di un *referee* anonimo, valutazione quest'ultima che riguarda comunque tutti i saggi che vengono pubblicati sulla rivista.

Angelo Barba

SAGGI

REGOLAMENTAZIONE INSUFFICIENTE O INSODDISFACENTE? UN'INDAGINE DELLE POSSIBILI CAUSE “NORMATIVE” ALLA RADICE DELLA CRISI IN EUROPA E STATI UNITI*

Riccardo de Caria

Assegnista di ricerca nell'Università di Torino

Assumendo un punto di vista diverso da quello della gran parte della letteratura esistente sulla crisi, l'articolo analizza i principali fallimenti della regolamentazione dei mercati finanziari negli anni che hanno preceduto la crisi, individuando in tali fallimenti una possibile spiegazione della crisi stessa. In particolare, vengono passate in rassegna (con riferimento specifico a Usa ed Unione Europea) le regole derivanti dagli Accordi di Basilea; le politiche attuate negli Usa nel campo del mercato immobiliare; le norme sull'attività delle agenzie di rating; la disciplina dell'assicurazione sui depositi; una serie di mancanze nell'ingegneria istituzionale e costituzionale dei sistemi considerati; l'elevato livello di interposizione pubblica nell'economia; l'esistenza di istituzioni finanziarie “troppo grandi per fallire”. In conclusione, si tirano le fila dell'analisi svolta, ponendo l'attenzione su quale debba essere il ruolo del diritto nell'assicurare un ordinato e benefico andamento dei mercati.

Taking a different stand than the majority of the existing literature on the crisis, the article focuses on the main failures in the regulation of financial markets in the years leading-up to the crisis, considering such regulatory failures as a plausible

* Vorrei ringraziare il dottor Marco Bollettino per i preziosi chiarimenti e spunti e per l'aiuto nel reperimento di alcune fonti, nonché i partecipanti alla terza edizione del *Workshop per giovani ricercatori*, organizzato il 18 maggio 2012 dal Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università di Siena (dove è stata presentata una versione precedente e più ampia di questo lavoro), e in particolare la dottoressa Gabriella Gimigliano, per gli utilissimi suggerimenti e osservazioni. Le ricerche per il presente articolo e la partecipazione a detto *Workshop* sono state effettuate nell'ambito del progetto di ricerca di Ateneo “*The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?*”, realizzato in attuazione della convenzione tra Università di Torino e Compagnia di San Paolo.

explanation of the crisis itself. In particular, the article reviews (with a focus on the US and the EU) the rules deriving from the Basel Accords; the policies enacted in the US in the housing sector; the rules on the activity of credit rating agencies; the rules on deposit insurance; a series of shortcomings in the institutional and constitutional engineering of the legal systems considered; the high level of government interference with the economy; the existence of financial institutions “too big to fail”. The conclusion summarizes the findings of the analysis, reflecting on what should arguably be the role of the law in guaranteeing an orderly and beneficial functioning of the markets.

Sommario

1. Troppo poco diritto?
2. Le principali “cause normative” della crisi
 - 2.1. Accordi di Basilea, politiche immobiliari e agenzie di *rating*
 - 2.2. L'assicurazione sui depositi
 - 2.3. Il problema dell'ingegneria istituzionale e costituzionale
 - 2.4. Eccessi di regolamentazione, tassazione, deficit, debito (cenni)
 - 2.5. Il problema delle istituzioni troppo grandi per fallire (“*too big to fail*”), ovvero «capitalism without bankruptcy is like religion without hell»
3. Provvisorio bilancio del diritto prima della crisi: il trionfo della *taxis* sul *cosmos*, della *thesis* sul *nomos*

1. Troppo poco diritto?

Il presente lavoro è parte di una più ampia riflessione sul rapporto tra diritto e crisi, e in particolare sui principali esempi di diritto mal concepito che possono essere ritenuti responsabili, o quanto meno corresponsabili, della grave crisi economico-finanziaria mondiale.

I casi di interferenza di origine normativa con un ordinato svolgimento dei mercati sono molteplici. Il più importante di essi sono le politiche monetarie delle banche centrali, la cui analisi richiede però una trattazione autonoma¹. In questa sede, salvo alcuni accenni al par. 2.3., si tralascerà dunque questo aspetto e ci si concentrerà su altri esempi di cattiva regolamentazione che è dato riscontrare.

Contrariamente a quanto è stato fatto nella gran parte delle indagini sull'argomento, però, qui non si porrà tanto l'accento sulla cattiva regolamentazione intesa come regolamentazione incompleta o mancante, bensì all'opposto si indagheranno casi in cui la regolamentazione esisteva, ed è proprio la sua esistenza ad aver a nostro avviso determinato squilibri e incentivi perversi che, in unione a politiche monetarie estremamente criticabili, si ritiene abbiano creato le condizioni per i gravi rivolgimenti economici in atto.

In altri termini, si guarderà al diritto da ritenersi “cattivo” e insoddisfacente perché eccessivo, superfluo se non addirittura dannoso, e che pertanto andrebbe ampiamente eliminato, non già affiancato da ulteriore, *nuovo* diritto; un *nuovo* diritto che peraltro tende spesso a mantenere in vigore inalterato nei suoi tratti essenziali il *vecchio*, e cerca semplicemente di limitare i danni che quest'ultimo ha prodotto (non poteva che produrre, e continuerà a produrre finché non sarà abbandonato),

¹ Sia permesso di rinviare a DE CARIA, *Quando il diritto altera la realtà: la manipolazione del denaro e le sue conseguenze in Usa, Regno Unito, UE e Italia*, in corso di pubblicazione su *Dir. pubbl. comp. eur.*. Un altro aspetto fondamentale e collegato è il fatto che il sistema bancario moderno si sia evoluto nella forma della riserva frazionaria, un fenomeno di cui parimenti non è possibile occuparsi in questa sede: per alcuni accenni ai termini del problema, si rinvia anche a questo proposito al contributo appena citato.

sovrapponendosi ad esso, e così aggiungendo indebite interferenze a indebite interferenze.

Con un approccio che trae ispirazione dalla lezione di Friedrich von Hayek in *Legge, Legislazione e Libertà*, cercheremo qui di mostrare come l'enorme quantità di *legislation*, cui siamo ormai così abituati da non *vederla* neanche più², può essere in realtà identificata e analizzata nella sua influenza sull'alterazione del *cosmos*, l'ordine spontaneo³.

Il presente lavoro non si propone naturalmente di coprire tutti i casi di “troppo” diritto alla radice della crisi: ci si limiterà ad alcuni esempi particolarmente significativi; né è possibile in questa sede andare nel dettaglio delle singole misure: lo scopo è piuttosto di fornire un'istantanea con campo d'osservazione il più ampio possibile delle interferenze del diritto - *legislation* più *regulation* - con il mondo economico.

La ricerca potrà poi eventualmente proseguire in futuro, esaminando più in dettaglio ciascuna delle misure qui sommariamente descritte, nonché espandendosi a studiare quanto è accaduto sul piano normativo dallo scoppio della crisi americana e di quella europea in avanti, ed eventualmente considerando altri ordinamenti. In questo lavoro, infatti, ci si limiterà quasi esclusivamente al pre-crisi, riflettendo su ciò che si ritiene abbia concorso a determinarla o quanto meno aggravarla⁴, mentre dal punto di vista dei sistemi giuridici considerati, l'analisi qui si estenderà a Stati Uniti ed Unione Europea.

Nel paragrafo conclusivo, trarremo le fila dell'analisi svolta, adottando l'approccio prasseologico elaborato dall'economista

² Parafrasando il titolo dell'importante saggio dell'economista francese BASTIAT, *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*, 1850, pubblicato in edizione italiana in BASTIAT, *Ciò che si vede, ciò che non si vede e altri scritti*, Soveria Mannelli - Treviglio, 2005 (traduzione a cura di IANNELLO), 3.

³ Per usare la terminologia di VON HAYEK nel libro primo di *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2010 [1982] (traduzione italiana a cura di PETRONI e MONTI BRAGADIN), che riprenderemo ampiamente nel paragrafo conclusivo.

⁴ Non si può comunque fare a meno di notare sin d'ora che le prescrizioni *de iure condendo* che discendono dalle premesse e dall'analisi svolta in questa sede sono estremamente lontane dalla direzione verso cui si stanno muovendo legislatori e regolatori tanto nelle aree considerate, quanto in altre aree, quanto a livello sovranazionale.

austriaco Mises⁵, e quindi procedendo con metodo deduttivo, ovvero dando la priorità al piano dei principi. Tali principi attengono al ruolo del diritto, allo spazio del mercato, alla tutela della libertà individuale e della proprietà. Cercheremo dunque di leggere la realtà oggetto di indagine attraverso questi principi, e considereremo così la condotta dei protagonisti del sistema economico-finanziario come una risposta, piuttosto razionale e comprensibile, a incentivi perversi che venivano da *legislation* e *regulation*; infine, ne trarremo brevemente le conseguenze sulle prescrizioni *de iure condendo* che più parrebbero ragionevoli.

Anticipiamo sin d'ora che portare l'attenzione, e la critica, sull'eccesso di "diritto" alla radice della crisi non significa che il diritto debba sempre per forza arretrare, e che non vi sia spazio per un suo ruolo positivo: tutt'altro. Si ritiene però che occorra un profondo ripensamento di quale sia il ruolo corretto del diritto nell'ambito considerato, e di conseguenza di come esso vada congegnato. In estrema sintesi, anziché voler influenzare l'esito del processo economico, si ritiene che sarebbe assai più auspicabile che il diritto si limitasse a garantire che esso si svolga, come si accennava poco fa, nel rispetto di alcuni principi fondamentali, su tutti quelli di responsabilità e concorrenza.

Muoviamo ora a cercare di individuare i principali elementi di legislazione e regolamentazione che hanno condizionato l'evolversi del sistema economico-finanziario nel corso degli ultimi decenni.

2. Le principali "cause normative" della crisi

2.1. Accordi di Basilea, politiche immobiliari e agenzie di *rating*

Come detto, nella prospettiva qui accolta, le politiche monetarie seguite dalle autorità centrali dei diversi ordinamenti, e in particolare dalla Fed, sono le principali responsabili degli squilibri alla radice della crisi globale in atto (almeno della prima fase, quella americana). Ma vi sono molti altri elementi di

⁵ Sulla nozione di praxeologia, cfr. il saggio di ROTHBARD, *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, in DOLAN (a cura di), *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City, 1976, 19-39, disponibile anche su <http://mises.org/rothbard/praxeology.pdf>.

“interferenza normativa” che hanno anch'essi pesato: veniamo a passarli brevemente in rassegna, cominciando dagli accordi di Basilea e dal ruolo delle agenzie di *rating*.

Gli accordi di Basilea sono una serie di misure decise, in sede di Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria, fra banche centrali e autorità di regolazione dei mercati finanziari delle più importanti economie del mondo, volte a limitare in vario modo il rischio sistemico delle istituzioni bancarie.

Tali misure, adottate sotto forma di accordo internazionale, non hanno di per sé valore vincolante, tuttavia gli Stati aderenti si impegnano a recepirne i contenuti nel proprio apparato legislativo e regolamentare, e il loro esempio è poi stato seguito da molti altri Stati. Vi sono state tre tornate di accordi, Basilea I del 1988, Basilea II del 2004, e Basilea III del 2010. I primi due sono stati adottati tra i Paesi del G-10 (che in realtà hanno finito con l'essere un gruppo di 13 Paesi, che includeva, per quel che ci riguarda, l'Italia, il Regno Unito, gli Usa, ma anche Francia, Belgio, Germania, Lussemburgo, Spagna, Olanda e Svezia⁶); il terzo, che qui non considereremo perché successivo alla crisi e dunque estraneo al nostro oggetto specifico di attenzione, ha coinvolto invece il gruppo del G-20, nel tentativo di includere altre importanti economie che sino ad allora erano rimaste formalmente escluse.

Sintetizzando, Basilea I si pose come obiettivo primario la riduzione del rischio di credito, e lo perseguì tramite l'imposizione alle istituzioni finanziarie che operavano a livello internazionale dell'obbligo di detenere almeno un 8% di capitale rispetto agli asset, corretti in relazione al loro rischio. Tale *capital requirement* si è reso necessario perché le istituzioni finanziarie operano in leva (*leverage*), cioè investono una quantità di risorse molte volte superiore alla reale consistenza del proprio capitale. Questa prassi porta con sé un forte rischio sistemico, in caso di riduzione del valore degli *asset* in cui il capitale è stato investito.

In Basilea I si è allora deciso di porre un limite alle istituzioni finanziarie, imponendo loro di detenere almeno l'8% di capitale in relazione agli *asset* investiti. Tuttavia, si è deciso di non considerare tutti gli *asset* uguali, ma di suddividerli in cinque

⁶ In ogni caso in sede comunitaria gli Accordi di Basilea vengono poi tradotti in norme vincolanti per gli Stati Membri.

categorie, in relazione alle loro supposte diverse tipologie di rischio: i contanti e i titoli di debito delle banche centrali e dei governi dei Paesi OCSE furono ritenuti avere rischio di credito 0%, cioè era esclusa la possibilità di fallimento di queste istituzioni; altri titoli di debito pubblico furono giudicati avere un rischio di credito tra 0 e 50%; ad altri titoli, tra cui in particolare le obbligazioni bancarie dei Paesi OCSE, fu attribuito un rischio di credito del 20%; ai mutui ipotecari un rischio del 50%; e invece ai restanti titoli, e in particolare alle obbligazioni del settore privato, un rischio del 100%.

L'8% di *capital requirement* variava quindi in relazione al rischio dell'*asset* in cui la banca investiva (*risk-weighted assets*): se investiva 100 in titoli di stato dei Paesi giudicati sicuri, non doveva aumentare le proprie riserve di capitale, mentre se investiva gli stessi 100 in obbligazioni private doveva mettere da parte 8; in mezzo, i mutui ipotecari, che imponevano di mettere da parte il 50% di 8, cioè 4, e le obbligazioni bancarie, che imponevano una riserva del 20% di 8, cioè solo 1,6. Chiaramente, questo incentivava notevolmente ad investire in titoli che “normativamente” avevano un rischio di credito più basso, perché ciò consentiva di contenere le riserve obbligatorie.

L'impianto di Basilea I si rivelò presto insoddisfacente. Peraltro, gli Stati Uniti apportarono presto una modifica nell'insieme di regole con cui avevano recepito l'accordo, introducendo la c.d. *recourse rule*⁷. Come ha spiegato il Professor Jeffrey Friedman, questa regola «estese le distinzioni nella valutazione del rischio contenute nell'Accordo alle *asset-backed securities* (ABS): le obbligazioni fondate su debiti da carta di credito, o i prestiti o mutui per l'acquisto di auto richiedevano un mero 2% di cuscinetto di capitale, purché tali obbligazioni avessero un *rating* di AA o AAA o fossero emesse da un'impresa sponsorizzata dal governo [*government-sponsored enterprise*] (GSE), come Fannie o Freddie. Perciò, mentre una banca commerciale ben capitalizzata doveva devolvere 10 dollari di capitale per ogni 100 di prestiti commerciali o obbligazioni di

⁷ DEPARTMENT OF THE TREASURY, FEDERAL RESERVE SYSTEM, FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, *Risk-Based Capital Guidelines; Capital Adequacy Guidelines; Capital Maintenance: Capital Treatment of Recourse, Direct Credit Substitutes and Residual Interests in Asset Securitizations; Final Rules*, in *Federal Register* 66, N. 59614 (29 novembre 2001)

società private, o 5 dollari per ogni dieci di mutui, doveva spendere soltanto due dollari di capitale per una *mortgage-backed security* (MBS) del valore di 100. Una banca interessata a ridurre il proprio cuscinetto di capitale - un processo noto anche come “leveraging up” - avrebbe avuto un vantaggio del 60% dall'operare in mutui per *mortgage-backed securities* e dell'80% dallo scambiare i propri prestiti commerciali e titoli azionari privati con *mortgage-backed securities*»⁸.

Questo creò un evidente incentivo da parte delle banche ad investire in *collateralized debt obligations* (CDOs) o in generale ABSs emesse dalle imprese sponsorizzate dal governo (GSEs), ovvero dalle agenzie formalmente private ma a garanzia pubblica Fannie Mae e Freddie Mac⁹. Questo creò un boom nel mercato immobiliare, ed è ben noto come la scintilla della crisi negli Stati Uniti sia nata proprio da un crollo di questo mercato, in particolare dallo scoppio della bolla dei mutui subprime, cioè ad alto rischio, collegati all'acquisto di case, la quale costrinse le banche ad eliminare una grandissima quantità di attivi dai propri bilanci¹⁰. Ma vi sono ottime ragioni per ritenere che, senza l'incentivo perverso della *recourse rule*, quei bilanci non si sarebbero riempiti a tal punto di titoli di questo tipo.

Peraltro, la *recourse rule* si inserì in una decennale politica delle autorità americane di sostegno all'acquisto di una casa da parte del maggior numero possibile di persone. Già nel 1977, il *Community Reinvestment Act of 1977*¹¹ introdusse meccanismi

⁸ FRIEDMAN, *A Perfect Storm of Ignorance*, *Cato Policy Report*, January/February 2010, disponibile su http://www.cato.org/pubs/policy_report/v32n1/cpr32n1-1.html. FRIEDMAN e il suo allievo KRAUS sono tra coloro che hanno maggiormente studiato l'impatto della *recourse rule*: vedi ampiamente il loro paper *A Silver Lining to the Financial Crisis: A More Realistic View of Capitalism*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, N. 1, January 2010 (disponibile su <http://www.aei.org/outlook/society-and-culture/free-enterprise/a-silver-lining-to-the-financial-crisis/>), e il loro libro *Engineering the Financial Crisis: Systemic Risk and the Failure of Regulation*, Philadelphia, 2011.

⁹ Esse godevano di una linea di credito garantita di 2,25 miliardi di dollari presso il Dipartimento del Tesoro Usa.

¹⁰ SALIN, *Ritornare al capitalismo per evitare le crisi*, Soveria Mannelli, 2011 [2009], 24-35; vedi anche KLING, *Unchecked and Unbalanced: How the Discrepancy Between Knowledge and Power Caused the Financial Crisis and Threatens Democracy*, Lanham, 2009, specialmente 1-10.

¹¹ Titolo VIII dell'*Housing and Community Development Act of 1977* [An Act To amend certain Federal laws pertaining to community development,

volti a favorire artificialmente l'accesso alla casa da parte di gruppi svantaggiati; nel 1989 fu modificato¹² l'*Home Mortgage Disclosure Act of 1975*¹³, imponendo alle banche di rendere pubblici i dati sull'appartenenza etnica dei soggetti che chiedevano loro, e si vedevano accogliere o rifiutare, un credito ipotecario; una legge del 1992¹⁴ indusse Fannie Mae e Freddie Mac a occuparsi in prevalenza di stimolare l'accesso universale alla casa; sempre nel 1992, la Fed di Boston pubblicò un manuale per le banche in cui raccomandava loro, nella concessione di mutui, di non tenere in conto il reddito dell'aspirante mutuatario, il rapporto tra questo e il prestito richiesto, o il suo tasso di restituzione di crediti precedenti, perché tali criteri sarebbero stati discriminatori nei confronti dei poveri e delle minoranze a basso reddito¹⁵; dal 1995, questa politica è stata resa ancor più stringente, prevedendo sanzioni per le banche che rifiutassero di concedere credito ai membri di gruppi svantaggiati¹⁶.

Se l'intento di simili politiche è comprensibile, l'effetto che esse hanno prodotto sembra essere davvero micidiale, generando una bolla immobiliare di proporzioni gigantesche, favorita anche dal basso costo del denaro derivante dalla politica espansionistica della Fed, nonché da decisioni come quella dell'autorità di

housing, and related programs], Pub. L. 95-128, 91 Stat. 1111, 1147, 12 U.S.C. § 2901 et seq., October 12, 1977.

¹² Ad opera della s. 1211 del *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989*, Pub. L. 101-73, 103 Stat. 183, August 9, 1989.

¹³ Titolo III di *An Act To extend the authority for the flexible regulation of interest rates on deposits and share accounts in depository institutions, to extend the National Commission on Electronic Fund Transfers, and to provide for home mortgage disclosure*, Pub. L. 94-200, 89 Stat. 1124, 1125, 12 U.S.C. § 2801 et seq., December 31, 1975.

¹⁴ *Housing and Community Development Act of 1992*, Pub.L. 102-550, 106 Stat. 3672, October 28, 1992.

¹⁵ FEDERAL RESERVE BANK OF BOSTON, *Closing the Gap: A Guide to Equal Opportunity Lending*, disponibile su <http://www.bos.frb.org/commdev/closing-the-gap/closingt.pdf>.

¹⁶ OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY, TREASURY (OCC); BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM (BOARD); FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC); OFFICE OF THRIFT SUPERVISION, TREASURY (OTS), *Community Reinvestment Act Regulations. Final Rule*, in 60 *Federal Register* 86, 22156 (May 4, 1995) (12 CFR Part 25, 12 CFR Part 228, 12 CFR Part 345, 12 CFR Part 563e, 12 CFR Part 203) (in particolare, fu stabilito che il rispetto da parte di una banca del *Community Reinvestment Act* sarebbe stato preso in considerazione in sede di valutazione di sue operazioni di fusioni, acquisizioni o apertura di nuove filiali).

controllo dei mercati finanziari americana, la *Securities and Exchange Commission*, negli anni prima dello scoppio della crisi, di aprire procedimenti contro le banche che tenevano riserve a suo dire troppo alte per coprire le potenziali perdite per i crediti immobiliari¹⁷. Com'è noto, il settore immobiliare è stato il detonatore della crisi americana, poi estesasi al resto del mondo, ed è evidente come politiche come quelle appena esposte abbiano completamente sottovalutato la gravità dei problemi che stavano provocando o comunque trascurando.

Peraltro, nel settembre 2008 il governo Usa ha nazionalizzato Fannie Mae e Freddie Mac, così facendo gravare sul contribuente americano il costo del salvataggio del settore immobiliare, che altrimenti con ogni probabilità non avrebbe retto l'onda d'urto e sarebbe interamente collassato.

Tornando comunque all'analisi degli accordi di Basilea, fu presto evidente la necessità di adottare criteri diversi per la valutazione del rischio di credito rispetto a quelli di Basilea I, dove il rischio di credito era predeterminato una volta per tutte, con un *favor* per i titoli pubblici o bancari o del mercato immobiliare. Basilea II ha un ambito di operatività molto più ampio di Basilea I: esso si fonda su tre pilastri, ovvero regole su capitale minimo, maggiori poteri di supervisione alle autorità di settore, e maggiori obblighi di *disclosure* per facilitare il controllo da parte degli investitori.

Per quel che qui viene in rilievo, il rischio di credito diviene una voce del primo pilastro (insieme a rischio di mercato e rischio operativo), e sono previsti tre modi per valutarlo: uno *standardized approach*, il *foundation IRB [Internal Rating-Based] approach*, l'*advanced IRB approach*.

Per ragioni che non è qui possibile approfondire, il primo è il metodo di gran lunga più importante; il problema è che esso si fonda interamente sulla valutazione effettuata dalle agenzie di *rating*, seguendo una strada già tracciata con la *recourse rule* e per la verità inaugurata già nel 1931. In apparenza, sembrerebbe trattarsi di un notevole miglioramento rispetto a Basilea I. Tuttavia, occorre ricordare che l'attuale mercato delle società di *rating* è anch'esso frutto di una forte interferenza regolamentare: infatti nel 1975 la SEC regolamentò le cd. *Nationally Recognized*

¹⁷ Lo ha ricordato CALABRIA, *One of Many Ways the SEC Contributed to the Financial Crisis*, in *Cato@Liberty*, 28 agosto 2012.

Statistical Rating Organization (NRSRO)¹⁸, imponendo la necessità di una licenza difficile da ottenere per lo svolgimento di questa attività. Il risultato fu il consolidamento dell'oligopolio in questo settore, dove non si inserirono nuovi concorrenti di peso e le società esistenti si ridussero via via.

L'affidamento completo fatto da Basilea II sul giudizio di queste società è dunque viziato all'origine dalla scarsa competitività di questo mercato scaturita appunto dalla decisione della SEC nel 1975, e si ritiene che su questo occorra agire, rimuovendo le barriere all'ingresso, qualora si voglia aprire il mercato del *rating*: le istituzioni UE si sono attivate per la creazione di una nuova agenzia di *rating* che attenui l'oligopolio delle società esistenti, tuttavia a questa creazione dall'alto sembrerebbe preferibile per l'appunto l'abbattimento delle barriere normative alla nascita di nuovi concorrenti. La proposta è comunque stata abbandonata e sono state adottate nuove regole più stringenti di disciplina della condotta di queste società¹⁹, così di fatto aumentando la regolamentazione del settore e contraddicendo l'auspicio qui formulato di una maggiore apertura del mercato.

In ogni caso, sta di fatto che anche Basilea II si è rivelata insoddisfacente nel prevenire il rischio sistemico, e anzi questo sarebbe stato aggravato dalla regola del *mark-to-market*, introdotta a seguito del crack Enron, che impone alle istituzioni finanziarie di valutare le proprie attività ad un *fair value*, cioè al valore di mercato: questa regola avrebbe infatti avuto un forte effetto pro-ciclico, aggravando la crisi già in atto²⁰. Così, in risposta alla crisi si è passati a Basilea III, prima ancora che l'attuazione di Basilea II venisse completata. L'analisi di Basilea III esula dall'oggetto del presente lavoro, tuttavia ci limiteremo a

¹⁸ Con le regole contenute in 17 C.F.R. 240.15c3-1: v. ampiamente il paper di BACCIARDI, *Lo strano caso delle società di rating*, IBL Briefing Paper 70, 21 marzo 2009 (http://www.brunoleonimedia.it/public/BP/IBL_BP_70_Rating.pdf); v. anche un altro paper IBL, di FAVA, *Una possibile alternativa alle agenzie di rating: il Mercato*, IBL Focus 139, 21 luglio 2009 (www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_139_Fava.pdf).

¹⁹ Cfr. il seguente articolo su InvestireOggi News, *Norme soft contro agenzie rating, bocciate misure Barnier* (16 novembre 2011, <http://www.investireoggi.it/news/norme-soft-contro-agenzie-rating-bocciate-misure-barnier/>).

²⁰ FRIEDMAN, *A Perfect Storm of Ignorance*; SALIN, *Ritornare al capitalismo per evitare le crisi*, cit., 37-45.

dire che nel complesso non sembra potersi ravvisare quel cambio di paradigma che le autorità di regolazione hanno sostenuto essere stato apportato dalle nuove regole.

2.2. L'assicurazione sui depositi

Un'altra fondamentale interferenza presente in tutti gli ordinamenti considerati, di carattere strettamente normativo, è l'assicurazione pubblica sui depositi bancari.

Essa fu introdotta negli Stati Uniti all'indomani della crisi del 1929, con il *Banking Act of 1933*²¹, tramite l'istituzione dell'apposita *Federal Deposit Insurance Corporation*, poi ridisciplinata dal *Federal Deposit Insurance Act of 1950*²².

A livello europeo, un'assicurazione sui depositi è stata introdotta per legge soltanto molto tempo dopo. Fu infatti soltanto la *direttiva 94/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*²³ a stabilire analogo obbligo di garanzia per gli Stati Membri dell'allora Comunità Europea. Ad esempio l'Italia (che pure, come altri Paesi, aveva già in essere uno schema simile, ma con adesione su base volontaria) recepì tale direttiva con il decreto legislativo 4 dicembre 1996, n. 659 (*Recepimento della direttiva 94/19/CEE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*)²⁴, che pose le basi per la creazione del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi; a seguito delle modifiche apportate alla direttiva 94/19/CE dalla *direttiva 2009/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2009 recante modifica della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso*²⁵, modifiche sono poi state apportate dal d. lgs. 24 marzo 2011, n. 49 (*Attuazione della direttiva 2009/14/CE, che modifica la direttiva 94/19/CE, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso*).

²¹ Pub. L. 73-66, 48 Stat. 162, June 16, 1933.

²² Pub. L. 81-797, 64 Stat. 873, September 21, 1950.

²³ G.U. C.E. L 135 del 31 maggio 1994.

²⁴ Di attuazione della delega contenuta nella l. 6 febbraio 1996, n. 52, art.

25.

²⁵ G.U. U.E. L 68 del 13 marzo 2009.

Senza entrare nei dettagli, il problema di tutte le assicurazioni pubbliche sui depositi è che - essendo fornite in regime di monopolio, e non prevedendo un variare del premio al variare del rischio - generano un grandissimo azzardo morale: infatti esse inducono i depositanti ad andare alla ricerca del tasso di remunerazione maggiore, incuranti del profilo di rischio della banca depositaria, perché sicuri di vedere garantiti i propri risparmi anche in caso di suo fallimento. Ciò provoca a sua volta un evidente incremento del rischio sistemico reale, contrariamente all'intento - esattamente opposto - che sta alla base di questa assicurazione²⁶.

Va osservato, peraltro, che è assai dubbio che questa forma di garanzia funzionerebbe realmente in caso di bisogno. Secondo la critica serrata di Rothbard, si tratterebbe soltanto di un'illusione. In un già citato articolo, pubblicato qualche mese dopo la sua morte, nel 1995, egli scrisse: «la stessa FDIC ha meno dell'1% dell'enorme numero di depositi che “assicura”. La stessa idea di “assicurazione sui depositi” è una frode; come si può assicurare un'istituzione (il sistema bancario a riserva frazionaria) che è intrinsecamente insolvente, e che cadrà a pezzi non appena il pubblico si accorgerà finalmente della frode? Supponiamo che, domani, il pubblico americano divenisse improvvisamente consapevole della frode, e andasse in banca domani mattina, e, all'unisono, chiedesse indietro il proprio denaro contante. Cosa accadrebbe? Le banche sarebbero immediatamente insolventi, perché riuscirebbero a mettere insieme solo il 10% del denaro contante che devono ai propri stupefatti clienti. Né l'enorme incremento di tasse necessario a salvare tutti dal default sarebbe in alcun modo tollerabile. No: l'unica cosa che la Fed potrebbe fare, e questo sarebbe in suo potere, sarebbe di stampare abbastanza moneta da ripagare tutti i depositanti. Sfortunatamente, nell'attuale stato del sistema bancario, il risultato sarebbe uno sprofondamento immediato negli orrori dell'iperinflazione. Supponiamo che il totale dei depositi bancari assicurati sia di 1.600 miliardi di dollari. Tecnicamente, nel caso di una corsa agli sportelli, la Fed potrebbe utilizzare i propri poteri di emergenza e stampare 1.600 miliardi in contanti da dare alla FDIC per ripagare i depositanti. Il problema è che, incoraggiati da questo gigantesco salvataggio, i

²⁶ SALIN, *Ritornare al capitalismo per evitare le crisi*, cit., 50-52.

depositanti ridepositerebbero prontamente i nuovi 1.600 miliardi nelle banche, aumentando il totale delle riserve bancarie di 1.600 miliardi, così consentendo un'immediata espansione della quantità di moneta da parte delle banche di dieci volte tanto, aumentando la quantità totale di denaro bancario di 16 mila miliardi. Seguirebbero rapidamente una fuga da inflazione e la totale distruzione della valuta»²⁷.

2.3. Il problema dell'ingegneria istituzionale e costituzionale

Un altro ordine di problemi concerne le regole fondamentali di funzionamento degli ordinamenti considerati, la loro architettura giuridica di base.

Approfondire tutti gli aspetti che vengono in questione al riguardo richiederebbe un'analisi a sé stante: ci limiteremo dunque a passarli brevemente in rassegna.

Una prima considerazione riguarda l'indipendenza delle banche centrali: esse nascono almeno formalmente come organi che si vorrebbero indipendenti, per sottrarre la gestione di un potere così grande come la politica monetaria all'esercizio diretto da parte dei governi; progressivamente, preso atto del forte grado di influenza su di esse da parte della politica, si è cercato di aumentare la loro indipendenza, e la BCE è un esempio di istituzione almeno negli intenti molto sganciata dalle influenze della politica.

Di fatto, però, come l'esperienza post-crisi ha confermato in modo palese, le banche centrali non solo sono nate, ma rimangono a tutt'oggi strumenti esposti alle pressioni dei governi, dai quali del resto vengono nominati i componenti dei rispettivi organi direttivi²⁸ e con i quali sono in stretta relazione²⁹, quando non sono autentici strumenti nelle loro mani.

²⁷ ROTHBARD, *Fractional Reserve Banking: Part II*, in *The Freeman*, 1995.

²⁸ Così prevedono sia il *Banking Act of 1935* negli Usa, sia il TFUE, sia il *Bank of England Act 1998*.

²⁹ Basti vedere quanto prevede l'art. 284 TFUE: «1. Il presidente del Consiglio e un membro della Commissione possono partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del Consiglio direttivo della Banca centrale europea. Il presidente del Consiglio può sottoporre una mozione alla delibera del consiglio direttivo della Banca centrale europea. 2. Il presidente della Banca centrale europea è invitato a partecipare alle riunioni del Consiglio quando quest'ultimo

Qualora non si sia disposti alla loro rimozione (pur necessaria a parere di chi scrive), sarebbe quanto meno auspicabile la presenza di norme adeguate a garantirne l'indipendenza dai governi. Ci troviamo qui di fronte ad un primo esempio di "diritto" mancante, a dimostrazione che non si tratta soltanto di fare a meno di (molto) diritto esistente, ma in certi casi anche di introdurre alcune regole nuove, semplicemente diverse da quelle adottate in via predominante prima e durante la crisi, di cui si sta cercando di fornire adeguato catalogo.

Peraltro, è prevista in generale una forma di controllo giurisdizionale e politico sugli atti delle banche centrali (i controlli più incisivi sono quelli riservati alla BCE⁵⁰), ma nei fatti il cuore dei loro atti, cioè le decisioni fondamentali in materia di politica monetaria, rimangono sottratte a sindacato, specialmente giurisdizionale, e del resto non si vede come potrebbe essere diversamente.

In fin dei conti, un po' come per tutte le autorità di regolazione in senso lato indipendenti, anche in questo caso ci troviamo davanti a un paradosso: da un lato, avvertiamo l'esigenza di una maggiore legittimazione democratica di istituzioni come le banche centrali. Infatti la quantità di potere che deriva dal monopolio sul denaro è enorme e potenzialmente devastante: agendo male, una sola banca centrale di un Paese economicamente importante è in grado di portare in ginocchio l'economia mondiale. Pur volendo tralasciare il problema che, anche si trattasse di un organo democraticamente eletto, ad eleggerlo sarebbero solo i cittadini di un Paese e non quelli di tutti gli altri Stati del mondo, almeno ai cittadini di quel Paese sembrerebbe dover essere consentito dire la loro sul modo in cui la politica monetaria viene gestita.

discute su argomenti relativi agli obiettivi e ai compiti del SEBC. 5. La Banca centrale europea trasmette al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione nonché al Consiglio europeo, una relazione annuale sull'attività del SEBC e sulla politica monetaria dell'anno precedente e dell'anno in corso. Il presidente della Banca centrale europea presenta tale relazione al Consiglio e al Parlamento europeo, che può procedere su questa base ad un dibattito generale. Il presidente della Banca centrale europea e gli altri membri del comitato esecutivo possono, a richiesta del Parlamento europeo o di propria iniziativa, essere ascoltati dalle commissioni competenti del Parlamento europeo».

⁵⁰ Cfr. BASSO, *La politica economica e monetaria*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2008, 333, 372 ss.

D'altro canto, ben si comprende perché ovunque si sia in realtà voluto sottrarre al voto popolare il giudizio su una simile politica: la logica è quella tipica di qualunque processo costituente, cioè quella per cui “Peter sobrio” lega le mani per il futuro al “Peter ubriaco”, ovvero il popolo da lucido si pone coscientemente dei limiti rigorosi per quando, in preda a situazioni di emergenza o di euforia, potrebbe non avere l'autocontrollo necessario a evitare abusi e decisioni autodistruttive³¹. Sul piano teorico, la sottrazione delle banche centrali al circuito democratico-rappresentativo (sia poi essa reale o meno) è dettata da questo intento³².

Abbiamo pertanto il problema che ci sono ottime ragioni sia per esporre le banche centrali alle forche caudine dell'approvazione popolare, sia per sottrarvele. La scelta di un po' tutti gli ordinamenti considerati sembra quella di *professare* indipendenza e *negarla* nei fatti, e non sembra una scelta soddisfacente. A noi pare comunque che questa *impasse* confermi la necessità di ripensare l'opportunità di affidare in monopolio a un'istituzione statale un potere così grande come la politica monetaria: comunque la si scelga e se ne valutino le decisioni, i rischi sono infatti enormi in caso di un cattivo esercizio di un simile potere, e per di più non sembrano esservi soluzioni realisticamente praticabili (anzi, si passa semmai sempre attraverso un riaccostamento in capo ai governi di un simile potere, che pare il più classico rimedio peggiore del male). Sembra quindi quanto mai urgente esplorare le possibili alternative³³.

Ma sul piano istituzionale vi sono altre considerazioni da fare, relative soprattutto all'Eurozona e all'Unione Europea, di per sé tra gli esperimenti di ingegneria istituzionale più ambiziosi

³¹ Questo modo di dire che contrappone “*Peter sober*” e “*Peter drunk*”, divenuto di uso molto comune nella letteratura costituzionale angloamericana, si ritiene risalga al giudice della Corte Suprema Usa David J. Brewer, che lo usò in un saggio del 1893 (*An Independent Judiciary as the Salvation of the Nation*, in *Proceedings of the New York Bar Association* (1893), ristampato in *11 Annals of America* 423, 428 (1968)).

³² Recentemente, cfr. la difesa delle ragioni dell'indipendenza delle banche centrali fatta da ZINGALES, *L'indipendenza da preservare*, *Il Sole 24 Ore*, 27 aprile 2012.

³³ È la conclusione del *paper* di SELGIN, LASTRAPES, WHITE, *Has the Fed Been a Failure?* (Cato Working Paper No. 2, Dicembre 2010, <http://www.cato.org/pubs/researchnotes/WorkingPaper-2.pdf>).

(e per ciò stesso più carichi di rischi in caso di difetto di “progettazione”) della storia mondiale recente. A questo proposito, moltissimo si è detto nel dibattito pubblico sugli errori fatti nel processo di costruzione dell'Euro, su tutti l'unificazione della politica monetaria disgiunta dall'unione delle politiche fiscali, da cui sono derivate tutta una serie di rilevanti conseguenze in termini di azzardo morale e redistribuzione occulta di ricchezza da uno Stato all'altro, o meglio dai contribuenti di uno Stato a quelli di un altro³⁴.

Aggiungiamo ancora solamente due ulteriori esempi di diritto mancante, che avrebbero potuto svolgere un'importante funzione di contenimento degli effetti negativi del “troppo diritto” visto ai paragrafi precedenti. Uno è l'assenza di un meccanismo sanzionatorio efficace per le violazioni dei parametri di stabilità di Maastricht (e a monte di regole di contabilità che imponessero di tener conto anche dei contratti derivati sottoscritti ai fini del soddisfacimento dei criteri di ammissibilità all'Eurozona³⁵).

I parametri di Maastricht non erano certamente il migliore dei sistemi possibili, ma altrettanto certamente averne imposto il rispetto avrebbe evitato all'Europa di trovarsi nella grave situazione attuale. Riprendendo la metafora del “Peter sobrio” e

³⁴ V. la sintetica ma esaustiva riflessione di BAGUS, *The Eurozone: A Moral-Hazard Morass*, in *Mises Institute Daily*, 17 aprile 2012, <http://mises.org/daily/6008/The-Eurozone-A-MoralHazard-Morass>. Cfr. più ampiamente, dello stesso autore, *The Tragedy of the Euro*, Auburn, 2010, trad. it. *La tragedia dell'euro*, Massa, 2011. Ricordiamo comunque anche le osservazioni di Pascal Salin in un editoriale per il *Wall Street Journal* (There Is No 'Euro Crisis, The Wall Street Journal, 18 luglio 2012), dove l'autore francese ha sostenuto che l'unione delle politiche monetarie disgiunta dall'unione delle politiche fiscali non sia il problema che molti ritengono, portano ad esempio il caso degli Usa, dove la situazione è analoga e non per questo si ritiene sussistente un obbligo di salvataggio di uno stato insolvente ad opera degli altri membri della federazione.

³⁵ Come spiega BOLLETTINO, *Finanza creativa, Grecia e derivati*, in *Agenda liberale*, 26 aprile 2012 (<http://www.centroinaudi.it/agenda-liberale/1509-finanza-creativa-grecia-e-i-derivati.html>), «Poiché le regole contabili (ESA95) utilizzate dalla Commissione Europea e da Eurostat non richiedevano di tener conto dei derivati nella redazione dei conti pubblici, inizialmente il risultato netto fu quello di far sparire 2,4 miliardi di euro dal computo totale debito pubblico greco. La Grecia fu così in grado, attraverso un trucco contabile, di mostrare all'Europa e agli investitori internazionali di aver intrapreso la strada del risanamento [...] mentre in realtà non solo non aveva fatto nulla in tal senso, ma al contrario aveva segretamente contratto un debito ad alta rischiosità».

“Peter ubriaco”, è un po' come se in sede di stesura dei parametri non si fossero nascoste troppo bene le sostanze alcoliche, o non si fosse prevista alcuna forma di disciplina per chi alzasse troppo il gomito.

Peraltro, sembra potersi affermare che dell'esperienza non si è purtroppo fatto tesoro: in sede di redazione del cosiddetto *Fiscal compact*, non sembra essersi previsto un meccanismo particolarmente più incisivo per assicurare il rispetto dei nuovi e più stringenti vincoli in esso previsti.

Ad analoghe considerazioni si presta l'altro esempio di diritto mancante, ovvero l'assenza nella gran parte degli ordinamenti dell'obbligo costituzionale di pareggio di bilancio. Tale regola è prevista nelle Costituzioni di tutti gli Stati degli Usa meno il Vermont, ma non a livello federale; essa è inoltre stata introdotta in Germania nel 2009, con primi effetti dal 2016, e proprio il *Fiscal compact* ne ha previsto l'adozione in tutti gli Stati firmatari; l'Italia si è come noto adeguata molto recentemente, anche se è stato sostenuto che lo ha fatto con «un provvedimento disegnato fin nei dettagli per essere disapplicato nella quotidiana pratica parlamentare e governativa»⁵⁶.

Se una simile norma fosse stata in vigore da più tempo, e fosse stata fatta rispettare, la situazione debitoria dell'Europa e dell'Eurozona sarebbe certamente molto meno grave. Da questo punto di vista, l'introduzione nelle Costituzioni europee di questa nuova norma, per quanto con effetti troppo posticipati nel tempo, è certamente un buon segnale, anche se rimane pur sempre il problema di come assicurarne l'*enforcement*, problema che non sembra aver ricevuto la dovuta attenzione neppure in questo caso. Peraltro, molto dipenderà dall'applicazione concreta che ne daranno le forze politiche e da come verranno interpretate da loro e dalla giurisprudenza costituzionale le clausole di eccezione sempre previste.

⁵⁶ ROSSI, *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale* (17 aprile 2012), <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=11455>; ID., *Il pareggio che non c'è* (15 dicembre 2011), <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=11037>.

2.4. Eccessi di regolamentazione, tassazione, deficit, debito (cenni)

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento ad esempi di “troppo poco diritto” con riguardo soprattutto all'assenza di meccanismi efficaci di limitazione del deficit e del debito pubblico. Allarghiamo qui per un momento ancora un po' il discorso, soltanto per osservare che “troppo diritto” si può considerare anche l'esistenza stessa di deficit e debito a livelli sempre crescenti, fino al punto di divenire insostenibili. In effetti, essi sono stati pur sempre prodotti, in Italia dove il problema è particolarmente grave, ma anche negli altri Paesi dell'Eurozona, nel Regno Unito e negli Usa, dove la situazione è fondamentalmente la medesima, da un proliferare di decisioni di spesa, piccole o grandi che fossero, il cui fondamento stava pur sempre in un atto normativo. Si tratti di ciò che in Italia la dottrina ha definito “leggi-provvedimento”, o di atti di carattere regolamentare, sempre di “diritto” si è trattato.

Ciò è ancor più evidente nel caso delle misure che hanno progressivamente aumentato in tutti gli ordinamenti considerati (salvo in parte per Regno Unito e Usa negli anni di Thatcher e Reagan) il livello di tassazione, fino ai livelli estremi cui è giunta l'Italia nei tempi più recenti, nonché per le misure di regolamentazione progressivamente sempre più stringenti che hanno interessato qualunque attività economica, costituendo tra le altre cose una forte barriera all'ingresso di nuovi concorrenti (si pensi al tipico caso del citato *Emergency Banking Relief Act*, che consentì di operare negli Usa alle sole banche approvate dalla Fed³⁷, consolidando un oligopolio esattamente come era accaduto con le agenzie di *rating* per opera della SEC).

Non è chiaramente la sede per addentrarsi nei dettagli di questi aspetti, e in un tentativo di valutazione empirica delle loro conseguenze sul piano economico, ma molte autorevoli analisi, comprese anche diverse che muovono da prospettiva molto lontana da quella adottata nel presente lavoro, concordano nel ritenere che gli eccessi di tassazione, regolamentazione, debito e deficit siano stati tra i fattori determinanti del cocktail esplosivo alla base del “bust”, tanto americano quanto europeo. È pertanto necessario includere anche questi fattori tra le cause “normative” alla base della crisi.

³⁷ Ma una legislazione dal contenuto analogo esiste in tutti gli ordinamenti considerati.

2.5. Il problema delle istituzioni troppo grandi per fallire (“*too big to fail*”), ovvero «capitalism without bankruptcy is like religion without hell»

Un ultimo aspetto, che ci conduce ad allargare per un momento ancora di più il discorso, è quello dell'esistenza di istituzioni finanziarie troppo grandi per essere lasciate fallire (*too big to (be let) fail*). Il problema relativo a queste istituzioni è il rischio sistemico che esse portano con sé: le loro dimensioni e le connessioni che presentano con il resto del sistema sono tali che un loro fallimento trascinerebbe con sé l'intero sistema economico-finanziario, travolgendo anche una serie di altre istituzioni “incolpevoli”, per il solo fatto appunto delle loro dimensioni molto rilevanti e delle strettissime interconnessioni che esse hanno con tutta una serie di altri soggetti di per sé “sani”. A sua volta, la caduta di tali altre istituzioni riprodurrebbe lo stesso problema con ulteriori soggetti, in un effetto domino che rischierebbe di travolgere l'intero sistema economico-finanziario.

A tale problema si risponde nei vari ordinamenti con un mix di regole di *conduct of business regulation* e *prudential regulation*. Le prime sono più invasive, nel senso che mirano a dettare proprio una serie di regole di comportamento concreto che le istituzioni debbono seguire nella conduzione quotidiana dei propri affari, allo scopo di far sì che il rischio di un loro fallimento non si concretizzi mai; le seconde sono invece regole volte a diminuire il rischio sistemico imponendo soglie minime di capitale, così da garantire un serbatoio di liquidità sufficiente a far fronte alle situazioni di crisi.

Del problema delle istituzioni *too big to fail* si è scritto moltissimo, e il tema ha generato accese discussioni in ambito accademico e nel dibattito pubblico. Qui ci limitiamo ad osservare come, nella prospettiva da cui scriviamo, si tratta certamente di un problema rilevante, ma a ben vedere avente anch'esso cause “normative”.

In particolare, il “troppo diritto” alla base del fatto che alcune istituzioni non possano fallire, senza che con esse fallisca l'intero sistema economico-finanziario, può essere ravvisato nell'esistenza stessa delle regole di *conduct of business* e *prudential regulation* cui si faceva riferimento un attimo fa. Infatti, la *ratio* alla base di

questo insieme di norme è proprio che non ci si può permettere che determinate istituzioni falliscano, e allora si detta una serie di misure molto dettagliate contro l'eccessiva assunzione di rischi da parte loro, come ad esempio le regole, contenute nel già citato *Banking Act of 1933*³⁸, che imponevano la separazione tra banche commerciali e banche d'investimento, allo scopo di evitare che i depositi dei correntisti potessero venire impiegati in rischiose operazioni d'investimento, con il pericolo di andare in fumo.

Come noto, tali regole furono peraltro formalmente abolite nel 1999 con il *Financial Services Modernization Act of 1999* (o *Gramm-Leach-Bliley Act*)³⁹ (anche se già in precedenza erano state rese di fatto inoperanti in via interpretativa da parte del *Federal Reserve Board*), e diversi autori ritengono che questa deregolamentazione sia stata una delle cause principali della crisi; accogliendo questo orientamento, la nota *Volcker rule* del *Dodd-Frank Act*⁴⁰ (la legge con cui il Congresso Usa ha inteso rispondere alla crisi, riformulando amplissimi settori della regolamentazione dei mercati finanziari), ha cercato di ripristinare una regolamentazione in questo ambito tramite il divieto del *trading* proprietario. Rifletteremo su questo aspetto nel paragrafo conclusivo.

Per il resto, la garanzia di salvataggio è fondata su qualcosa di assai più impalpabile e non più strettamente “giuridico”, ovvero promesse o implicite rassicurazioni da parte delle autorità governative e monetarie che il fallimento sarebbe stato impedito. Talvolta, ciò viene addirittura esplicitato, come avvenuto con la cosiddetta *Greenspan put* (su cui vedi al par. 2.1.); più frequentemente, tali promesse non vengono rese note all'opinione pubblica, ma rimangono confinate nelle stanze del potere.

³⁸ Quando si fa riferimento alla separazione tra banche commerciali e d'investimento, questa legge viene comunemente denominata *Glass-Steagall Act*, dal nome dei suoi promotori.

³⁹ *An Act to enhance competition in the financial services industry by providing a prudential framework for the affiliation of banks, securities firms, and other financial service providers, and for other purposes*, Pub.L. 106-102, 113 Stat. 1338, November 12, 1999.

⁴⁰ *An Act To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail", to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes*, Pub.L. 111-203, 124 Stat. 1376, July 21, 2010

Il problema in tutti questi casi è che rimuovere la prospettiva del fallimento altera in modo sostanziale e irrimediabile il funzionamento del mercato: come riassume un'efficace espressione inglese, citata nel titolo di questo paragrafo, «il capitalismo senza bancarotta è come la religione senza l'inferno». Infatti il rischio d'impresa è una componente ineliminabile di un sistema di mercato funzionante, rimuovere la quale conduce alla creazione di un sistema diverso, che non è già più genuinamente di mercato. Qualunque regola di *conduct of business* o di *prudential regulation* non basta a restaurare un autentico sistema di mercato, perché sarà comunque sempre troppo forte l'incentivo ad evadere quelle regole, dal momento che non se ne sopporteranno le conseguenze.

Pertanto, riteniamo si possa sostenere che anche da questo punto di vista vi sia stato “troppo diritto” alle radici del problema, e che sia scorretto affermare che il difetto fosse invece il “troppo poco” diritto (in termini di regole di *conduct of business* o *prudential regulation* insufficienti o incomplete) per porvi rimedio. Il vizio stava a monte, nel senso che, in assenza di incentivo ad assumere rischi eccessivi da parte delle istituzioni finanziarie, e dei depositanti e clienti in genere ad inseguire le remunerazioni maggiori (corrispondenti a rischi più elevati), certi che in caso di problemi sarebbe intervenuto il denaro del contribuente a riparare i danni, necessariamente le istituzioni finanziarie, i depositanti e o clienti sarebbero stati molto più prudenti, e con ogni probabilità spontaneamente il mercato avrebbe limitato le dimensioni delle istituzioni finanziarie, conducendo altresì ad una maggior cautela nell'assunzione del rischio da parte dei vari soggetti coinvolti. Eliminare artificialmente questo rischio, con il concorso determinante delle assicurazioni sui depositi esaminate al par. 3.2., ha invece neutralizzato lo spontaneo processo di limitazione del rischio cui il mercato avrebbe condotto.

3. Provvisorio bilancio del diritto prima della crisi: il trionfo della *taxis* sul *cosmos*, della *thesis* sul *nomos*

L'analisi svolta, per quanto inevitabilmente incompleta e limitata nel tempo, nello spazio e negli esempi forniti, riteniamo

abbia fornito abbondante testimonianza di come i mercati finanziari nelle aree considerate fossero lungi dal soffrire di una carenza di diritto. In effetti, è stato addirittura sostenuto che «ad eccezione dei servizi sanitari, i servizi finanziari costituiscono l'attività più regolamentata negli Stati Uniti (e in generale in tutti i paesi sviluppati)»⁴¹.

Il problema è che tale diritto era espressione di ciò che Hayek, nel primo libro di *Legge, legislazione e libertà*, ha designato come *taxis*, ovvero un «ordine deliberatamente costruito»⁴², in opposizione al *cosmos*, un ordine spontaneo frutto delle libere interazioni degli attori sociali. Alla *taxis* corrisponde la *thesis*, ovvero «il sistema giuridico creato dalla legislazione», mentre al *cosmos* corrisponde il *nomos*, ovvero «la legge della libertà», il diritto nato dalla società, dal fatto, dalla consuetudine, e non dal comando del legislatore.

Ebbene, come si è cercato di mostrare nei paragrafi precedenti, il sistema normativo che governava i mercati finanziari di tutte le aree considerate era dominato dal diritto legislativo, un diritto che si prefigge degli scopi (ad es., evitare il fallimento di imprese troppo grandi) e cerca di influenzare il comportamento degli attori sociali in modo da raggiungerli, ed è già per ciò solo insoddisfacente.

Esso ha completamente esautorato il diritto spontaneo, ovvero il diritto che ha tra i propri principi fondamentali quello di responsabilità, in virtù del quale è necessario che le conseguenze negative di qualunque atto (come l'aver acquistato azioni o obbligazioni di una banca o avervi depositato del denaro o aver acquistato titoli di debito pubblico) ricadano su chi lo ha compiuto.

Il diritto desiderabile, nella prospettiva qui seguita, è quello che ponga un quadro di regole generali ed astratte, senza predeterminare il risultato da raggiungere, e lasci poi che il gioco si svolga liberamente, sfruttando i benefici della competizione. Invece legislatori e regolatori (e banche centrali, qui non

⁴¹ O'DRISCOLL, *Regulatory Failure*, in *ThinkMarkets*, 19 gennaio 2009, <http://thinkmarkets.wordpress.com/2009/01/19/regulatory-failure/>; la citazione prosegue così: «Ma la regolamentazione bancaria ha fallito nel suo compito più fondamentale, che consiste nel preservare la sicurezza e la solidità del sistema bancario» (la traduzione compare in SALIN, *Ritornare al capitalismo per evitare le crisi*, cit., 36).

⁴² In particolare pagina 57 dell'edizione italiana citata.

considerate) si pongono degli obiettivi precisi: la crescita economica, la piena occupazione, l'inflazione dei prezzi «moderata», l'impossibilità di fallimento, e così via. Ma così facendo, anche là dove tali loro obiettivi siano condivisibili (e si è visto che non è necessariamente così), essi non si accorgono di ottenere spesso l'effetto opposto di quello sperato: il tipico esempio è quello delle misure volte ad evitare i fallimenti, che incentivano i comportamenti dettati da azzardo morale e finiscono col rendere i fallimenti più probabili⁴³.

In un quadro, come questo, viziato a monte dalla «presunzione fatale»⁴⁴ di conoscere quali siano i giusti scopi da raggiungere e di poter pianificare adeguatamente il comportamento umano in modo tale da raggiungerli, anche eliminare delle regolamentazioni, qualcosa che di per sé sarebbe largamente auspicabile nella prospettiva qui adottata, può in effetti avere conseguenze molto negative.

Si pensi a quanto accaduto con l'abolizione dell'obbligo di separazione tra banche commerciali e di investimento (c.d. abrogazione del *Glass-Steagall Act*, del 1999), ricordata *supra*, al par. 2.5.: tale divieto aveva un'utilità molto evidente in un sistema dove alle banche era di fatto impedito di fallire e dove vigeva un'assicurazione sui depositi, e pertanto occorreva porre un freno all'incentivo, dato da questi elementi, ad assumere comportamenti rischiosi, che potevano mettere in pericolo la stabilità sistemica. Abolirlo, mantenendo l'impossibilità di fallire e l'assicurazione sui depositi, non è stata certamente una scelta felice, e si può effettivamente annoverare tra le cause della crisi; ma il vero problema non è stata la deregolamentazione in sé, bensì la deregolamentazione *in presenza di altre regole* che inducevano *moral hazard* e comportamenti opportunistici.

A ben vedere, quindi, la soluzione realmente auspicabile nel medio-lungo termine non è quella di ripristinare un simile

⁴³ In quest'ottica, la tesi qui sostenuta si differenzia da quella del principale lavoro della dottrina pubblicistica italiana che ha sin qui riflettuto sulla crisi, NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012: cfr. in particolare il saggio finale dello stesso NAPOLITANO, *Conclusioni. Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, 471 ss.

⁴⁴ Riprendendo il titolo di un altro celebre lavoro di VON HAYEK (curato da BARTLEY), *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism* (1988, ed. it. *La presunzione fatale: gli errori del socialismo*, Santarcangelo di Romagna, 1997).

obbligo (o comunque muoversi in quella direzione, come si sta facendo con la *Volcker rule*⁴⁵), mantenendo però le *altre regole* (ostacoli al fallimento e assicurazione sui depositi), perché così facendo si predetermina il modello di business delle banche, cadendo nel diritto-con-uno-scopo, ovvero la *thesis*. Piuttosto, sembra preferibile eliminare anche quelle *altre regole*, in modo da ripristinare un corretto funzionamento del mercato.

Su un piano diverso ma collegato, il pur timido e decisamente parziale cambio di direzione, rispetto alla fortissima manipolazione del denaro provocata dall'operatività in forte leva da parte delle principali istituzioni finanziarie⁴⁶, che si sta attuando con le regole di Basilea III e il conseguente c.d. *deleveraging*, può avere conseguenze negative sull'economia reale nell'immediato. A ben vedere, però, la responsabilità degli scompensi sull'economia reale non è aver iniziato a ridurre un poco la manipolazione, bensì aver *manipolato davvero troppo in passato*. Come con qualunque droga, anche la "droga" monetaria⁴⁷, una volta sospesa la somministrazione, genera crisi di astinenza, che possono essere dolorosissime: ma ritenere responsabile di tale dolorosa crisi il fatto che la sostanza che dava dipendenza non venga più assunta è un errore, perché guarda solo all'ultimo passaggio, perdendo di vista che il problema era invece la prolungata assunzione precedente.

⁴⁵ Una simile regola può tutt'al più essere considerata accettabile o necessaria nell'immediato, ma soltanto mentre si procede ad un ripensamento complessivo dell'impianto regolatorio, nel senso indicato nel testo: sostanzialmente in questi termini si esprime anche O'DRISCOLL, *The JP Morgan Caper*, ThinkMarkets, 14 maggio 2012, <http://thinkmarkets.wordpress.com/2012/05/14/the-jp-morgan-caper/#more-5357>.

⁴⁶ Oltre che, sotto un profilo diverso, dalle politiche monetarie delle banche centrali nonché, almeno secondo alcuni autori, dal sistema bancario a riserva frazionaria (su quest'ultimo aspetto, cfr. DE CARIA, *Quando il diritto altera la realtà: la manipolazione del denaro e le sue conseguenze in Usa, Regno Unito, UE e Italia*, cit.).

⁴⁷ Se parlare di "droga" monetaria, con linguaggio austriaco, può apparire affermazione estremamente provocatoria, si consideri che esattamente negli stessi termini si è espresso il presidente della Bundesbank Jens Weidmann: cfr. REIERMANN, SAUGA, SEITH, *German Central Bank Opposes Euro Strategy*, in *Spiegel Online*, <http://www.spiegel.de/international/europe/german-bundesbank-opposes-euro-crisis-strategy-a-852237.html>. Queste le sue parole: «We shouldn't underestimate the danger that central bank financing can become addictive like a drug».

E lo stesso discorso vale per le politiche di austerità, sulle quali infuria la polemica a livello scientifico e non. Ammesso che negli ordinamenti considerati si possa davvero ravvisare un inizio di politiche di *austerity*⁴⁸, è plausibile che questo possa avere conseguenze parzialmente recessive nel breve periodo: ma anche in questo caso, ciò non sembra una buona ragione per perseverare con *politiche* che hanno prodotto un'esplosione dei debiti pubblici, e quindi per rinunciare a rimuoverle.

Un'ultima osservazione fondamentale da fare è che l'invocata abolizione della gran quantità di *regole* che governano i mercati finanziari americani ed europei non determinerebbe affatto un quadro privo di diritto, quel fantomatico scenario che spesso viene denigratoriamente, e invero semplicisticamente, descritto come “*far west*” o “liberismo selvaggio”. Tutt'al contrario, si ritiene che rimuovere le regole individuate come più distorsive dell'ordinario funzionamento del mercato condurrebbe ad uno scenario in cui le regole e il diritto assumono un rinnovato ruolo di protagonista, prendendo la forma del *nomos* hayekianamente inteso. In altre parole, la riduzione del diritto di fonte legislativa non significa cioè affatto riduzione del diritto *tout court*, anzi determina semmai una restaurazione del diritto nel suo senso più alto e storicamente prevalente.

La sfida per il diritto di fronte alla crisi sembra dunque dover essere quella di rinunciare a voler predeterminare lo scopo e l'esito del processo economico, di cui è impossibile prevedere e pianificare in anticipo le evoluzioni (comprese le reazioni degli operatori economici alle alterazioni del *cosmos* ad opera della *taxis*), e concentrarsi piuttosto sul garantire l'effettività del

⁴⁸ Ciò è stato messo in dubbio dall'analisi effettuata da HIDALGO per *Cato@Liberty*, con riferimento a una serie di cruciali Paesi europei: v. rispettivamente *Looking at Austerity in Britain* (9 maggio 2012), *France* (10 maggio 2012), *Greece* (14 maggio 2012), *Italy* (16 maggio 2012), *Spain* (31 maggio 2012), and *Portugal* (2 luglio 2012). Lo studio di HIDALGO ha preso spunto dal dibattito tra DE RUGY (Show Me the ‘Savage’ Spending Cuts in Europe, Please in *National Review Online*, 7 maggio 2012, e The Debate over Austerity Continues, 8 maggio 2012) e AVENT, Yes, there is austerity, in *The Economist*, 8 maggio 2012. Una notevole fonte di confusione deriva dal fatto che la parola *austerity* viene impiegata con riferimento sia ai tagli di spesa sia agli incrementi di tassazione, due politiche però agli antipodi (su questo aspetto, sia consentito rinviare a DE CARIA, *Austerity, chi era costei?*, in *Agenda Liberale*, 28 marzo 2012, <http://www.centroeinaudi.it/agenda-liberale/1564-austerity-chi-era-costei-.html>).

rispetto di principi essenziali del *nomos*, tra cui quelli di responsabilità e di concorrenza⁴⁹.

In quest'opera, il diritto costituzionale ha un ruolo centrale da svolgere, nel suo senso originario di limite al potere, di freno alle aspirazioni dell'autorità di determinare a proprio piacimento il risultato delle spontanee interazioni sociali. A sua volta, la giustizia costituzionale è chiamata a rimediare prontamente alle violazioni di questi limiti, senza piegarsi alle pressioni dei governi dettate da esigenze di *Realpolitik*: bene fece quindi ad esempio il Tribunale Costituzionale tedesco nel celebre *Maastricht Urteil* a mettere in evidenza che l'Unione Monetaria andava intesa normativamente come una «comunità basata sulla stabilità»⁵⁰, con la conseguenza che la Germania era autorizzata ad abbandonarla qualora l'obiettivo della stabilità non fosse raggiunto⁵¹; e bene ha fatto lo stesso Tribunale a porre quanto meno dei limiti e delle condizioni alla ratifica presidenziale del Trattato sull'ESM, nella nota, recente pronuncia⁵², anche se sarebbe stato auspicabile più coraggio nel considerare la lesione del diritto di proprietà connessa ai forti rischi inflazionistici derivanti dall'ESM.

Va peraltro osservato che non sempre i giudici costituzionali hanno a disposizione i rimedi necessari a garantire l'*enforcement* dei principi fondamentali, le cui violazioni rischiano quindi di essere prive di sanzione. Nel corso dell'analisi, abbiamo visto diversi esempi di questo tipo: dai parametri di Maastricht al *Fiscal Compact*, dal divieto di finanziamento dei debiti pubblici dei Paesi membri, sostanzialmente eluso dalla BCE con il *Securities Markets Programme*⁵³, ai limiti alle competenze del Congresso federale americano, che ai sensi del Decimo Emendamento non dovrebbero andare oltre gli *enumerated*

⁴⁹ In Italia, quest'ultimo ha peraltro ricevuto indiretta tutela costituzionale nel testo dell'art. 117, come risulta dalla riforma del 2001, tramite la prescrizione del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

⁵⁰ BVerfGE 89, 155 (204).

⁵¹ Condividiamo quindi il giudizio positivo sul punto di HERDEGEN, *Monetary Union as a permanent community based on the rule of law*, EMU Watch No. 52, 23 luglio 1998, http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000011544.pdf, 3-4.

⁵² BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 settembre 2012.

⁵³ Istituito con la decisione della BCE del 14 maggio 2010, *establishing a securities market programme*, (ECB/2010/5), G.U. U.E. L 124 del 20 maggio 2010.

powers dell'Articolo I, sez. 8⁵⁴, è molto lungo l'elenco di norme la cui effettività non è sufficientemente garantita. Vi sarebbe pertanto l'urgenza di affrontare questo problema e andare in cerca di possibili soluzioni.

Purtroppo, la reazione alla crisi dei governi e delle autorità monetarie (che non si è trattata in questa sede) sembra andare in direzione opposta a quella qui auspicata. Da un lato, si ribadiscono principi fondamentali, come con il *Fiscal compact*, ma nuovamente senza curarsi di predisporre adeguati meccanismi per il loro *enforcement*; dall'altro, si investono i mercati finanziari di una nuova grandissima ondata di *thesis*, dal *Dodd-Frank Act* alle riforme di Basilea a quelle adottate in sede UE, così allontanandosi sempre di più da un ordine giuridico chiaro e duraturo nel tempo, ovvero dal *cosmos*.

Il timore è che ciò ponga le premesse per nuovi disequilibri, nuove crisi che a loro volta chiameranno ulteriore *thesis* e ulteriore *taxis*, in una spirale difficile da spezzare e potenzialmente letale per la sopravvivenza stessa del mercato e di un sistema economico fondato sulla libertà. Di fronte a questo scenario, agli studiosi non resta che denunciare con voce più chiara possibile i gravi pericoli di un simile approccio, invocarne un ripensamento, e difendere con determinazione le ragioni del *nomos* e del *cosmos*, ovvero le ragioni del diritto nel suo significato più nobile.

⁵⁴ Da questo punto di vista, alcuni autori e uomini politici sostengono l'illegittimità costituzionale dell'esistenza stessa della Fed e del suo monopolio sul denaro (con conseguente corso legale del solo denaro cartaceo), in quanto fondati su atti normativi esorbitanti rispetto ai poteri del Congresso federale: cfr. PAUL, *The Federal Reserve vs the Constitution* (dichiarazione all'udienza del *Financial Services Committee* della *House of Representatives* del 15 febbraio 2007), disponibile su <http://tenthamendmentcenter.com/2009/09/24/the-federal-reserve-vs-the-constitution/>.

**IL MECCANISMO DI ALLERTA PRECOCE E IL
CONTROLLO POLITICO DEI PARLAMENTI NAZIONALI:
UN APPROCCIO CRITICO ALLA QUESTIONE
DEMOCRATICA E AI VINCOLI IMPOSTI DAL PROCESSO
DI INTEGRAZIONE**

Giovanni Esposito

*Dottorando in Scienze Economiche e Gestionali presso il Centre
Emile Bernheim dell'Université Libre de Bruxelles*

Tomaso Ferrando

*Dottorando in Scienze Giuridiche presso
l'Istituto Science PO di Parigi*

La presente ricerca si basa su un approccio interdisciplinare e mira ad analizzare e valutare l'impatto delle innovazioni procedurali introdotte dal Trattato di Lisbona relativamente al Meccanismo di Allerta Precoce (MAP), il cui scopo è di contribuire a una più elevata "democraticità" del processo decisionale europeo. Un sistematico coinvolgimento dei PN secondo la procedura in questione favorirebbe una più diffusa armonia dell'azione di governo europea col principio di sussidiarietà, concorrendo, dunque, al superamento della tradizionale questione democratica. Il paper - attraverso un approccio critico - suggerisce, infine, di mettere in relazione la debolezza di procedure miranti a incrementare la democraticità del sistema decisionale con alcune cruciali peculiarità del modello d'integrazione alla base del progetto europeo.

Through a cross-disciplinary approach the authors provide an analysis of the large impact of the Early Warning Mechanism introduced in the Treaty of Lisbon with the goal of involving National Parliaments (NPs) in the European normative production and, consequently, contributing to a higher "democraticity" of EU decision-making process. The involvement of NPs should increase compliance with the principle of

subsidiarity and overcome the traditional democratic deficit. The paper – through a critical perspective- concludes connecting the weakness of more democratising procedures with some crucial peculiarities of the prevailing EU integration paradigm.

Sommario

1. Introduzione
2. La *parlamentarizzazione* del sistema decisionale europeo dopo il Trattato di Lisbona e la funzione del MAP
3. I parlamenti nazionali e la Commissione Europea: l'evidenza empirica
4. Un'interpretazione dei fatti alla luce del metodo europeo di integrazione
5. Conclusioni

TAVOLE

Grafici
Appendice 1
Acronimi
Bibliografia

1. Introduzione

Il Trattato di Lisbona ha formalmente integrato i Parlamenti Nazionali (PN) nella procedura legislativa ordinaria dell'UE attraverso l'introduzione del Meccanismo di Allerta Precoce (MAP), un meccanismo di controllo parlamentare in materia di sussidiarietà. Quest'innovazione procedurale, che è rinforzata da un più vigoroso diritto di informazione nei confronti dei PN, mira a una maggiore *parlamentarizzazione* del processo decisionale e ha come scopo quello di contribuire al riempimento del tradizionale vuoto democratico¹ caratterizzante le istituzioni

¹ L'espressione "deficit democratico" si riferisce generalmente alla mancanza di *accountability* e legittimità delle istituzioni democratiche dell'UE in comparazione con quelle nazionali. L'espressione originariamente viene coniata all'interno del Manifesto dei Giovani Federalisti Europei (meglio conosciuti con la sigla francese JEF - *Jeunes Européens Fédéralistes*) adottato nel 1977 in un congresso a Berlino. Nel primo capitolo del Manifesto la questione democratica è intesa come indebolimento del potere decisionale delle strutture istituzionali nazionali a vantaggio di istituzioni sopranazionali, la cui logica di funzionamento conferisce ampio potere decisionale agli esecutivi. Tale trasferimento di potere sovrano viene, comunque, ritenuto necessario a fronte della constatata interdipendenza delle economie nazionali europee. Nel primo capitolo del Manifesto infatti si legge: «To give people control over their own lives and to give the word "democracy" a meaning, fundamental changes are needed in the areas outlined above. There needs to be created institutions capable of solving European-wide problems that have escaped the control of nation-states. There needs to be a fundamental shift of power down to the lower levels, closer to the people and to the problems. There needs to be an introduction of democracy at the place of work in order to transform the labour/capital conflict, and in the local community». (*JEF Manifesto*, I capitolo). La prospettiva che soggiace dietro all'espressione "deficit democratico" che noi utilizziamo in questo lavoro si inserisce nel solco tradizionale che trova il primo tracciato nel Manifesto dei JEF e che in letteratura è stata anche definita come la "versione standard" della critica alla democrazia dell'Europa. A tal riguardo «Community and Union governance pervert the balance between executive and legislative organs of government of the State. The Member State executive branch, Government Ministers, are reconstituted in the Community as the principal legislative organ with, as noted above, an ever widening jurisdiction over increasing areas of public policy. The volume, complexity and timing of the Community decisional process makes national parliamentary control, especially in large Member States, more an illusion than a reality. In a majority decision environment, the power of national

europee sin dalla loro nascita. Il trattato tenta, allora, di stabilire un punto di equilibrio in grado di consentire «ai parlamenti nazionali di assicurare un controllo politico che garantisca che la Commissione non avvii iniziative che esulano dalle sue competenze, senza nel contempo ledere il suo diritto di iniziativa e senza rallentare il processo legislativo»².

Le nuove introduzioni in materia di sussidiarietà dovrebbero contribuire a corroborare il sistema immunitario dell'UE contro spinte centripete nella dinamica decisionale europea. All'interno del recente scenario politico ed economico, però, l'opinione pubblica d'Europa sembra proprio denunciare l'esistenza di siffatte spinte³ sottoforma di crescenti accuse di violazione da parte dell'UE della sovranità nazionale e di carenza di metodo democratico. Questo sentire dell'opinione pubblica si è, peraltro, reso manifesto negli ultimi risultati elettorali che in più stati membri hanno portato all'evidenza la crescita di forze anti-

parliaments to affect outcomes in the Council of Ministers is further reduced. The European Parliament does not offer an effective substitution», da WEILER - HALTERN - MAYER, *European democracy and its critique*, in *West European Politics*, Volume 18, n° 3, 1995, 4 ss.

Inoltre, per un approfondimento più completo dei problemi teorici del deficit democratico delle istituzioni europee si veda: KAUFMANN, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden Baden, 1997, passim. Per una rassegna relativa ai differenti aspetti problematici della questione democratica si veda: SCHMIDT, *Demokratiethorien*, III ed., Opladen, 2000, 424 ss. Per un quadro riguardante il dibattito sul deficit democratico dell'Ue si veda SANTONASTASO, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il deficit democratico delle istituzioni e della normazione dell'Ue*, Napoli, 2004. Per un punto di vista critico sulla democrazia europea: HARLOW, *Cittadini e potere politico nell'Unione europea*", in *Biblioteca della libertà*, 2000, settembre-ottobre, n. 155, 57 ss. e HARLOW, *Cittadini e potere politico nell'Unione europea*, in *Biblioteca della libertà*, 2000, settembre-ottobre, n. 156, 3 ss.. Sul rapporto tra democrazia nell'Ue e tematiche della trasparenza si veda NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, Milano 2004.

² Cfr www.Europa.eu, il sito ufficiale dell'Unione Europea.

³ A tal riguardo emblematiche sono le dichiarazioni del 5 agosto 2012 che il Primo Ministro italiano Mario Monti ha rilasciato al giornale tedesco *Der Spiegel*: «Se i governi si facessero vincolare del tutto dalle decisioni dei loro parlamenti, senza mantenere un proprio spazio di manovra» afferma, «allora una disintegrazione dell'Europa sarebbe più probabile di un'integrazione». (Cfr. http://www.corriere.it/politica/12_agosto_06/monti-spiegel-reazioni-dobrindt_886180ae-dfab-11e1-a2e0-2a62fa6322b0.shtml, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/08/05/crisi-monti-con-crisi-delleuro-leuropa-rischia-disintegrazione/317289/>)

europeiste, rendendo evidente un vuoto rappresentativo tra i cittadini e le istituzioni europee. Le innovazioni procedurali pocanzi indicate avrebbero dovuto contribuire alla prevenzione dello scollamento tra società civile e istituzioni centrali dell'Europa. In questa prospettiva, dunque, abbiamo deciso di concentrarci sul MAP e valutare l'efficacia di questo strumento posto a disposizione dei PN come supporto al rimedio della questione democratica.

La nostra ricerca è stata condotta in tre fasi. È stata dapprima realizzata una descrizione dei meccanismi procedurali del MAP, portando all'evidenza quelli che, a nostro avviso, sono i suoi punti di debolezza. Scopo principe della descrizione è stato quello di enucleare non solo gli obiettivi formali dei provvedimenti introdotti dal Trattato di Lisbona, ma anche quegli obiettivi compatibili con l'impatto verosimile che gli strumenti in questione avrebbero potuto sortire sull'assetto decisionale dell'UE; ciò è stato fatto proprio al fine di poter meglio figurare e analizzare l'impatto che le innovazioni procedurali hanno effettivamente sortito in merito alla partecipazione dei PN. La procedura prevista dal MAP, in termini formali, non incrementa di maniera rilevante il peso decisionale dei PN, verso i quali il trasferimento di potere decisionario da parte delle istituzioni europee appare essere soprattutto formale, piuttosto che sostanziale⁴. Sebbene, però, in termini formali si riscontrino miglioramenti poco incoraggianti riguardo al ruolo dei PN nell'assetto di *decision-making* dell'UE, è possibile asserire che il MAP miri comunque, da un punto di vista sostanziale, a ridurre la distanza dalle dinamiche decisionali delle istituzioni centrali dell'UE. Ciò verrebbe realizzato grazie ai nuovi strumenti procedurali, i quali, inducendo i PN verso un accresciuto grado di informazione sulle questioni europee, conferirebbe loro una maggiore capacità di integrazione nel più generale processo di formulazione delle *policies* europee (punto sul quale torneremo in dettaglio nel

⁴ Cf. DE WILDE, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, OPAL (Observatory of Parliaments after the Lisbon Treaty), OPAL Online Paper, No. 6, 2012, 4 ss. Per una posizione diversa in merito si veda: JANS - PIEDRAFITA, *The Role of National Parliaments in European Decision-Making*, EIPAScope, 2009, 19-26. Si veda anche MARTINICO, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, 649-660.

paragrafo successivo). La seconda fase analitica, invece, si rivolge alla già consolidata prassi del dialogo politico tra le istituzioni europee e i PN; l'osservazione della prassi in questione si giustifica perché considerata - come avremo modo di spiegare - simbiotica alla procedura del MAP e dunque, coerentemente con le nostre argomentazioni, in grado di approssimare una stima dell'impatto del MAP, inteso, come pocanzi detto, quale meccanismo capace di andare oltre i suoi deboli intenti formali stimolando maggiore informazione e dibattito politico nei sistemi parlamentari nazionali su quelle materie presenti nell'agenda della Commissione Europea (CE), e, quindi, migliorando i canali di dialogo tra quest'ultima e i PN (ciò proprio al fine di aumentare il grado di contribuzione dei PN al processo di definizione delle *policies* europee)⁵. La terza fase di ricerca rappresenta, invece, un momento di riflessione e interpretazione della parte empirica della nostra analisi e mira a inquadrare le considerazioni concernenti l'analisi del MAP e del dialogo politico nel più generale contesto del processo di integrazione europea. Questo momento della ricerca si giustifica in virtù del nostro approccio critico di analisi, secondo cui non è possibile concepire la comprensione della parte senza una cognizione del tutto⁶. Allo stesso modo, non è possibile comprendere le implicazioni del MAP, e la questione democratica ad esso intimamente connessa, senza avere percezione alcuna della strategia di integrazione messa in campo dall'UE. Questa

⁵ Il MAP, attraverso uno stimolo delle relazioni politiche tra la CE e i PN, permetterebbe un maggior controllo politico da parte delle assemblee rappresentative nazionali nei confronti del processo di formulazione delle politiche europee da parte della CE. Il MAP svolgerebbe, allora, una funzione complementare al dialogo politico, nella misura in cui costituisce uno strumento supplementare a disposizione dei PN per incidere nelle relazioni con la CE. A tal riguardo significativa è la *Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali*, la quale recita: "I rapporti della Commissione con i parlamenti nazionali continuano a ruotare attorno al dialogo politico di cui il meccanismo di controllo della sussidiarietà forma solo una parte".

⁶ Cf. COX, *Social forces, states, and world order: beyond international relation theory*, in *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, n. 2, 1981, 126-155; COX, *Realism, Positivism and Historicism*, (1985), in COX – SINCLAIR, *Approaches to World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, 49-59. Si veda anche: G. ESPOSITO, *I Pilastrini del Reale. R.W. Cox: una Comprensione dell'Ordine Mondiale Attraverso il Contributo della Teoria Critica*, IlFilo, Roma, 2009.

prospettiva d'analisi sposta, allora, la nostra attenzione dalle cause "micro" del fenomeno giuridico in questione a quelle "macro"⁷. Di conseguenza, per capire le ragioni della debolezza degli strumenti procedurali del MAP non ci concentriamo sulle dinamiche organizzative interne alle singole camere parlamentari⁸ (dimensione "micro"), ma ci focalizziamo sul rapporto tra strategia integrativa dell'UE e l'implementazione di procedure democratiche, di cui il MAP dovrebbe essere una manifestazione (dimensione "macro"). In questo modo, con metodo interdisciplinare, guardiamo alla discussione sul metodo democratico trattata nella letteratura sulla *governance* europea e che può essere ricondotta a Giandomenico Majone, per quanto riguarda il rapporto tra democrazia e funzione "regolatoria" dell'attività di governo dell'UE⁹, e a Wolfgang Streek¹⁰ e Fritz Scharpf¹¹, per quanto riguarda il rapporto tra *governance* e legittimità democratica. Questa fase non vuole in nessun modo reificarsi in uno studio della *governance* economica dell'Unione (questione che esula del tutto dagli intenti di questo lavoro), ma piuttosto portare all'evidenza quegli aspetti nodosi che la letteratura ha fatto emergere come rilevanti per comprendere le ragioni della debolezza degli strumenti democratici dell'UE, debolezza che in questa branca della letteratura si legittima

⁷ Per una distinzione tra approccio micro e macro al fenomeno giuridico si veda: FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Séries des Working Papers, n° 1, 2012, 6 ss.

⁸ L'analisi delle cause « micro » è altresì interessante dal momento che nell'ambito del MAP ogni camera nazionale ha piena autonomia nell'organizzazione delle procedure per l'esecuzione delle attività di scrutinio. Infatti, nella pratica, da un punto di vista organizzativo, si sono osservate plurime soluzioni procedurali che possono essere generalmente ricondotte a tre tipi: 1) scrutinio rimesso a commissioni di merito; 2) scrutinio rimesso a commissioni specializzate; e 3) procedure miste.

⁹ Cf. MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien (coll. « Clefs »), 2000.

¹⁰ Cf. STREEK, *Neo-voluntarism: A new social policy regime?*, in MARKS - SCHARPF - SCHMITTER - STREEK, *Governance in the European Union*, London: Sage, 1996, 64-94. Sempre relativamente al rapporto tra *governance* e legittimità democratica si veda anche: POLLAK., *Theorizing the European Union: International Organization, Domestic Polity, or Experiment in New Governance?*, in *Annual Review of Political Sciences*, n° 8, 2005, 357-398, special. 385 ss.

¹¹ Cf. SCHARPF, *Governing in Europe: Democratic and Effective?*, New York: Oxford University Press, 1999.

direttamente con le peculiari funzioni di *governance* dell'Unione. Nella parte conclusiva di questo *paper* gli autori sostengono, infine, che la costruzione democratica dell'Europa non dipende unicamente dall'introduzione di più ampie procedure di partecipazione periferica (come il MAP da noi analizzato), ma anche da una più profonda rivisitazione del paradigma integrativo attuato dalle istituzioni europee.

Partendo dalla suddetta struttura analitica, il *paper* si articola in quattro sezioni, delle quali le ultime due presentano un metodo politologico piuttosto che giuridico. La prima sezione entra nei dettagli del MAP, evincendo il ruolo conferito ai PN e definendo il quadro teorico sul quale verte l'analisi empirica. La seconda presenta i risultati di uno studio quantitativo volto a valutare l'efficacia dell'impatto del MAP sul grado di coinvolgimento dei PN nel processo decisionale. La sezione terza interpreta l'evidenza empirica alla luce dei contributi provenienti dal panorama della letteratura sulla *governance* europea (come pocanzi individuata). L'ultima sezione, infine, conclude il lavoro riassumendo i risultati progressivi raccolti nel corso dell'analisi, proponendo spunti riflessivi e piste di ricerca per futuri lavori.

Teniamo a specificare, inoltre, che la prospettiva teorica assunta dal nostro lavoro si basa anche su quelle analisi critiche che una parte della letteratura ha fatto del progetto di integrazione europea¹², secondo le quali l'UE viene concepita come una complessa struttura di *governance* composta da due differenti sistemi di governo che tendono, però, sempre più verso l'unicità e la centralizzazione: quello europeo e quello nazionale. Secondo tale approccio, che appare compatibile con l'attuale andamento della zona euro e con l'intensificazione della crisi dello stato sociale in molti dei ventisette paesi¹⁵, si può infatti

¹² Relativamente ad una lettura critica del processo di integrazione europeo si veda: MILIOS, *European Integration as a Vehicle of Neoliberal Hegemony*, in Saad and Johnston (eds), *Neoliberalism. A Critical Reader*, Pluto Press, 2005; STOREY, *The European Project: Dismantling the Social Model, Globalizing Neoliberalism*, in *Irish Review*, 34, 2006; BASTIAN VAN APeldoorn, *Transnational Capitalism and the Struggle over European Integration*, New York: Routledge, 2002; HERMANN, *Neoliberalism in the European Union*, in *Studies in Political Economy*, Vol. 79, pp. 61-90, 2006; BASTIAN VAN APeldoorn – DRAHOKUPIL - HORN, *Contradictions and Limits of Neoliberal European Governance: From Lisbon to Lisbon*, Palgrave McMillan, 2008.

¹⁵ Cf. STOREY, *The European Project: Dismantling the Social Model, Globalizing Neoliberalism*, cit.

affermare che l'originaria struttura di *governance* fondata sul dualismo e il dialogo, si è trasformata in qualcosa di diverso¹⁴. Questa prospettiva teorica, sostiene che l'originaria architettura internazionale fondata sul dialogo orizzontale e verticale tra stati ed istituzioni, dopo aver assunto caratteristiche marcatamente sopranazionali, ha sostituito il confronto interno con il dialogo tra istituzioni ed attori ad esse esterni, e ha proceduto ad una significativa riduzione del processo di interazione centro-periferie. Inoltre, la letteratura in questione suggerisce come proprio la creazione del mercato unico ha prodotto la necessità di gestire attraverso un unico attore sopranazionale la partecipazione dell'Europa nel processo di globalizzazione economica¹⁵, obiettivo che viene realizzato attraverso la compressione dei livelli di governo periferici nel nucleo istituzionale. La stessa strategia integrativa, basata principalmente su un approccio di matrice funzionalista, non sembra aver definito pienamente come propria priorità l'implementazione di un metodo democratico che favorisse un adeguato dialogo tra istituzioni europee, stati membri e società civile; piuttosto pare che si sia concentrata sulla regolazione del mercato unico europeo attraverso un *modus govrenandi* in cui indiscussa è la centralità di una classe di governo composta da “esperti al riparo da qualsiasi logica elettorale e qualsiasi pressione politica e nazionale (*TdA*)”¹⁶. Tale circostanza ha fatto sì che la strategia di governo europea ponesse l'accento su un metodo integrativo in cui l'efficienza della scelta avesse priorità

¹⁴ BASTIAN VAN APELDOORN – DRAHOKUPIL - HORN, *Contradictions and Limits of Neoliberal European Governance: From Lisbon to Lisbon*, cit.

¹⁵ Rispetto al rapporto tra globalizzazione economica e democratizzazione dei processi decisionali a livello internazionale si veda: COX, *Globalization, Multilateralism, and Democracy*, (1992), in COX – SINCLAIR, *Approaches to World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, 524-535. COX, *An Alternative Approach to Multilateralism for the Twenty-first Century*, in *Global Governance*, 1997, vol. 3, n. 1, 106-107. Si veda anche: G. ESPOSITO, *I Pilastrini del Reale. R.W. Cox: una Comprensione dell'Ordine Mondiale Attraverso il Contributo della Teoria Critica*, cit., 49 e ss.

¹⁶ COSTA - BRACK, *Le fonctionnement de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011, 128 ss. Relativamente alla funzionalità dell'indipendenza della classe di governo europea da pressioni di natura politica rispetto al ruolo “regolatorio” dell'UE si veda: MAJONE, *Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity*, in *ELR*, 8/3, 2002, 319-339; MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, cit.

sulla scelta democratica, e ciò con rilevanti implicazioni per tutti quei progetti di riforma del corpo istituzionale dell'UE verso meccanismi decisionali più democratici. Pertanto, solo adottando una prospettiva "macro" e capendo la struttura del processo di integrazione dell'UE è possibile pienamente concepire la portata e il senso di innovazioni procedurali quali il MAP da noi analizzato. Infatti, "i problemi strutturali di democrazia a livello europeo e la debole legittimazione fornita dal Parlamento Europeo rendono l'Unione Europea un candidato ideale nella realizzazione di politiche regolatorie orientate all'efficienza"¹⁷ (*TdA*). E, apparentemente, più la risposta deve essere efficiente, meno sarà equa e democratica.

2. La *parlamentarizzazione* del sistema decisionale europeo dopo il Trattato di Lisbona e la funzione del MAP

Nel corso degli anni l'architettura istituzionale dell'UE ha subito numerosi apporti integrativi volti a risolvere la questione del deficit democratico. La *parlamentarizzazione* dell'attività decisionale europea rappresenta la direzione maestra seguita dagli stati membri, i quali hanno soprattutto mirato a due obiettivi di riforma¹⁸: il potenziamento del Parlamento Europeo (PE)¹⁹ e l'incremento del ruolo partecipativo dei PN²⁰. Sebbene il

¹⁷ JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, Giugno 2001, Vol. 39, No 2, 253 ss.

¹⁸ Un altro strumento di democratizzazione è anche il coinvolgimento di attori non istituzionali. Il ruolo giocato da quest'ultima tipologia di attori si concretizza spesso nell'attività delle *lobbies*, le quali, però, sono da concepirsi come un supporto in grado di orientare l'attività normativa dell'EU, piuttosto che un sostituto *tout-court* delle assemblee rappresentative.

¹⁹ Il PE e il Consiglio dell'Unione Europea hanno lo stesso peso unicamente all'interno della procedura legislativa ordinaria. Ciò significa che l'attività normativa europea non soggetta a questi meccanismi legiferativi si caratterizza per una scarsa partecipazione del PE. Inoltre, la CE resta sempre e comunque il principale detentore di iniziativa legislativa (art. 17, TUE). È dunque evidente che un'assemblea parlamentare senza il potere di iniziativa legislativa è lontanamente distante dalle prerogative tipiche di un tradizionale corpo assembleare rappresentativo del popolo. L'esclusione del PE dalla facoltà di iniziativa legislativa è addirittura più pericoloso nel caso del sistema istituzionale dell'UE, dove la CE – differentemente dai sistemi di governo nazionali – non conserva necessariamente lo stesso orientamento politico del

peso istituzionale del PE sia progressivamente aumentato, la partecipazione elettorale dei cittadini europei nella scelta dei loro rappresentanti è continuamente diminuita; di fatto, i dati relativi all'afflusso alle elezioni dimostrano una scarsa confidenza degli elettori nella capacità rappresentativa dell'assemblea popolare europea²¹. Per questo motivo, l'operato del PE è stato affiancato dalla creazione di un *network* parlamentare europeo volto ad avvicinare i singoli PN all'attività decisionale dell'UE. Una prima soluzione coerente con questa prospettiva è stato lo sviluppo della cooperazione inter-parlamentare, la quale è stata promossa per mezzo dell'istituzione di diversi organi volti a favorire lo scambio di informazioni non solo tra i PN, ma anche tra questi e il PE. Questi organi, però, hanno sempre svolto un ruolo consultivo (piuttosto che di decisione) e non vincolante nei confronti delle istituzioni centrali dell'Europa. Tra le più recenti misure adottate per *parlamentarizzare* il sistema, rilevanti sono quelle miranti al diretto coinvolgimento dei PN nella procedura legislativa ordinaria. Il Trattato di Lisbona, in vigore dal 2009, è l'ultima tappa di questo processo. Esso espande il ruolo dei PN, incrementando la loro influenza istituzionale e proiettandoli senza alcuna intermediazione (nemmeno dei propri governi

PE. Cfr BASSANINI, TIBERI, *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2010, 19 ss.

²⁰ In merito alla funzione di diminuzione del deficit democratico che eserciterebbe la connessione del controllo "ex ante" del principio di sussidiarietà ai Parlamenti nazionali si veda GRECO, *La divisione delle competenze tra Unione e Stati membri*, nella Conferenza tenuta su "Il ruolo dei poteri regionali e locali nell'Unione: Federalismo e sussidiarietà in Europa allargata", Torino, 28 marzo 2004, reperibile sul sito su <http://www.europa2004.it/>. Di tale avviso anche RIVOSECCHI, *Le assemblee legislative regionali nel processo decisionale europeo*, relazione presentata al Convegno "I Parlamenti nel processo decisionale europeo. Un confronto tra Parlamento europeo, Parlamento italiano e Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna", tenuto a Bologna, 28 settembre 2009, reperibile sul sito <http://www.forumcostituzionale.it/site/>.

Inoltre, relativamente alla tesi secondo cui la democraticità dell'UE sarebbe favorita da una maggiore democrazia parlamentare degli stati membri si veda RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, 1999; e per una critica della stessa si veda invece OETER, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der Verfassungsentwicklung der EU*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1995, 659 ss.

²¹ I dati relativi alla partecipazione alle elezioni europee sono disponibili sul sito del PE all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/000cdcd9d4/Turnout-\(1979-2009\).html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/000cdcd9d4/Turnout-(1979-2009).html) (consultato il 10-VIII-2012).

nazionali) nella procedura legislativa europea, rispetto alla quale godono del diritto di scrutinio nei confronti delle proposte legislative adottate dalla CE o da qualsiasi altro promotore. All'interno del novellato contesto ordinamentale che investe il funzionamento dell'UE vanno a collocarsi le innovazioni normative apportate in merito al ruolo dei PN. Questi ultimi vedono sviluppare nuovi canali relazionali che li interfacciano direttamente con le istituzioni europee, e ciò appare chiaramente dal dettato del Titolo I TUE. All'art. 5 TUE si definiscono il principio di attribuzione, il principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità come parametri di limitazione astratta del raggio d'azione dell'UE nello svolgimento dei propri compiti (secondo l'articolazione delle competenze). Il principio di attribuzione garantisce che l'Unione operi *«esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti e che qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri»*²². Definito, dunque, lo spazio operativo delle istituzioni europee (tracciandone i confini), il trattato descrive l'intensità del loro intervento coniugandola nelle vesti del principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Il primo appare ben specificato al paragrafo 3 del medesimo articolo dove si evidenzia come l'intervento dell'UE nei settori che non sono di sua competenza esclusiva si realizzi soltanto laddove il conseguimento degli obiettivi sia non sufficientemente raggiungibile sul piano nazionale (nei suoi diversi livelli di governo centrale, regionale e locale). Scorrendo poi il paragrafo, al secondo capoverso, leggiamo: *«Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo»*. Incontriamo allora una prima menzione delle assemblee nazionali, il cui ruolo appare ben definito e appositamente disciplinato sul piano procedurale del loro intervento dal Protocollo 2°. Quest'ultimo delinea, inoltre, la normativa di riferimento anche per quanto riguarda il principio di proporzionalità, il cui scopo è quello di armonizzare la portata degli interventi dell'Unione con l'obiettivo che si intende

²² TUE, art. 5, par. 2.

perseguire, evitando che squilibri nelle misure adoperate inducano ad eccessi lesivi della sovranità nazionale. Un'ulteriore menzione dei PN la ritroviamo direttamente al Titolo II del TUE (*Disposizioni Relative Ai Principi Democratici*), che appare essere una sorta di risposta a tutte quelle critiche che hanno portato all'attenzione delle istituzioni europee la sua intrinseca deficienza democratica. Di fatto l'articolo 10, per mezzo di una serie di passaggi pressoché sillogistici, rivendica la natura democratica dell'UE sottolineando come essa si fonda sulla democrazia rappresentativa (parag. 1), che si estrinseca istituzionalmente non solo nel PE, ma anche nel Consiglio, il quale opera in rappresentanza degli stati membri che vi siedono per mezzo dei *rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini*²⁵. L'articolo in questione sembra sottolineare come la legittimazione sovranazionale dell'UE provenga dalle volontà di Governi democraticamente eletti sul territorio nazionale; di conseguenza, oltre alla legittimazione di natura intergovernativa dell'UE, si mette in luce – per via di un principio che potremmo definire di “transitività della scelta democratica”- anche una sua legittimazione democratica. Analoga funzione rievocativa della vocazione democratica dell'Unione assume il successivo articolo 11 che affianca al principio di democrazia rappresentativa del precedente articolo quello di democrazia partecipativa (si prospettano strumenti di democrazia diretta) e quello di trasparenza dell'azione pubblica. Il ruolo giocato dalle assemblee nazionali nel meccanismo generale di *decision-making* viene, però, suggellato all'art. 12 che recita: «*i parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione*»; l'avverbio utilizzato nel testo (“attivamente”) qualifica l'identità del contributo delle assemblee nazionali e trova una specificazione nelle attività che competono ai parlamenti medesimi in una lista successiva che definisce i loro spazi operativi. L'articolo sembra attribuire ai PN un ruolo del tutto strumentale a quell'insieme di principi democratici di cui il Titolo II è messaggero. Le assemblee elettive degli stati membri diventano interlocutori diretti delle istituzioni europee (e in particolar modo della CE), acquisendo un ruolo formalmente

²⁵ TUE, art. 10, par. 2.

indipendente dal Governo dello Stato membro cui appartengono. È proprio questo forse uno degli effetti più innovativi derivanti dalle disposizioni introdotte da Lisbona e cioè di aver formalizzato un rapporto diretto (e non più mediato quindi dai rispettivi Governi) fra le Istituzioni dell'Unione europea ed i PN, codificando così parzialmente quella prassi (inizialmente chiamata “Procedura Barroso”, e oggi più semplicemente definita di “dialogo politico”), già *de facto* seguita dalla CE, di coinvolgerli nella formazione del processo legislativo dell'Unione²⁴. Il meccanismo procedurale principe che assicura la stabilità di questo rapporto diretto è il MAP, il quale, come specificheremo meglio nelle fasi successive della nostra analisi, deve essere meglio concepito come uno strumento di supporto alla più larga prassi del dialogo politico. Come la stessa CE ha affermato, il meccanismo di controllo in materia di sussidiarietà e il dialogo politico rappresentano le due facce della stessa medaglia, dal momento che il principio di sussidiarietà fa parte di una più ampia relazione politica tra la CE e i PN²⁵.

Il MAP rientra all'interno di una procedura rigidamente strutturata e disciplinata in tutte le proprie fasi dal testo del Protocollo 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Ai fini della procedura in questione per “progetto di atto legislativo europeo” si intende la proposta della CE, l'iniziativa di un gruppo di Stati membri, l'iniziativa del PE, la richiesta della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la raccomandazione della Banca centrale europea e la richiesta della Banca europea per gli investimenti, dirette all'adozione di un atto legislativo europeo²⁶. Le pocanzi dette istituzioni (e per semplicità ci riferiremo esclusivamente alla CE, dal momento che è il principale promotore dell'iniziativa legislativa europea) devono motivare ogni progetto di atto legislativo con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità²⁷. La CE trasmette

²⁴ Cfr. CAPUANO, *Il senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea, in Amministrazione in Cammino*: http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuano_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf, 2010 (consultato il 10-VIII-2012).

²⁵ Cf. CALRE (Conference Of European Regional Legislative Assemblies), *Declaration of L'Aquila, 25–26 Novembre 2011*, 7.

²⁶ TUE, Protocollo 2, art. 3.

²⁷ TUE, Protocollo 2, art. 5.

ogni progetto di atto legislativo ai PN, i quali dispongono di otto settimane nell'arco delle quali espletano il controllo di sussidiarietà e inviano, a loro volta, pareri motivati alla CE. I pareri motivati denunciando una violazione del principio in questione vengono contati in virtù di una norma di calcolo che assegna a ogni singolo PN due voti: nei sistemi parlamentari bicamerali ogni camera dispone di un voto, mentre nei sistemi monocamerali ambo i voti spettano all'unica camera. A seconda del *quorum* raggiunto dai voti il MAP intraprende due diversi percorsi procedurali. Il primo è la c.d. procedura di "cartellino giallo", che viene innescata nel momento in cui il *quorum* è pari a un terzo dei voti attribuiti ai PN (un quarto se il progetto di atto legislativo riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia). In tal caso, l'atto deve essere riesaminato dalla CE, la quale, tenendo nella dovuta considerazione le eccezioni sollevate dai PN, decide se ritirare, modificare o mantenere il progetto iniziale; tale decisione deve essere motivata²⁸. Il secondo è, invece, la c.d. procedura di "cartellino arancione", la quale scatta nel caso in cui, contestualmente alla procedura legislativa ordinaria²⁹, il *quorum* raggiunto sia pari alla maggioranza semplice dei voti attribuiti ai PN. In questo caso pende sempre in capo alla CE l'obbligo di riesaminare il progetto, considerando le obiezioni delle singole camere parlamentari nazionali, e di decidere, motivando, se ritirarlo, modificarlo o mantenerlo. Nel momento in cui la CE opta per il mantenimento del progetto, si apre un'ulteriore fase di controllo che coinvolge il legislatore europeo (il PE e il Consiglio) e che si compone di due momenti: 1) il legislatore esamina il progetto di atto legislativo prestando attenzione non solo ai pareri motivati dei PN, ma anche alle motivazioni della CE, e ciò allo scopo di valutare accuratamente se persiste o meno una violazione del principio di sussidiarietà;

²⁸ TUE, Protocollo 2, art. 7, par. 2.

²⁹ La procedura di "cartellino arancione" viene attivata esclusivamente in via contestuale alla procedura legislativa ordinaria, nella quale Consiglio e PE partecipano congiuntamente. Ciò è coerente con quelli che sono meccanismi interni di questa procedura, che prevede un controllo di sussidiarietà supplementare da parte del PE e del Consiglio. Questi ultimi, infatti, non "co-decidono" nel caso delle procedure legislative speciali. Non è concepibile, dunque, un controllo aggravato di sussidiarietà del tipo "cartellino arancione" in procedure diverse da quella ordinaria, poiché è l'unica in cui PE e Consiglio partecipano congiuntamente.

2) il legislatore vota determinando le sorti del progetto di atto legislativo in merito al suo ritiro o inoltrò rispetto al normale *iter legis*³⁰.

In breve, il MAP consta di due percorsi procedurali alternativi: il primo, attivato dal *quorum* di un terzo e che si suole definire procedura di “cartellino giallo” dal momento che forza la CE a rivedere l’atto, ma non a ritirarlo; il secondo, attivato dal *quorum* della suddetta maggioranza semplice e che si suole definire di “cartellino arancione” dal momento che, attraverso il PE e il Consiglio, “può” forzare la CE a ritirare l’atto. Il MAP dispone, infine, di un ultimo strumento disciplinato all’articolo 8 del medesimo protocollo, grazie al quale la Corte di Giustizia dell’UE è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione del principio di sussidiarietà proposti da uno Stato membro, o trasmessi da quest’ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo PN o di una camera di detto PN (nulla dice il protocollo in merito all’obbligatorietà dell’azione dello Stato Membro rispetto alla richiesta del proprio PN).

Tre critiche emergono a questo stadio dell’analisi. 1) Come già una parte della letteratura ha sostenuto³¹, i PN nel loro

³⁰ L’art.7, par. 3 del TEU recita: «*se, a maggioranza del 55 % dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame.*»

³¹ “A dimostrazione di quanto sia complicato utilizzare le misure procedurali previste dal Protocollo n. 2 per il controllo del principio di sussidiarietà – per motivi di natura logistica, mancanza di incentivi per gli attori e le debolezze intrinseche all’*early warning mechanism* (EAM) – dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, segnaliamo un solo e recentissimo caso in cui è stata raggiunta la soglia per l’attivazione del ‘yellow card’ (1/3 dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali), secondo quanto previsto dagli artt. 6 e 7 del Prot.” (RUSSO, *Il Controllo Politico Sul Principio Di Sussidiarietà Europea: «Prove Tecniche» Per Un Dialogo Interparlamentare Nello Scenario Post-Lisbona*, in *Federalismi.it-Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, Ottobre 2012. E ancora «Sostengo che il MAP non sia efficace. Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore nel dicembre del 2009. Nell’arco di due anni e mezzo la soglia per l’innescò del cartellino giallo è stata raggiunta una sola volta» (DE WILDE, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, cit). Si veda anche KIIVER, *The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliaments as a Conseil d’Etat for Europe*, in *European Law Review*, 2011, 98-109. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity*, in *Constitutional Theory and Empirical Reality*, London: Routledge, 2012.

insieme difficilmente sembrano disporre di una capacità organizzativa tale per poter agevolmente utilizzare le misure procedurali previste dal Protocollo 2³². 2) La procedura di “cartellino arancione”, che garantisce il più profondo controllo di sussidiarietà, non opera nei riguardi della procedura legislativa speciale, la cui peculiarità è che le leggi e le leggi quadro possono essere adottate dal solo Consiglio oppure, ma molto più raramente, dal solo PE³⁵; di fatto, la nozione di “procedura legislativa speciale” ricopre un’insieme eterogeneo di procedure specifiche, la cui ragion d’essere è limitare l’influenza del PE³⁴. Una conseguenza evidente è che la procedura per un più accurato controllo di sussidiarietà non può essere innescata proprio in quei casi in cui, più frequentemente, l’assemblea rappresentativa dei cittadini europei non partecipa pienamente all’*iter legis*. 3) Infine, sono riscontrabili ambiguità nel testo del Protocollo 2, il quale, in merito alla procedura di “cartellino arancione”, parla della maggioranza semplice dei voti attribuiti ai PN³⁵. In effetti, sembra proprio che la maggioranza in questione debba calcolarsi come porzione della totalità dei voti ripartiti tra ciascuna delle assemblee elettive nazionali, piuttosto che sulla porzione dei votanti. Si tratterebbe allora di una maggioranza assoluta, pari a ventotto voti sui cinquantaquattro ripartiti tra tutte le camere dei

³² Ad oggi un solo recentissimo caso ha interessato l’inesco delle procedure del MAP. Infatti, il 22 maggio 2012, i PN con un totale di 19 voti (sette Parlamenti monocamerali e cinque camere di Parlamenti) hanno adottato pareri ‘negativi’ in relazione alla “proposta di regolamento del Consiglio sull’esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi” (COM (2012) 130). Al punto 3.3. della proposta in questione (Principi di sussidiarietà e proporzionalità), si dice che l’obiettivo perseguito dal Regolamento è quello di “chiarire i principi generali e le norme dell’UE applicabili all’esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni sindacali nel quadro della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, compresa l’esigenza di conciliare le due cose nella pratica in situazioni transfrontaliere”. Secondo la CE, tale obiettivo necessita di “un’azione a livello di UE e non può essere conseguito dagli Stati membri da soli”. La CE ha poi ritirato la proposta prendendo atto delle motivazioni rispetto all’efficacia della direttiva in questione.

³³ Cf DONY, *Droit de l’Union européenne*, Editions de l’Université de Bruxelles, III edizione, Bruxelles, 2010, § 327.

³⁴ COSTA - BRACK, *Le fonctionnement de l’Union européenne*, cit., 166.

³⁵ TEU, Protocollo 2, art. 7, par. 3.

PN europei, una soglia ben più alta di una semplice maggioranza, che renderebbe ancora più complessa l'attivazione del MAP⁵⁶.

Il coinvolgimento dei PN attraverso il MAP, diversamente da quanto delineato nel disposto del Trattato di Lisbona, non pare garantire un robusto trasferimento di potere decisionale da parte delle istituzioni europee. Anche se non è nostra intenzione sostenere che la semplice partecipazione procedurale sarebbe capace di produrre automaticamente un aumento di legittimità democratica e colmare il gap che caratterizza l'attuale struttura europea, rimane comunque rilevante la divergenza tra l'obiettivo della riforma di Lisbona e la realtà sottostante. Infatti, per quanto concerne la "quantità" di potere decisionale spostato in capo ai PN, le previsioni del trattato appaiono non sufficientemente coraggiose⁵⁷ dal momento che non fanno altro che rinforzare il ruolo consultivo degli stessi e il loro diritto di chiedere ai rispettivi governi nazionali di adire alla Corte di Giustizia per l'annullamento di un atto approvato in violazione del principio di sussidiarietà. Si tratta in definitiva di un potere qualitativamente negativo, nel senso che il MAP conferisce loro esclusivamente gli strumenti per predisporre un blocco potenziale del progetto di atto legislativo. Inoltre, i PN non dispongono di nessun potere vincolante in grado di influenzare direttamente il processo decisionale europeo. In termini di autorità conferita le nuove procedure manifestano un trasferimento di potere formale con scarso carattere sostanziale⁵⁸.

⁵⁶ Si veda: KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, 77-83

⁵⁷ Non si ignora in questa sede il ruolo dei Parlamenti Nazionali nella procedura di revisione dei trattati, così come delineato dal Trattato di Lisbona, in virtù del quale (riprendendo quanto già previsto dal precedente Trattato Costituzionale) la procedura ordinaria consolida il metodo della Convenzione, un organo *ad hoc* convocato dal Presidente del Consiglio europeo e di cui fanno parte di diritto anche i rappresentanti dei PN. Ad ogni modo, il coinvolgimento delle periferie nella ridefinizione di norme base del quadro istituzionale, per quanto auspicabile e benvenuto, non può oscurare la mancanza di una vera e propria interazione e compartecipazione nella gestione quotidiana del sistema europeo.

⁵⁸ Cfr. KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit. Si veda anche: RAUNIO, *Destined for Irrelevance? Subsidiarity Control by National Parliaments*, Europe Working Paper, Real Instituto Elcano, 36, 2010, 1-19.

Data la debolezza decisionale del MAP, occorre però capire quale sia il significato che esso riveste rispetto all'assetto decisionale europeo e ciò per meglio comprendere la portata del suo impatto sul processo di *decision-making*. Questo aspetto, di fatto, è rilevante per comprendere non solo come teorizzare tale impatto, ma anche per valutare il successo o meno della procedura in questione³⁹.

Una più larga prospettiva sulla funzione del MAP ci permetterebbe, allora, di interpretare diversamente le previsioni in questione del Trattato di Lisbona, il cui obiettivo non sarebbe l'istituzionalizzazione di un meccanismo di partecipazione attiva ed effettiva delle periferie nei processi decisionali centralizzati, quanto piuttosto l'istituzionalizzazione di un vettore relazionale tra la CE e i PN che ne riduca le distanze e corrobori i canali di confronto già esistenti (come ad esempio il dialogo politico) in modo tale che le assemblee legislative nazionali dispongano di un ulteriore strumento di influenza. È proprio questa prospettiva che ci consente di concepire il largo impatto che il MAP può potenzialmente esercitare sulla globalità del processo decisionale, impatto che andrebbe oltre il formale potenziamento della funzione decisionale dei PN nella procedura legislativa ordinaria dell'UE⁴⁰, ma che comunque si sostanzierebbe nell'intento di accrescere l'influenza di essi sul centro istituzionale.

Di fatto, tenendo in dovuta considerazione la debolezza del potere decisionale trasferito in capo ai PN e cercando di

³⁹ Rispetto alla questione della funzione del MAP e dell'importanza di capire il suo impatto verosimile si veda: COOPER, *A Virtual Third Chamber for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon*, *West European Politics*, 2012, Vol. 35, Number 3.

⁴⁰ Sottolineiamo che l'opinione degli studiosi è divisa in merito alla *ratio* ultima del MAP e al suo impatto reale sul sistema decisionale, mentre invece accordo si riscontra sul fatto che esso miri al potenziamento della capacità di influenza dei PN sulle istituzioni centrali dell'UE (Cfr. COOPER, *A Virtual Third Chamber for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon*, cit.). Noi scegliamo proprio di valutare l'impatto del MAP in relazione alla sua capacità di influenza, e specificatamente influenza politica, e il canale relazionale che osserviamo è il dialogo politico dal momento che, come sostenuto in più fonti istituzionali dell'UE, il MAP è uno strumento del tutto complementare al dialogo politico, del quale il MAP rappresenterebbe solo una parte (Cfr. *Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali*, 5).

intravedere l' "obiettivo latente" delle disposizioni del trattato, è possibile affermare che l'impatto ultimo non riguardi tanto la componente direttamente decisionale dei PN nella sola fase legislativa (poiché se così fosse il MAP apparirebbe molto debole)⁴¹, quanto piuttosto l'aumento della loro capacità di influenza sulla CE. Quest'aumento sarebbe indotto dalla disponibilità di un nuovo strumento procedurale che, portando a una maggiore presenza delle questioni europee nel dibattito politico nazionale, favorirebbe il grado di informazione dei PN sulle questioni europee e stimolerebbe un maggior confronto con le istituzioni dell'Europa. Come anche Kiiver suggerisce, il MAP sopperirebbe alle proprie debolezze riuscendo a innescare una maggiore "politicizzazione" delle questioni EU nei sistemi parlamentari nazionali⁴² e incrementando, in questo modo, lo stimolo a instaurare un confronto con la CE su quelle questioni. Secondo questa prospettiva, la discrasia esistente tra l'intento formale del MAP e la sua reale capacità d'impatto sulle dinamiche decisionali dell'UE viene risolta estendendone il dominio di ricaduta. Tale estensione permette di superare un certo *impasse* teorico e di intravedere quel più largo impatto che il MAP può potenzialmente sortire sulla totalità del processo decisionale, consentendo di arricchire di senso il MAP, che, sebbene debole in termini di potere decisorio trasferito verso i PN, appare rinvigorito della sua più ampia capacità di indurre un più largo dibattito delle questioni europee nei sistemi parlamentari nazionali e, conseguentemente, anche verso una più profonda relazione politica tra livello istituzionale nazionale e sopranazionale. Quest'interpretazione del MAP ci consente di capire quale sia il percorso attraverso cui le procedure in

⁴¹ Poiché se così fosse sarebbe estremamente debole.

⁴² Con il termine politicizzazione si intende, dunque, la produzione di dibattito politico a livello nazionale. Riguardo alla capacità del MAP di stimolare una maggiore "politicizzazione" delle questioni europee nei sistemi parlamentari nazionali. Si legge: «Possiamo ricordare, comunque, che ciò che rende i parlamentari riluttanti nell'investire tempo e risorse nell'esame delle questioni europee è dovuto in larga misura all'assenza di incentivi [...]. La chiave, allora, è quella di stimolare e provocare una politicizzazione delle questioni europee laddove ciò sia possibile. Questo può essere fatto portando il coinvolgimento parlamentare all'ordine del giorno e rendendo imbarazzante per i parlamentari *non* usare gli strumenti legali a loro disposizione per prendere parte alle dinamiche decisionali sopranazionali» (*TdA*) (KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit., 82).

questione possono reificarsi in un'accresciuta influenza⁴⁵ (politica) delle periferie nazionali sul centro europeo. Il largo impatto del MAP – inteso come meccanismo volto a riavvicinare i due livelli di governo attraverso una maggiore consapevolezza politica da parte dei PN delle dinamiche di governo europee – non si riduce, dunque, esclusivamente alle relazioni tra i PN e la CE contestualmente all'attività di produzione legislativa europea (suo obiettivo formalmente dichiarato), ma si estende al processo di contribuzione dei PN alla formulazione delle *policies* europee⁴⁴. Il MAP si definirebbe allora di maniera complementare e funzionale a un più ampio e dinamico dialogo politico tra i PN e la CE. Della stessa opinione anche la *Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali*, la quale recita: «I rapporti della Commissione con i parlamenti nazionali continuano a ruotare attorno al dialogo politico di cui il meccanismo di controllo della sussidiarietà forma solo una parte»⁴⁵. Secondo tale punto di vista, allora, «quel che insomma la Commissione sollecita ai parlamenti nazionali è sempre una valutazione complessiva delle sue proposte. La sussidiarietà, negli auspici della Commissione, dovrebbe divenire un – semplice ed eventuale – profilo della più generale valutazione inviata dai parlamenti nazionali»⁴⁶. Ciò, oltretutto, sarebbe coerente con lo squisito ruolo politico dei PN

⁴⁵ Come già detto, non può negarsi che la funzione basilare del MAP sia quella di accrescere l'influenza dei PN sui processi decisionali delle istituzioni europee. (Cfr. COOPER, *A Virtual Third Chamber for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon*, cit.)

⁴⁴ Questa considerazione è rilevante per l'analisi empirica condotta nel paragrafo successivo, la quale, nella valutazione analisi del dialogo politico, non si concentra esclusivamente sugli scrutini parlamentari delle proposte legislative della CE, ma considera anche l'insieme di tutti i documenti di consultazione. Di fatto nostro scopo è capire l'apporto globale dei PN, e la loro partecipazione, nelle diversi fasi di decisione della CE (e dunque anche nella fase di consultazione). Questa prospettiva si coniuga anche con le Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del giugno 2006, le quali accolgono "con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche".

⁴⁵ *Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali*, 5.

⁴⁶ GIANNITI, *Il Ruolo dei Parlamenti Nazionali*, in BASSANINI - TIBERI, *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, cit., 177-178.

(che non possono ridursi a semplici *watch-dogs* del principio di sussidiarietà), e, come già detto, complementare al debole rafforzamento della posizione decisionale dei PN in seno al MAP.

Questo modo di interpretare le innovazioni normative è coerente con la prassi sviluppatasi a partire dal giugno 2006 con una decisione del Consiglio Europeo dello stesso anno, avente lo scopo di instaurare un canale di relazione *politica* tra i PN e la CE⁴⁷. Tale prassi, che si chiama per l'appunto dialogo politico, si basa sull'impegno della CE a inviare ai PN non solo i progetti di atto legislativo, ma anche la totalità dei documenti consultativi prodotti, chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri. Contestualmente al dialogo politico le assemblee elettive nazionali non si pronunciano esclusivamente in materia di sussidiarietà (peculiarità del MAP), bensì manifestano una più ampia opinione che entra nel merito del contenuto degli atti ricevuti. In quest'ottica il dialogo politico può considerarsi come una sorta di contenitore, all'interno del quale si estrinsecano diversi vettori relazionali tra i PN e la CE; tra questi vettori il MAP si concentra nello specifico sull'aspetto della sussidiarietà. Possiamo altresì concepire la relazione tra PN e CE come imperniata sul dialogo politico e quando quest'ultimo interessa il principio di sussidiarietà tale dialogo deve condursi e strutturarsi secondo le regole del MAP. La relazione tra MAP e dialogo politico si risolverebbe, allora, secondo il rapporto di *species* a *genus*, laddove il MAP consisterebbe in una specificazione procedurale del *generale* dialogo politico⁴⁸. Quest'ultimo,

⁴⁷ «Il Consiglio europeo prende atto dell'interdipendenza tra il processo legislativo europeo e quelli nazionali. Pertanto accoglie con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche. La Commissione è invitata a prendere in debita considerazione le osservazioni dei parlamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali sono incoraggiati a rafforzare la cooperazione nel quadro della Conferenza delle commissioni per gli affari europei (COSAC) all'atto del monitoraggio della sussidiarietà.» (Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles, 15 – 16 giugno 2006, par. d, p.to 37).

⁴⁸ Anche Luigi Gianniti nel interrogarsi sulla portata degli effetti del MAP, riconduce quest'ultimo al dialogo politico: “Quale sarà l'effetto di questo complesso di discipline sul procedimento decisionale europeo? Qualche elemento può ricavarsi da una prassi che si è andata sviluppando a partire da

dunque, rappresenta «un'interlocuzione con le istituzioni dell'Unione, svincolata ma non esclusa dal termine di otto settimane previsto per l'esame di sussidiarietà, per rappresentare i punti politici fondamentali, di cui le Istituzioni europee potranno tenere conto nella definizione delle politiche»⁴⁹, mentre il MAP si sostanzia, in una particolare «interlocuzione preliminare con le istituzioni dell'Unione, per rappresentare un eventuale eccesso di potere legislativo, mediante l'attivazione del controllo di sussidiarietà nel periodo delle otto settimane»⁵⁰. Si tratta, quindi, di strumenti concepiti per favorire un unico processo di osmosi istituzionale, il cui scopo finale è integrare la volontà dei PN nella fase di definizione delle politiche europee attraverso due livelli differenti, ma tra loro complementari. Il MAP rappresenterebbe, dunque, un aspetto subordinato e complementare al più ampio dialogo politico, il cui scopo è incoraggiare lo sviluppo di un canale relazionale tra i PN e il livello di governo europeo che sappia andare oltre il mero profilo di sussidiarietà, entrando nel merito dell'intera attività europea di formulazione delle *policies*. Inoltre, considerando che cronologicamente il MAP ha succeduto nella sua creazione l'istituzione della prassi del dialogo politico, è possibile concepire il meccanismo in questione come un aspetto particolare e proceduralmente strutturato del più ampio e già esistente dialogo politico. Secondo tale prospettiva, una maggiore efficacia del MAP si dovrebbe riflettere in un maggior dibattito politico sulle questioni europee nei sistemi parlamentari nazionali e, dunque, anche in una maggiore attenzione dei PN al dialogo politico con le istituzioni europee. Per tale ragione nel paragrafo successivo guarderemo all'evoluzione del dialogo politico dal 2006 al 2011 e ciò al fine di capire se dal momento dell'entrata in vigore del MAP esso ha riscontrato miglioramenti apprezzabili. Inoltre ci concentreremo anche su quella parte del dialogo politico in materia di sussidiarietà, e ciò al fine di capire quale sia stato il diretto contributo del MAP nel largo spettro di relazioni tra la CE e i PN.

una decisione del Consiglio Europeo del giugno 2006” . (GIANNITI, *Il Ruolo dei Parlamenti Nazionali*, cit., 174).

⁴⁹ CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea*, cit., 6.

⁵⁰ CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea*, cit., 6.

3. I parlamenti nazionali e la Commissione Europea: l'evidenza empirica

Il quadro teorico esposto in conclusione del paragrafo precedente ci permette di definire il modello su cui incentrare la nostra analisi empirica⁵¹. Infatti, constatata la debolezza dell'incremento del potere decisionale dei PN nel quadro del MAP, si è definito un ulteriore obiettivo del meccanismo in questione, che abbiamo precedentemente definito come "latente". Tale obiettivo latente è stato identificato con uno stimolo volto a favorire una maggiore politicizzazione delle questioni europee nei sistemi parlamentari nazionali, e un conseguente incremento dell'influenza parlamentare nazionale nel quadro del dialogo politico tra PN e CE. L'osservazione di quest'ultimo ci dovrebbe far apprezzare l'impatto che il MAP ha avuto sul più ampio canale di relazione politica dei PN con la CE. I dati riguardanti il dialogo politico sono stati raccolti grazie alle informazioni disponibili nelle banche dati Ipex⁵² e Prelex⁵³. La prassi in questione è stata quantificata prendendo in considerazione tutti i documenti COM annualmente prodotti che sono stati scrutinati da parte dei PN degli stati membri. Il motivo per cui sono stati considerati tutti i documenti COM, e dunque anche quelli di consultazione oltre alle proposte legislative, deriva dalle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo

⁵¹ Riportiamo nell'appendice 1 una descrizione formale e dettagliata della metodologia seguita per la strutturazione dell'analisi quantitativa.

⁵² IPEX è una banca dati che «cerca di estendere la base d'informazioni disponibile ai parlamenti nazionali per quanto riguarda specifici documenti o tematiche dell'UE. Ciò potrebbe rivelarsi particolarmente importante a seguito delle nuove disposizioni previste dal trattato di Lisbona in merito al ruolo dei Parlamenti nazionali» (Sito ufficiale di IPEX, <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/about/aboutIpexl.do?appLng=IT>, consultato il 25-VIII-2012).

⁵³ «PreLex è la base di dati delle procedure interistituzionali che permette di seguire le grandi tappe del processo decisionale tra la Commissione e le altre istituzioni [...], di seguire i lavori delle diverse istituzioni implicate (Parlamento europeo, Consiglio, CES, Comitato delle Regioni, Banca centrale europea, Corte di giustizia, etc.). Prelex segue tutte le proposte (dossier legislativi e di bilancio, conclusioni degli accordi internazionali) e le comunicazioni della Commissione a partire dalla loro trasmissione al Consiglio o al Parlamento europeo» (Sito ufficiale di PreLex, <http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=it>, consultato il 25-VIII-2012).

di Bruxelles del giugno 2006, le quali accolgono “con favore l’impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche”. Punto di partenza dell’analisi è stato la ricostruzione di un database descrivente il dialogo politico attraverso il numero di scrutini che annualmente interessavano i documenti COM in sede parlamentare nazionale. Per esempio, il dialogo politico tra CE e i PN nell’anno t è dato dall’ammontare totale di documenti scrutinati il cui codice è COM e l’anno t . I documenti COM rappresentano tutti quegli atti prodotti dalla CE per altre istituzioni (proposte legislative, comunicazioni, report, etc.). Abbiamo, dunque, osservato quanto dello “stock” di documenti COM annualmente prodotti dalla CE è stato interessato dagli scrutini parlamentari a livello nazionale.

Come argomentato nel paragrafo precedente, in quanto complementare ad una prassi più ampia, il MAP può essere considerato tanto efficace quanto in grado di contribuire positivamente al dialogo politico. Conseguentemente, se un incremento apprezzabile nell’evoluzione della porzione di documenti COM annualmente prodotti e poi sottoposti a scrutinio parlamentare nazionale può essere osservato a partire dal 2009 (anno di entrata in vigore del trattato di Lisbona), allora è possibile affermare che il MAP è riuscito ad adempiere la sua funzione di stimolo nei confronti delle relazioni politiche tra i PN e la CE. In questo modo ci proponiamo di comprendere quanta parte dei documenti COM annualmente prodotti hanno “giovato” dell’*input* parlamentare nazionale nel più ampio contesto del dialogo politico. Il grafico 1 in appendice mostra l’evoluzione degli scrutini riguardanti i documenti COM nell’intervallo temporale compreso tra il 2006 e il 2011. L’inizio del periodo preso in considerazione è il 2006 poiché si tratta dell’anno d’avvio della c.d. “Procedura Barroso”, la quale rappresenta la prima forma assunta dalla prassi oggi definita di dialogo politico. Osservando diacronicamente i documenti COM scrutinati da parte dei PN è possibile osservare come la loro evoluzione – in modo apparentemente contrastante con i rapporti annuali della CE sulle relazioni con i PN - nel corso degli anni sia

stata abbastanza stazionaria⁵⁴. La distribuzione della variabile in questione non presenta eccessiva variabilità intorno al valore della media che è pari a 6078; infatti, la deviazione standard è 653,62 che è ben poco se teniamo a mente che il fenomeno in questione si esprime nell'ordine di molte migliaia di unità. Inoltre, mettendo a confronto la media degli scrutini nel periodo precedente al 2009 (pari a 6476,67) e quella nel periodo successivo (pari 5678,67)⁵⁵, non si riscontra nessun evidente differenziale positivo che lasci intendere un incoraggiante impulso stimolante da parte del MAP nei confronti del dialogo politico post-2009. Addirittura si osserverebbe, nel confronto tra le medie, un decremento del 12% nel post-2009. Specularmente si può, però, osservare un leggero aumento del numero di scrutini riguardante il controllo di sussidiarietà. Sarebbe, dunque, evidente un maggiore interesse da parte dei PN nei confronti della questione di sussidiarietà, la quale a poco a poco starebbe influenzando la prassi del dialogo politico, il cui centro di interesse appare dolcemente spostarsi verso la questione di

⁵⁴ I rapporti annuali della CE sono in apparente contrasto con la nostra analisi e ciò accade perché, a nostro avviso, nei suoi rapporti la CE considera gli scambi annuali di pareri e risposte con i PN. In questo lavoro si è preso, invece, in considerazione l'ammontare di documentazione COM annualmente prodotta e interessata da scrutinio parlamentare nazionale. La differenza tra i rapporti della CE e il nostro lavoro è dunque la seguente: la CE basa la propria valutazione sulle eccezioni sollevate dai PN durante l'arco dell'anno di riferimento; la nostra analisi prende in considerazione l'intero stock di documenti COM prodotti dalla CE e di questi selezioniamo tutti quelli che sono stati oggetto di scrutini delle camere nazionali. La ragione della nostra scelta risiede nella nostra volontà di comprendere quanta parte della documentazione in questione è "arricchita" del contributo "consultivo" dei PN. In questo modo, è possibile approssimare il grado di contribuzione dei PN nel processo di formulazione delle *policies* europee, osservando l'ammontare di atti COM scrutinati dai PN rispetto all'anno della documentazione di riferimento. In altri termini, siamo interessati a capire il grado di *input* parlamentare nazionale presente nella documentazione in questione e a vedere come questo input è cambiato nel tempo. Inoltre, la CE nei suoi rapporti sembra concentrarsi esclusivamente sulle proposte legislative, mentre il presente lavoro considera non solo le proposte, bensì anche i documenti di consultazione e ciò perché, come già spiegato, ci sembra essere coerente con le Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del giugno 2006 e dunque, da un punto di vista strettamente metodologico più corretto.

⁵⁵ Fig. 2.

sussidiarietà⁵⁶. È come se la questione di sussidiarietà, piuttosto che affiancarsi alle altre questioni dibattute in sede di dialogo politico tra PN e CE, si stia lentamente sostituendo ad esse nel canale relazionale tra assemblee elettive nazionali e CE. Infatti, negli scrutini pre-2009 la questione di sussidiarietà concerne mediamente l'1,1% dei documenti COM, mentre nel post-2009 interessa mediamente l'1,7% dei suddetti documenti (nel post-2009 gli scrutini hanno annualmente interessato in media 92 documenti COM, a fronte dei 70 nel pre-2009)⁵⁷. Sebbene l'ordine del cambiamento sia semplicemente pari allo 0,6%, è possibile comunque pensare a una potenziale riduzione squisitamente politica della funzione dei PN nel processo decisionale europeo, nell'ambito del quale il ruolo dei PN potrebbe incanalarsi verso il mero controllo di sussidiarietà, che, stando agli attuali strumenti procedurali predisposti dal Trattato di Lisbona, si identifica con un puro ruolo consultivo privo di qualsiasi peso decisivo nei confronti delle istituzioni centrali dell'Europa. L'evoluzione del più ampio dialogo politico verso un mero "dialogo di sussidiarietà", da un lato, potrebbe comprimere gli spazi "consultivi" sui quali i PN possono esprimersi, e dall'altro non espanderebbe – e tantomeno approfondirebbe – efficacemente gli strumenti procedurali a disposizione delle assemblee rappresentative nazionali negli spazi di confronto con l'UE. Il MAP potrebbe indurre i PN a spostarsi su un terreno di confronto con la CE più ristretto del precedente e sprovvisto di strumenti realmente incisivi da utilizzare nel confronto stesso. Con questa affermazione non intendiamo dire che il profilo sussidiario, sotto il quale si sta sviluppando il canale relazionale tra PN e CE, annichisca totalmente gli spazi di confronto politico tra le assemblee popolari nazionali e le istituzioni europee. Intendiamo semplicemente sostenere che la tendenza osservabile nei dati a nostra disposizione potrebbe essere interpretata come indicativa di un "modo di dialogare" in cui i PN manifestano le proprie opinioni fintantoché esse sono rilevanti sotto il profilo della sussidiarietà. In altri termini, si

⁵⁶ Ciò troverebbe conferma anche nel fatto che il dialogo politico concernente i soli documenti COM aventi ad oggetto proposte legislative abbia mostrato un atteggiamento meno decrescente. Ciò a nostro avviso dipende dal fatto che il MAP, che può essere utilizzato soltanto per le proposte legislative e in materia di sussidiarietà, abbia maggiormente attratto l'attenzione dei PN.

⁵⁷ Fig. 3.

indurrebbero i PN a giocare esclusivamente sul piano della sussidiarietà secondo regole che, allo stato attuale, non conferiscono loro un adeguato potere “contrattuale” nei confronti delle istituzioni europee⁵⁸.

Per quanto riguarda la costanza evolutiva nei documenti COM sottoposti a scrutinio, essa sembra suggerire proprio l’incapacità del MAP di stimolare il dialogo politico attorno a un più elevato numero di documenti COM. Per tale ragione ci sembra utile capire di *quanto* la situazione reale concernente i documenti scrutinati sia distante da una situazione ideale di ottimo in cui la totalità dei documenti COM annualmente prodotta dalla CE è integralmente sottoposta a scrutinio dei PN. Questo ci permette di quantificare il grado di contribuzione dei PN al generale processo di formulazione delle *policies* europee, e dunque di avere una percezione del margine di *input* dei PN (e dunque della loro influenza) rispetto all’attività di governo della CE. Per far ciò, abbiamo deciso di creare una sorta di database teorico basato su una situazione ideale, o meglio, una situazione di ottimo in cui ogni singola camera dei PN sottopone a scrutinio l’insieme totale dei documenti COM prodotti dalla CE⁵⁹. I risultati hanno messo in evidenza come la situazione reale si avvicinasse al massimo al 22% circa di quella ideale, il che significa dire che meno di un quarto dell’attività consultiva e normativa della CE passa a scrutinio dei PN. In media l’attività di scrutinio parlamentare ha coperto il 19% dei documenti COM inviati dalla CE. Anche qui il confronto tra pre-2009 e post-2009 evidenzia un leggero decremento nel periodo successivo

⁵⁸ Sul rischio che il MAP indurrebbe nel ridurre i PN a semplici “cani da guardia” del principio di sussidiarietà nell’assetto decisionale dell’UE si veda anche Cfr. DE WILDE, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, cit., 10 e ss. Per una posizione opposta si veda: RUSSO, *Il Controllo Politico Sul Principio Di Sussidiarietà Europea: «Prove Tecniche» Per Un Dialogo Interparlamentare Nello Scenario Post-Lisbona*, cit.

Per opinioni diverse, e largamente accettate in letteratura, in merito al MAP si veda anche: MAIOLI-SCANDERBECH, *I parlamenti custodi della sussidiarietà europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2011, 715-734; JANS - PIEDRAFITA, *The Role of National Parliaments in European Decision-Making*, cit.

⁵⁹ La situazione di ottimo teorizzata è coerente con le indicazioni contenute nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles del giugno 2006 che «accoglie con favore l’impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali *tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione*».

all'introduzione del trattato⁶⁰; quasi come se i meccanismi procedurali del MAP avessero 1) appesantito l'attività di scrutinio svolta dai PN in sede di dialogo politico, *oppure* 2) l'avessero maggiormente attratta sul controllo di sussidiarietà⁶¹. In ogni modo, il confronto tra situazione reale e situazione teorica mostra una valutazione alquanto stazionaria nel periodo considerato. A fronte, dunque, dell'appena constatato dialogo politico tra CE e PN, trova conferma quanto detto precedentemente riguardo al MAP, cioè che esso non è stato in grado di accrescere la portata annuale di documenti COM sottoposti al vaglio politico dei PN. Il debole successo nella prassi del dialogo politico rivela, dunque, anche lo scarso stimolo indotto dal MAP verso un miglioramento del coinvolgimento politico dei PN europee nei processi di formulazione delle politiche.

La nostra valutazione della procedura introdotta da Lisbona porta all'evidenza la non ottimalità dei nuovi meccanismi di coinvolgimento dei PN. Tale non ottimalità è per l'appunto rilevabile rispetto a due chiavi di lettura della procedura in questione. La prima riguarda l'impatto di questa procedura sul sistema decisionale UE, e precipuamente concerne l'accrescimento o meno del contributo dei PN in fase ascendente di formazione del diritto europeo, e più in generale in fase di definizione delle *policies* europee. La valutazione dell'impatto dimostra empiricamente che i PN (relativamente alla variabile osservata) non hanno accresciuto - rispetto al periodo precedente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona - la loro presenza nei rapporti istituzionali con la CE; addirittura abbiamo ipotizzato un potenziale declassamento dei PN da interlocutori politici della CE (nell'ambito del dialogo politico) a puri *watch*

⁶⁰ Il grafico in appendice (Fig. 5) mostra che nel confronto tra le medie relative agli indici di performance del MAP si nota un decremento nel periodo post-2009 dove i PN hanno realizzato mediamente un'attività di scrutinio pari al 18% della situazione di ottimo, a fronte invece di un valore medio del 20% nel periodo pre-2009.

⁶¹ Questa seconda ipotesi potrebbe essere avallata dal fatto che il confronto nei due periodi degli scrutini parlamentari sulle proposte legislative della CE ha dimostrato un atteggiamento non decrescente. Di fatto, le proposte legislative rappresentano proprio il terreno di confronto del MAP e dunque della questione della sussidiarietà.

dogs (“cani da guardia”) del principio di sussidiarietà⁶² senza alcuno strumento veramente incisivo di controllo sul rispetto dello stesso. La seconda chiave di lettura sulle procedure riguarda la significatività delle procedure e in particolar modo il trasferimento di potere “decisorio” dalle istituzioni centrali dell’UE verso quelle periferiche dei PN. Come affermiamo nel paragrafo precedente, le nuove disposizioni appaiono poco coraggiose nel trasferimento di potere decisorio, a tal punto che il MAP risulta scarsamente significativo in termini di sostanziale innovazione procedurale.

4. Un’interpretazione dei fatti alla luce del metodo europeo di integrazione

Il paragrafo precedente si conclude affermando che il numero di documenti COM annualmente prodotti dalla CE non ha visto aumentare la porzione di quelli sottoposti a scrutinio parlamentare. Naturalmente, non ignoriamo il fatto che l’articolazione dell’attività di scrutinio all’interno dei PN viene rimessa alle singole camere nazionali, le quali autonomamente organizzano le procedure da mettere in pratica contestualmente al MAP. Di fatto, l’attivazione del MAP non è obbligatoria, ma dipendente dai singoli PN, e ciò implica che il mancato stimolo a un maggiore dialogo politico sia anche dipeso da cause di tipo “micro” (cioè inerenti ai meccanismi interni di organizzazione delle camere), oltre che dalla natura stessa del MAP. In ogni modo la valutazione delle cause “micro” esautora dagli intenti di questo lavoro, che intende piuttosto focalizzarsi su quelle “macro”. Ciò è coerente col nostro approccio critico d’analisi,

⁶² In merito a tal punto si segnala anche l’opinione in virtù della quale il MAP distoglierebbe le energie dei PN dalle loro due principali funzioni: controllo sugli esecutivi e rapporto con cittadini. Cf. DE WILDE, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, cit., 11 ss. In merito alla circostanza che le funzioni parlamentari si riducono generalmente alle due grandi categorie enunciate si veda: RAUNIO, *The Gatekeepers of European Integration? The Functions of National Parliaments in the EU Political System*, in *Journal of European Integration*, 33(3), 2011, 303-321. MÜLLER- BERGMAN – STRØM, *Parliamentary Democracy: Promise and Problems*, in STRØM – MÜLLER – BERGMAN (eds), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 3-32.

che si propone di riconnettere, come annunciato nell'introduzione di questo lavoro, i meccanismi procedurali del MAP alla strategia integrativa dell'UE. In virtù di questa prospettiva, allora, prima ancora di chiederci perché le singole camere nazionali non hanno sfruttato al meglio la procedura in questione, ci chiediamo: per quale motivo, se l'armonizzazione della produzione normativa europea con il principio di sussidiarietà grazie al contributo dei PN è un percorso virtuoso in grado di supportare positivamente il superamento del tradizionale deficit democratico⁶⁵, il Trattato di Lisbona non ha concepito un MAP più incisivo, rinvigorendo realmente la funzione decisionale dei PN nell'ambito della produzione legislativa dell'UE?

Quest'ultimo interrogativo, alla luce delle nostre precedenti considerazioni, sembra suggerire che forse una procedura volta a garantire il rispetto del principio in questione deve essere abbastanza credibile e adeguatamente sviluppata, ma non in modo così eccessivo da inficiare l'interazione già esistente tra il livello di governo nazionale e sopranazionale e disciplinata secondo il modello integrativo di stampo funzionalista (metodo Monnet)⁶⁴. Di fatto, un più stringente controllo di sussidiarietà da parte dei PN (soprattutto quando in essi dominano, o hanno peso rilevante, forze anti-europeiste) potrebbe creare frizioni o rallentamenti nel progetto di integrazione europeo. Ne consegue, dunque, che la preservazione del processo di integrazione può rappresentare un freno allo sviluppo di strumenti procedurali più democratici di coinvolgimento delle periferie e che

⁶⁵ La funzione democratica del principio di sussidiarietà è confermata dal fatto che la disciplina dello stesso è stata introdotta al Titolo II del TEU, il quale contiene le *Disposizioni relative ai Principi Democratici*. Ciò significa, dunque, che il principio di sussidiarietà è concepito come un potenziale strumento per la trasposizione del principio democratico nel corpo istituzionale dell'UE.

Relativamente alla tesi secondo cui la democraticità dell'UE sarebbe favorita da una maggiore democrazia parlamentare degli stati membri si veda RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, cit.; e per una critica della stessa si veda invece OETER, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der Verfassungsentwicklung der EU*, cit.

⁶⁴ Cf. KUIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit.

potenzialmente esisterebbe un vincolo a una più elevata democraticità⁶⁵ del sistema decisionale dell'UE⁶⁶.

Ecco stabilirsi, allora, un canale di relazione tra l'implementazione di procedure democratizzanti il sistema decisionale dell'UE e il processo di integrazione che si sviluppa intorno a tali procedure. In particolare, la priorità "funzionalista" della preservazione del progetto di integrazione economica, rispetto all'opzione per uno sviluppo democratico del sistema decisionale, troverebbe una prima conferma nella considerazione che segue. Il trattato si esprime sulle procedure di controllo in materia di sussidiarietà definendo una procedura di "cartellino giallo" e una di "cartellino arancione", ma non una procedura di "cartellino rosso" che conferisca ai PN strumenti tali da bloccare l'*iter legis*. Tale osservazione suggerisce come il controllo democratico sull'attività legislativa dell'UE può essere sviluppata nella misura in cui esso non diventi un fattore di rischio nei confronti del processo di integrazione. Infatti, la previsione di una procedura di "cartellino rosso" potrebbe creare frizioni, e dunque rallentare, l'attività di normazione delle istituzioni dell'Unione e rappresentare un potenziale ostacolo alla "fluidità" dei meccanismi di integrazione.

Le nuove procedure esaminate, allora, ci sono apparse poco coraggiose nel contribuire a una più ampia *parlamentarizzazione* del sistema decisionale europeo almeno sotto due aspetti. Il primo si riferisce alla sua incapacità di aumentare il contributo dei PN nella *quantità* di documenti COM annualmente prodotti dalla CE. Il secondo concerne la *qualità* della procedura introdotta, la quale sembra denunciare l'esistenza di un freno intrinseco a una più profonda *parlamentarizzazione* del processo decisionale europeo. Questo freno è riscontrabile nell'articolazione delle procedure di controllo, esaminate in questa sede, sul rispetto del principio di sussidiarietà e risiede nella preservazione

⁶⁵ Per un maggiore approfondimento del concetto di *democraticità* si rimanda a: BERGSTROM, *Degrees of Democraticity*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, Vol. 1, No. 5.

⁶⁶ Riguardo al rapporto tra democrazia e processo di integrazione si veda: MAJONE, *Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico*, in *Osservatorio sull'analisi di impatto della regolamentazione*, Settembre 2010. Si veda anche: MARCHETTI, *Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, Franco Angeli ed., 2009.

del processo integrativo europeo come prescritto dal metodo Monnet.

Una prospettiva più cinica sulle disposizioni del Trattato di Lisbona in materia di PN potrebbe, allora, suggerire che le procedure formalmente integranti le assemblee elettive nazionali nel processo decisionale dell'UE hanno mera funzione propagandistica e mirano semplicemente a rendere il diritto europeo più facilmente accettabile da parte dei PN e dei loro elettori⁶⁷ attraverso una riduzione della percezione da parte delle assemblee nazionali di una perdita di controllo sul momento decisionale⁶⁸.

A questo punto possiamo, però, arricchire le nostre considerazioni sul rapporto tra debolezza delle procedure in questione e processo di integrazione (quale potenziale vincolo allo sviluppo di meccanismi procedurali più marcatamente democratici) grazie a quella parte della letteratura, non solo giuridica, che si è interessata allo studio della *governance* europea⁶⁹. Questa letteratura ci permette di comprendere la strategia integrativa dell'Unione e capire che ruolo svolge l'implementazione della democrazia all'interno di questa strategia⁷⁰. Infatti, la letteratura in questione evidenzia come il

⁶⁷ Scrive ironicamente Kiiver: «Sotto molti aspetti le disposizioni del trattato che migliorano il ruolo dei parlamenti nazionali nel sistema decisionale dell'UE sono come la copertura in zucchero attorno a una pillola amara. La pillola senza dubbio è lo stesso processo di integrazione europea, progettata per aiutare il paziente - il cittadino europeo -. Inoltre, ciò che stiamo assaporando è l'amarezza dell'autonomia decisionale nazionale drenata via a fronte dell'incedere dei processi sopranazionali» (*TdA*). (KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit., 77).

⁶⁸ L'introduzione del MAP avrebbe dunque il doppio scopo di aumentare il flusso di informazioni dal centro alle periferie e di tenere a bada le tensioni anti-europeiste e le possibili rivendicazioni a favore di una più effettiva redistribuzione delle competenze legislative e decisionali. (KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit.).

⁶⁹ Per un quadro d'insieme di questa letteratura si veda: JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, cit. Sul ruolo di questo approccio all'interno degli studi concernenti l'UE si veda invece: POLLACK, *Theorizing the European Union: International Organization, Domestic Polity, or Experiment in New Governance?*, cit.

⁷⁰ Dal momento che il MAP e il dialogo politico fanno parte di quell'insieme di strumenti il cui sviluppo è coerente con l'intento di corroborare il capitale "democratico" dell'UE, ci appare legittimo capire in che misura questo capitale di democrazia può essere accresciuto all'interno della strategia integrativa prescelta dai suoi stati membri.

modello integrativo europeo si sia largamente basato sul metodo funzionalista, piuttosto che costituzionalista⁷¹, e in quest'ottica l'integrazione economica ha rappresentato una priorità rispetto a quella politica⁷², che sarebbe "fluita" dalla prima⁷³. L'integrazione

⁷¹ Quando si conclude la II guerra mondiale, si pone il problema di costituire concretamente l'unità europea. Il federalismo europeo si sviluppa, allora, come ideologia promotrice grazie al contributo del Movimento Federalista Europeo e di Altiero Spinelli e Mario Albertini. Negli anni Cinquanta, la loro visione costituzionale della federazione europea viene presto a contrapporsi all'approccio funzionalista alla dell'integrazione europea proposto da Jean Monnet. Quest'ultima strategia, che si basava sulla costruzione di successive comunità economiche attraverso cui giungere gradualmente al fine comune degli Stati Uniti d'Europa, diventa quella preferita dai principali statisti che si pongono nell'ottica dell'unificazione europea, e in particolare Robert Schuman, Konrad Adenauer, Paul Henri Spaak e Alcide De Gasperi.

In ambito accademico è rilevante il contributo teorico di David Mitrany, il quale non solo fu uno dei più strenui sostenitori dell'integrazione su linee funzionali, ma si oppose anche a qualsiasi progetto di matrice costituzionalista. A tal riguardo interessante è la sua critica alla visione federalista contenuta in Mitrany, *The Prospect of Integration: Federal or Functional*, in *Journal of Common Market Studies*, 4, 1965, passim. Sull'utilità del processo integrativo funzionale per gli stati federali si veda anche: MITRANY, *A Working Peace System. An Argument for the Functional Development of International Organization*, Londra, 1943.

Inoltre, per un approccio critico al paradigma funzionalista si veda: SCHARPF, *Governing in Europe: Democratic and Effective?*, cit.; mentre per quello federalista si veda soprattutto: VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden Baden, 1999.

⁷² Il funzionalismo, inteso come teoria di un'integrazione capace di realizzare un sistema internazionale pacifico grazie al contributo di organizzazioni che trascendono lo stato nazione, si sviluppa nell'ambito delle Relazioni Internazionali (RI) e mira a integrare singoli settori al fine di mettere in moto un processo di *spill-over* in grado di spingere l'integrazione verso una più profonda comunità politica. Tale corrente delle RI trova il suo massimo rappresentante in David Mitrany e pone particolare accento sul fatto che le necessità tecniche, e non politiche, favoriscono la cooperazione nelle società complesse. Tale corrente è stata, però, accusata di essere eccessivamente determinista, col rischio di sfociare in un approccio tecnocratico. Le critiche di determinismo hanno portato all'elaborazione di una versione *neo-funzionalista*, in cui si recupera l'elemento politico secondo un criterio complementare (e non gerarchico) rispetto a quello economico. Principali esponenti di questa seconda scuola sono Ernst B. Haas, Leon Lindberg e Stuart Scheingold. Si veda: HAAS, *European Integration: The European and Universal Project*, in *International Organization*, 1961, 4, 607-646; LINDBERG - SCHEINGOLD, *Europe's would be Polity*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1970.

economica ha prioritariamente mirato alla creazione di un mercato unico, il quale per la sua costituzione richiede: 1) una *costante* attività normativa che crei e mantenga nel tempo il mercato, dal momento che un mercato perfettamente concorrenziale non esiste in natura ma necessita di regole che lo “istituiscano”; 2) un elevato grado di conoscenza tecnica in grado di predisporre la normativa adeguata alla sua “istituzione”⁷⁴. Entrambe queste circostanze inducono riflessioni importanti sulla concezione del metodo democratico europeo. Esse suggeriscono, infatti, che una classe di governo europea composta da esperti indipendenti da pressioni politiche – tipiche dei sistemi democratici - possa meglio servire alla realizzazione del pocanzi dichiarato obiettivo economico. Secondo questa prospettiva la produzione normativa caratterizzante l’attività di governo dell’UE è così complessa e tecnica che la capacità decisionale di esperti (“tecnici”) è superiore a quella del *demos*. Come ben noto, una classe politica democraticamente eletta è soggetta alle pressioni politiche del proprio elettorato al quale si lega in fase di propaganda (un sistema democratico di governo necessita del consenso elettorale per poter legittimamente conquistare ed esercitare il potere); l’alternanza della classe politica attraverso il rito democratico delle elezioni potrebbe creare “fluttuazioni ideologiche” nell’attività di governo (fluttuazioni legate al cambiamento delle maggioranze) tali da inficiare la costanza normativa di cui al suddetto punto 1. Inoltre come si sottolinea nella letteratura in questione, il legame tra

⁷³ Il meccanismo funzionalista che avrebbe permesso il “fluire” dell’integrazione dalla dimensione strettamente economica a quella più ampiamente politica è descritto in questi termini da Olivier Costa e Nathalie Brack: “Secondo una logica di integrazione «settoriale», l’obiettivo è di applicare progressivamente il modello della CECA ad altri settori dell’economia e della società per creare delle solidarietà non politiche, ma economiche, giuridiche e sociali: «L’Europa non si farà d’un sol colpo e tanto meno attraverso un’unica costruzione: essa si farà attraverso realizzazioni concrete, creando innanzi tutto una solidarietà di fatto.» (*Dichiarazione Schuman*, 9 maggio 1950). «L’ambizione è che i cittadini dei differenti stati membri avvertano un sentimento di condivisione gli stessi interessi e di appartenenza a una sola comunità, in modo che sia escluso il ritorno di qualsiasi conflitto nazionale e sia possibile un’integrazione politica» (*TdA*). (COSTA - BRACK, *Le fonctionnement de l’Union européenne*, cit., 30-31)

⁷⁴ Cf. JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, cit.

demos e classe politica è potenzialmente soggetto a degenerazioni di natura clientelare che possono, infine, rappresentare un fattore di rischio nei confronti di una attività normativa costante e coerente con gli obiettivi politici dichiarati. Coerentemente a questa visione e a fronte delle peculiarità normative dell'attività di governo propria del sistema istituzionale europeo, la capacità decisionale del *demos* non è efficace nella misura in cui non dispone dell'adeguata costanza e conoscenza tecnica. Proprio queste considerazioni giustificherebbero (e legittimerebbero) la debolezza democratica dell'UE e sarebbero una chiave di lettura capace di farci comprendere la non incisività intrinseca a talune procedure democratiche (come ad esempio il MAP). Infatti la stessa discussione democratica che ha accompagnato la definizione e l'approvazione del Trattato di Lisbona (e dunque anche di meccanismi come il MAP), si è comunque svolta all'interno di un quadro generale e discorso politico riconducibili a quanto pocanzi detto sul metodo di integrazione funzionalista.

Contestualmente a queste considerazioni, i governi degli stati membri hanno deciso di cedere parte della loro sovranità a un attore sopranazionale, non direttamente legittimato dal popolo e per questo capace di impegnarsi costantemente (al riparo da fluttuazioni ideologiche nelle preferenze popolari) nella creazione e preservazione di un mercato unico ispirato alla libera concorrenza. Diretta conseguenza di questa scelta è che anche quando questo attore opta per soluzioni impopolari – ritenute, però, necessarie secondo le priorità politiche definite nei trattati europei -, il *demos* non può delegittimarlo. Gli elementi finora addotti in questa sezione del lavoro emergono chiaramente nella letteratura sulla *governance* e in particolare negli studi di Giandomenico Majone⁷⁵, i cui argomenti sono esaustivamente descritti da Jachtenfuchs: «i problemi strutturali di democrazia a livello europeo e la debole legittimazione fornita dal Parlamento Europeo rendono l'Unione Europea un candidato ideale nella realizzazione di politiche regolatorie orientate all'efficienza. Le politiche orientate all'efficienza, si sostiene, richiedono al meglio un basso grado di controllo democratico poiché esse mirano a soluzioni Pareto-efficienti aventi come scopo una situazione di ottimo nell'ottica di un vantaggio collettivo per ogni membro della società [...]. Un'istituzione isolata da pressioni politiche,

⁷⁵ Cf. MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, cit.

proprio come la Commissione Europea, è un ottimo candidato per l'assunzione credibile di un impegno politico volto alla preservazione del mercato»⁷⁶.

Il trasferimento di sovranità nazionale, in alcuni comparti normativi, verso un'autorità scarsamente democratica consente proprio in quei comparti l'implementazione di un'attività di normazione costante, anche quando questa attività non disponga del consenso popolare.

Secondo la prospettiva appena delineata, procedure più profondamente democratiche (secondo l'esperienza degli stati nazionali) e il corrente sistema politico europeo sono strutturalmente incompatibili, dal momento che l'architettura istituzionale europea non è progettata come autorità democratica⁷⁷, quanto piuttosto come un'autorità normativa sopranazionale orientata a perseguire politiche di efficienza⁷⁸, anche laddove queste siano in contrasto con la volontà popolare. Da questo punto di vista il c.d. "deficit democratico" non rappresenta un'occasionale disfunzione del sistema decisionale dell'UE, quanto piuttosto un prerequisito cruciale per il successo dell'azione di governo europea. Gli argomenti appena esposti, permettono di comprendere le difficoltà a cui possono andare incontro progetti di riforma dell'Unione in senso democratico e permettono anche di capire per quale motivo meccanismi procedurali come il MAP presentino intenti formali distanti dalle sue reali capacità di impatto sostanziali sul sistema decisionale.

5. Conclusioni

Il contenuto del presente lavoro - lo studio empirico e l'interpretazione delle evidenze - ha come punto di rotazione l'analisi del MAP, il quale definisce il ruolo dei PN all'interno della rinnovata disciplina decisionale dell'UE. I PN vengono, di fatto, coinvolti direttamente nel processo legislativo europeo al fine di garantire un maggior rispetto del principio di sussidiarietà

⁷⁶ JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, cit., 253.

⁷⁷ Una posizione divergente rispetto al rapporto tra funzioni sopranazionali dell'UE e la sua legittimità democratica è ribadito in: CASSESE, *Democrazia e Unione Europea*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 3 / 1 semestre, 2002.

⁷⁸ Cf. MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, cit.

da parte dell'attività di governo dell'UE. Tale principio dovrebbe contribuire a favorire una maggiore *democraticità* nella produzione normativa delle istituzioni europee attraverso una maggiore attenzione verso il principio di sussidiarietà. La funzione democratizzante di tale principio sarebbe confermata dal fatto che lo stesso TUE ne sancisce la disciplina al Titolo II sulle *Disposizioni relative ai principi democratici*.

Oltre al *quid* d'analisi, è stato rilevante per il nostro studio anche il *come* dell'analisi condotta. Di fatto, abbiamo deciso di avvalerci di un approccio critico e interdisciplinare, che si è reso maggiormente presente nella fase di interpretazione del fenomeno ad oggetto. In particolare, tale approccio è stato determinante nella scelta della prospettiva d'analisi, secondo la quale qualsiasi fenomeno sociale (e dunque anche quello giuridico) non può comprendersi se non rapportato alle tendenze strutturali di riferimento. Nel nostro caso, la componente critica della metodologia assunta ci ha indotto ad assumere un punto di vista "macro", intendendo comprendere il fenomeno giuridico oggetto di studio in rapporto con la sovraordinata strategia integrativa europea. Inoltre, proprio la necessità di contestualizzare il MAP rispetto ai tratti peculiari del progetto di integrazione, ha determinato l'opzione anche per un approccio interdisciplinare che riconnettesse il fenomeno strettamente giuridico con le dinamiche politico-economiche messe in risalto nella letteratura sulla *governance*.

Rispetto a questo quadro metodologico abbiamo predisposto l'analisi sull'impatto delle nuove disposizioni procedurali in materia di PN, e lo abbiamo fatto considerando l'evidenza empirica legata al dialogo politico tra PN e CE. E ciò per la seguente ragione: avendo il MAP debolmente centrato l'obiettivo di potenziamento decisionale dei PN, abbiamo concepito quell'obiettivo latente che il meccanismo in questione permetterebbe comunque di raggiungere, e cioè un rafforzamento del canale relazionale tra la CE e i PN ben oltre le sole procedure legislative. Abbiamo dunque considerato il dialogo politico come *proxy* per cogliere questo impatto⁷⁹. Il MAP

⁷⁹ Data la debolezza del potere decisionale spostato attraverso il MAP in capo ai PN (che semplicemente ricevono un potere consultivo non vincolante nei confronti delle istituzioni dell' UE), si è osservato il dialogo politico poiché considerato essere una verosimile approssimazione del più largo impatto politico del MAP

è stato considerato allora come funzionale all'incremento del grado di consapevolezza dei PN riguardo alle questioni europee per effetto del maggior dibattito a livello politico nazionale nelle sedi parlamentari, e per tal motivo in grado di aumentare la loro capacità di influenza sulla CE attraverso il più ampio canale del dialogo politico (il quale va oltre le sole proposte legislative della CE) inteso come strumento per far valere le proprie istanze e contribuire al più largo processo di formulazione delle *policies* europee. Per le ragioni pocanzi dette (e così come spiegato nel secondo paragrafo) si è esaminato la performance parlamentare aggregata relativamente al dialogo politico, andando a osservare quanta parte di tutti i documenti COM annualmente prodotti dalla CE abbia beneficiato degli scrutini parlamentari e, dunque, sia stata anche oggetto di previo dibattito politico all'interno dei PN. Da questo punto di vista il MAP è stato ritenuto tanto più efficace, quanto maggiore sarebbe stato il suo contributo alla prassi del dialogo politico. L'evidenza empirica a tal riguardo ha mostrato come i documenti COM annualmente prodotti dalla CE abbiano in modo pressoché stazionario beneficiato del contributo parlamentare nazionale, manifestando l'incapacità del MAP di stimolare un più elevato livello di scrutini nel più ampio quadro del dialogo politico; oltretutto l'attività di controllo parlamentare ha coperto solo una minima parte della totalità dei documenti COM prodotti dalla CE. Per questa ragione, abbiamo asserito che, ad oggi, il MAP ha mancato quell'obiettivo di potenziamento del canale di relazioni tra PN e CE⁸⁰.

Per quanto riguarda invece la significatività innovativa del MAP, abbiamo riscontrato una certa tensione tra disposizioni

⁸⁰ Tale risultato della nostra analisi è in controtendenza con i rapporti annuali della CE riguardanti le sue relazioni con i PN. Ciò accade, come già spiegato, perché la CE considera, a nostro avviso, gli scrutini annualmente sollevati dai PN nell'anno di riferimento del rapporto. Nel nostro studio invece, avvalendoci della banca dati Iplex, abbiamo potuto guardare a quanta parte dello "stock" totale di documenti COM prodotti dalla CE i PN hanno effettivamente contribuito. Ciò ha permesso di avere una stima più accurata del grado di contribuzione dei PN al processo di formulazione delle *policies* europee, dal momento che abbiamo stimato quanto dell'*output* COM della CE si è arricchito dell'*input* parlamentare nazionale. Inoltre, la CE, come già detto, nei suoi rapporti sembra concentrarsi esclusivamente sulle proposte legislative, mentre il presente lavoro considera non solo le proposte, bensì anche i documenti di consultazione e ciò per ragioni legate a nostre scelte metodologiche.

relative a strumenti procedurali più democratici e la preservazione del progetto di integrazione europea. Tale tensione è riscontrabile, attraverso un'analisi critica del MAP, nei meccanismi della procedura in questione, la quale definisce per i PN percorsi procedurali che non sono in grado di garantir loro strumenti concreti per espletare un'approfondita vigilanza nei confronti del principio in questione. Questo aspetto è stato meglio affrontato nel paragrafo quarto di questo lavoro, dove la nostra analisi ha potuto avvalersi di quei contributi della letteratura che si occupano proprio di studiare il *trade-off* esistente tra l'implementazione di strumenti più marcatamente democratici e le necessità intrinseche di un paradigma di integrazione di tipo funzionalista. In questa parte del lavoro abbiamo potuto comprendere quei fattori legati a un'integrazione di tipo funzionalista che necessariamente pongono dei vincoli nei confronti di un processo decisionale basato su un più profondo metodo democratico (come ad esempio nel caso del MAP di cui abbiamo trattato).

Tali fattori sono stati identificati segnatamente rispetto al processo di integrazione dell'UE. Quest'ultima, avendo optato per un metodo di integrazione di tipo funzionalista, ha definito la costituzione del mercato unico come uno dei principali meccanismi trainanti l'integrazione stessa. Siffatto mercato unico europeo non è, però, *auto-istituentesi* e "stabilmente" auto-sussistente ma, come detto nel precedente paragrafo, richiede: 1) un elevato grado di conoscenza tecnica e specializzata che predisponga l'adeguata struttura normativa per la sua istituzione; 2) un'attività di normazione costante che, non solo costituisca progressivamente il mercato, ma lo mantenga stabilmente durante il suo processo operativo. Il raggiungimento di questo obiettivo dipende dunque dalla messa in atto di una complessa e costante produzione normativa e da una altrettanto costante attività di monitoraggio, che richiedono esperienza tecnica e siano al riparo da interferenze politiche e pressioni elettorali tipiche della democrazia (il criterio dell'efficienza della scelta prevale su quello della scelta democratica). Secondo questa prospettiva, allora, il deficit democratico non rappresenta un'occasionale disfunzione del sistema decisionale europeo, quanto piuttosto un prerequisito del suo *modus governandi*.

In tal senso, la debolezza decisionale del MAP manifesterebbe e confermerebbe una certa concezione "formale" di democrazia e

ricorderebbe proprio la copertura in zucchero attorno a una pillola amara, e questa pillola senza alcuna ombra di dubbio rappresenta il processo stesso di integrazione europea. Concludiamo, allora, ironicamente dicendo che «sicuramente, l'uso dei parlamenti nazionali come copertura in zucchero attorno alla medicina europea ha implicazioni molto ampie. Prima di tutto è importante la predisposizione del cittadino, anche di quello euroscettico, a credere nella desiderabilità di un progetto europeo basato sull'ingrediente parlamentare aggiunto. [...] Allo stesso tempo, comunque, sappiamo che la copertura in zucchero non deve in alcuna circostanza interferire con le proprietà chimiche della sostanza prescritta: essa serve solo a facilitare l'assunzione del farmaco, non certo a modificarne il principio attivo»⁸¹ (TdA).

⁸¹ KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit., 78.

TAVOLE⁸²**1. Dialogo Politico – Documenti COM sottoposti a scrutinio dall'insieme dei PN**

	Pre-Trat.Lisbona			Post-Trat.Lisbona		
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
DP	5845	6659	6916	5537	5233	6262
M	6476,67			5678,67		
DS	554,46			528,93		
Coef. Var.	0,086			0,093		

2. Dialogo Politico – Porzione devoluta al controllo di sussidiarietà*2.1 Valori Assoluti*

	Pre-Trat.Lisbona			Post-Trat.Lisbona		
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
SB	46	65	99	69	161	46
M	70			92		
DS	26,85			60,85		
Coef.Var.	0,38			0,66		

2.2 Valori Relativi (SB/DP)

	Pre-Trat.Lisbona			Post-Trat.Lisbona		
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
SB/DP	0,79%	0,98%	1,43%	1,25%	3,08%	0,73%
M	1,1%			1,7%		
DS	0,332%			1,231%		
Coef.Var.	0,31			0,73		

⁸² Fonte: Ipex, Prelex - Legenda: DP = Dialogo Politico (quantificato attraverso i documenti COM scrutinati dai PN); SB=Controllo di SussidiarietàOP =Situazione di Ottimo teorico; M = Media; DS = Deviazione Standard; Coef.Var. = Coefficiente di Variazione

3. Dialogo Politico – Confronto tra situazione reale e situazione di ottimo

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
S.T.	33820	33554	30856	35264	29792	32034

	Pre-Trat.Lisbona			Post-Trat.Lisbona		
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
DP/S.T.	17,3%	19,8%	22,4%	15,7%	17,6%	19,5%
M	19,8%			17,6%		
DS	2,57%			1,92%		
Coef.Var.	0,13			0,11		

Grafici

Fig. 1 – Il grafico mostra l'evoluzione del Dialogo Politico (DP) dal 2006 al 2011, stimato attraverso l'insieme dei documenti COM annualmente scrutinati da parte di tutti i PN. Si vince anche la porzione di DP devoluta a controllo di sussidiarietà, espressa anche in termini percentuali rispetto alla totalità del DP.

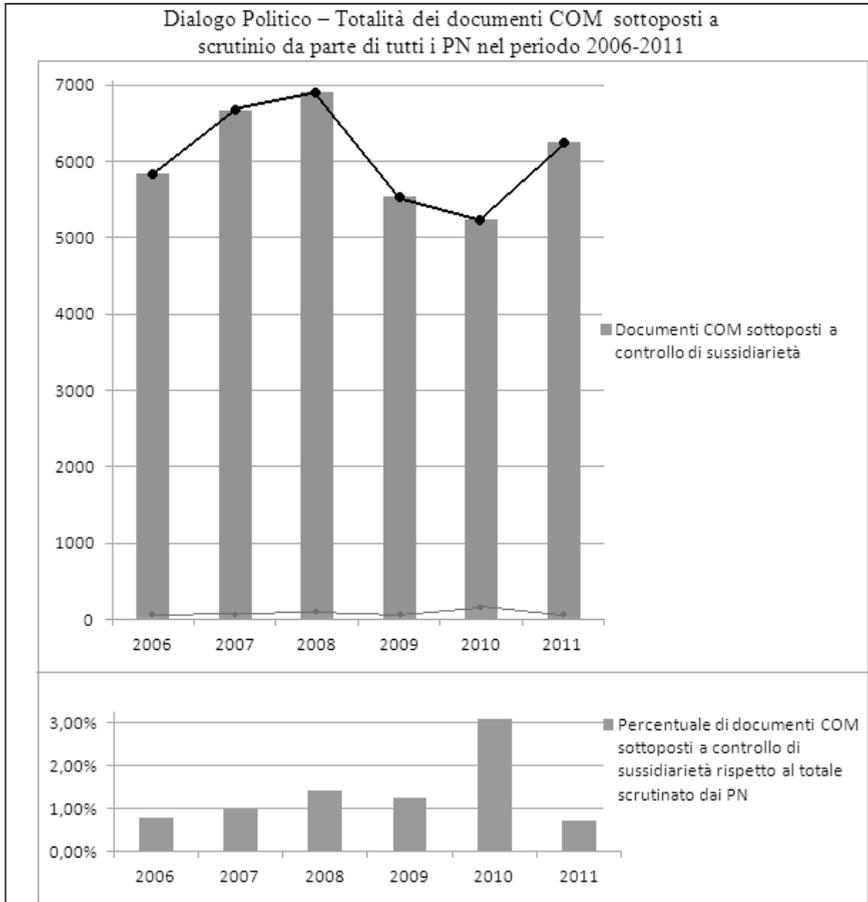


Fig. 2 – Confronto fra le medie dei documenti COM scrutinati prima e dopo il 2009.

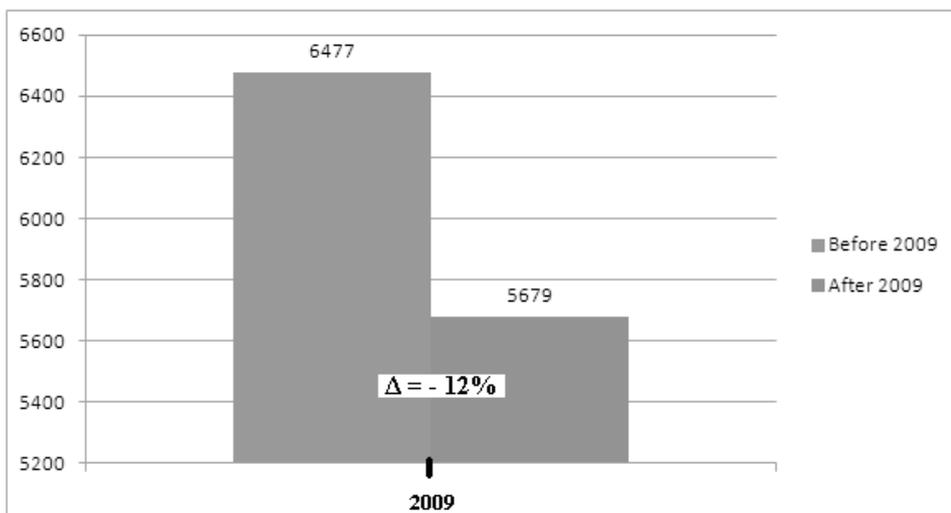


Fig. 3 – Porzione di dialogo politico devoluta al controllo di sussidiarietà prima e dopo il 2009.

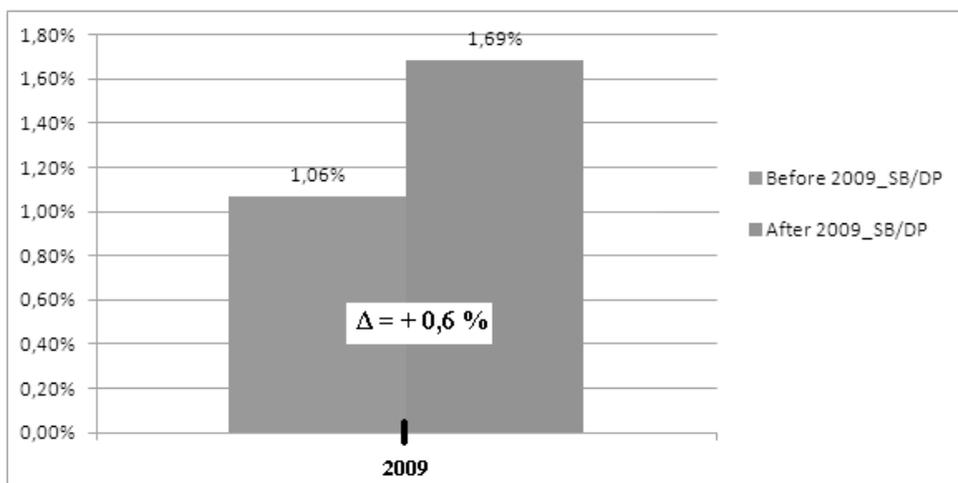


Fig. 4 – I grafici mostrano il risultato del confronto tra la situazione reale concernente il DP e una situazione di ottimo in cui tutti i documenti COM prodotti dalla CE passano a scrutinio dei PN. I grafici esprimono il fenomeno non solo in valore assoluto, ma anche in termini relativi al fine di comprendere quanto la situazione reale è distante da quella ideale.

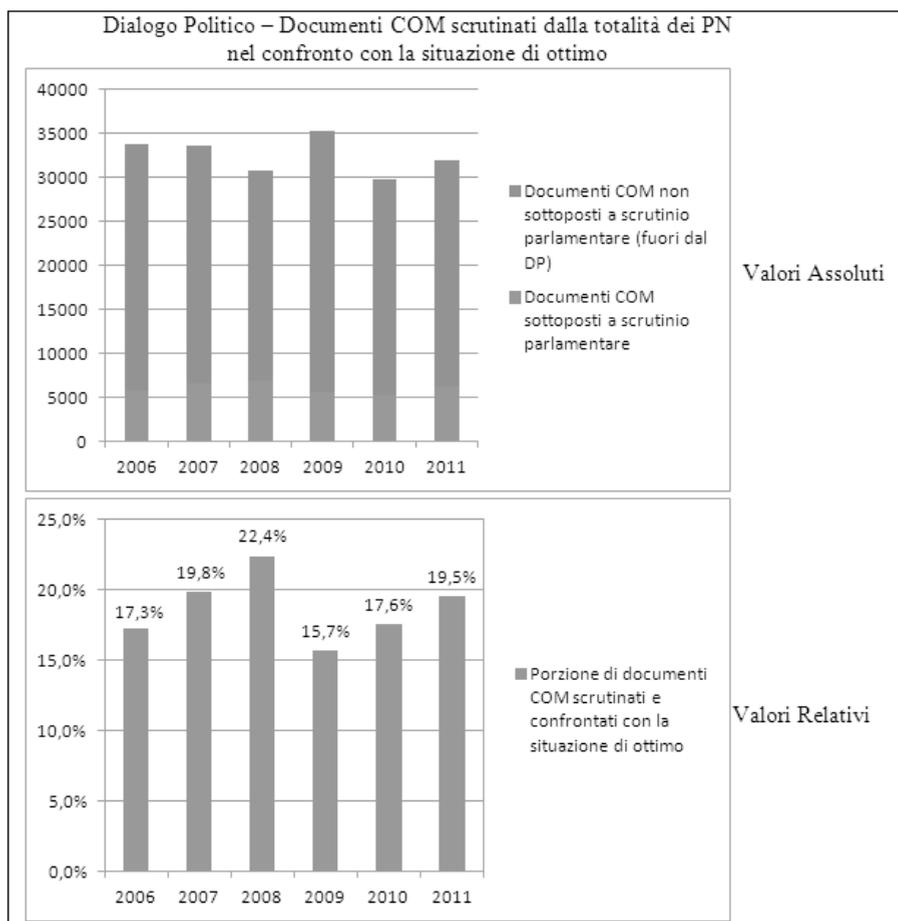
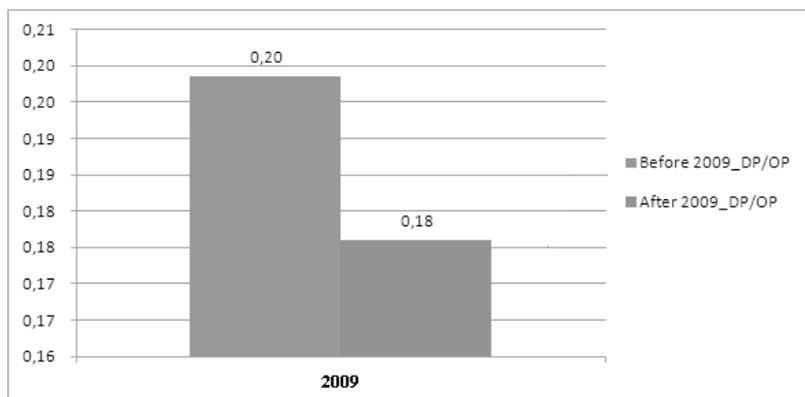


Fig. 5 – Confronto in media tra la valutazione del dialogo politico prima e dopo il 2009.



Appendice 1

La metodologia d'analisi per lo studio empirico

Come spieghiamo nel corpo centrale di questo articolo, manca accordo tra gli studiosi su come valutare l'impatto verosimile che il MAP produce sul sistema decisionale dell'UE. Esiste però convergenza nel ritenere che esso permetta di incrementare l'influenza dei PN sulle dinamiche decisionali delle istituzioni centrali dell'Europa⁸⁵. Considerato il ruolo strettamente politico che i PN rivestono all'interno della vita sociale, la nostra attenzione si concentra sull'influenza politica⁸⁴ che essi esercitano sulla CE. Ciò è coerente con i contenuti della *Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali*, la quale alla pagina cinque recita: "I rapporti della Commissione con i parlamenti nazionali continuano a ruotare attorno al dialogo politico di cui il meccanismo di controllo della sussidiarietà forma solo una parte".

La prima parte nella predisposizione della metodologia, allora, si è reificata nella ricostruzione del dialogo politico inteso

⁸⁵ Cf. COOPER, *A Virtual Third Chamber for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon*, cit.

⁸⁴ KUIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, cit.

come quantità di documenti COM (COMd) prodotti dalla CE e scrutinati dalle singole camere dei PN su base annua. Quindi il dialogo politico (PD) tra tra la CE e i PN nel periodo t è dato dall'ammontare totale di documenti scrutinati dai PN con codice COM e anno t . E dunque:

$$PD_t = \bullet \text{COMd}_{\text{NPi}, t}$$

La situazione ottimale (OP), con la quale si sono confrontati i valori del database ricostruito attraverso Ipex, è stata definita moltiplicando il totale dei documenti COM nell'anno di riferimento per la costante 38 (che rappresenta il numero delle camere che hanno partecipato all'attività di scrutinio)

$$OP_t = \text{TotCOM}_t * 38$$

Il grado di contribuzione (NPC) dei PN al processo di formulazione delle *policies* europee è stato definito come segue.

$$NPC_t = PD_t / OP_t = PD_t / \text{TotCOM}_t * 38$$

La situazione ottimale è definita in base alle Conclusioni del Consiglio Europeo del giugno 2006 che “accoglie con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche.”

Acronimi

CGUE Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CE Commissione Europea

COM nomenclatura relativa a quei documenti prodotti dalla CE per altre legislative, comunicazioni, report, etc.)

DP Dialogo Politico

MAP Meccanismo di Allerta Precoce

PE Parlamento Europeo

PN Parlamenti Nazionali

TFUE Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

TUE Trattato sull'Unione Europea

Bibliografia**Riviste scientifiche**

BAIOCCHI, *Profili e missione della diplomazia parlamentare*, in *Rivista di studi politici internazionali*, n. 288, 2005

COOPER, *A Virtual Third Chamber for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon*, in *West European Politics*, Vol. 35, n. 3, 2012

COX, *Social forces, states, and world order: beyond international relation theory*, in *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, n. 2, 1981, 126-155

COX, *An Alternative Approach to Multilateralism for the Twenty-first Century*, in *Global Governance*, vol. 3, n. 1, 1997, 106-107

HERMANN, *Neoliberalism in the European Union*, in *Studies in Political Economy*, Vol. 79, 2006, 61-90

JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, in *Journal of Market Common Studies*, Vol. 39, n. 2, 2001, 245-264

KIIVER, *The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliaments as a Conseil d'Etat for Europe*, in *European Law Review*, Issue 1, 2011, 98-109

KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, 2008, 77-83

MAIOLI - SCANDERBECH, *I parlamenti custodi della sussidiarietà europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 715-734

MAJONE, *Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity*, in *ELR*, 8/3, 2002, 319-339

MANZELLA, *Il Parlamento federatore*, in *Quaderni costituzionali*, 2002

MARTINEZ, *Le relazioni internazionali tra i Parlamenti e la politica estera dei Governi*, in *Storia d'Italia, Annali*, n. 17, 2001

MARTINICO, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, 649-660

MC NAMARA, *Economic Governance, Ideas and EMU: What Currency Does Policy Consensus Have Today?*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, n. 4, 2006

MITRANY, *The Prospect of Integration: Federal or Functional*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 4, 1965

POLLACK, *Theorizing the European Union: International Organization, Domestic Polity, or Experiment in New Governance?*, in *Annual Reviews of Political Sciences*, n. 8, 2005, 357-398

RAUNIO, *The Gatekeepers of European Integration? The Functions of National Parliaments in the EU Political System*, in *Journal of European Integration*, vol. 33, n. 3, 2011

RIVOSECCHI, *Il ruolo delle Assemblee rappresentative di fronte ai processi di globalizzazione: spunti ricostruttivi*, in *Rassegna Parlamentare*, 2003

STOREY, *The European Project: Dismantling the Social Model, Globalizing Neoliberalism*, in *Irish Review*, vol. 34, 2006

WEILER - HALTERN - MAYER, *European democracy and its critique*, in *West European Politics*, vol. 18, n. 3, 1995, 4-39

Monografie

- ARMSTRONG, *Capitalism Since World War II. The making and Breaking of the Long Boom*, Oxford 1991
- BASSANINI - TIBERI, *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010
- COSTA - BRACK, *Le fonctionnement de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011
- COX - SINCLAIR, *Approaches to world order*, Cambridge, 1996
- HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, 2005
- DONY, *Droit de l'Union européenne*, III ed., Bruxelles, 2010
- ESPOSITO, *I pilastri del reale. R.W. Cox: una comprensione dell'ordine mondiale attraverso il contributo della teoria critica*, Roma, 2009
- KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Londra, 2012
- MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Parigi, 2000
- MARKS - SCHARPF - SCHMITTER - STREEK, *Governance in the European Union*, Londra, 1996
- MAZZEI, *Relazioni Internazionali - Teorie e Problemi*, Napoli, 2005
- MILIOS, *European Integration as a Vehicle of Neoliberal Hegemony*, in SAAD - JOHNSTON (eds), *Neoliberalism. A Critical Reader*, 2005
- MITRANY, *A Working Peace System. An Argument for the Functional Development of International Organization*, Londra, 1943
- VAN APELDOORN, *Transnational Capitalism and the Struggle over European Integration*, New York, 2002
- VAN APELDOORN - DRAHOKUPIL - HORN, (eds), *Contradictions and Limits of Neoliberal European Governance: From Lisbon to Lisbon*, 2008.

Riviste scientifiche on-line

- AMICO, *Tra la diplomazia parlamentare e la politica estera: il nuovo ruolo delle assemblee elettive – intervista a Luciano Violante*, in *Amministrazioneincammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 10 ottobre 2008
- BARRETT, *The Treaty of Lisbon - Just What is it All About: A Brief Layperson's Introduction to the Main Features of the Treaty of Lisbon*, September 5, 2009, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1469045> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1469045>
- BIGATTO, *Le relazioni pericolose: i Parlamenti Nazionali nel nuovo assetto di Lisbona*, in <http://www.sisp.it/files/papers/2010/milena-bigatto-750.pdf>, 2010
- CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea*, in *Amministrazione in Cammino*: http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuano_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf, 2011
- CINOGLOSSI, *Lo sviluppo dei programmi di assistenza della Camera dei deputati agli altri Parlamenti*, in *Amministrazioneincammino*, http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00016100/16114_Cinoglossi.pdf

ESPOSITO, *La COSAC e il controllo di sussidiarietà: un caso di (parziale e problematica) anticipazione degli effetti del Trattato costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_content&task=view&id=5&Itemid=3, 2005

FASONE, *I parlamenti dell'Unione: nuovi attori sulla scena delle procedure normative comunitarie?*, in *Amministrazioneincammino*, pp. 5-8: http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/15994_Fasone-parlamenti.pdf, 2010

HEGELAND - NEUHOLD, *Parliamentary participation in EU affairs in Austria, Finland and Sweden: Newcomers with different approaches*, in *European Integration online Papers (EIOP)*, Vol. 6, N° 10, 2002; (<http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-010a.htm>)

RUSSO, *Il controllo politico sul principio di sussidiarietà europea: «prove tecniche» per un dialogo interparlamentare nello scenario post-Lisbona*, in *Federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, ottobre 2012.

Documenti istituzionali

COSAC, *Conclusions of the XLIV COSAC*, Brussels, 24 – 26 October 2010
EU SPEAKERS' CONFERENCE STOCKHOLM, *Background Note: the future of COSAC*, 14-15 Maggio 2010

Relazione Annuale 2010 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali.

Relazione Annuale 2011 Sui Rapporti Tra La Commissione Europea e I Parlamenti Nazionali.

UFFICIO RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA (a cura di), *Il Parlamento Italiano e le Attività dell'Unione Europea*, Bollettino Questioni Istituzionali, XVI Legislatura – Documentazione per le Commissioni – Attività dell'Unione Europea, n. 97, 3 agosto 2010.

CALRE (Conferenza delle Assemblée Legislative Regionali), *Declaration of L'Aquila, 25–26 Novembre 2011*

Siti istituzionali

COSAC, *Histoire de la COSAC*, dicembre 2010: <http://www.cosac.eu/fr/cosac/>

IL CAPO DI STATO NELLE REPUBBLICHE PARLAMENTARI IN TEMPO DI CRISI: UNA FISIOLOGICA ESPRESSIONE DUALISTA DEL SISTEMA

Mario Perini

*Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università di Siena*

L'articolo prende le mosse da due dati della recente realtà storico-politica sui quali esiste un ampio consenso: l'esistenza di una grave crisi; l'esercizio di un ruolo incisivo da parte del presidente della repubblica.

La tesi che viene sviluppata è che tra i due fenomeni esista una relazione e, in particolare, che in un sistema parlamentare repubblicano in tempo di crisi, il presidente della repubblica assuma pienezza delle funzioni ad esso riconosciute in costituzione. La situazione di crisi è in grado di far emergere un'autonoma legittimazione del Presidente della Repubblica che sembra far assumere un carattere duale all'esecutivo, anche in quei paesi nei quali il capo di stato non sia stato eletto direttamente dal popolo.

Sembrerebbe di poter dire anche che tale espressione dualista dell'esecutivo non costituisca un'eccezione, ma anzi la fisiologica manifestazione di una forma di governo parlamentare nell'ambito di un sistema repubblicano in tempo di crisi.

The paper takes as its starting point two recent facts on the interpretation of which there is a broad agreement: the existence of a major crisis in Italy, the exercise of a strong role by the president of the Italian republic.

The thesis developed in the article is that there is a link between the two phenomena and that in a republican parliamentary system in times of crisis, the president assumes full power. In fact, the crisis brings out an autonomous legitimation of the president that makes the system work as a bicephalous executive, even in those countries, like Italy, where the head of state is not elected directly by the people.

It probably seems that this two-headed expression of the executive during a time of crisis does not constitute an exception,

but rather the physiological expression of a parliamentary form of government under a republican system in times of crisis.

Sommario

1. Alcuni dati di partenza
2. Alcune tesi ricostruttive
3. La Costituzione e il Capo dello Stato, ovvero *taking the Constitution seriously*
4. La forma di stato
5. Limiti al Capo dello Stato
6. La crisi attuale e la reazione del sistema
7. Crisi e Capo dello Stato

1. Alcuni dati di partenza

Nell'affrontare il tema di questo intervento pare utile partire da due dati sui quali si può ritenere vi sia ampia convergenza da parte degli osservatori:

A – L'esistenza di una profonda "crisi";

B – L'esercizio da parte del Capo dello Stato (d'ora in poi, per comodità, CS) di poteri "inediti" o, se si preferisce, l'esercizio di poteri presidenziali secondo modalità "inedite".

A - Sul primo aspetto, parrebbe non doversi spendere molte parole, potendosi ritenere il dato più che "notorio" e dunque non bisognoso di specifica dimostrazione. Se, però, anche nei "discorsi" giuridici più stingenti, cioè quelli svolti dai giudici nelle loro sentenze, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza non necessitano di prova (art. 115, c. 2, c.p.c.), è altrettanto vero che è indispensabile individuare il fenomeno allegato e, nel caso di specie, ciò si rende viepiù necessario tenuto conto dell'ampia gamma semantica del termine "crisi", sia nel lessico in generale, sia nelle scienze storiche, sociali e politiche, sia in particolare nel diritto.

Posto che l'oggetto di questo intervento riguarda il rapporto tra "crisi" e CS, potrebbe costituire una buona base di partenza l'accezione in cui quest'organo utilizza questo termine nell'attuale fase storica, riservandoci di ritornare in seguito sull'argomento (cfr. *infra* par 6).

Se si leggono i principali interventi del CS negli ultimi mesi, si nota che la crisi è ripetutamente considerata nei suoi aspetti economici-finanziari¹, ma è anche declinata nei suoi profili

¹ Limitandoci all'ultimo periodo della presidenza Napolitano, cfr., nel 2011, discorsi ed interventi del 17-1, 1-2 16-2, 24-2, 2-3, 28-3, 13-4, 15-4, 30-4, 9-5, 13-5, 25-5, 7-7, 22-7, 21-8, 3-9, 9-9, 10-9, 13-9, 15-9, 23-9, 7-10, 13-10, 19-10, 26-10, 4-11, 16-12, 19-12, 20-12, 21-12, 24-12, 29-12, 31-12; nel 2012, discorsi e interventi del: 27-1, 30-1, 31-1, 10-3, 13-2, 20-2, 17-3, 20-3, 23-3, 24-3, 30-3, 25-4, 1-5, 11-5, 16-5, 23-5, 30-5, 13-6, 14-6, 15-6, 5-7, 10-7 (tre interventi), 20-7, 10-8. Tutti recuperabili sul sito istituzionale: www.quirinale.it

sociali, politici e istituzionali² - sia nazionali che internazionali³ - i quali, determinando una sostanziale incapacità di reazione del sistema, già compromesso, rendono proprio così acuta la crisi economica.

Si potrebbe allora convenire che la crisi davanti alla quale ci troviamo non è tanto una crisi economica, quanto soprattutto una vera e propria crisi sistemica, di cui l'aspetto economico è solo quello più evidente.

B – Anche sul secondo aspetto, le evidenze per l'osservatore sono molteplici. Lungi dal voler o poter essere esaustivi, concentrandosi esclusivamente sull'esercizio di poteri formali da parte del CS e mettendo, dunque, da parte l'impetuoso fiume di esternazioni e interventi informali, si possono richiamare:

- a. la gestione della crisi del IV governo Berlusconi e la formazione del governo Monti che, per bocca dello stesso CS, ha evidenziato «un governo formatosi fuori degli schemi ordinari, con caratteristiche per vari aspetti mai sperimentate» (discorso del 17-3-2012), in quanto la crisi ha imposto «la necessità anche di soluzioni di governo fuori degli schemi tradizionali» (discorso del 20-12-2011)⁴;

² Sempre limitandoci all'ultimo periodo, cfr. con riferimento alla crisi "etica" e "culturale": discorso dell'11-5-2012; con riferimento alla crisi "sociale": discorsi e interventi del 31-12-2010, 21-8-2011, 20-2-2012, 3-5-2012; con riferimento alla crisi "politica": discorsi e interventi del 21-8-2011, 31-12-2011, 30-1-2012, 17-3-2012, 3-5-2012, 23-5-2012 e 15-6-2012; con riferimento alla crisi dei "partiti": discorsi e interventi del 30-1-2012, 25-4-2012 (ma già si veda ampiamente il messaggio di fine anno del 2006); con riferimento alla crisi "istituzioni": discorsi e interventi del 21-12-2009, 21-8-2011 e 30-5-2012; con riferimento alla crisi del sistema "giustizia" in particolare: discorsi e interventi del 21-7-2011, 15-2-2012 e 23-5-2012; con riferimento alla crisi "di governo": discorsi e interventi del 3-9-2011, 9-11-2011, 20-12-2011, 21-12-2011, 5-7-2012 e 20-7-2012. Tutti recuperabili sul sito istituzionale www.quirinale.it

³ Cfr., ad es., con riferimento alla crisi delle "nazioni" e "globale": discorsi e interventi del 13-5-2011, 24-12-2011; con riferimento alla crisi dell'Europa e della sua leadership: discorso del 25-12-2011.

⁴ Su cui ampiamente OLIVETTI, *Governare con l'aiuto del presidente*, in *Il Mulino*, 2012, 233 ss.; MACCABIANI – FRAU - TIRA, *Dalla crisi del IV governo*

- b. la gestione della crisi libica, che ha visto nel CS il principale attore del complesso decisionale che ha portato l'Italia al pieno sostegno dell'intervento militare in quel paese⁵;
- c. il rifiuto di emanare decreti-legge (caso Englaro: vd. nota CS 6-2-2009 e lettera al Presidente del Consiglio in pari data)⁶;
- d. il rifiuto di emanare decreti-legislativi (quello su federalismo municipale: vd. nota CS 4-2-2011)⁷;

Berlusconi alla formazione del I governo Monti, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁵ Sulla ricostruzione di tale vicenda, cfr. DE VERGOTTINI, *Sicurezza internazionale: un correttivo presidenziale*, in *Percorsi costituzionali*, 2011, 103 ss.; IADICICCO, *Le istituzioni italiane e la crisi libica*, in www.rivistaaiic.it. La "politica estera" è stata, come noto, un settore di ampia autonomia presidenziale quantomeno fin dai tempi di Gronchi: cfr. ad es. DE VERGOTTINI, *Politica estera e interventi del Presidente della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1984, 506 ss.; BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale: da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 81 ss.; PALADIN, *Per una storia costituzionale*, cit., 131 ss. e 200 ss.

⁶ Su cui cfr., ad es., SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*; SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le "ragioni" di Napolitano*, entrambi su www.forumcostituzionale.it. Per una più ampia ricostruzione sui poteri presidenziali in sede di emanazione dei decreti-legge, cfr. ad es. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Pol. dir.*, 2009, 409 e ss.; SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *AA.VV.*, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti del Convegno di Roma, 26 novembre 2010*, Roma, 2011, 123 ss.; GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi. Tomo I. Aspetti storici, profili comparatistici, Ordinamento italiano*, Milano, 2011, 289 ss. Il rifiuto di emanazione non costituisce certo un'assoluta novità, come risulta dal *post scriptum* alla lettera inviata dal Presidente Napolitano al Presidente del Consiglio il 6/2/2009, dove si elencano alcuni precedenti a partire dalla presidenza Pertini; ma già Einaudi rilevava che tra Capo dello Stato e governo si svolgevano contatti su proposte di d.l. e che i suggerimenti da parte del primo fossero dato costituzionale acquisito: EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente 1948-1955*, Torino, 1956, 237 ss.

⁷ Anche in questo caso, non si tratta probabilmente di una assoluta novità, se già risulta che nel 1952 Einaudi si rifiutò inizialmente di emanare alcuni d.lgs. (di attuazione della l.n. 3060/1952) e li emanò solo a seguito di alcuni chiarimenti governativi: Einaudi, *Lo scrittoio del Presidente 1948-1955*, cit., 435 ss. Di recente sul tema, cfr. ad es. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, cit.; GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi. Tomo I. Aspetti storici, profili comparatistici, Ordinamento italiano*, cit., 289 ss.

- e. contatti diretti, su questioni di merito e non meramente protocollari, con capi di stato estero (vd. note e comunicati del 20-10-2011, 10-11-2011 e quelli dell'11-11-2011 e anche quello relativo alla visita in Tunisia del 16-17-5-2012)⁸.

Il tentativo che si intende svolgere in questo intervento è di trovare, se esiste, una correlazione tra i due fenomeni evidenziati.

2. Alcune tesi ricostruttive

Dinanzi a questi fenomeni, la dottrina tende a riproporre la tradizionale dicotomia tra la tesi maggioritaria⁹ - del ruolo presidenziale di garante imparziale, totalmente estraneo al circuito politico, con il compito di riequilibrare il sistema costituzionale, che trova in Galeotti il suo capostipite - e la tesi minoritaria dell'Esposito del capo di stato come reggitore del sistema in situazioni di crisi¹⁰.

Nessuna delle due tesi sembra convincere appieno.

La prima tesi - quella per intendersi del “quarto” potere, garante del corretto funzionamento del sistema costituzionale, caratterizzato da neutralità e/o imparzialità e totalmente estraneo all'indirizzo politico di maggioranza - ha avuto un rilievo enorme nella configurazione del CS come si cercherà di suggerire, ma

⁸ Cfr. *supra* nota 5.

⁹ Cfr. ad es. BETTINELLI, *I poteri del capo dello stato nella stagione del “superpotere politico”*, recuperabile al sito http://www.astrid-online.it/1-nuovi-pr/MATERIALI/Note-sulla/BETTINELLI_ammissibilit--rinvio-27-6-08.pdf; ALLEGRETTI, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, recuperabile al sito http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Allegretti_1.pdf, parr. 4.2 ss.; ma anche, seppur con alcuni distinguo, BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti del Convegno di Roma, 26 novembre 2010*, cit, 19 e ss.

¹⁰ Cfr. ad es. TRAVERSA, *Il Capo dello Stato parlamentare come reggitore dello Stato nelle crisi del sistema*, in *Rass. Parlam.*, 2011, 229 ss. V. anche OLIVETTI, *Governare con l'aiuto del presidente*, cit. e BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012.

sconta forse un'eccessiva natura dogmatica e ideologica¹¹. Si tratta, in particolare, di una tesi che tende a svilire le disposizioni costituzionali concernenti il CS, molte delle quali qualificate come meri "residui storici" e dunque prive di effettivo contenuto prescrittivo. Essa delinea il ruolo e i poteri del CS in via deduttiva, a partire da ricostruzioni generali, teorico-politiche, della figura presidenziale nella forma di governo, che si sostiene accolta nel nostro ordinamento (parlamentare razionalizzato), per derivarne poi l'elenco, come sue proprie, di quelle attribuzioni che appaiono congruenti col modello astrattamente individuato e scartando le altre, "sostanzialmente governative".

Questa prima tesi, peraltro, non sembra in grado di spiegare gli "inediti" poteri richiamati nel precedente paragrafo, a meno di non voler fare forzature che non sono in grado di reggere a una analisi oggettiva dei fenomeni riscontrati¹². Le ultime "esternazioni" presidenziali (in modo più evidente rispetto a quelle passate, ma non per questo da esse tanto diverse) e il concreto dispiegarsi dei poteri formalmente attribuiti al presidente sembrano denotare un chiaro ed evidente indirizzo politico, se con tale ultima espressione si intende ancora l'individuazione dei fini essenziali dello stato in un dato momento storico, l'approntamento dei mezzi per conseguirli e l'effettiva attività diretta al loro conseguimento¹³. Certo, si tratta di un indirizzo indipendente e spesso non coincidente con quello

¹¹ GUASTINI, *Teoria e ideologia della funzione presidenziale*, in *Ragion Pratica*, 2008, 597 ss., scaricabile anche dal sito <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/organizzazione/stato/guastini.html>

¹² A tal proposito pare interessante rilevare come lo stesso CS, in moltissimi suoi interventi, ribadisca la natura di garanzia dei suoi interventi e l'assoluta estraneità alla dialettica politica in corso, ma è bene considerare banalmente che affermare qualcosa, non lo rende per ciò stesso reale.

¹³ Cfr. ad es. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, 128 ss.; CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 155 ss.; CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988; GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Giur.*, XVI, 1989; DOGLIANI, voce *Indirizzo Politico*, in *Dig. Disc Pubbl.*, VIII, 1993; AINIS - RUGGERI - SILVESTRI - VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998; PERINI, voce *Indirizzo politico* (Postilla di aggiornamento), in *Enc. Giur.*, XVI, 2007.

del governo, del parlamento e dei partiti, ma non per questo meno politico¹⁴.

Parrebbe superfluo a tale fine, richiamare tutti quegli interventi nei quali si sono indicati gli obiettivi che lo stato, secondo il CS, dovrebbe perseguire in questo momento: basterebbe pensare alla “sua” ricetta economica - crescita e rigore¹⁵ - che, seppur condivisibile da gran parte degli italiani, non è affatto “neutrale” o “tecnica” o “imparziale”, ma ha una sua profondissima e chiarissima connotazione politica. Denota la scelta discrezionale di una precisa ricetta politico-economica anziché di altre, quale potrebbero essere l’interventismo *tout court à la Roosevelt* oppure il non intervento accompagnato da inviti all’ottimismo *à la Hoover*. Allo stesso modo, la scelta di prendere le distanze dal regime di Gheddafi per aiutare il popolo libico insorto¹⁶ - oltre a non essere sicuramente dettata dalla Costituzione, la quale parrebbe ripudiare la guerra anche come mezzo di risoluzioni di controversie (art. 11 Cost.) - non sembra né imparziale né priva di valenza politica.

Allora delle due l’una: o i comportamenti del CS risultano non conformi al ruolo e alle funzioni presidenziali, così come ricostruite dalla dottrina maggioritaria, con conseguente incostituzionalità dei comportamenti - ma non risulta che si siano levate molte voci in questo senso -, oppure è questa tesi ad essere poco utile a spiegare il ruolo e le funzioni del CS nel momento attuale.

Non sembra neppure utile, per inquadrare l’attuale momento istituzionale, la tesi della scuola fiorentina, dapprima espressa dal Barile¹⁷ e certamente ispirata dal Calamandrei¹⁸, dell’esistenza di

¹⁴ In questo senso ad es. FUSARO, *Un Presidente contropotere d’influenza*, in PASSARELLI (a cura di), *Presidenti della Repubblica. Forme di governo a confronto*, Torino, 2010, 202 ss.

¹⁵ Tra i molti, cfr. ad es., discorsi del 20/3/2012, 13/2/2012, 10/2/2012, 31/12/2011, 20/12/2011, 4/11/2011 e 19/10/2011.

¹⁶ Cfr. in part. comunicato del 22/2/2011; intervento a Ginevra del 4/3/2011; interventi del 18/3/2011 (Torino), 21/3/2011 (Varese) e 26/4/2011; nonché le dichiarazioni rese alla stampa il 20/3/2011 e 13/5/2011.

¹⁷ BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. dir. Pub.* 1958, pp. 297 ss. Come noto, negli scritti più recenti la dicotomia è però abbandonata: BARILE in AINIS - RUGGERI - SILVESTRI - VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines* cit., 112 s.

¹⁸ CALAMANDREI, *Viva Vox Constitutionis*, in *Il Ponte*, 1955, n. 6, 809 ss.

un indirizzo politico-costituzionale distinto da quello di maggioranza. Questa tesi, infatti, seppure diversa e quasi contrapposta alla precedente, in verità pare porsi sulla medesima linea di sviluppo, almeno per la parte (assolutamente a essa centrale) di escludere che il CS esprima un indirizzo politico “di maggioranza”, ma tutt'al più possa muoversi come *viva vox constitutionis*, per dare concreta attuazione a ogni sua prescrizione. Quello che, infatti, sembra manifestarsi oggi, con estrema evidenza, è invece un insieme di specifiche opzioni politico-economiche riconducibili a un indirizzo politico *tout court* e a scelte che certamente non sono imposte o anche solo tracciate dal testo costituzionale.

Anche la tesi espositiana, però, sembra poco convincente con riferimento alla situazione attuale, oltre a scontare, ancor più dell'altra, una scarsa aderenza ai dati normativi costituzionali. Secondo questa tesi, infatti, in situazioni di crisi, occorre derogare alle previsioni (espresse) della Costituzione - al fine però di salvaguardarne i valori e lo spirito¹⁹ -, spettando «al Capo dello Stato di sostituirsi al Parlamento e provvedere con ministri da lui nominati e godenti la sua fiducia (invece di quella del Parlamento)»²⁰. Questa ricostruzione presuppone che gli organi costituzionali non siano in grado di funzionare regolarmente e che il capo dello stato si sostituisca a essi per salvaguardare gli assetti costituzionali complessivi, una sorta, dunque, di *dittatura commissaria*²¹. Questa costruzione non pare allora applicabile alla corrente fase istituzionale dove tutti gli organi costituzionali stanno funzionando regolarmente (anche se non in linea con prassi e convenzioni consolidate). È infatti diffusa opinione in dottrina²², oltre che ripetuta convinzione del nostro CS²⁵, che

¹⁹ Secondo la nota tesi di C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 1975, 148.

²⁰ C. ESPOSITO, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, 1960, 237 s.

²¹ Su cui si rinvia a C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, cit., 28 ss. e 203.

²² In questo senso ad es. GROTANELLI DE' SANTI, *La salvezza dello Stato viene prima della Costituzione*, reperibile all'indirizzo <http://www.ilsussidiario.net/News/Cultura/2011/12/14/DIBATTITO-Grottanelli-la-salvezza-dello-Stato-viene-prima-della-Costituzione/228927/>; TRAVERSA, *Il Capo dello Stato parlamentare come reggitore dello Stato* cit.; DE VERGOTTINI, *La gestione della sicurezza internazionale: un correttivo presidenziale*, reperibile all'indirizzo <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/la-gestione-della-sicurezza-internazionale-un-correttivo-presidenziale>, 18; G.U. RESCIGNO, *Il*

l'attuale esercizio dei poteri presidenziali sia pienamente conforme alla Costituzione e non siano emersi "strappi" al suo dettato.

Peraltro, oltre alla scarsa capacità descrittiva dell'attuale fase istituzionale, questa tesi risente pesantemente di ricostruzioni teoriche generali - che, forse, filosofi del diritto qualificherebbero più correttamente come ideologiche²⁴ - da cui si fanno discendere conseguenze giuridiche in contrasto con il testo costituzionale o comunque del tutto estranee ad esso, venendo a sollevare delicati problemi di coerenza con un sistema a costituzione rigida e garantita.

Allora la tesi che si propone in questa sede - e che non è certo originale - trova una sua prima elaborazione in forma compiuta e chiara in una lettera di Mario Bracci al Presidente Gronchi²⁵ e, in parte, viene sviluppata, con riferimento a specifici aspetti, dal Grottanelli de' Santi²⁶, nonché trova conforto in non pochi autori quando si sono occupati di singole attribuzioni presidenziali²⁷ e, di recente, si riscontra in posizioni sempre più diffuse²⁸. Una tesi che l'autore non presentava come una compiuta elaborazione giuridica, ma che tuttavia, a distanza di molti decenni, è stata considerata un'utile "intuizione", cioè quella di un ruolo

Presidente della Repubblica e le crisi del sistema, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, cit., par. 23.

²³ Cfr. in particolare discorsi del 3-9-2011, 20-12-2011; 17-3-2012.

²⁴ Cfr. GUASTINI, *Teoria e ideologia della funzione presidenziale*, cit.

²⁵ BRACCI, Lettera al Presidente Gronchi del 15-12-1958, pubblicata in *Studi Parlamentari*, 1970, 23 ss., col titolo *Presidente e Presidenzialismo*. Già prima peraltro, cfr. le tesi di CROSA, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1951, 91 ss; LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, Roma, 1951; e in parte A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Riv. Amm.*, 1950, 151 ss.

²⁶ In part. cfr. GROTTANELLI DE' SANTI, *Art. 74*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, pp. 197 s. e nota 6; nonché ID., voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Giur.*, 1988.

²⁷ In particolare si pensi a PREDIERI, *Appunti sul potere del Presidente della Repubblica di autorizzare la presentazione dei disegni di legge governativi*, in *Studi senesi*, 1958, con specifico riferimento alla politica militare (p. 295, nota 1); oppure a PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, 1986, con specifico riferimento agli organi collegiali presieduti dal CS (pp. 226 e 229).

²⁸ Cfr. ad es. FUSARO, *Un Presidente contropotere d'influenza*, cit.; e, in parte, CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010.

“*salvifico*” di un CS senza elezione popolare e al di fuori di una forma di governo semipresidenziale²⁹.

In estrema sintesi, le norme costituzionali attribuiscono al CS poteri e funzioni del tutto non trascurabili e delineano una figura avente una potenziale valenza politica di primo piano, in grado cioè di incidere pienamente sull’indirizzo politico. Nell’ambito del sistema di pesi e contrappesi previsto in Costituzione, il ruolo svolto dal CS diventa una variabile dipendente da quello degli altri attori politici costituzionali, ampliandosi o restringendosi a seconda delle fasi storiche. Se si vuole utilizzare la modellistica comparata e dirlo in estrema sintesi, si potrebbe sostenere che il disegno costituzionale, con riferimento al CS, ammette soluzioni che si muovono sulla linea che va da un classico sistema parlamentare *english style* a un sistema, razionalizzato, *à la française*, senza però coincidere con nessuno di questi estremi.

3. La Costituzione e il Capo dello Stato, ovvero *taking the Constitution seriously*

In uno stato di diritto costituzionale, con una Carta rigida e garantita, il punto di partenza per esaminare un organo costituzionale non può che essere il testo stesso della Costituzione: i lavori preparatori, l’intenzione dei costituenti - se mai potesse essere ricostruita unitariamente -, le prassi, le convenzioni, i modelli dottrinari hanno certamente un loro peso, ma un giurista non può prescindere dalla considerazione, tuttora attuale, che «una costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati»³⁰. E questa opzione metodologica, pare particolarmente opportuna in un

²⁹ Il giudizio e le espressioni appartengono a ELIA, *La “lettera” di Mario Bracci a Giovanni Gronchi, Presidente della Repubblica*, in PISANESCHI - VIOLINI (a cura di), *Poteri, Garanzie e Diritti a Sessanta Anni dalla Costituzione (Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi)*, vol. I, Milano, 2007, 267 ss.

³⁰ CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11.

periodo nel quale la “crisi” è anche crisi della Costituzione³¹, il cui valore oramai da decenni si è venuto progressivamente indebolendo a seguito di attacchi, modifiche “di parte”, tentativi di riforme cassate da referendum, modifiche tacite determinate dall’evoluzione dell’appartenenza dell’Italia a organismi sovranazionali, diffusa opinione della necessità di riforme costituzionali³² che presuppongono, dunque, la convinzione dell’inadeguatezza dell’attuale assetto costituzionale.

Certamente non può essere questa la sede per un esame approfondito delle diverse norme che la Costituzione dedica al CS, dovendosi rinviare alle numerose trattazioni scientifiche a esse dedicate.

È forse utile allora evidenziare alcuni caratteri generali che emergono dalle disposizioni costituzionali. In primo luogo, il numero e l’importanza delle attribuzioni affidate a questo organo dagli artt. 87, 88, 73, 74, 59, 62, c. 2, 92, c. 2, 104, c. 2, 126 e 135, tanto da far affermare che «*i poteri del Presidente della Repubblica sono vastissimi, secondo la Costituzione, sia pure allo stato potenziale e indeterminato*»³³. In secondo luogo, la preposizione alla carica avviene per elezione da parte di un collegio estremamente rappresentativo, anzi, dal principale organo rappresentativo del paese, integrato da delegati delle principali autonomie territoriali (art. 83): un’elezione che - anche se non di secondo grado³⁴, come quella del presidente americano o di quello francese nel periodo 1958-1962, ma semplicemente indiretta - è tale da distinguerne nettamente la posizione e il ruolo da quello del re nelle monarchie parlamentari contemporanee³⁵, che si fonda su di un principio di legittimazione tradizionale-sacrale ormai del tutto recessivo negli ordinamenti democratico-liberali. Questo carattere latamente rappresentativo

³¹ Cfr. ad es. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Bari, 1999; e di recente, G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, cit.; ALLEGRETTI, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, cit., 32 ss.

³² Peraltro, si tratta di opinioni espresse da diversi CS. In particolare, l’attuale presidenza ha ripetutamente richiamato sulla necessità di procedere a riforme istituzionali e costituzionali condivise.

³³ BRACCI, *Presidente e Presidenzialismo*, cit., 34.

³⁴ Su tale distinzione, cfr. ELIA, *Una formula equivoca: l’elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.* 1968, 1530 ss.

³⁵ Sul punto da ultimo, cfr. ad es. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un’interpretazione della forma di governo italiana*, cit.

del CS sembrerebbe poi trovare conferma nella previsione dell'art. 87, c. 1, Cost, nella parte in cui stabilisce che egli rappresenta l'unità nazionale. In terzo luogo, la durata del mandato, tra le più lunghe previste dalla nostra Costituzione, unitamente al regime della responsabilità, ne garantisce una forte autonomia e indipendenza.

Un dato comunemente evidenziato con riferimento alla disciplina costituzionale del CS è costituito dalla scarsezza delle previsioni e dalla loro trama assai aperta. Questi caratteri oggettivi, peraltro, sono oggetto di giudizi divergenti, a seconda della opzione ricostruttiva fatta propria dai vari autori, propendendo alcuni per un giudizio di "abbozzo"⁵⁶ del testo e "ambiguità", "ambivalenza" di tali norme "incerte" e "polivalenti" che delineano una figura "sfumata" e a tratti "incoerente"⁵⁷ o che addirittura sembra espressione di "segrete ambivalenze"⁵⁸; altri, viceversa, tendono a valorizzare questi caratteri, nel senso di una "flessibilità"⁵⁹, "duttilità"⁴⁰ e "utile elasticità"⁴¹ dei poteri e della figura del CS, nell'ambito, in generale, di una sistema di governo che - nonostante le intenzioni espresse nell'o.d.g. Perassi - è «flessibilissimo, retto da un equilibrio dinamico che consente d'assorbire senza danno anche gli urti violenti degli eventi eccezionali»⁴².

Indipendentemente dal giudizio di valore che può essere dato a questa tecnica legislativa, è che il numero limitato delle disposizioni, costruite a maglie larghe, non può portare l'interprete a svuotarle totalmente di significato, ritenendole ad esempio meri residui storici del periodo statutario, privi di reale contenuto prescrittivo. Se un'operazione di questo tipo fosse ammissibile, per quanto ispirata da ottimi intenti, non si vede perché non potrebbe essere ripetuta con riferimento a qualsiasi

⁵⁶ PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 171

⁵⁷ Queste ultime espressioni sono di PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 237.

⁵⁸ MARANINI, *Le istituzioni costituzionali*, in AA.VV., *Aspetti di vita italiana contemporanea*, Bologna, 1957, 19 ss.

⁵⁹ Cfr. ALLEGRETTI, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, cit., 20 e nota 76

⁴⁰ Cfr. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, cit., 11 s.

⁴¹ Cfr. FUSARO, *Un Presidente contropotere d'influenza*, cit., p. 184

⁴² BRACCI, *Presidente e Presidenzialismo*, cit., 25.

altra disposizione costituzionale, non solo relativa all'organizzazione dei poteri, ma anche ai rapporti tra cittadini e tra questi e i primi. Così facendo, però, quella superiorità giuridica che i testi costituzionali sembrano aver assunto con il secondo dopoguerra⁴⁵ verrebbe fortemente messa in dubbio. Per le stesse ragioni, poi, l'esistenza di poche regole, scritte a maglie larghe, non può legittimare di certo la possibilità di prescindere totalmente da quanto vi sia scritto e anzi ammettere l'esistenza di regole (implicite) incompatibili con le prime⁴⁴.

Il dato assolutamente caratterizzante e su cui non sembra sia possibile non convenire è allora costituito, nei limiti dei "paletti" fissati nel testo costituzionale⁴⁵, dall'ampia gamma di significati attribuibili alle disposizioni costituzionali sul CS e dunque alla molteplicità di ruoli e funzioni da esso esercitabili.

Con ciò non si vuole certo sostenere che il CS possa esercitare funzioni o poteri attribuiti, dalla Carta, ad altri organi.

In questo senso, pare forse utile un riferimento al precetto dell'art. 89, Cost., il quale esclude che gli atti del CS siano validi se non controfirmati da un ministro

Il tema della controfirma, peraltro, a parere di chi scrive, non andrebbe sopravvalutato⁴⁶, in quanto – come è stato evidenziato dalla dottrina fin dai primi commenti dell'art. 89, Cost.⁴⁷ – la disposizione normativa, avulsa dal contesto storico-istituzionale e privata di una prassi chiarificatrice, era suscettibile di comportare le più varie dislocazioni di potere tra CS e governo: dalla massima potenzialità decisionale presidenziale alla completa attrazione nella sfera decisionale governativa.

⁴⁵ Cfr. sul punto ad es. M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁴ Si allude ovviamente alla ricostruzione espositiva.

⁴⁵ L'allusione ovviamente è alle tesi di BIN espressa in molteplici scritti: cfr. ad es. *Diritti e argomenti*, Milano, 1992; *L'ultima fortezza: teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

⁴⁶ Così anche ad es. MIDIRI, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e governo*, Padova, 1988, 13 e 91 ss.

⁴⁷ Cfr. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale: da De Nicola a Pertini*, cit., 44 s. Sul necessario ricorso alla prassi, per chiarificare la portata della controfirma, cfr. già RUINI, *La controfirma ministeriale degli atti del Capo dello Stato*, in *Foro pad.*, 1952, IV, 19 ss.

Come noto il tema della controfirma è assai dibattuto e, se si mette da parte quelle tesi minoritarie⁴⁸, secondo cui bisogna distinguere gli atti su proposta, da controfirmare dal ministro proponente, e gli atti senza proposta e conseguentemente senza controfirma⁴⁹, restano le tesi del significato monofunzionale o polifunzionale della controfirma⁵⁰ e quella della natura procedurale

Pare difficilmente contestabile che la ricostruzione più convincente, in quanto maggiormente aderente al testo costituzionale, sia quella che attribuisce alla controfirma un univoco valore giuridico e una medesima funzione, consistente nell'attestare la collaborazione personale tra ministro e CS⁵¹, l'intensità dei cui apporti volitivi costituirebbe un dato ritenuto estraneo a un'analisi di tipo giuridico⁵² o comunque valutabile

⁴⁸ CHELI, Art. 89, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, 146; ma già prima MOTZO, *Esternazioni presidenziali ed informazione del Capo dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Milano, 1974, 1489 ss.; su tale tesi, di recente, cfr. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 711 ss.

⁴⁹ Queste tesi sono certamente argomentabili sulla base del dettato costituzionale e forse sarebbero degne di una più attenta considerazione soprattutto alla luce delle prassi delle ultime presidenze e del significato e dell'importanza assunta da "tipici" atti non controfirmati, quali sono le esternazioni presidenziali.

⁵⁰ Di recente cfr., ampiamente, CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un'interpretazione della forma di governo italiana*, cit.; AA.VV., *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giur. Cost.*, 2007, 455 ss.

⁵¹ Cfr. ad es. C. ESPOSITO, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, 1962, pp. 285 ss.; ID., *Saggio sulla controfirma ministeriale*, in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Milano, 1992, 65 ss.; questa tesi è ripresa e sviluppata, con il ricorso alle convenzioni costituzionali, da G.U. RESCIGNO, Art. 87, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, 170 ss.; ID., *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. Cost.*, 2006, 2005 ss.

⁵² In questo senso, già l'Orlando rilevava come non fossero suscettibili di valutazione giuridica le modalità con cui dalle volontà di due organi distinti si arrivasse ad una decisione unitaria, in quanto si sarebbe trattato di "un processo di ordine psicologico di cui il diritto deve limitarsi a constatare e il fatto e l'effetto", V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1951, I, 42.

solo alla stregua di convenzioni costituzionali⁵⁵. Proprio alla luce di questa ricostruzione, l'apporto del CS non è certo nullo o neutro, ma anzi è della stessa natura di quello del ministro, anche se di intensità variabile.

Analoghe considerazioni poi potrebbero farsi con riferimento alla lettura procedurale⁵⁴ dell'art. 89, Cost., secondo la quale questo articolo non offrirebbe alcuna regolamentazione sostanziale dei rapporti CS-ministri, ma solo un quadro procedurale aperto che necessita di norme giuridiche (scritte⁵⁵ e consuetudinarie) o convenzionali per una concretizzazione di tali rapporti. Anche secondo questa tesi, la misura della partecipazione (sostanziale) del CS varia di intensità⁵⁶, ma è sempre presente.

Ma anche se si seguisse la tesi dominante in dottrina e fatta propria dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 200/2006 sul potere di grazia, a maggior ragione si deve ammettere che esistano poteri propri del CS, di cui il ministro non risulta responsabile, vale a dire, nelle parole della Corte che «a fronte della determinazione presidenziale [...], la controfirma del decreto [...], costituisce l'atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito. Da ciò consegue anche che l'assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 della Costituzione, trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza» (Corte cost., sent. 200/2006, par. 7.2.5., considerato in diritto). Di questi poteri, dunque, il CS è il *dominus* esclusivo⁵⁷ e da lui sono

⁵⁵ Cfr. le tesi di Rescigno richiamate nella nota n.57.

⁵⁴ MIDIRI, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e governo*, cit., pp. 43 ss.; PITRUZZELLA, in *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giur. Cost.* 2007, 491 ss.

⁵⁵ Ad es. art. 3, c. 2, l. n. 1077/1948; art. 17, c. 1, l. n.195/1958; artt. 15 e 34, l. n. 352/1970; art. 3, l. n. 936/1986; artt. 5, 14, 15, 17 e 17bis, l. n. 400/1988; l. n. 13/1991; art. 8, c. 2, d.lgs. n. 66/2010.

⁵⁶ In base a fattori, questa volta, principalmente giuridici.

⁵⁷ L'accoglimento di questa tesi, come noto, comporta delle conseguenze assai delicate. In primo luogo, sul piano stesso dei controlli presidenziali sui poteri governativi, che verrebbero totalmente svuotati di contenuto effettivo, in quanto «se il ministro ha l'obbligo di controfirmare nel caso di atti presidenziali, il Presidente della Repubblica ha l'obbligo di firmare nel caso di atti governativi» (G.U. RESCIGNO, in *Dibattito sulla controfirma*, cit., 496). In

liberamente esercitabili, essendo il riferimento alla loro necessaria caratterizzazione imparziale e neutrale, forse un desiderabile auspicio, ma certamente non imposto da alcuna disposizione costituzionale. D'altronde, gli stessi atti sostanzialmente governativi (e quelli duumvirali, per chi ne ammette l'esistenza) fanno emergere un'attiva partecipazione del CS, che, come noto, si tenta poi di sterilizzare politicamente, ricorrendo per lo più alla dogmatica delle forme di governo.

Riconoscere molteplici potenzialità espressive al CS con riferimento, ad esempio, alla promulgazione o all'emanazione degli atti aventi forza di legge o all'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi non significa certo riconoscergli una funzione legislativa o normativa o una compartecipazione alle stesse (basterebbe a confutare tale tesi l'art. 70 Cost.). Significa piuttosto che tali poteri a lui spettano e che, nel rispetto delle altre disposizioni costituzionali (ad es. controfirma), il CS è "libero" di usarli come meglio reputi opportuno. Al di là di questa considerazione si stagliano probabilmente mere creazioni degli interpreti (per quanto ben argomentate e ben fondate): pertanto, sia «che il Presidente della Repubblica non possa ostacolare il Governo nell'attuazione del suo programma politico, né imporre al Governo un indirizzo politico suo proprio, è tesi dogmatica (discende dalla dogmatica del governo parlamentare), priva di qualsivoglia fondamento testuale in costituzione»⁵⁸; sia, all'inverso, che «il Presidente è

secondo luogo, sul piano della responsabilità, in quanto, nel caso di atti presidenziali, se il Ministro risponde solo nei limiti del suo potere di attestare che il procedimento si è svolto correttamente, ma non della decisione, riconducibile al solo Capo dello Stato, vi sono atti del CS «del cui contenuto sostanziale non risponde giuridicamente nessuno, tranne i casi estremi di alto tradimento e attentato alla Costituzione» (G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, cit., nota 2. Analoghe preoccupazioni, in merito al tema della responsabilità, sono espresse da MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia. Un caso concreto di caos istituzionale*, in *Il Mulino* 2005, 894 ss.; GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, in www.forumcostituzionale.it; BIN, *Della grazia e di altri atti che vanno controfirmati*, *ivi*.

⁵⁸ GUASTINI, *Teoria e ideologia della funzione presidenziale*, cit., par. 2.

«capo dell'esecutivo» – è (o sarebbe, se qualcuno la sostenesse) tesi dogmatica»⁵⁹.

Esistono certamente eventuali e ulteriori limiti che condizionano l'esercizio dei poteri e del ruolo presidenziale, ma vanno ricercati altrove, cioè non si trovano connaturati e iscritti in un suo preteso ruolo delineato in Costituzione o nella disciplina costituzionale delle sue attribuzioni.

4. La forma di stato

Il CS si inserisce in determinata forma di stato, la quale - al di là della sua qualificazione dogmatica e dei vincoli che da tale modellistica si vorrebbe trarre - ha caratteri specificamente previsti in Costituzione.

La nostra è anzitutto una Repubblica (art. 1 e 139, Cost., e referendum istituzionale del 2/2/1946). Sul preciso significato di tale termine e sul conseguente valore prescrittivo dell'affermazione che l'Italia sia una Repubblica e che tale forma non sia suscettibile di revisione costituzionale, sembra che la dottrina giuridica abbia riflettuto assai meno che rispetto a molte altre disposizioni, magari di portata assai minore. Con tale espressione sembra che si alluda ad una molteplicità di significati: da quello più scontato di rigetto del principio monarchico⁶⁰ a quello più complesso di necessaria e continua aderenza da parte dei cittadini ai principi fondanti l'ordinamento⁶¹. Storicamente e politicamente è probabilmente

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Su cui cfr. tuttora CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1922, cap. I. Cfr. di recente, con riferimento al tema della responsabilità, CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008, 28 ss.

⁶¹ Cfr. ALLEGRETTI, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, cit., 16 ss.; nonché ID., *Gli apparati organizzativi e la democrazia*, scaricabile all'indirizzo http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Allegretti_2.pdf, 111 ss. Si è rilevato in particolare che in una repubblica, a differenza che in una autocrazia, diviene fondamentale la continua e costante condivisione agli ideali che la ispirano, così come sembrerebbe richiesto dall'art. 54, Cost. Peraltro, tralasciando l'antichità classica, per molti versi non comparabile agli attuali sistemi politico-istituzionali, il tema della "virtù", come elemento caratterizzante e assolutamente centrale per un sistema repubblicano, risale al Machiavelli e passa per tutta la tradizione repubblicana anglosassone. Il tema della repubblica

quest'ultimo quello che più si avvicina alle genuine ragioni dell'affermarsi di questo regime nell'Età moderna⁶². Da un punto di vista giuridico, peraltro, il significato forse più pregnante attiene alla necessaria elettività e temporaneità di tutte le cariche⁶³, che a sua volta si riconnette al tema della *responsabilità* di tutti gli organi costituzionali⁶⁴ e, dunque, al rifiuto di un Sovrano, propriamente detto, cioè *legibus solutus*, sia verso l'esterno sia all'interno dell'ordinamento⁶⁵.

è stato da allora connesso a quello della corruzione della società e della sua classe dirigente, alla necessità della virtù e dell'uomo virtuoso e soprattutto alle profezie millenariste che dovrebbero stimolare quest'ultimo a superare la corruzione dilagante: cfr. POCOCC, *Il momento machiavelliano: il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, II voll., Bologna, 1980. Sembra quasi di ritrovare tutti questi fenomeni nell'attuale situazione, se solo si muta la convinzione religiosa della fine del mondo con quella, secolarizzata, della crisi globale.

⁶² Come è stato rilevato, infatti, il modello romano e ateniese repubblicano costituisce una stratificazione giacobina importata in Italia durante la Rivoluzione francese, che portò all'affermarsi della "*repubblica una e indivisibile, proprio in un paese dove le repubbliche erano molte e in continuo movimento esterno ed interno*" (VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970, 31. Ma se si approfondisce l'esame del modello neoclassico elaborato in Francia durante la Rivoluzione si nota che il suo nucleo essenziale, pur dotato di questa coloritura classica, nasce da esperienze dirette e non lontane, da radici medioevali e rinascimentali che sopravvivono o rivivono durante tutto l'*ancien régime*. Il dato identificativo di queste esperienze, a differenza del modello classico, era proprio la volontà di benessere, contrapposta alla volontà di potenza e di espansione dello Stato assoluto (che quest'ultimo condivideva con Roma e Atene). Il *proprium* dei modelli repubblicani che giungono a noi, anche se tinteggiati con coloriture classiche, risiedeva appunto nella comunanza di interessi tra tutti i cittadini, alla tolleranza alla libertà di residenza e commercio, alla mancanza di monopoli, alla moderazione delle tasse, alla volontà di mantenersi in pace, al ripudio della ragion di stato (Ibidem, pp. 29 ss.). Cioè a un insieme di valori e alla fedeltà a essi da parte di tutti i cittadini.

⁶³ V. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975, 389.

⁶⁴ L'emersione del tema della responsabilità degli "organi costituzionali" è stata da altri ricondotta alla nascita della forma di governo parlamentare nel Regno Unito nei secoli XVII-XVIII: SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica: evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, 2010, 6 ss. Peraltro, pare che l'autrice si riferisca ad uno specifico tipo di responsabilità, cioè quella politico-istituzionale e non al tema della responsabilità *tout court*.

⁶⁵ Non pare un caso che proprio l'affermarsi del primo regime repubblicano moderno si accompagni alla considerazione della necessità che il presidente "*did not stand above the laws and to do away with the English notion that «the king can do no wrong»*", STORY, *Commentaries on the constitution of the United States*, Boston, Cambridge, 1833, vol. II, 278. La stessa Corte suprema

L'emersione del tema della responsabilità di tutti gli organi dello stato e in particolare del suo capo si sviluppa al termine del regime fascista e in netto contrasto con uno dei capisaldi dell'ordinamento statutario, quello così efficacemente espresso dall'art. 4 dello statuto per cui *"la persona del Re è sacra ed inviolabile"*⁶⁶. Emergeva così, anche in Italia, a distanza di circa tre secoli dalle prime rivoluzioni costituzionali, il tema dell'incompatibilità tra residui assolutistici ancora presenti nel regno d'Italia (potere irresponsabile) con gli ideali liberali e democratici che si andavano diffondendo nella società. Il potere politico, tutto il potere, per poter essere legittimo ("Herrschaft") e dunque trovare obbedienza presso la comunità statale, distinguendosi dalla mera potenza ("Macht"), doveva allora essere responsabile e disciplinato da regole predeterminate. La c.d. "questione istituzionale" era dunque strettamente connessa alla "responsabilità" del capo dello stato (e in generale di casa Savoia)⁶⁷. Come ebbe modo di dire, assai chiaramente, il primo presidente dell'Assemblea Costituente, on. Saragat, appena eletto, nel suo discorso di insediamento del 26 giugno 1946, *«il 2 giugno è stato il grande giorno del nostro destino. La vittoria della Repubblica è la sanzione di un passato funesto»* (enfasi aggiunta). Con il referendum istituzionale, allora, e con la codificazione costituzionale dei suoi risultati (artt. 1 e 139, Cost.), si è voluto chiaramente affermare la piena responsabilità di tutti i poteri costituiti, anche se soggetta a particolari regole

americana ha recentemente chiarito che *"the common-law fiction that «[t]he king ... is not only incapable of doing wrong, but even of thinking wrong,»* *ibid.*, *was rejected at the birth of the Republic*", Jones v. Clinton, in 520 U.S. 681 (1997), 697.

⁶⁶ Sulla differenza tra inviolabilità regia e irresponsabilità presidenziale, cfr. ampiamente CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, cit., 27 ss.

⁶⁷ Cfr. ad es. MORTATI, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945 (ora in ID., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*, vol. I, Milano, 1972, 3 ss.); CALAMANDREI, *Introduzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950; BRACCI, *Storia di una settimana (7-12 giugno 1946)*, in *Il Ponte*, n. 7-8, 1946, 599 ss.; ROMITA, *Dalla Monarchia alla Repubblica*, Milano, 1966, 24 ss.; MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2008, 249; GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari-Roma, 2003, 390 ss.

(art. 68 per i membri delle camere; art. 90 per il CS e così via)⁶⁸. In particolare, in questa prospettiva l'art. 90, Cost., non rileva tanto per la parte che esclude la responsabilità (giuridica) del CS nell'esercizio delle funzioni, quanto per quella che l'afferma, nei casi di alto tradimento e attentato alla Costituzione, e la presuppone, sempre, al di fuori dell'esercizio delle funzioni.

Questo sembra in definitiva il significato più profondo dell'opzione repubblicana⁶⁹.

La Repubblica è poi qualificata come *democratica*, nel senso che il principio legittimante di ogni potere risiede nel popolo. Si tratta di una conferma del rigetto di ogni diversa forma di legittimazione del potere e, in particolare, del precedente principio tradizionale-sacrale che autonomamente fondava il potere e il ruolo del capo dello stato nel regno d'Italia. Le specifiche forme in cui si manifesta tale principio democratico sono rimesse alla Costituzione (art. 1, c. 2, Cost.) e non sono certamente limitabili alla rappresentanza parlamentare e al referendum, investendo tutti i livelli territoriali (Corte cost., sentt. nn. 106 e 306 del 2002) e tutti gli organi di vertice dello stato, CS compreso (art. 83 e 87, c. 1, Cost.).

Sebbene manchi una specifica affermazione in questo senso del testo costituzionale, pare non si possa dubitare che la Carta configuri l'Italia come uno stato di diritto costituzionale, cioè un

⁶⁸ Nel senso del testo, cfr. ad es. CARLASSARE, *Art. 90*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, 149 ss.; CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, 5 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e involuzioni delle immunità politiche in Italia*, in ORLANDI - PUGIOTTO (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, 2005, 57 ss. *Contra* CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, cit., 255 ss.

⁶⁹ Se la responsabilità costituisce un rapporto complesso tra due (o più) soggetti (cfr. ampiamente BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 2), nel caso del CS il rapporto che sembra rilevare è quello con la Nazione (art. 87, c. 1, Cost.) e ciò in armonia, appunto, con il principio repubblicano. Con questa ricostruzione, allora, sarebbe coerente la limitazione della responsabilità nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 90, Cost., a solo due ipotesi, in quanto, in questo caso, la responsabilità che viene fatta valere è nei confronti di soggetti attivi diversi. Ma il principio generale resta quello della responsabilità: politica, verso la Nazione nell'esercizio delle funzioni, e giuridica piena, al di fuori dell'esercizio delle funzioni.

ordinamento nel quale ogni potere trovi fondamento e limite in norme giuridiche positive⁷⁰. Questo tema, strettamente connesso a quello della responsabilità di ogni organo dello Stato, si afferma per superare i caratteri che lo Statuto albertino presentava, fossero essi originali oppure acquisiti con l'evoluzione⁷¹. Quest'ultimo, infatti, non fu inteso come norma giuridica sovraordinata, collocata al vertice dell'ordinamento giuridico, in grado di essere usata a tutela delle libertà e dei diritti individuali, ma solo come legge fondamentale esplicante una supremazia storico-politica sui rapporti interorganici⁷². La questione della limitazione giuridica dei poteri del Sovrano e soprattutto quella della sanzione giuridica dei suoi comportamenti e atti, posti in violazione di regole prestabilite, emersero chiaramente e ampiamente nel dibattito successivo alla caduta del fascismo e si manifestarono già in specifici atti giuridici (le c.d. «costituzioni transitorie») diretti appunto a rendere operativo tale principio. La Costituzione repubblicana ha poi sancito definitivamente l'idea di una limitazione giuridica di tutti i poteri d'imperio aderendo alla risposta fornita più di due secoli fa' dal giudice Marshall alla domanda «*to what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained?*» e vale a dire che «*the distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation*»⁷³: il testo della Costituzione come fondamento imprescindibile e limite insuperabile per ogni organo dello stato.

Tutti questi caratteri sembrano offrire spunti per dare colore e spessore alle disposizioni costituzionali sul CS.

Il *principio repubblicano* ci suggerisce che il CS sia soggetto alla regola generale⁷⁴ della responsabilità⁷⁵ per le sue azioni, che

⁷⁰ Di recente, sulla configurabilità del nostro ordinamento come “stato costituzionale”, cfr. ALLEGRETTI, *Gli apparati organizzativi e la democrazia*, in www.rivistaaic.it, n. 4, 2012, 45 ss.

⁷¹ Cfr. A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002

⁷² Cfr. M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, cit.

⁷³ U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, in 5 U.S. 137, 176-177.

⁷⁴ Cfr. *supra* nota 68.

trova però una particolare disciplina, quanto alla responsabilità *giuridico-costituzionale*, nell'art. 90. Tale privilegio non può che avere carattere eccezionale e, dunque, la garanzia dell'irresponsabilità - comunque legata alla carica e non alla persona, come invece avveniva nel passato regime monarchico - non può che essere interpretata restrittivamente (non a caso, corrispondentemente, le due ipotesi di responsabilità giuridico-costituzionale in essa disciplinate sono formulate con linguaggio *open texture*). Al di fuori di tale previsione derogatoria, non può che valere la regola generale della piena responsabilità (politico-costituzionale) del CS⁷⁶.

Il *principio democratico* non sembra certamente utilizzabile per riservare al solo complesso parlamento-governo un ruolo politico attivo, escludendo tutti gli altri poteri. Esso, viceversa, può servire per valorizzare un ruolo politico del CS, sebbene secondo caratteri e modelli di funzionamento diversi da quelli in cui siamo comunemente abituati a declinare la "democrazia", limitandola alla rappresentanza parlamentare e, a tutto concedere, al *referendum*, senza considerare che essa, fin dai suoi primordi, includeva molteplici forme espressive, come, tra le altre, l'estrazione a sorte. I padri del costituzionalismo moderno, sotto questo profilo, avevano ad esempio rilevato che «*le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie ; le suffrage par choix*

⁷⁵ La regola generale della responsabilità, cui si fa riferimento, riguarda la responsabilità nell'esercizio delle funzioni e pare appunto ricavabile dal principio repubblicano. Discorso diverso riguarda la responsabilità extrafunzionale del CS, derivante dal principio generale di eguaglianza e sulla cui piena vigenza non pare vi possano essere dubbi, anche a seguito delle recenti vicende giudiziarie relative al "caso Cossiga": cfr., da ultimo, A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica*, in www.rivistaaic.it, n. 1, 2011, 21 ss. Sulla responsabilità del CS, cfr. di recente SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica: evoluzione e recenti interpretazioni*, cit.; CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, cit. Sulla natura assolutamente generale del principio di responsabilità, cfr. art. 28, Cost.; in giurisprudenza, ad es., Corte cost. sentt. nn. 154/2004, 87/2012 (parr. 5 e 5.1, diritto), 88/2012 (parr. 3 e 3.1, diritto); in dottrina, ad es., C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 128 ss.

⁷⁶ Sulla responsabilità del CS, cfr. di recente SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica : evoluzione e recenti interpretazioni*, cit.; CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, cit.

*est de celle de l'aristocratie. Le sort est une façon d'élire qui n'afflige personne; il laisse à chaque citoyen une espérance raisonnable de servir sa patrie»⁷⁷. Quella che nelle democrazie contemporanee è comunemente chiamata *responsiveness* e che ne costituisce principio ispiratore, secondo gli illuministi, doveva essere ricercata negli strumenti di controllo successivo alla preposizione alla carica. Con specifico riferimento al CS, anche di recente è stato ad esempio evidenziato che la sua rappresentatività è da considerare quantomeno equiparabile a quella del principale organo di indirizzo politico, cioè del Governo: «se confrontata con quella del Governo, l'investitura democratica del PdR non è certo di livello inferiore»⁷⁸.*

La *legalità costituzionale* consente di affermare che ogni attribuzione presidenziale debba trovare il suo fondamento in norme giuridiche e da esse venga limitata. Il loro superamento determina - se non una sanzione giuridica, che s'è detto limitata ai soli due casi dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione - certamente una reazione giuridica dell'ordinamento diretta a riportare nell'alveo costituzionale il CS, attraverso lo strumento del conflitto fra poteri dello stato.

⁷⁷ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Libro II, cap. II; così anche ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Libro IV, cap. III. In tempi più recenti si può ad esempio richiamare DAHL, *After the revolution? : Authority in a good society*, New Haven, 1970, pp. 249 ss.; SINTOMER, *Random Selection, Republican Self-Government, and Deliberative Democracy*, in *Constellations*, vol. 17, 2010, 472 ss.; MULGAN, *Lot as a Democratic Device of Selection*, in *The Review of Politics*, vol. 46, 1984, 539 ss.; MUELLER - TOLLISON - WILLET, *Representative democracy via random selection*, in *Public Choice*, 1972, 57 ss. L'estrazione a sorte, come noto, era il metodo ordinario di preposizione alle cariche nelle democrazie classiche (BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982); il principio di maggioranza come metodo decisorio si sviluppa solo nel corso del medioevo all'interno dei conventi e segna il passaggio dall'organicismo che permeava le società antiche all'individualismo moderno, cui il cristianesimo dette una spinta decisiva: SARTORI, voce *Democrazia*, in *Enc. Sc. Soc.*, II, 1992, par. 4, sub b. L'estrazione a sorte, peraltro, è un metodo che si ritrova nelle proposte di non pochi illuministi di fine settecento e nelle prime carte costituzionali francesi. Il sorteggio - in modo forse provocatorio, ma, alla luce di quanto appena scritto, non così inconcepibile - è al centro della proposta di recente avanzata da AINIS, *Per una politica meno distante occorre una Camera dei cittadini*, in *Corriere della sera*, 2-1-2012.

⁷⁸ CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare : un'interpretazione della forma di governo italiana*, cit., 52, cui si rinvia per l'ampia argomentazione della suddetta tesi.

Tutti questi principi, congiuntamente, escludono l'esistenza di una sovranità reale che si incarni, stabilmente o temporaneamente, in uno specifico organo statale sia esso il parlamento (come nel Regno Unito) sia un capo di stato (come nelle monarchie assolute o nelle dittature sovrane⁷⁹).

5. Limiti al Capo dello Stato

Oltre ai condizionamenti derivanti dai principi costituzionali riconducibili alla forma di Stato, esistono molteplici limiti ai poteri e al ruolo del CS, che permettono di allontanare il pericolo di una sua eccessiva sovraesposizione costituzionale e, dunque, la necessità di ricorrere a ricostruzioni dogmatiche per circoscriverne l'ufficio.

Lungi dal poter esaminare esaustivamente tutte queste limitazioni, di diversa natura, ci si limiterà a richiamare, in modo estremamente sintetico, quelle maggiormente significative.

A – Anzitutto, limiti normativi, contenuti nella Costituzione e nelle altre fonti (di vario grado) che vanno ad attuarne il disegno con riferimento al CS:

a) Queste norme sono quelle che riconoscono attribuzioni specifiche al CS e che, se, da una parte, le fondano e devono essere interpretate *magis ut valeat* (vd. *supra*), allo stesso tempo, ne tracciano anche i confini entro cui esse debbono svolgersi;

b) Vi sono poi tutte quelle norme che riguardano altri organi costituzionali le quali a loro volta possono essere distinte in:

a. norme che istituiscono organi posti al vertice dell'ordinamento costituzionale (*superiorem non recognoscentes*), destinati, per la loro stessa presenza, a limitare e a togliere spazio di azione al CS.

⁷⁹ Per la nozione di dittatura sovrana, cfr. C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, cit., 149 ss.

Ciò ovviamente presuppone che l'insieme dei poteri pubblici sia dato e fissato nelle norme giuridiche (legalità costituzionale in senso sostanziale) e cioè che, al contrario del principio liberale che regge la vita dei privati (si può fare tutto ciò che non risulta espressamente vietato), nel campo pubblicistico viga l'opposto principio che si possa fare solo ciò che è espressamente consentito. Detto assai brutalmente: se la torta è quella, le porzioni che spettano a ciascun commensale cambiano a seconda del loro numero;

- b. norme che attribuiscono ad organi costituzionali specifiche attribuzioni in grado di interferire sui poteri del CS. Tipici esempi di tali limitazioni sono costituite dall'art. 70, Cost., che attribuisce al parlamento la funzione legislativa; dall'art. 89, c. 1, che fissa, per la validità di ogni atto del CS, la controfirma di un ministro⁸⁰; ecc.
- c. norme che attribuiscono ad altri organi costituzionali specifiche funzioni di "controllo" nei confronti (anche) del CS. Si tratta anzitutto delle norme relative alla Corte costituzionale e, in particolare, ai conflitti fra poteri dello stato; ma anche a quelle relative alla messa in stato di accusa del CS da parte delle Camere *ex art. 90, c. 2, Cost.*

B - Vi sono poi una serie di regole, prive del carattere giuridico, ma in grado comunque di limitare e vincolare l'azione del CS. Si tratta delle convenzioni costituzionali⁸¹, dei precedenti e delle prassi costituzionali. Da questo punto di vista si pensi al

⁸⁰ Da ultimo, cfr. ampiamente ad es. CHessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un'interpretazione della forma di governo italiana* cit.

⁸¹ Su cui ampiamente G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972 e, di recente, proprio con riferimento al CS, ID., *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, cit.

preteso divieto di rielezione del CS⁸² o alla prassi di eleggere alla carica persone di età piuttosto avanzata, in modo comunque da evitare una futura rielezione⁸⁵ oppure alla convenzione (sicuramente indebolita o forse addirittura scomparsa di recente) in base alla quale il CS è escluso da critiche da parte dei partiti, in modo da sottrarlo alle vicende politiche contingenti⁸⁴.

C – Vi sono poi alcuni fattori istituzionali che determinano una limitazione dei poteri e del ruolo del CS:

a) Anzitutto, quelli derivanti dalla natura monocratica dell'organo organo CS:

- a. senza assolutamente volerla qualificare come legge di necessità, è certo però che un singolo individuo non sia empiricamente in grado di svolgere contemporaneamente molteplici attività. Egli, pertanto, quando si trovi attributario di molti poteri, come appunto risulta il CS, necessita di uomini e apparati che possano svolgere tali compiti per lui o quantomeno ne facilitino l'assolvimento⁸⁵. D'altronde, è proprio l'esistenza di questi uomini e apparati che limita la discrezionalità del titolare del potere. Tralasciando i casi nei quali il titolare deleghi ad altri l'assolvimento di determinate funzioni, si faccia il caso più vicino ad un utilizzo diretto del potere da parte di un organo monocratico: quello nel quale l'apparato servente si limiti a fornire conoscenze e informazioni circa la fattispecie concreta da regolare, lasciando completa discrezionalità

⁸² Che peraltro il Presidente Ciampi, in un comunicato ufficiale, pare aver considerato come vera e propria consuetudine costituzionale: cfr. comunicato del 3-5-2006.

⁸⁵ Sul punto FUSARO, *Un Presidente contropotere d'influenza*, cit., 186.

⁸⁴ Su cui, cfr. G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, cit., 186.

⁸⁵ Sul Segretariato della presidenza della Repubblica, cfr. OCCHIOCUPO, *Il segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1973; MESCHINI, *Il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, in *Studi senesi*, 1996, 266 ss.

al titolare sull'*an*, il *quando* e il *quomodo*. Anche in questo caso, però, attraverso la selezione dei dati e delle informazioni rilevanti da comunicare al titolare dell'organo, l'apparato è in grado di condizionare, anche sensibilmente, l'esercizio del potere. A maggior ragione accadrà quando l'apparato non si limiti ad un mero supporto informativo, ma partecipi, in vario modo, alla decisione sull'*an*, il *quando* o il *quomodo*;

- b. un'ulteriore serie di limiti, sempre connessi alla natura monocratica dell'organo, è rappresentata da quei fattori personali, da tutti gli studiosi sempre ampiamente e ripetutamente richiamati⁸⁶, anche se mai approfonditi scientificamente. Si tratta della "personalità", della "psicologia", dell'"energia personale" della persona in carne e ossa che ricopre la carica di capo dello Stato⁸⁷.

b) Altro fattore istituzionale, limitativo dei poteri (costituzionalmente riconosciuti) al CS, è rappresentato dalla coesistenza, all'interno del medesimo sistema, di altre istituzioni e forze politiche⁸⁸. Proprio la flessibilità e la costruzione a

⁸⁶ Cfr. ad es. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1994, 273 ss.

⁸⁷ Cfr. ad es. A. PACE, *Esternazioni presidenziali e forma di governo. Considerazioni critiche*, in *Quad. cost.*, 1992, 192 s.. Sull'esame scientifico dei processi mentali e personali di decisione e, soprattutto, sulle loro ricadute sul piano giuridico, cfr. D.E. KLEIN - G. MITCHELL (a cura di), *The Psychology of Judicial Decision Making*, New York, 2010; per un approccio critico cfr. D.M. KAHAN - D.A. HOFFMAN - D. BRAMAN, *Whose eyes are you going to believe? Scott v. Harris and the perils of cognitive illiberalism*, in *Harvard Law Rev.* 2009, 838 ss.; in Italia, cfr. BONA, *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, 2010; ma si v. anche, sebbene con un taglio più letterario che accademico, CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1935.

⁸⁸ L'importanza e il ruolo di questi poteri intermedi (*pouvoirs intermédiaires*), anche se in parte ancora nell'ottica delle strutture di *ancien régime*, era stato da tempo evidenziato, ancor prima delle teorie istituzionalistiche novecentesche, proprio con riferimento ai sistemi

maglie larghe delle disposizioni costituzionali sul CS e sulla forma di governo in generale che rendono questo fattore tanto importante. La capacità di azione del CS diviene, in questo quadro, una variabile dipendente dalla - o, per meglio dire, una funzione inversamente proporzionale alla - forza e vitalità delle altre istituzioni pubbliche (parlamento e governo, *in primis*) e private (partiti e sindacati, *in primis*) in grado di agire nell'agone politico. Il suo ruolo sarà dunque condizionato, ad esempio, dal sistema politico e partitico esistente (bipartitico, moderatamente multipartitico e a multipartitismo estremo⁸⁹) nonché da quello più latamente democratico affermatosi (democrazia decidente e consensuale⁹⁰).

D – Il fattore che ha probabilmente costituito uno dei principali limiti ai poteri del CS e che ha contribuito in modo consistente al contenimento del suo ruolo ritengo che sia costituito proprio dalla dottrina giuridica la quale, più o meno consapevolmente, poco importa, ha compiuto ricostruzioni sistematiche tese a neutralizzarne la carica e a relegarla, tutt'al più, alla funzione di garante “imparziale” della Costituzione. Essa, pertanto, non sembra tanto aver agito sul piano teorico-ricostruttivo, evidenziando alcuni profili a discapito di altri, ma ha principalmente operato, più o meno consapevolmente, in senso dogmatico-prescrittivo, contribuendo, essa stessa, a contenere il ruolo e le funzioni del CS⁹¹.

costituzionali monarchici da MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Libro II, cap. IV, su cui di recente cfr. GROTTANELLI DE' SANTI, in corso di pubblicazione.

⁸⁹ Secondo la nota classificazione di ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, 1970, 634 ss.

⁹⁰ Su cui ampiamente LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988.

⁹¹ Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e ideologia della funzione presidenziale*, cit. Voler poi tentare di qualificare la dottrina come vera e propria fonte del diritto costituzionale (nell'accezione dunque di «fonte autoritativa del diritto») oppure come mero fattore condizionante il sistema istituzionale su di un piano meramente fattuale (nell'accezione, dunque, di mera “fonte storica del diritto”: CHIARLONI, *La dottrina, fonte del diritto?*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 1993, 439 ss.), non sembra molto utile, se si tiene conto del comune riconoscimento di prassi, regolarità, convenzioni, regole di correttezza, interpretazioni

E – Infine, in via del tutto generale, occorre richiamare un ulteriore fattore di limitazione dei poteri e del ruolo del CS, derivante dal loro principale, anche se non esclusivo⁹², principio fondativo, cioè la legalità-razionalità. Come noto, la base di qualunque potere risiede sulla sua accettazione (passiva e/o attiva) da parte dei destinatari che ne riconoscano l'autorità in forza di una risalente tradizione (potere tradizionale) o del particolare valore esemplare di colui/coloro che lo incarnano (potere carismatico) o della sua conformità a regole legittime (potere legale-razionale) o anche del suo valore sacrale. Queste categorie descrivono il potere principalmente *ex parte populi*, la legittimazione di esso viene infatti dai destinatari, ma è in grado di condizionare il suo esercizio *ex parte principis*, nel senso che, al di là degli obblighi giuridici specificamente imposti, un'autorità sa che il mantenimento a lungo termine del suo potere e la solidità del suo ruolo dipendono dalla disposizione dei destinatari ad accettarlo, secondo gli schemi richiamati. Il titolare del potere allora tenderà a esercitarlo in modo da rafforzare quella forma di legittimazione che principalmente lo fonda. Se ciò vale per tutti gli organi, per il CS diviene particolarmente significativo a causa della sua natura monocratica e per la sua investitura (democratica indiretta)⁹⁵. Peraltro, un dato costituzionale che potrebbe essere valorizzato in questa prospettiva, nel senso di trasformare quello che è un dato sociologico (la descrizione di come il potere è in grado di reggersi) in una prescrizione normativa, potrebbe essere

giurisprudenziali e dottrinarie nella creazione, complessiva, del sistema costituzionale e, in particolare, della forma di governo: su cui PALADIN, voce *Governo italiano*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, 1969, 678 ss.; di recente CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 97 ss.

⁹² Si allude, in particolare, alla possibilità, anzi alla probabilità, che i poteri di ciascun singolo CS trovino un fondamento (ulteriore) nel personale carisma che le persone che ricoprono la carica sono in grado di manifestare. Sui fattori di legittimazione del potere cfr., ovviamente, WEBER, *Economia e società*, Milano, 1980, in partt. voll. I e IV.

⁹⁵ Distingue giustamente il tema dell'investitura da quello della legittimazione BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, cit. Egli peraltro fa discendere da tale distinzione e soprattutto dalla legittimazione razionale del potere del CS la sua caratterizzazione neutrale.

costituito dall'art. 87, c. 1, Cost., il quale non solo impone ai tutti di considerare il CS come capo dello Stato ed espressione dall'unità nazionale, ma soprattutto impone allo stesso CS di rappresentare quest'ultima⁹⁴. Questa rappresentanza è certamente diversa da quella parlamentare (art. 67 Cost.)⁹⁵, proprio perché diretta a esprimere *unitariamente* l'intera comunità dei consociati⁹⁶.

6. La Crisi attuale e la reazione del sistema

Come si coniuga la crisi attuale con il ruolo e le funzioni del CS? Quali rapporti esistono fra i due fenomeni?

Prima di affrontare questa domanda, pare necessario approfondire l'altro termine del binomio considerato in queste pagine e finora rimasto nell'ombra, cioè la "crisi".

Etimologicamente, la parola deriva da greco (κρίνω) dove indica l'azione di passare al setaccio qualcosa, separando e discernendo, e di conseguenza anche giudicare.

Storicamente, la parola è stata a lungo utilizzata principalmente nel linguaggio medico per indicare l'apice di una situazione di instabilità, destinata a risolversi in un cambiamento (per lo più, guarigione o morte). A partire dal Settecento, la parola è transitata nel linguaggio storico-politico ed è stata usata (anche se raramente, in principio) per indicare grandi cambiamenti socio-politici⁹⁷. È certamente, però, in campo economico che questo termine ha riscontrato il maggiore

⁹⁴ Questo profilo, della rappresentanza come ricerca di un "consenso dell'opinione nazionale", è evidenziato da molti autori con specifico riferimento alle esternazioni, a partire da MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio*, in *Arch. Giur.*, 1957, 19 ss. Cfr. ad es. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 216, 223 e note 251 e 282.

⁹⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, 186, nota 54.

⁹⁶ Se si vuole definire questo agire nel tentativo di rappresentare l'intera comunità nazionale come "agire neutrale", non vi è nulla di male; ma da qua a sostenere che si tratti allora di un agire non politico, ce ne corre.

⁹⁷ Si rammentano di solito, in questo senso, l'opera di J.-J. ROUSSEAU, *Emilio*, libro III, cap. LIII: «ci avviciniamo ad un'età di crisi, al secolo delle rivoluzioni»; e la serie di *pamphlets* di T. PAINE raccolti sotto il nome di *The American Crisis* e pubblicati tra il 1776 e il 1783.

successo per indicare una rottura di un equilibrio che però non presenta caratteri rivoluzionari, ma ciclici.

Se allora per “crisi” si allude sempre e comunque alla interruzione di un equilibrio, al contrasto tra una situazione data e quella ritenuta “normale”, è però possibile - anche in aderenza agli usi lessicali sviluppatasi nella storia - distinguere due diversi tipi di crisi: le “crisi spurie”, come quelle cicliche dell’economia, dove il sistema è destinato a ritornare al precedente equilibrio con minimi e progressivi scostamenti e le “crisi genuine”, come quelle che si riscontrano principalmente - ma non solo - nelle rivoluzioni, cioè condizioni di disequilibrio destinate a condurre a mutamenti sostanziali del sistema⁹⁸.

È però bene evidenziare che negli ultimi decenni è stata avanzato il suggerimento che l’uso frequente del termine e cioè il riscontrare così frequentemente nella realtà segni o evidenze di crisi dipenda, più che dal dato oggettivo, da una crisi degli stessi strumenti di conoscenza a disposizione degli osservatori.

Nel campo delle scienze socio-politiche questo duplice uso del termine lo si riscontra evidenziandosi la differenza tra crisi di governo, riconducibili a crisi spurie, e crisi di regime, riconducibili a quelle genuine. La scienza politica di solito mette in evidenza come in questo campo il tema della crisi sia connesso a quello dell’aumento dei poteri dell’esecutivo, necessari a fronteggiare tale situazione.

Specificamente nel campo del diritto, il tema viene esaminato proprio con riguardo agli strumenti e alle modalità per affrontare la crisi e dunque vengono alla luce, da un lato, l’identificazione dei fatti che possano essere qualificati come “crisi” - o “emergenza”, “stato di necessità”, “stato di assedio”, “stato di guerra” e simili - e, dall’altro, gli specifici strumenti offerti dal diritto per affrontarla e possibilmente risolverla⁹⁹.

⁹⁸ La distinzione tra crisi spurie e genuine, risale ai lavori di BURCKHARDT, *Meditazioni sulla storia universale*, Firenze, 1985, 167 ss.

⁹⁹ Cfr. in generale in Italia ad es. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; B. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto libertà-sicurezza*, Torino, 2004; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milano, 2003; FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008. Un'utilissima panoramica comparata è offerta da PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, marzo 2011, reperibile sul sito

Con riguardo al vigente diritto costituzionale italiano, nonostante non poche voci contrarie, sembrerebbe acquisita l'esclusione di qualsiasi potere "emergenziale" (derogatorio o sospensivo) al di fuori delle previsioni espresse dalla Costituzione¹⁰⁰ e ciò risulta perfettamente coerente al principio di legalità costituzionale sostanziale per cui si è optato. Peraltro, se la Costituzione non ha previsto in generale ipotesi di stato di emergenza, come hanno fatto altre costituzioni (tra le più note, in particolare, quelle della Francia 1958 e di Weimar 1919), è però certo che si sia occupata di specifiche ipotesi di emergenza, disciplinando i conseguenti poteri (la guerra: artt. 60, c. 2, 78 e 87, c. 9; i casi di straordinaria necessità ed urgenza: art. 77), nonché abbia costruito in modo estremamente flessibile il sistema in modo da permettergli di affrontare anche situazioni di estrema tensione¹⁰¹.

La crisi attuale è probabilmente qualificabile di sistema¹⁰², non tanto perché si tratta di una gravissima crisi economica, ma piuttosto perché quest'ultima si innesta su una situazione di squilibrio complessivo del sistema socio-politico-istituzionale, coinvolgendo strutture sociali, partiti e istituzioni¹⁰³. Quella che fino a qualche anno fa era qualificabile come crisi "multiforme", ma non "organica"¹⁰⁴ sembra si sia trasformata in qualcosa di ben più grave e strutturale a causa della gravissima situazione economica e finanziaria.

In questo senso, sono estremamente significative le parole recentemente pronunciate all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dal Presidente del Consiglio Monti il quale, in apertura del suo discorso, ha chiarito che «*what we are experiencing is not a*

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf

¹⁰⁰ Cfr. per tutti PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.; di recente, proprio con riferimento alle vicende legate alla nascita del governo Monti, cfr. ONIDA, *Nessuna emergenza costituzionale, anche con il «governo dei tecnici»*, in *Corriere della Sera* del 15-12-2011, p. 57.

¹⁰¹ Cfr. BRACCI, *Presidente e Presidenzialismo*, cit., 25

¹⁰² Cfr. G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, cit.

¹⁰³ Vd. *supra* note nn. 1, 2 e 3.

¹⁰⁴ cfr. ALLEGRETTI, *Gli apparati organizzativi e la democrazia*, cit., 89 ss.

recurrent cyclical imbalance: it is the deepest and worst crisis in the history of the European Union»¹⁰⁵.

Da questo punto di vista, allora, sembra scorgersi una profonda differenza con le “crisi” dei passati decenni repubblicani, qualificabili forse più correttamente come “crisi spurie”, crisi, cioè, ora di governo, ora cicliche ora di singole istituzioni, se non addirittura come isolati episodi a carattere eccezionale. È certamente possibile che, nel corso di queste ultime, specifiche attribuzioni presidenziali si siano venute evidenziando secondo l’“intuizione” di Bracci¹⁰⁶, cioè per un loro autonomo esercizio rispetto alla posizione degli altri organi costituzionali¹⁰⁷, ma allora il ruolo complessivo del CS non sembra sia stato coinvolto. Non sembrerebbe pertanto possibile svolgere paragoni attendibili tra l’attuale situazione e le precedenti crisi, con riferimento al ruolo del CS, se non per individuare quando e come singole attribuzioni presidenziali siano state esercitate in senso espansivo a causa della debolezza delle altre istituzioni e degli altri limiti richiamati.

¹⁰⁵ 67° Assemblea Generale delle Nazioni Unite, New York 26-9-2012. Il discorso è reperibile all’indirizzo: http://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/67/IT_en_1.pdf.

¹⁰⁶ In questo senso, si è argomentato che Pertini e Scalfaro, in particolare, abbiano «utilizzato vie e mezzi molto simili a quelli indicati da Bracci», ELIA, *La “lettera” di Mario Bracci a Giovanni Gronchi, Presidente della Repubblica*, cit., 273.

¹⁰⁷ Si pensi, solo a titolo esemplificativo, ai “governi del Presidente” di Pertini e alle modalità di gestione delle crisi di governo da parte di questo Presidente (peraltro, sotto questo profilo, non andrebbero neppure dimenticati almeno gli “incarichi vincolati” di Saragat e, ancor prima, il primo governo “del Presidente”, quello di Pella, o la formazione degli esecutivi successivamente alle elezioni del 1953 da parte di Einaudi e la nomina di Tambroni da parte di Gronchi), la gestione della crisi dei controllori di volo nel 1979 sempre da parte di Pertini, la nomina di Gorla da parte di Cossiga anche per fronteggiare la crisi del Golfo Persico, la formazione dei governi Ciampi e Dini sotto la presidenza Scalfaro, lo scioglimento dell’XI legislatura, i rifiuti di emanazione di d.l. da parte di vari presidenti richiamati nella lettera del CS Napolitano al Presidente del consiglio Berlusconi del 6-2-2009, i forti interventi in politica estera da parte di Einaudi con Trieste, Saragat, il ruolo di Ciampi nella crisi irachena, con particolare riferimento alla presidenza del Consiglio Supremo di Difesa, ecc. Per tutti questi episodi di crisi nei quali si vengono ad evidenziare specifici poteri presidenziali, cfr. ad es. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, cit.; GHISALBERTI, *Storia costituzionale d’Italia 1848/1994*, cit.; BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale: da De Nicola a Pertini*, cit.; Mammarella - Cacace, *Il Quirinale: storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Roma-Bari, 2011

D'altronde, la crisi "genuina" attuale sembra in grado di dare conferma a quanto rilevato dalla dottrina e cioè che nel nostro ordinamento costituzionale vigente vi è spazio solo per rimedi ordinari per affrontare le situazioni di squilibrio e non sono viceversa ammissibili soluzioni *extra ordinem*¹⁰⁸. In questa prospettiva, ad esempio, si potrebbero leggere alcuni recenti interventi della Corte costituzionale che ha respinto la tesi erariale secondo cui l'attuale situazione di estrema crisi legittimerebbe una deroga temporanea alle regole costituzionali (di distribuzione delle competenze fra Stato e Regioni)¹⁰⁹.

Da un lato, infatti, il principale strumento finora utilizzato è costituito dalla decretazione d'urgenza¹¹⁰, forse coerentemente

¹⁰⁸ Ma *contra* cfr. ad es. C. ESPOSITO, voce *Capo dello Stato*, cit. nonché ID., voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, 1962, par. 18, il quale peraltro fa riferimento ad una particolare crisi di sistema, cioè quella nella quale i principali organi costituzionali (in particolare, Camere e Corte costituzionale) non sono in grado di operare, legittimandosi così l'intervento del Capo dello Stato.

¹⁰⁹ Corte cost., sentt. nn. 148 e 151 del 2012, rispettivamente ai parr. 3 e 4 dei considerati in diritto. Sebbene l'argomentazione concerna specificamente le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali e l'inesistenza di norme costituzionali che legittimino deroghe alle prime, sembra che possa valere anche a garanzia delle altre disposizioni costituzionali, tanto che la Corte conclude, nella seconda decisione, con un'affermazione alquanto perentoria e generale secondo cui «lo Stato, pertanto, deve affrontare l'emergenza finanziaria predisponendo rimedi che siano consentiti dall'ordinamento costituzionale» (sent. n. 151/2012, par. 4, considerato in diritto). Tali argomenti sono particolarmente significativi se si tiene conto che sono serviti a respingere la tesi della difesa erariale secondo cui il governo, attraverso la decretazione d'urgenza, avrebbe legittimamente potuto derogare a specifiche disposizioni costituzionali in forza della necessità di far fronte a difficoltà economiche del nostro Paese di tale gravità da mettere a repentaglio la sua stessa esistenza e da consentire, perciò, una deroga temporanea alle regole costituzionali, invocando, a sostegno di tale tesi, i principi fondamentali della solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), dell'uguaglianza economica e sociale (art. 3, secondo comma, Cost.), dell'unitarietà della Repubblica (art.5 Cost.), della responsabilità internazionale dello Stato (art. 10 Cost.) dell'appartenenza all'Unione europea (art. 11 Cost.), nonché i principi del concorso di tutti alle spese pubbliche (art. 53 Cost.), di sussidiarietà (art. 118 Cost.), della responsabilità finanziaria (art. 119 Cost.), della tutela dell'unità giuridica ed economica (art. 120 Cost.) e gli altri doveri espressi dalla Costituzione (artt. 41-47, 52, 54).

¹¹⁰ Cfr. specificamente i d.l. nn. 225/2010, 70/2011, 111/2011, 201/2011, 1/2012, 5/2012, 16/2012, 29/2012, 52/2012, 73/2012, 83/2012, 87/2012, 95/2012, 158/2012.

con il disegno originario dell'art. 77, Cost., il quale non sembrerebbe attribuire alcuna competenza al governo ad adottare atti aventi forza di legge, ma parrebbe limitarsi a prevedere le conseguenze giuridiche nell'eventualità che esso li adotti, quando ricorra una situazione eccezionale, che non coincide necessariamente con un pericolo per l'esistenza stessa dello stato¹¹¹; dall'altro, sia la dottrina¹¹² che le istituzioni, quasi unanimemente, hanno riconosciuto che le soluzioni offerte - soprattutto con riferimento alla caduta del governo Berlusconi IV e alla formazione del governo Monti¹¹³ -, seppur con «soluzioni di governo fuori degli schemi tradizionali»¹¹⁴, risultino pienamente conformi al dettato costituzionale.

La stessa Presidenza della Repubblica, in un recente comunicato ufficiale, riconosce che il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza - nonché l'uso ripetuto di un altro "ordinario" strumento costituzionale, quale la posizione della questione di fiducia, del quale, nell'attuale situazione di crisi, non è dato distinguere nettamente le finalità "tecniche" da quelle di ricompattamento della maggioranza - è connesso e legittimato dal dover «affrontare emergenze e urgenze senza precedenti»¹¹⁵.

L'utilizzo di "ordinari" strumenti per affrontare la crisi, come riconosciuto dalla dottrina e dallo stesso CS, risulta forse ancor più significativo se si considera quell'improvvida giurisprudenza costituzionale che sembrerebbe aver ammesso (con riferimento ad altre problematiche, però) l'esistenza del principio *salus rei publicae, suprema lex esto*¹¹⁶.

Nell'affrontare l'attuale situazione di crisi, allora, non sembra che possa sostenersi che, dal punto di vista della legalità

¹¹¹ C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., 831 ss.

¹¹² Cfr. da ultimo OLIVETTI, *Governare con l'aiuto del presidente*, cit., 239 ss.

¹¹³ Su cui ampiamente MACCABIANI – FRAU - TIRA, *Dalla crisi del IV governo Berlusconi alla formazione del I governo Monti*, cit. In generale, sulla prassi nella gestione delle crisi di governo, cfr. ampiamente CARLASSARE, *Il ruolo del Capo dello Stato nella gestione delle crisi di governo*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 2011, 119 ss.

¹¹⁴ Discorso CS del 20-12-2011.

¹¹⁵ Presidenza della Repubblica, Comunicato dell'8-8-2012, reperibile all'indirizzo www.quirinale.it

¹¹⁶ Cfr. Corte cost. decisioni nn. 40/2012, 4/2012, 3/2012, 106/2009, 230/2008 e 86/1977.

costituzionale¹¹⁷, il CS abbia agito come un reggitore dello stato, sostituendosi ai legittimi titolari dell'indirizzo politico, attraverso poteri sostanzialmente *extra ordinem*.

7. Crisi e presidente della Repubblica

Resta allora ancora da rispondere alla domanda iniziale: che relazione allora sussiste tra l'attuale crisi e il CS se, secondo il ragionamento che si è tentato di seguire, questo organo sembra riuscito a affrontarla usando poteri che normalmente la Costituzione gli attribuisce? Cosa c'è insomma di interessante nella relazione tra CS e crisi?

La crisi economica sembra aver agito come acceleratore di quella - già esistente e ben più profonda - delle principali istituzioni titolari dell'indirizzo politico (parlamento e governo), ma soprattutto dei partiti che di queste prime costituiscono la linfa vitale. La crisi ha determinato così anche un'attenuazione delle convenzioni e prassi che delimitavano il ruolo del CS e la stessa dottrina, negli anni più recenti, ha sempre più insistentemente sottolineato la capacità di intervento del CS nel circuito dell'indirizzo politico¹¹⁸, distaccandosi progressivamente dalla vulgata del garante imparziale. Da ciò né è derivato un'estensione dei poteri - codificati e sempre esistenti, ma sterilizzati dai fattori prima richiamati (*supra* par. 5) - del CS.

La crisi, si vuole dire, non ha inciso *direttamente sul CS*, venendo a farne un reggitore dello stato, una sorta cioè di dittatura commissaria (se non addirittura sovrana), ma ha viceversa operato *direttamente sui limiti* (vd. *supra* par. 5) che tradizionalmente hanno operato per contenerne i poteri e il ruolo disegnati in Costituzione, permettendo al primo di manifestare tutte le potenzialità che ad esso quest'ultima gli riconosce. Se si vuole dire in modo diverso, si può anche sostenere che la Costituzione abbia sì previsto un'ipotesi generale di emergenza, ma che essa corrisponda semplicemente ad uno dei modi di espressione del modello ordinario (e non *extra ordinem*) di

¹¹⁷ Forse diverso discorso potrebbe farsi dal punto di vista più strettamente politico.

¹¹⁸ Cfr. *supra* nota 28.

governo, con un CS in grado di esprimere più efficacemente il suo ruolo.

Questa sua sovraesposizione ha spinto il CS a rafforzare il canale della rappresentatività, quello su cui in ultima istanza sembra fondarsi il suo potere (vd. *supra* par. 5, lett E), emergendo così un moltiplicarsi quasi parossistico delle esternazioni, le quali si caratterizzano negli ultimi tempi (dato probabilmente estremamente significativo) per le motivazioni e le ragioni che vengono fornite alle scelte e alle azioni compiute¹¹⁹ e dunque, in definitiva, per la ricerca, da parte del CS, di «conforto, appoggio, condivisione»¹²⁰ delle altre istituzioni e dell'opinione pubblica.

Se è corretto quanto argomentato nelle precedenti pagine, il carattere, quasi duale, che viene ad assumere la forma di governo in Italia, non sembra porsi in contrasto con il dettato costituzionale¹²¹, risultandone una delle sue possibili espressioni. Esso inoltre è riconducibile e legato a doppio filo con il carattere repubblicano del nostro Stato e alla sua forma parlamentare.

Restando nell'ambito di sistemi *democratici* dotati di *costituzioni in senso moderno*, cioè di sistemi dove nessun potere può porsi al di sopra degli altri e tutti sono regolati dal diritto, è solo nell'ambito delle *repubbliche* che è pensabile una manifestazione dualista del governo *parlamentare* (in modo stabile, secondo il modello francese post 1962; come possibile espressione del sistema in tempo di crisi, secondo la nostra Costituzione). Nelle monarchie, infatti, dove il re non è più Sovrano (e se lo fosse non ci troveremmo in un sistema dotato di una costituzione in senso moderno), egli non è assolutamente più

¹¹⁹ Su tale dato insiste BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, cit.

¹²⁰ Cfr. FUSARO, *Un Presidente contropotere d'influenza*, cit., 204.

¹²¹ Così ad es. G. ZAGREBELSKY, *La democrazia senza i partiti*, in *La Repubblica* del 12-12-2011, p. 1, il quale ritiene che nessuna rottura della legalità costituzionale formale si è verificata, anche se sono emersi delicati problemi con riferimento alla sostanza costituzionale, sotto il profilo della democrazia. In senso analogo, cfr. DE SIERVO, *Ma non è la Terza Repubblica*, in *La Repubblica* del 15-12-2011, p. 1; ONIDA, *Nessuna emergenza costituzionale, anche con il «governo dei tecnici»*, cit. Viceversa ritiene che vi sia stata una sospensione delle regole costituzionali: E. GALLI DELLA LOGGIA, *Stato d'eccezione, ma non se ne parla*, in *Corriere della Sera* del 12-12-2011, p. 1; ma già prima, in senso dubitativo: OLIVETTI, *La Costituzione, i diversi ruoli giocati dal capo dello Stato. Quel «motore di riserva»*, in *Avvenire* del 4-12-2012, p. 1.

in grado di esercitare effettivamente alcun potere, che è tutto transitato nel circuito rappresentativo (parlamento-governo), anche in caso di estrema necessità¹²².

In definitiva, la crisi attuale in Italia ha svolto un fondamentale ruolo conoscitivo, secondo il suo originario significato etimologico di situazione in grado di separare, discernere e permettere di valutare la verità: «le crisi sgombrano il terreno»¹²³ e fanno emergere la nuda realtà. Potremo allora concludere ripetendo quanto sostenuto – con intendimenti del tutto diversi, se non proprio opposti, a quelli di questo scritto – da Schmitt nell'affrontare il tema dello stato di eccezione: «l'eccezione è più interessante del caso normale» poiché «quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo nell'eccezione»¹²⁴ e la regola in Italia si spera continui ad essere quella della legalità costituzionale.

¹²² Cfr. ad es. J. EAVES, *Emergency powers and the parliamentary watchdog: Parliament and the executive in Great Britain, 1939-1951*, London, 1957; H.P. LEE, *Emergency powers*, Sydney, 1984; D. BONNER, *Emergency powers in peacetime*, London, 1985.

¹²³ BURCKHARDT, *Meditazioni sulla storia universale*, cit., 200.

¹²⁴ C. SCHMITT, *Le categorie del Politico: saggi di teoria politica*, Bologna, 1981, 41.

CRISI DEL DEBITO PUBBLICO E RIFORMA DELLA COSTITUZIONE

Davide de Grazia

*Dottore di ricerca
in Diritto pubblico – Diritto urbanistico e dell’ambiente
nell’Università di Firenze*

Il saggio ricostruisce criticamente il contenuto della legge costituzionale n. 1/2012, con cui è stato introdotto nella Costituzione italiana il principio del “pareggio di bilancio”, e il suo impatto sul sistema della finanza pubblica, evidenziando il rapporto della nuova disciplina costituzionale con le regole di finanza stabilite dall’Unione europea e con i vincoli contenuti nel Fiscal Compact del 2012.

The paper gives a critical overview of the contents of the constitutional law no. 1/2012, that introduces the principle of budgetary equilibrium in the Italian Constitution, and of its impact on the public finance system. It also analyzes the connection between the new Italian constitutional framework and the financial rules imposed by the European Union and the restrictions contained in the Fiscal Compact of 2012.

Sommario

1. Premessa
2. Le norme introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 2012
 - 2.1. Il previgente quadro normativo
 - 2.2. (segue) L’evoluzione conosciuta dalla disciplina della manovra di finanza pubblica a Costituzione invariata
 - 2.3. L’introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione
 - 2.3.1. La risposta alle esigenze “strutturali”
 - 2.3.2. Le risposte alle questioni congiunturali: in particolare, il problema della riduzione del debito pubblico
3. L’introduzione delle disposizioni costituzionali in materia di equilibrio di bilancio negli altri Paesi dell’area euro
 - 3.1. Il “freno all’indebitamento” (*Schuldenbremse*) nella Costituzione federale tedesca
 - 3.2. L’“*équilibre des finances publiques*” nella Costituzione francese
 - 3.3. La “*estabilidad presupuestaria*” nella Costituzione spagnola
4. Il quadro sovranazionale

- 4.1. I vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea
- 4.2. I vincoli ulteriori posti dal *Fiscal Compact* e il loro rilievo giuridico
5. Rilievi su alcune questioni di fondo

1. Premessa

Le drammatiche ricadute sulle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione europea della crisi economica e della speculazione finanziaria in danno dei debiti sovrani dei Paesi dell'Europa mediterranea hanno portato addirittura a dubitare della sopravvivenza della moneta unica. Si spiega così la brusca accelerazione del dibattito sull'adeguamento dell'assetto della *governance* economica europea, che a marzo del 2011 ha spinto i Paesi dell'eurozona ed altri Stati membri dell'UE alla conclusione del Patto Europlus onde attuare un «*coordinamento più stretto delle politiche economiche per la competitività e la convergenza*».

Il Patto impegna gli aderenti, tra le altre cose, a «*recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita*», ma lascia ai Paesi aderenti margini di scelta tanto con riguardo allo strumento giuridico da utilizzarsi per l'introduzione delle nuove regole di bilancio (purché dotato di natura vincolante sufficientemente forte nei confronti del legislatore), quanto con riferimento al contenuto concreto della regola volta ad allineare le finanze pubbliche nazionali al patto di stabilità e di crescita (purché idoneo a garantire tale allineamento sia a livello nazionale che subnazionale).

Diversi Paesi dell'area euro, e tra essi l'Italia, hanno reagito alla sollecitazione proveniente dal Patto Europlus mettendo mano alle rispettive carte costituzionali.

Il quadro normativo sovranazionale di riferimento, peraltro, ha conosciuto una ulteriore e repentina evoluzione a cavallo tra il 2011 e il 2012, che ha portato, da un lato, alla emanazione di un "pacchetto" di cinque regolamenti e una direttiva europei (il c.d. "*six pack*"), che hanno riformato l'assetto delle competenze delle istituzioni europee in materia di politiche economiche e finanziarie, con conseguente ridimensionamento di quelle delle istituzioni nazionali, e, dall'altro, alla stipulazione, tra i Paesi dell'eurozona e altri Paesi membri dell'UE, di un nuovo patto, comunemente denominato "*Fiscal Compact*", ancor più vincolante dell'Europlus tanto nelle forme quanto nei contenuti.

2. Le norme introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 2012

Il Parlamento italiano ha reagito all'invito contenuto nel Patto Europlus con il deposito di oltre una decina di disegni di riforma costituzionale. Alcuni di questi testi sono stati assorbiti in un disegno di legge governativo, recante *“Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”*, approvato in via definitiva dal Senato il 17 aprile 2012 ed entrato in vigore con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1.

2.1. Il previgente quadro normativo

Prima di esaminare il testo delle nuove disposizioni, al fine di meglio comprendere come la riforma costituzionale è destinata ad incidere sui processi decisionali in materia di manovra della finanza pubblica¹, appare opportuno prendere le mosse da alcuni sintetici riferimenti al testo costituzionale previgente ed alla evoluzione che i meccanismi da esso previsti hanno conosciuto nel corso degli ultimi decenni del secolo scorso.

A questo fine, il necessario punto di partenza è dato dalle scarse disposizioni del “vecchio” testo dell’art. 81 della Costituzione, ed in particolare da quelle contenute nei suoi ultimi due commi, ai sensi dei quali *«con la legge di approvazione del bilancio non si [potevano] stabilire nuovi tributi e nuove spese»* e *«ogni altra legge che import[asse] nuove o maggiori spese [doveva] indicare i mezzi per farvi fronte»*.

Dalle disposizioni appena citate, alcuni autori ritenevano di poter dedurre la necessità costituzionale del pareggio di bilancio, rinvenendo in esse un limite, posto, appunto, nei confronti della legge di bilancio, al finanziamento della spesa pubblica mediante il ricorso all’indebitamento². E difatti, a parere dei sostenitori di

¹ Merita segnalare che le disposizioni della legge cost. n. 1/2012 avranno applicazione a decorrere dall’esercizio finanziario relativo all’anno 2014.

² Cfr. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 100 e ss.; ID., *Innescare un sistema di equilibrio della finanza pubblica ritornando all’art. 81 della Costituzione*, in DI GASPARE - LUPO (a cura di), *Le procedure finanziarie in un sistema istituzionale multilivello*, Milano, 2006, 201 e ss.

questa tesi³, il divieto fatto al bilancio di stabilire nuove entrate e nuove spese andava letto in stretto collegamento con la disposizione di cui all'art. 81, c. 4, Cost., con la conseguenza che doveva ritenersi sempre precluso il ricorso all'indebitamento per finanziare le nuove spese, essendo necessario che i mezzi disponibili fossero realmente in grado di fare fronte a queste ultime. Il tutto, come detto, con la conseguenza che il bilancio dello Stato doveva sempre essere portato in pareggio sostanziale.

La tesi, però, non appariva convincente.

È ben vero che, con la sentenza n. 1 del 1966, la Corte costituzionale aveva risolto nel senso più rigoroso, per la tenuta dei conti pubblici, la questione legata all'interpretazione da dare all'art. 81, c. 4, Cost., sposando la tesi "estensiva" dell'obbligo di copertura delle leggi, tale da renderlo applicabile non soltanto alle leggi che importassero nuove o maggiori spese rispetto agli stanziamenti del bilancio già approvato, ma a tutte quelle leggi che determinassero spese nuove o maggiori rispetto a quelle previste dalle leggi preesistenti⁴.

Ma è altresì vero che la Consulta, nella stessa sentenza appena citata, rifiutò la tesi della necessità costituzionale del

³ Già sostenuta, in tempi più remoti, da CASTELLI AVOLIO, *L'esame in Parlamento del bilancio dello Stato*, in appendice alla Relazione della Commissione Finanze e tesoro sul d.d.l. concernente lo stato di previsione dell'entrata e della spesa del Ministero del tesoro per l'esercizio 1955-56, *Atti Parlam.*, Camera Dep., II Legislatura, n. 1603-A e bisA.

⁴ Corte cost., 10 gennaio 1966, n. 1, in *Giur. cost.*, 1966, 1-2. p. 1 e ss., con nota di ONIDA, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della «copertura» finanziaria nelle leggi che importano «nuove o maggiori spese»*.

Fino alla citata decisione della Consulta si erano confrontate una tesi "restrittiva", che riteneva che l'obbligo di indicare i mezzi per fare fronte a nuove o maggiori spese riguardasse esclusivamente le leggi che, promulgate dopo l'approvazione del bilancio preventivo, ne alterassero l'equilibrio, e una tesi "estensiva", che voleva che tale obbligo fosse riferito a qualsiasi altra legge «che immuti in materia di spese non già di fronte alla legge di bilancio, o non soltanto di fronte a questa, ma di fronte alla legislazione preesistente». Di fronte a questa alternativa, la Corte costituzionale, ritenendo che la limitazione dell'obbligo di copertura al solo esercizio in corso (ovvero a quello relativo al bilancio approvato) ne determinasse una sostanziale vanificazione, accolse la tesi "estensiva" della portata di tale obbligo (cfr. punto 5 delle considerazioni in diritto), pur se con la precisazione «l'obbligo va osservato con puntualità rigorosa nei confronti di spese che incidano sopra un esercizio in corso», mentre «una puntualità altrettanto rigorosa per la natura stessa delle cose non è richiesta dalla ratio della norma per gli esercizi futuri» (punto 8 delle considerazioni in diritto).

pareggio, spiegando che l'obbligo di copertura di cui al quarto comma dell'art. 81 doveva ritenersi attinente «*ai limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e le spese*», con la precisazione che detto "tendenziale" equilibrio «*non esclude ovviamente l'ipotesi di un disavanzo*».

Tutto ciò in considerazione del fatto che la disposizione di cui al quarto comma dell'art. 81 riferiva testualmente l'obbligo di copertura alle "altre" leggi che importassero nuove o maggiori spese, ovvero «*ad ogni altra legge che non sia la legge di bilancio*»⁵.

Da ciò la conseguenza che dalle disposizioni sopra citate non poteva desumersi una regola di necessario pareggio del bilancio⁶.

Da tale constatazione si deduceva che il meccanismo congegnato dal Costituente nell'art. 81 non mirava ad introdurre regole sostanziali sulla manovra di bilancio, né a tradurre in termini di precetti costituzionali una determinata politica di spesa pubblica⁷, ma a delineare un processo decisionale che

⁵ In senso adesivo alla interpretazione della Consulta si era schierata autorevole dottrina: cfr. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, 438 e ss. Sul punto si può vedere anche BARTOLE, *Art. 81*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, Tomo II, Bologna - Roma, 1979, 197 e ss.

⁶ Discorso diverso andrebbe fatto con riguardo al rilievo del (distinto) principio di veridicità, principio da intendersi connaturato al concetto stesso di bilancio e la cui inosservanza può determinare, essa sì, la illegittimità costituzionale della legge di approvazione del bilancio, non foss'altro che per la ragione che un bilancio non veridico impedisce qualsiasi possibilità di svolgere il controllo a consuntivo di competenza delle Camere ai sensi dell'art. 81, c. 1, Cost. A questo riguardo, possono sollevarsi perplessità sulla motivazione che sorregge alcune recenti sentenze (n. 213 del 2008 e n. 70 del 2012) con le quali la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi di approvazione di due bilanci regionali (rispettivamente, quello della Sardegna, approvato con l.r. n. 21/2006, e quello della Campania, approvato con l.r. n. 5/2011) per violazione dell'art. 81, c. 4, Cost., laddove invece la ragione dell'incostituzionalità avrebbe potuto pianamente rinvenirsi nella non veridicità delle previsioni di entrata contenute nei due documenti, situazione che, per quanto riguarda il bilancio della Regione Campania, impediva anche di verificare il rispetto della prescrizione di cui all'art. 119, u.c., Cost. relativa ai limiti del ricorso all'indebitamento.

⁷ ONIDA, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della «copertura» finanziaria nelle leggi che importano «nuove o maggiori spese»*, cit., 29.

consentisse di dare adeguata ponderazione a istanze di diversa matrice ed in potenziale conflitto tra loro in quanto espressione, da un lato, dell'interesse al raggiungimento dell'equilibrio finanziario ritenuto desiderabile e, dall'altro, degli interessi di settore (ad es. alle prestazioni dello stato sociale) da soddisfare mediante il ricorso alla spesa⁸.

Che il meccanismo decisionale fosse finalizzato non tanto a introdurre in Costituzione vincoli sostanziali alla spesa, ma a delineare un equilibrio di natura procedurale tra diversi interessi, traspare dal coordinamento dei due ultimi commi del previgente art. 81 Cost., che poneva i due processi decisionali, quello di adozione del bilancio e quello di approvazione delle leggi di spesa "settoriali" in posizione di autonomia e, nello stesso tempo, di reciproco condizionamento.

E infatti, da un lato, in sede di approvazione del bilancio, le Camere dovevano primariamente perseguire l'interesse finanziario cui si è sopra fatto riferimento, con la conseguenza che la legge di bilancio, nella definizione degli equilibri espressi dai saldi, doveva limitarsi a tenere conto delle vigenti leggi settoriali di spesa ma non poteva, a sua volta, prevedere nuovi tributi e nuove spese né disattendere le disposizioni delle leggi settoriali⁹.

Dall'altro lato, in sede di approvazione delle leggi settoriali di spesa, il Parlamento era chiamato a curare interessi primari diversi da quello finanziario, ma nel fare ciò non poteva alterare gli equilibri già definiti attraverso il bilancio o compromettere la possibilità di definirne di nuovi da parte delle successive leggi di bilancio, ed è per questo che tali leggi settoriali dovevano provvedere ad indicare i mezzi per fare fronte alle nuove o maggiori spese¹⁰.

Se ne desumeva un meccanismo che non si basava sulla preferenza di un'opzione di politica economica sulle altre ma, incidendo sui processi decisionali per la cura dei due diversi tipi di interessi, era, in sé, del tutto neutrale rispetto alle istanze che, secondo una valutazione politica, erano, di volta in volta, ritenute preminenti dal legislatore.

⁸ Più ampi approfondimenti sul punto in BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 122 e ss.

⁹ Art. 81, c. 3, Cost., nel testo previgente.

¹⁰ Art. 81, c. 4, Cost., nel testo previgente.

2.2. (*segue*) L'evoluzione conosciuta dalla disciplina della manovra di finanza pubblica a Costituzione invariata

L'originaria neutralità del meccanismo delineato dalla Costituzione era stata, peraltro, turbata da una serie di disposizioni di rango legislativo che, al fine di porre un argine alla tendenza espansiva della spesa e del debito pubblico, aveva determinato, a Costituzione invariata, a partire dalla fine degli anni settanta, il prevalere dell'interesse finanziario sugli interessi settoriali¹¹.

Il primo, rilevante, passaggio in questo senso era costituito dalla introduzione, per effetto della legge n. 468/1978, dello strumento della legge finanziaria, con cui, in un momento logico antecedente l'approvazione della legge di bilancio, diveniva possibile, in vista della necessità di realizzare gli equilibri finanziari espressi nei saldi, e dunque proprio nel perseguimento dell'interesse finanziario, modificare le disposizioni adottate in occasione della ponderazione di interessi settoriali.

In questo modo veniva formalmente rispettata la disposizione costituzionale che vietava al bilancio di «*stabilire nuovi tributi e nuove spese*», ma tale ultima possibilità veniva attribuita ad una legge (la legge finanziaria, appunto), “diversa” dal bilancio (e pertanto soggetta, al pari delle “*altre leggi*”, all'obbligo di copertura), per sua genesi vocata a dare alla cura dell'interesse finanziario preminenza sugli interessi settoriali¹².

Successivamente, un'altra significativa tappa nell'affermazione della preminenza dell'interesse finanziario sugli interessi che si sono definiti settoriali era rappresentata dal c.d. “*decreto taglia-spese*”¹³, che all'art. 1, c. 1, integrando l'art. 11-*ter* della già citata legge n. 468/1978, stabiliva che «*in attuazione dell'articolo 81,*

¹¹ BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in PINELLI - TREU (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 359 e ss.

¹² Deve peraltro osservarsi l'ambivalenza dello strumento introdotto dalla l. n. 468/1978, dal momento che la stessa legge finanziaria, nello stabilire il livello massimo del saldo netto da finanziare e del ricorso al mercato, finiva per costituire il mezzo per la sostanziale elusione dell'obbligo di copertura di cui all'art. 81, c. 4, Cost., consentendo il finanziamento delle nuove o maggiori spese in essa previste attraverso il ricorso all'indebitamento: cfr. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in <www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 5-3-2012, 17.

¹³ D.l. n. 194/2002, conv. in l. n. 246/2002.

quarto comma, della Costituzione, ciascuna legge che comporti nuove o maggiori spese indica espressamente, per ciascun anno e per ogni intervento da essa previsto, la spesa autorizzata, che si intende come limite massimo di spesa, ovvero le relative previsioni di spesa, definendo una specifica clausola di salvaguardia per la compensazione degli effetti che eccedano le previsioni medesime”, con la precisazione che “le disposizioni che comportano nuove o maggiori spese hanno effetto entro i limiti della spesa espressamente autorizzata nei relativi provvedimenti legislativi»¹⁴.

La previsione appena citata è stata poi ripresa dalla nuova legge di contabilità e finanza pubblica (l. n. 196/2009), che ha precisato, all'art. 17, che la clausola di salvaguardia, tale da garantire in ogni caso la corrispondenza, anche dal punto di vista temporale, tra l'onere e la relativa copertura, deve essere redatta in modo da «essere effettiva e automatica» e deve indicare «*le misure di riduzione delle spese o di aumenti di entrata, con esclusione del ricorso ai fondi di riserva, nel caso si verificano o siano in procinto di verificarsi scostamenti rispetto alle previsioni indicate dalle leggi al fine della copertura finanziaria*».

Tali disposizioni, incidendo profondamente sul modo di interpretare l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi diverse dal bilancio, hanno segnato la definitiva affermazione della preminenza dell'interesse finanziario mediante l'imposizione al legislatore “settoriale” dell'onere della indicazione del tetto massimo di spesa autorizzata per l'intervento oggetto del provvedimento legislativo di settore, al cui superamento, se non sono state previste “clausole di salvaguardia” per la compensazione delle eccedenze di spesa, il provvedimento legislativo (e la relativa autorizzazione alla spesa prevista dal bilancio nell'importo stabilito dalla stessa legge di settore) cessa automaticamente di avere effetto.

¹⁴ Art. 11-ter, c. 6-bis, l. n. 468/1978, come aggiunto dal d.l. n. 194/2002 e modificato dalla l. n. 246/2002.

Sul “*taglia-spesa*” possono vedersi FIORENTINO, *Il decreto «taglia spesa»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 3, 221 e ss.; SCAGLIARINI, *Il decreto «blocca spesa» e la garanzia costituzionale dell'obbligo di copertura finanziaria: spunti per la ricerca di un percorso alternativo*, in *Giur. cost.*, 2002, 3477 e ss.; GIARDA - GORETTI, *Leggi di spesa e stanziamenti di bilancio nella legge n. 246 del 2002*, in PEREZ (a cura di), *Le limitazioni amministrative della spesa*, Milano, 2003, 49 e ss.

Disposizioni come quelle appena ricordate conducono a ritenere, ormai, tutti i diritti la cui doverosa soddisfazione non discenda direttamente ed automaticamente dalle disposizioni costituzionali, e per cui sia dunque necessaria l'interposizione del legislatore ordinario, come "finanziariamente condizionati"¹⁵.

Nella stessa tendenza a riconoscere preminenza all'interesse finanziario si collocano le più recenti disposizioni contenute nella legge n. 196/2009, che, nel disciplinare i contenuti del bilancio di previsione e nel distinguere tra "spese non rimodulabili"¹⁶ e "spese rimodulabili", ascrive a quest'ultima categoria le spese derivanti da "fattori legislativi", ossia «*le spese autorizzate da espressa disposizione legislativa che ne determina l'importo, considerato quale limite massimo di spesa, e il periodo di iscrizione in bilancio*»¹⁷.

L'art. 23, c. 3, della legge n. 196/2009 consente al bilancio di "rimodulare", per motivate esigenze, tali ultime spese nel rispetto dei saldi di finanza pubblica, disposizione che segna il definitivo abbandono dell'idea originaria secondo la quale doveva ritenersi preclusa alla legge di bilancio la possibilità di disattendere, al fine del perseguimento dell'interesse finanziario, le prescrizioni contenute nelle leggi settoriali di spesa.

2.3. L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione

Il quadro fin qui delineato è stato profondamente modificato con l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012, intitolata "*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*".

L'intento, perseguito da diverse proposte di legge di revisione costituzionale già prima del testo di cui al n. 3047 degli Atti del Senato, di introdurre il principio nell'ordito della Carta ha

¹⁵ Sui diritti finanziariamente condizionati v. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, n. 1, 54 e ss.

¹⁶ Cfr. art. 21, c. 6, l. n. 196/2009, che definisce le spese non rimodulabili come quelle «*per le quali l'amministrazione non ha la possibilità di esercitare un effettivo controllo, in via amministrativa, sulle variabili che concorrono alla loro formazione, allocazione e quantificazione*» e che corrispondono, dunque, a «*oneri inderogabili*».

¹⁷ Art. 21, c. 7, lett. a), l. n. 196/2009.

suscitato fondate perplessità legate alla natura non transeunte che sempre dovrebbero avere i precetti costituzionali, i quali non dovrebbero essere sottoposti a revisione per fare fronte alla necessità di risolvere problemi (seppur gravi) di carattere contingente come quello della riduzione della mole eccessiva di debito pubblico¹⁸.

La riforma delle disposizioni costituzionali che disciplinano gli aspetti procedurali e contenutistici delle manovre di spesa pubblica, cioè, dovrebbe essere il frutto di un nuovo patto fondativo, seppur “limitato” alla specifica materia della spesa pubblica, tra i cittadini, come tale destinato a durare nel tempo e nonostante l'avvicendamento dei cicli e delle teorie economiche in auge, mentre la soluzione delle questioni contingenti dovrebbe essere affidata a strumenti posti, tendenzialmente, al di fuori del dettato costituzionale.

Di queste perplessità il testo del disegno di revisione costituzionale A.S. 3047, a differenza di altri disegni di legge proposti a seguito del Patto Europlus, si è in parte fatto carico laddove ha previsto strumenti differenti per dare risposta a due esigenze disomogenee: l'una rivolta alla definizione di regole “strutturali” relative all'equilibrio “a regime” del bilancio, alla possibilità del ricorso all'indebitamento da parte dello Stato e degli enti territoriali ed alla valutazione della sostenibilità dello stesso; l'altra rivolta alla elaborazione di un quadro normativo, dotato di sufficiente forza precettiva per il legislatore ordinario, all'interno del quale disciplinare gli interventi finalizzati alla risoluzione dei problemi “congiunturali” di risanamento del debito pubblico per rientrare nei criteri di convergenza europei.

Alla soluzione del primo problema sono dedicate le disposizioni che modificano direttamente gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. ed introducono, nei termini che si vedranno, il principio del “pareggio del bilancio” in Costituzione.

L'obiettivo, congiunturale, della riduzione della attuale massa del debito pubblico è, invece, perseguito non mediante la modifica di norme costituzionali, bensì attraverso il rinvio ad una

¹⁸ BRANCASI, *Debito e Costituzione, maneggiare con cura*, in www.sbilanciamoci.info, 31-10-2011; ID., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2012, n. 1, 108 e ss. Considerazioni di segno analogo in NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio in bilancio secondo la teoria economica*, cit., 2.

legge rinforzata, cui il nuovo art. 81, c. 6, Cost., fa riferimento, con la quale si dovrebbe prevedere, tra le altre cose, l'introduzione di *«regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica»*.

2.3.1. La risposta alle esigenze “strutturali”

a) Le modifiche apportate all'art. 81 Cost.

Nell'intento di introdurre regole di finanza pubblica aderenti alle prescrizioni di fonte europea, il Parlamento ha riformulato completamente l'art. 81 della Costituzione, introducendo altresì significative modifiche in altre disposizioni (artt. 97, 117 e 119) al fine di estendere la portata precettiva dei nuovi principi ai livelli di governo substatali.

Nel primo comma dell'art. 81 Cost. viene dunque sancito il dovere dello Stato di assicurare *«l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»*.

Una prima notazione da fare riguarda il principio introdotto dalla riforma costituzionale, principio che, contrariamente a quanto dichiarato nel titolo del disegno di legge approvato dalle Camere, non è quello del “pareggio”, bensì dell’“equilibrio” del bilancio dello Stato.

A prima lettura, la diversità dei riferimenti terminologici della intitolazione del disegno di legge e del suo contenuto potrebbe spiegarsi ritenendo che il legislatore abbia deliberatamente optato per l'introduzione, nel testo costituzionale, di un principio meno rigoroso e più duttile del pareggio, e ciò in base alla considerazione che prevedere una regola di pareggio tra le entrate e le spese avrebbe comportato il rischio di un eccessivo irrigidimento delle manovre di spesa.

Tale lettura, peraltro, non appare convincente se si vuole dare qualche significato precettivo all'inciso, altrimenti difficilmente interpretabile, che vuole che si tenga conto *«delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»*: tale riferimento, infatti, deve essere letto, coerentemente con altre disposizioni della legge

costituzionale¹⁹, nel senso di spingere il Governo ad attuare politiche economiche anticicliche anche in presenza di congiunture favorevoli, in vista dell'obiettivo del progressivo rientro del debito pubblico. Le esigenze congiunturali non appaiono, dunque, del tutto scindibili da quelle strutturali.

Deve comunque sottolinearsi l'estrema genericità dei termini usati dai redattori delle novelle all'art. 81 Cost. E difatti, tanto l'equilibrio quanto il pareggio sono termini che, se non aggettivati e, dunque, se non riferiti ad un particolare saldo del bilancio, hanno, da soli, scarso valore precettivo. La circostanza appare evidente ove si tenga presente che il bilancio dello Stato è sempre stato in pareggio contabile, nel senso che la somma delle entrate è sempre stato pari alla somma delle spese, e ciò non ha impedito l'accumularsi dell'impressionante massa che oggi costituisce il debito pubblico italiano.

È evidente che ciò è potuto succedere perché, da un lato, come si è visto, la previgente formulazione dell'art. 81 Cost. riferiva l'obbligo di copertura alle sole leggi diverse dal bilancio e, dall'altro, si è da sempre ritenuto legittimo che per portare il bilancio dello Stato in pareggio si procedesse ad autorizzare la contrazione di nuovo debito.

Il mero riferimento al pareggio o all'equilibrio del bilancio, dunque, non appare significativo se non si individua a quale dei suoi saldi si vuole riferire questi principi.

Il significato del primo comma del nuovo art. 81 va dunque ricercato altrove, e precisamente nella regola posta dal secondo comma dello stesso articolo, che stabilisce che *«il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali»*.

Deve, peraltro, osservarsi che anche la portata di tale ultimo divieto, nei termini in cui è stato formulato, lascia adito a forti incertezze interpretative. La disposizione, infatti, intende a rendere eccezionale il "ricorso all'indebitamento", ma non offre all'interprete basi solide per definire cosa debba intendersi per "ricorso all'indebitamento".

¹⁹ Cfr., ad es., art. 5, c. 1, lett. e), della legge di riforma costituzionale.

La questione è di centrale importanza, perché dalla sua soluzione dipende l'intensità dei vincoli alla manovra finanziaria derivanti dal doveroso rispetto dell'equilibrio di bilancio.

L'espressione può intendersi in due significati diversi.

In un primo significato, il ricorso all'indebitamento consiste nell'operazione di contrazione di debito pubblico, e dunque di emissione di titoli di debito o di assunzione di mutui. Se si interpretasse il secondo comma dell'art. 81 in questo senso si perverrebbe, con tutta evidenza, a conclusioni insostenibili, dal momento che la disposizione impedirebbe, salvo i casi eccezionali che si vedranno in seguito, qualsiasi operazione di contrazione di debito²⁰. Una lettura del genere determinerebbe il rapido azzeramento dello *stock* di debito pubblico, ma sarebbe concretamente impraticabile, perché, impedendo allo Stato di rimborsare i titoli di debito pubblico attualmente in scadenza mediante le entrate derivanti dalla loro rinnovazione (rinnovazione che sarebbe vietata in quanto integrante "ricorso all'indebitamento"), costringerebbe a manovre economiche di centinaia di miliardi di euro²¹.

Per queste ragioni, la disposizione di cui al comma adesso in esame è stata spiegata in altro modo, ovvero ritenendo che essa vieti al bilancio di presentare valori negativi nel saldo costituito dalla differenza tra le entrate finali e le spese finali al netto di quelle per il rimborso dei prestiti già contratti (c.d. "saldo netto da finanziare"). Secondo questa lettura, dunque, lo scopo della norma sarebbe quello di escludere un aumento dello *stock* di debito attualmente contratto, dal momento che il divieto di

²⁰ Cfr., ad es., l'art. 3, c. 17, della legge n. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004), che, per le regioni e gli enti locali, considera "operazioni di indebitamento", ai fini dell'art. 119, c. 6, Cost., «*l'assunzione di mutui, l'emissione di prestiti obbligazionari, le cartolarizzazioni di flussi futuri di entrata e le cartolarizzazioni con corrispettivo iniziale inferiore all'85 per cento del prezzo di mercato dell'attività oggetto di cartolarizzazione valutato da un'unità indipendente e specializzata*» e, inoltre, «*le operazioni di cartolarizzazione accompagnate da garanzie fornite da amministrazioni pubbliche e le cartolarizzazioni e le cessioni di crediti vantati verso altre amministrazioni pubbliche nonché, sulla base dei criteri definiti in sede europea dall'Ufficio statistico delle Comunità europee (EUROSTAT), l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate*».

²¹ Per fare un esempio, la manovra per il 2012 avrebbe dovuto essere, solo per rimborso dei titoli in scadenza, di circa 260 miliardi di euro.

ricorrere all'indebitamento precluderebbe di contrarre nuovo debito se non per rinnovare il debito in scadenza.

Interpretata in questo senso, però, la disposizione sconterebbe un altro inconveniente, costituito dallo scarso incentivo alla riduzione dello *stock* di debito pubblico che ne scaturirebbe. E infatti, se la disposizione dovesse essere interpretata nel senso appena detto, da essa non deriverebbero limiti alla rinnovazione dei titoli in scadenza, con la conseguenza che lo *stock* del debito pubblico potrebbe rimanere immutato in termini assoluti, mentre per il suo ridimensionamento in rapporto al PIL bisognerebbe confidare su adeguati ritmi di crescita economica, essendo preclusa ai *policy makers* qualsiasi possibilità di utilizzare il ricorso all'indebitamento in funzione di stimolo alla crescita.

Ad ogni modo, la lettura da ultimo proposta permetterebbe di dare un più preciso contenuto al riferimento all'equilibrio del bilancio contenuto nel primo comma dell'art. 81, riferimento che alluderebbe, così, al necessario azzeramento, salve le eccezioni che subito si diranno, del saldo del ricorso al mercato al netto delle spese per la rinnovazione dei prestiti già contratti.

È stato peraltro osservato che la limitazione, così interpretata, apparirebbe comunque, al contempo, eccessivamente restrittiva e troppo permissiva²².

Restrittiva perché un limite siffatto impedirebbe in assoluto di effettuare operazioni di nuovo indebitamento, senza che tale divieto possa trovare temperamento secondo una valutazione di sostenibilità del debito. In altre parole, si è ritenuto, il ricorso all'indebitamento non andrebbe vietato in assoluto, salvo ipotesi eccezionali, ma consentito solo a condizione che sia funzionale a intraprendere iniziative capaci di creare ricchezza per le generazioni future (in termini di creazione di infrastrutture e miglioramento del sistema produttivo): a queste condizioni, l'indebitamento contratto oggi perseguirebbe un'esigenza di equità intergenerazionale, perché i relativi costi, sopportati dalla future generazioni, sarebbero compensati (e resi sostenibili) dalla ricchezza che esso sarebbe capace di generare per queste ultime²³.

²² Cfr. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, cit., 108 ss.

²³ In questo senso, appare poco ragionevole la limitazione del concetto di investimento per il quale si consente l'autorizzazione alla contrazione del debito

Troppo permissiva, perché tale limitazione non concernerebbe operazioni diverse da quelle incidenti sul saldo dell'indebitamento netto, e dunque consentirebbe, senza limiti e condizioni, il compimento di operazioni meramente finanziarie, tra le quali, oltre a quelle finalizzate a rimborsare il debito esistente, vi sono anche le acquisizioni di partecipazioni azionarie, aprendosi così la possibilità di una nuova stagione di azionariato pubblico e partecipazioni statali, di cui non si sente la necessità.

Il divieto di "ricorrere all'indebitamento" nei termini che si sono appena detti è derogabile alle condizioni stabilite dallo stesso secondo comma del nuovo art. 81 Cost., il quale ammette tale ricorso *«solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali»*.

I termini in cui si è ritenuto di articolare la disposizione che ammette la deroga al divieto di ricorso all'indebitamento lasciano forti incertezze all'interprete.

Secondo una prima possibile lettura della disposizione appena citata, la possibilità di ricorrere all'indebitamento, in deroga al divieto generale desumibile dal secondo comma, sarebbe ravvisabile in presenza di una delle due condizioni date, rispettivamente, dalla necessità di considerare gli effetti del ciclo economico e da quella di fare fronte al verificarsi di eventi eccezionali, in quest'ultimo caso previa autorizzazione delle Camere.

Una lettura in questo senso ammetterebbe la deroga al divieto generale in presenza di una o l'altra delle due situazioni e consentirebbe, dunque, di ricorrere all'indebitamento, oltre che per fronteggiare eventi eccezionali, anche per mettere in campo manovre anticicliche.

Tale lettura si scontra, però, con il testo della disposizione, all'interno del quale l'uso della particella congiuntiva (*e*), anziché di quella disgiuntiva (*o*), induce a ritenere che il riformatore abbia inteso le due condizioni come entrambe necessarie al fine di consentire la deroga al divieto di ricorso all'indebitamento.

da parte degli enti locali alle operazioni poste in essere per le finalità indicate nell'art. 3, c. 18, della legge n. 350/2003.

Dunque, si dovrebbe concludere che, per consentire il ricorso all'indebitamento in deroga al divieto desumibile dal nuovo art. 81, c. 2, Cost., sia necessaria un'autorizzazione adottata dalle due Camere a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti a fronte del verificarsi di eventi eccezionali e che la possibilità così ammessa di contrazione di nuovo debito, per essere rispettosa del dettato costituzionale, dovrà essere concretamente esercitata al solo fine di considerare gli effetti del ciclo economico in presenza dell'evento eccezionale che si intende fronteggiare.

L'impressione pare confermata dal disposto dell'art. 5, c. 1, del disegno di legge di revisione costituzionale, dedicato ai contenuti della legge di contabilità "rinforzata" di cui al *novellando* art. 81, c. 6, Cost. Secondo la disposizione adesso richiamata, la legge rinforzata dovrebbe, tra le altre cose, disciplinare *«la definizione delle gravi recessioni economiche, delle crisi finanziarie e delle gravi calamità naturali quali eventi eccezionali, ai sensi dell'articolo 81, secondo comma, della Costituzione (...), al verificarsi dei quali sono consentiti il ricorso all'indebitamento non limitato a tenere conto degli effetti del ciclo economico»*, disposizione che lascerebbe intendere che in casi particolari sarebbe ammesso il ricorso all'indebitamento per fare fronte ad eventi eccezionali che non si limiti a tenere conto degli effetti del ciclo economico, ma non che potrebbe ammettersi la contrazione di debito in deroga al divieto al solo fine di considerare gli effetti del ciclo.

Per concludere sulle modifiche apportate all'art. 81 Cost., ci si deve infine soffermare sulle rilevanti novelle relative ai limiti di contenuto della legge di bilancio e alla nuova disciplina costituzionale dell'obbligo di copertura finanziaria delle leggi.

Riguardo al primo profilo, si evidenzia che scompare dal dettato costituzionale la disposizione che limitava il contenuto del bilancio disponendo che con la legge di approvazione dello stesso non potevano stabilirsi nuovi tributi e nuove spese.

Dall'altro lato, il terzo comma del nuovo art. 81 Cost. estende anche alla legge di approvazione del bilancio l'obbligo di copertura finanziaria dei nuovi o maggiori oneri, fino ad oggi sancito solo per le leggi diverse dal bilancio.

Come si ricorderà, i commi terzo e quarto del previgente art. 81 erano stati interpretati come volti a definire un punto di equilibrio, di tipo procedurale, tra istanze non omogenee, finalizzato a mantenere l'autonomia, pur nel reciproco

condizionamento, dei processi decisionali preordinati alla soddisfazione, da un lato, degli interessi di settore e, dall'altro, dell'interesse alla equilibrata gestione delle finanze pubbliche. Si è anche sinteticamente visto come l'impostazione originaria del dettato costituzionale era stata, negli ultimi decenni, messa in discussione da una serie di provvedimenti legislativi che avevano sancito la preminenza dell'interesse finanziario su quelli "settoriali".

Quest'ultima tendenza è destinata a ricevere definitiva consacrazione costituzionale con l'entrata in vigore della riforma oggetto delle presenti note, dal momento che l'eliminazione del divieto di introdurre, in sede di bilancio, nuovi tributi e nuove spese, accompagnata dall'estensione dell'obbligo di copertura finanziaria anche alla legge di bilancio, condurrebbe alla costituzionalizzazione della prevalenza dell'interesse finanziario rispetto agli interessi settoriali, la cui soddisfazione diverrebbe, sempre, "finanziariamente condizionata".

L'eliminazione della disposizione contenuta nel terzo comma del testo previgente dell'art. 81 Cost., infatti, comporta la possibilità per il bilancio di disattendere le disposizioni delle leggi settoriali, secondo le modalità e con i contenuti che saranno definiti attraverso la legge rinforzata di cui al nuovo art. 81, c. 6. La nuova norma costituzionale, dunque, stabilisce la definitiva prevalenza dell'interesse finanziario su quelli settoriali.

Per altro verso, con l'estensione alla legge di bilancio dell'obbligo di copertura la Costituzione pone vincoli di politica finanziaria al bilancio, il cui equilibrio non potrà essere, dunque, soltanto formale (come parità formale tra le entrate e le spese). Ciò significa che, anche laddove, nei limiti che si sono visti sopra, il bilancio rechi l'autorizzazione a ricorrere all'indebitamento, i relativi oneri dovranno ricevere adeguata copertura, in un arco di tempo pluriennale, con un piano di ammortizzazione del debito che consenta di assicurarne la sostenibilità²⁴.

²⁴ È evidente, infatti, che il ricorso all'indebitamento assicura, nell'anno di contrazione del debito, un'entrata finanziaria che, però, si traduce negli esercizi successivi in un obbligo di restituzione, e dunque in passività. Ecco che la previsione dell'obbligo di copertura finanziaria anche a carico del bilancio che autorizzi la contrazione di debito esprime chiaramente l'esigenza che gli oneri conseguenti siano "internalizzati" nel bilancio e che, quindi, il debito sia assunto solo se finanziariamente ed economicamente sostenibile.

A questa esigenza il riformatore costituzionale si mostra sensibile allorché stabilisce che la legge rinforzata da approvarsi, ai sensi del comma 6 dell'art. 81 Cost., a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, deve, tra le altre cose, stabilire i criteri volti ad assicurare la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni.

Il nuovo art. 81, infine, contempla uno strumento finora inedito nella disciplina della manovra della finanza pubblica, prevedendo che *«il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale»*.

Dunque, sembra che per la soluzione di molti dei dubbi interpretativi suscitati dalla lettura delle disposizioni contenute nei commi precedenti dell'art. 81, occorrerà attendere che sia data piena attuazione alla disposizione appena citata attraverso una legge rinforzata che, nel rispetto di detti principi, dovrà stabilire il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni.

b) Gli interventi sulle altre disposizioni costituzionali

Altri interventi "strutturali" del riformatore costituzionale sono stati rivolti alla estensione dei nuovi principi al complesso delle pubbliche amministrazioni e agli enti territoriali substatali.

Esigenze di sintesi richiedono di dedicare a questi profili solo qualche cenno, pur nella consapevolezza della loro rilevanza, anche nella prospettiva del percorso di realizzazione del federalismo fiscale.

All'art. 97, la riforma aggiunge un nuovo primo comma, secondo il quale *«le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»*.

La disposizione, per un verso, estende a tutte le amministrazioni pubbliche il principio dell'equilibrio del bilancio e, per altro verso, stabilisce, nei confronti delle medesime

amministrazioni, il principio della sostenibilità del debito pubblico, principio che, dunque, dovrebbe ritenersi applicabile in relazione al debito contratto nel rispetto dei limiti stabiliti, rispettivamente, per lo Stato (art. 81, c. 2) e per gli enti territoriali substatali (art. 119, u.c.).

La precisazione assume particolare rilievo ove si consideri che, come subito si vedrà, il ricorso all'indebitamento degli enti da ultimo ricordati incontra limitazioni diverse da quelle che valgono per il bilancio dello Stato ai sensi dell'art. 81.

Ad ogni modo, la disposizione richiede che sia definito il concetto di "pubbliche amministrazioni" ai fini dell'applicazione dei principi in essa enunciati.

Nel Sistema europeo dei conti²⁵, il settore delle pubbliche amministrazioni comprende *«tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita (...) la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese»* ed è ulteriormente suddiviso in tre sottosettori (amministrazione centrale, amministrazione locale e enti di previdenza).

A tale delimitazione fa riferimento la legge di contabilità e finanza pubblica, che, ai fini dell'applicazione delle sue disposizioni, demanda ad un provvedimento annuale dell'ISTAT la ricognizione *«[de]gli enti e [de]gli altri soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche (...) sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti comunitari»*²⁶.

Rispetto agli enti territoriali substatali, la riforma costituzionale introduce significative modifiche all'art. 119, dettate dall'esigenza di legare al nuovo quadro di principi l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa riconosciuta a Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane dalla legge cost. n. 3/2001.

Il testo che ne scaturisce prevede, al primo comma, che detta autonomia deve essere esercitata *«nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci»*.

²⁵ C.d. sistema "SEC95", adottato con reg. n. 2226/1996 del Consiglio.

²⁶ Art. 1, cc. 2 e 3, l. n. 196/2009

Sul punto, si osserva che il principio dell'equilibrio è dunque posto come vincolo al bilancio di ciascun ente territoriale, a differenza, come subito si vedrà, del riferimento allo stesso concetto fatto, dal nuovo ultimo comma del medesimo art. 119, al fine della valutazione della sostenibilità del ricorso all'indebitamento degli enti territoriali.

In secondo luogo, a differenza dell'art. 81, nella disposizione adesso in commento non si prevede che l'equilibrio debba essere garantito tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Ciò potrebbe indurre a concludere che la Costituzione riservi allo Stato, ed al bilancio statale, l'attuazione di manovre economiche anticicliche. In effetti, dal coordinamento della disposizione appena citata con il nuovo ultimo comma dell'art. 119, parrebbe doversi desumere la regola che l'avanzo dei bilanci degli enti territoriali possa (o debba) essere utilizzato per compensare il ricorso all'indebitamento degli altri enti a livello regionale al fine di consentire il rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio.

Ancora, il nuovo testo del primo comma dell'art. 119 stabilisce che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni devono concorrere «*ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*». La disposizione costituisce una specificazione, rispetto alle politiche economiche e alle scelte di finanza pubblica, dell'obbligo di rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nell'esercizio della potestà legislativa posto dall'art. 117 Cost. e pare richiamare, segnatamente, i vincoli derivanti dal Patto di stabilità e crescita.

Nell'ultimo comma dell'art. 119, la riforma costituzionale introduce ulteriori condizionamenti alla possibilità degli enti territoriali substatali di ricorrere all'indebitamento: accanto al limite costituito dalla finalizzazione delle risorse così reperite al finanziamento di spese di investimento (c.d. "golden rule"), si prevede che il ricorso all'indebitamento è consentito purché si provveda alla «*contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio*».

La prima condizione appare strumentale a garantire la sostenibilità economica e finanziaria del debito contratto.

La seconda condizione è di più difficile interpretazione. Se essa, come potrebbe ragionevolmente ritenersi, mira a garantire l'equilibrio di bilancio dell'aggregato costituito dagli enti posti all'interno del territorio di una determinata regione, la formulazione della disposizione appare quantomeno infelice, dal momento che è del tutto impropria l'allusione a enti territoriali come comuni, province, città metropolitane come enti "della" regione. D'altra parte, un'interpretazione rigorosa, che limitasse il riferimento ai soli enti strumentali della regione, tradirebbe, con tutta evidenza, le intenzioni del riformatore costituzionale. Non è chiaro, inoltre, se nell'aggregato di riferimento per valutare il rispetto dell'equilibrio di bilancio, deve ritenersi inclusa anche "la" regione, che ha, ovviamente, possibilità di ricorrere all'indebitamento.

Ad ogni modo, la posizione delle prescrizioni sostanziali e procedurali che dovrebbero consentire il rispetto del vincolo del rispetto dell'equilibrio di bilancio «*per il complesso degli enti di ciascuna Regione*» è demandata alla legge rinforzata di cui all'art. 5 della legge di riforma costituzionale, che, tra le altre cose, dovrebbe disciplinare «*la facoltà dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano di ricorrere all'indebitamento, ai sensi dell'articolo 119, sesto comma, secondo periodo, della Costituzione (...)*»²⁷.

Da ultimo, deve sottolinearsi che l'esigenza che l'equilibrio di bilancio sia effettivamente garantito rispetto a tutto l'aggregato delle pubbliche amministrazioni postula che la rilevazione e la rappresentazione dei dati contabili di ciascun ente siano effettuati secondo metodi omogenei e condivisi.

A tal fine, la riforma costituzionale, superando la lettura della Corte costituzionale, che aveva ritenuto che "armonizzazione dei bilanci pubblici" e "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" costituivano un'unica materia (di potestà legislativa concorrente) espressa in forma di endiadi²⁸, ha spostato la sola "armonizzazione dei bilanci pubblici" nella

²⁷ Art. 5, c. 2, lett. b.

²⁸ Corte cost., 16 gennaio 2004, n. 17.

potestà legislativa esclusiva dello Stato²⁹, con ciò recependo le sollecitazioni provenienti dalla Corte dei conti³⁰.

2.3.2. Le risposte alle questioni congiunturali: in particolare, il problema della riduzione del debito pubblico

L'altro ordine di esigenze di cui il legislatore costituzionale intendeva farsi carico riguarda il problema dell'abbattimento del debito pubblico, ovvero la predisposizione delle procedure e degli strumenti giuridici per raggiungere l'obiettivo della riduzione del debito entro la soglia del 60% del PIL.

Come si è detto, si tratta di un'esigenza che, essendo destinata a venir meno con il raggiungimento dell'obiettivo, difficilmente avrebbe potuto costituire specifico oggetto di un precetto costituzionale.

Alla necessità di prevedere che il legislatore ordinario sia vincolato al perseguimento dell'obiettivo della riduzione del debito, la riforma costituzionale approvata risponde, più opportunamente, mettendo in campo lo strumento della legge rinforzata, cui il nuovo art. 81 fa riferimento all'ultimo comma. Tale legge, approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna delle due Camere, dovrà contenere la disciplina delle *«regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica»*³¹.

In riferimento al tipo di atto previsto dalla disposizione appena citata, la previsione di una legge rinforzata, approvata con maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, dovrebbe assicurare la forza di resistenza passiva richiesta dal Patto Europlus laddove stabilisce che il recepimento nella legislazione nazionale delle regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita debba avvenire attraverso norme dotate di *«natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte»*.

²⁹ Art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

³⁰ Corte dei conti, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2007*, 26 giugno 2008, vol. I, 473 e ss.

³¹ Art. 5, c. 1, lett. e), della legge cost. n. 1/2012.

Circa l'efficacia della previsione al fine di assicurare il risultato voluto dal Patto Europlus, si può in prima battuta sollevare qualche perplessità in considerazione dell'evoluzione che il sistema politico ha conosciuto negli ultimi decenni con l'affermazione del bipolarismo e grazie anche alla previsione, da parte delle leggi elettorali, di consistenti premi di maggioranza alle coalizioni risultate vincitrici nella competizione elettorale, ciò che, evidentemente, rende molto più semplice, rispetto al passato, il raggiungimento di maggioranze parlamentari quale quella di cui all'art. 81, c. 6, Cost.

Vi è peraltro da osservare che lo strumento della legge rinforzata non trova, in Costituzione, altro termine di paragone che quello costituito dalla legge di concessione dell'amnistia e dell'indulto, per la quale l'art. 79 Cost., a differenza del comma 6 del nuovo art. 81, prevede espressamente che la maggioranza qualificata per l'approvazione del provvedimento debba raggiungersi tanto nella votazione di ogni suo articolo quanto nella votazione finale.

L'art. 81, c. 6, Cost., nel richiedere la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera per l'approvazione della legge, non potrebbe essere interpretato estendendo analogicamente la regola dell'art. 79 Cost., norma anch'essa derogatoria rispetto alle regole ordinarie del processo legislativo fissate dagli artt. 64, c. 3, e 72 Cost. Di conseguenza, mentre per la concessione dell'amnistia e dell'indulto la maggioranza qualificata dovrebbe essere raggiunta tanto per la votazione articolo per articolo quanto per la votazione finale, per la legge rinforzata di cui all'ultimo comma dell'art. 81 sarebbe richiesta la maggioranza qualificata solo per la votazione finale, e non anche per l'approvazione dei singoli articoli.

Da ciò la conclusione, tratta in sede di primo commento sul progetto di riforma costituzionale e salvo diverso indirizzo interpretativo degli organi parlamentari, che il mancato raggiungimento della maggioranza assoluta determinerebbe la reiezione del progetto di legge rinforzata (a meno di ritenere possibile l'approvazione con legge "ordinaria", e dunque con una fonte diversa da quella prevista dall'art. 81 Cost.), ma per la futura modifica dei singoli articoli della legge rinforzata

eventualmente approvata non sarebbe necessaria la maggioranza qualificata³².

Se tale conclusione trovasse il conforto della Consulta, risulterebbe gravemente vulnerata l'esigenza di stabilità e di resistenza passiva espressa in sede di stipulazione del Patto Europlus.

Quanto al meccanismo per perseguire la riduzione della mole attuale del debito pubblico, la legge rinforzata di cui al sesto comma del nuovo art. 81 Cost. dovrebbe, come si è visto, introdurre «*regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica*».

In prima battuta, deve osservarsi che la disposizione appena citata individua nella sola spesa il fattore su cui agire per conseguire gli obiettivi della salvaguardia degli equilibri di bilancio e la riduzione del debito pubblico.

Le regole sulla spesa così definite dovrebbero determinare la riduzione del debito pubblico, in rapporto al PIL, in una prospettiva di lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica.

La disposizione, dunque, non dà indicazioni specifiche sui tempi di conseguimento del risultato e, comunque, sembra collegare la determinazione concreta del risultato da raggiungere al parametro costituito dagli obiettivi di finanza pubblica definiti dal Governo e dal Parlamento attraverso gli atti di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 196/2009.

Tanto il risultato ultimo da raggiungere quanto la relativa tempistica sembrerebbero dunque rimessi alle determinazioni degli organi politici.

Come si vedrà, i margini di manovra di cui Governo e Parlamento dispongono nella concreta definizione di entrambi i fattori sono destinati ad annullarsi in forza della adesione dell'Italia al *Fiscal Compact*.

3. L'introduzione delle disposizioni costituzionali in materia di equilibrio di bilancio negli altri Paesi dell'area euro

L'Italia non è l'unico paese della c.d. zona euro ad avere messo mano alla Carta costituzionale per recepire le nuove regole di finanza pubblica.

³² Così DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 4, 47.

Negli ultimi anni, infatti, altri aderenti al Patto Europlus hanno intrapreso un cammino analogo.

3.1. Il “freno all’indebitamento” (*Schuldenbremse*) introdotto nella Costituzione federale tedesca

Il primo esempio è dato dalla Repubblica federale tedesca, che con la riforma costituzionale del 29 luglio 2009³³ ha introdotto nel *Grundgesetz* alcune modifiche al Titolo X, in materia di finanze, al fine di porre un freno all’indebitamento³⁴.

Per comprendere la peculiarità dell’iniziativa tedesca nel panorama dei processi di riforma costituzionale avviati da altri stati, non si può prescindere dal sottolineare che l’introduzione delle nuove regole di finanza pubblica in Germania ha preceduto, di un paio di anni, la stipulazione del Patto Europlus. L’ordinamento tedesco, in altre parole, si è mosso verso la costituzionalizzazione di più rigorose regole di finanza pubblica per un moto spontaneo, e non perché costretto o obbligato da impegni presi a livello sovranazionale o internazionale³⁵.

Detto questo, la riforma della Costituzione federale del 2009, oltre a definire parametri puntuali ai fini della ripartizione degli oneri finanziari tra la Federazione e i *Länder*³⁶, ha disciplinato in

³³ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) - Föderalismusreform II.*

³⁴ In argomento cfr. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, n. 1, 95 e ss.; M GOLDMANN, *La crisi del debito sovrano e le misure di “riduzione dello Stato”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, n. 12, 1303 e ss.; BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 3; DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, cit., 50 e ss.

³⁵ La preoccupazione del legislatore tedesco per l’equilibrio della finanza pubblica non è certo nuova. Già la Costituzione di Weimar del 1919 aveva stabilito un principio di pareggio del bilancio, principio che però rispondeva allora a logiche diverse da quelle attuali, come testimoniato dalla circostanza che in quel contesto il pareggio era comunque raggiungibile mediante il ricorso al debito, possibilità che viene oggi tendenzialmente esclusa. Sul punto cfr. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, cit., 95.

³⁶ Artt. 104a e 104b del *Grundgesetz*.

maniera assai dettagliata la distribuzione tra il *Bund* e i *Länder* (oltre che nei rapporti tra questi ultimi) del carico finanziario derivante dalle eventuali violazioni del Patto di stabilità³⁷.

La riforma, poi, per quanto di maggiore interesse in questa sede, ha superato la previgente *golden rule* secondo la quale la Federazione e i *Länder* potevano fare ricorso all'indebitamento soltanto per finanziare le spese in conto capitale, ed ha introdotto, per tutti i livelli territoriali di governo, la nuova regola per cui i bilanci devono, di norma, essere portati in pareggio senza ricorrere al prestito³⁸.

La disciplina di dettaglio per l'attuazione del principio da parte dei *Länder* è lasciata all'autonomia legislativa di questi ultimi, i quali sono tenuti all'osservanza delle nuove regole a far data dal 1° gennaio 2020.

Per quanto riguarda, invece, il bilancio federale, il nuovo art. 115 del *Grundgesetz* prevede espressamente che *«le entrate e le uscite, di norma, devono essere portate in pareggio senza ricorrere al prestito»* e che l'obbligo del pareggio si ritiene osservato *«se le entrate da prestiti non superano la soglia dello 0,35 per cento del prodotto interno lordo nominale»*, con la precisazione che *«in presenza di andamenti congiunturali che deviano dalle condizioni di normalità, si deve tenere conto in modo simmetrico degli effetti sul bilancio sia nelle fasi di ripresa che nelle fasi di declino»*.

Il superamento del limite è consentito *«nel caso di calamità naturali, o in seguito a situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato e che compromettono gravemente la sua capacità finanziaria»*, su deliberazione adottata a maggioranza dei membri del *Bundestag*, che deve essere collegata ad un piano di ammortamento del debito.

³⁷ Art. 109, che prevede che la Federazione e i *Länder* adempiono congiuntamente agli obblighi della Repubblica federale di Germania derivanti dagli atti legislativi dell'Unione europea sulla conformità della disciplina di bilancio come previsto dall'articolo 104 del Trattato che istituisce la Comunità europea (c. 2) e che gli oneri derivanti dalle eventuali sanzioni per la violazione del Patto di stabilità sono sopportati dalla Federazione e dai *Länder*, rispettivamente, nella misura del 65 e del 35 per cento (c. 5).

³⁸ Art. 109, c. 2, che consente espressamente alla Federazione e ai *Länder* di introdurre regolamentazioni che consentano di derogare alla regola soltanto in caso di calamità naturali o in seguito a situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato e che compromettono gravemente la sua capacità finanziaria, sempreché siano adottati piani di ammortamento adeguati.

Per la disciplina di dettaglio relativa a profili quali il metodo di calcolo del limite massimo dell'indebitamento netto annuo, il controllo e la compensazione degli scostamenti dell'indebitamento dal limite massimo consentito, le condizioni e le procedure per l'accertamento delle emergenze di bilancio, la Costituzione rinvia ad una legge federale.

Il bilancio federale dovrà essere uniformato alle nuove regole di finanza pubblica a far data dal 1° gennaio 2016.

3.2. L'«*équilibre des finances publiques*» nella Costituzione francese

Nel sistema francese, l'obiettivo dell'equilibrio dei conti delle amministrazioni pubbliche era già stato introdotto con la *Loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008. Successivamente, le conclusioni del «*Rapport Camdessus*»³⁹ hanno indotto il Governo a presentare un nuovo progetto di legge di riforma costituzionale⁴⁰ «*relatif à l'équilibre des finances publiques*», che ha ricevuto l'approvazione dei due rami del Parlamento e, da ultimo, il 13 luglio 2011, dell'Assemblea nazionale in terza lettura.

La riforma non introduce in Costituzione indicazioni puntuali relative ai saldi di bilancio o ai limiti del ricorso all'indebitamento, ma definisce un nuovo assetto complessivo del sistema delle fonti in materia di finanza pubblica mediante la previsione, nell'art. 34, della nuova categoria delle «leggi-quadro d'equilibrio delle finanze pubbliche» («*lois-cadres d'équilibre des finances publiques*» – LCEFP).

Ai sensi del nuovo art. 34, tali strumenti normativi «*determinano, per almeno tre anni, gli orientamenti pluriennali, le norme relative all'evoluzione e le regole di gestione delle finanze pubbliche, al fine di assicurare l'equilibrio dei conti delle amministrazioni pubbliche. Esse stabiliscono, per ogni anno, un limite di spesa e un minimo di nuove misure in materia di entrate che si impongono globalmente alle leggi finanziarie e alle*

³⁹ Rapporto finale del Gruppo di lavoro «*sur la règle constitutionnelle d'équilibre des finances publiques*» presieduto da Michel Camdessus, presentato al Primo Ministro il 21 giugno 2010.

⁴⁰ *Texte adopté n° 722.*

leggi di finanziamento della sicurezza sociale». Saranno dunque queste leggi-quadro a determinare le misure di finanza pubblica necessarie a realizzare e mantenere l'equilibrio dei conti pubblici di cui alla *Loi constitutionnelle* n. 2008-724 nel rispetto degli impegni assunti dalla Francia nel quadro del Patto di stabilità e di crescita⁴¹.

Le leggi-quadro d'equilibrio delle finanze pubbliche non possono essere modificate nel corso della loro esecuzione, se non nei modi ed alle condizioni stabiliti da una legge organica. Quest'ultima fonte specifica il contenuto delle leggi-quadro e stabilisce quali altre disposizioni di queste ultime saranno vincolanti per le leggi finanziarie e per le leggi di finanziamento della sicurezza sociale. La legge organica, inoltre, definisce le condizioni e le modalità per la compensazione degli scostamenti verificatisi nel corso dell'esecuzione delle leggi finanziarie e delle leggi di finanziamento della sicurezza sociale.

Il progetto di legge di revisione costituzionale, inoltre, prevede la modifica dei commi 3 e 4 dell'art. 61 Cost., che stabiliranno che le leggi finanziarie e quelle relative al finanziamento della sicurezza sociale, le uniche che potranno contenere disposizioni in materia fiscale e di entrate da destinare al sistema di sicurezza sociale, non potranno essere approvate definitivamente in mancanza della LCEFP relativa all'esercizio finanziario di riferimento e che tali leggi, prima della loro promulgazione, dovranno essere sottoposte al controllo del Consiglio costituzionale ai fini della verifica della loro conformità alla LCEFP, che dovrà essere condotta entro il 31 dicembre di ogni anno.

Dalle norme appena sinteticamente riportate, si desume un quadro generale del sistema delle fonti in materia di finanza pubblica che vede, al vertice, la Costituzione con l'affermazione del principio dell'equilibrio dei conti delle pubbliche amministrazioni; a dare contenuto a tale principio è previsto che sia una legge organica, che definisce, a sua volta, le modalità di elaborazione delle leggi-quadro d'equilibrio delle finanze pubbliche, le quali ultime costituiranno la cornice nel rispetto della quale dovranno essere stabilite le disposizioni delle leggi

⁴¹ Il Patto di stabilità e di crescita impegna la Francia a pervenire, entro il 2012, ad un rapporto deficit/PIL pari al 4,6%.

finanziarie e delle leggi per il finanziamento del sistema di sicurezza sociale.

A garanzia della coerenza di questo sistema, il Consiglio costituzionale sarà chiamato a sindacare la conformità delle leggi rispetto alla fonte di grado superiore e, per interposizione di questa, all'equilibrio dei conti stabilito dalla Costituzione.

Ai sensi dell'art. 89 della Costituzione, per la definitiva approvazione della riforma appena sinteticamente descritta deve attendersi che si esprima il corpo elettorale mediante *referendum* ovvero la maggioranza dei tre quinti dei voti espressi dalle due Camere riunite in Congresso a Versailles su convocazione del Presidente della Repubblica⁴².

3.3. La “*estabilidad presupuestaria*” nella Costituzione spagnola

Infine, specifiche disposizioni in materia di stabilità di bilancio sono state introdotte dal Parlamento di Madrid nella Costituzione spagnola con la riforma dell'art. 135 prodotta dalla legge n. 329-1 del 27 settembre 2011⁴⁵.

La riforma introduce in Costituzione la regola per cui tutte le amministrazioni pubbliche dovranno adeguarsi al principio della stabilità di bilancio (“*estabilidad presupuestaria*”), concetto per la cui traduzione in termini concreti la norma costituzionale rimanda ai parametri stabiliti dall'Unione europea.

E difatti, quanto al disavanzo, il comma 2 dell'art. 135 stabilisce che i bilanci dello Stato e delle Comunità autonome non possono incorrere in un deficit strutturale superiore ai limiti consentiti dall'Unione europea.

Analogamente, per quanto riguarda il debito, premesso che l'emissione di titoli del debito pubblico da parte dello Stato e delle Comunità autonome deve sempre essere autorizzata per

⁴² Secondo le cronache giornalistiche, il mancato completamento dell'*iter* di approvazione della legge di riforma costituzionale sarebbe dovuto alla riluttanza dell'allora Presidente Sarkozy, in piena crisi di consensi nell'imminenza delle elezioni per il rinnovo del mandato presidenziale, rispetto alla prospettiva, data per scontata, di subire una bocciatura su un tema così rilevante, tanto nell'ipotesi di *referendum* quanto in quella di convocazione del Congresso.

⁴⁵ *Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011*, su cui cfr. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, cit., 52 e ss.

legge, il comma 3 dell'art. 135 dispone che il volume del debito di tutte le pubbliche amministrazioni in rapporto al prodotto interno lordo dello Stato non deve superare il valore di riferimento stabilito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il tutto con la precisazione che i limiti posti, tramite rinvio alle disposizioni europee, tanto al disavanzo strutturale quanto al debito pubblico possono essere derogati soltanto in ipotesi di calamità naturali, di recessione economica o di situazioni di emergenza straordinaria che esulino dal controllo dello Stato e mettano significativamente in pericolo la situazione finanziaria o la stabilità economica o sociale dello stesso, previa deliberazione della maggioranza assoluta dei membri del Congresso dei Deputati (art. 135, c. 3, Cost.).

Anche nel caso spagnolo, l'attuazione più puntuale delle disposizioni costituzionali in materia di finanza pubblica è rimessa ad una legge organica, da approvarsi entro il 30 giugno 2012.

Detta legge, in particolare, dovrà fissare il limite massimo, in rapporto al PIL, del disavanzo strutturale dello Stato e delle Comunità autonome e la metodologia e la procedura per il suo calcolo e definire le modalità per la riduzione del debito entro il limite di cui all'art. 135, c. 3. Dovrà inoltre prevedere meccanismi procedurali che realizzino un'adeguata partecipazione ai processi decisionali da parte degli organi di coordinamento istituzionale tra i diversi livelli di governo in materia fiscale e finanziaria. La medesima legge stabilirà, infine, i criteri per il concorso dei diversi livelli di governo al rispetto dei limiti relativi al deficit e al debito, quelli per il riparto tra gli stessi livelli di governo degli oneri conseguenti alla violazione del principio di stabilità di bilancio e le circostanze eccezionali in presenza delle quali è ammessa la deroga ai limiti relativi al deficit strutturale e al debito pubblico.

4. Il quadro sovranazionale

Tutte le considerazioni svolte nelle pagine che precedono, anche in ordine alla possibile interpretazione delle recenti modifiche delle disposizioni costituzionali, necessitano di essere

inquadrate in un contesto ordinamentale più ampio di quello statale.

Difatti, come si è fatto presente all’inizio di questo lavoro, le tensioni che hanno portato alla riforma costituzionale hanno avuto origine nei mercati finanziari globalizzati e la spinta al miglioramento dei conti pubblici nazionali ha la sua genesi nel contesto sovranazionale dell’Unione europea (seppure, come si vedrà, tanto l’accordo Europlus quanto il nuovo “*Fiscal Compact*” non sono, a rigore, inquadrabili in quella cornice ordinamentale).

Del resto, già ben prima che si ponesse la questione dell’adeguamento degli ordinamenti nazionali alle regole del Patto Europlus, le decisioni di bilancio dei Paesi europei dovevano scontare i penetranti condizionamenti esercitati dai vincoli derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, condizionamenti resi oggi ancor più stringenti per effetto dell’entrata in vigore, con il “*six pack*” del novembre 2011, di nuove disposizioni in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri e di sorveglianza preventiva e successiva nell’ambito del Patto di stabilità e di crescita.

Prima di affrontare, conclusivamente, le questioni di fondo sulle quali le nuove regole costituzionali sono destinate a incidere profondamente, appare opportuno evidenziare, quanto più sinteticamente possibile, le ricadute dei vecchi e nuovi vincoli europei sulle regole di bilancio e l’incidenza di tali vincoli sull’interpretazione, “comunitariamente orientata”, delle norme costituzionali.

A questo fine bisogna tenere presenti, distintamente, le regole che derivano all’appartenenza all’Unione europea da quelle che l’Italia, come la quasi totalità dei Paesi membri dell’UE, si è impegnata ad osservare con l’adesione ad accordi che, seppur stipulati tra Stati membri dell’UE, non fanno parte, a stretto rigore, dell’*acquis* dell’Unione.

4.1. I vincoli derivanti dall’appartenenza all’Unione europea

Vengono in considerazione, sotto il primo profilo, i vincoli posti dall’ordinamento dell’Unione europea attraverso le disposizioni sul coordinamento delle politiche economiche

contenute nel titolo VIII del TFUE⁴⁴, ed in particolare sul divieto di disavanzi eccessivi⁴⁵, e gli atti normativi costituenti attuazione del Patto di stabilità e di crescita, come da ultimo modificati ed integrati⁴⁶.

Si tratta di un sistema di regole, sostanziali e procedurali, che, per quanto associato a grandezze fissate in via del tutto convenzionale⁴⁷, ha la sua ragion d'essere nella circostanza che non sarebbe compatibile con l'Unione monetaria un sistema che consentisse a ciascuno stato membro di decidere liberamente il livello del proprio indebitamento, essendo il fabbisogno pubblico la risultante della somma dei fabbisogni dei singoli stati, con la conseguenza che l'incremento incontrollato dell'indebitamento di un singolo stato scaricherebbe sugli altri stati, più virtuosi, i relativi costi.

Sul versante delle regole sostanziali, le innovazioni introdotte dal *six pack* si connotano per la introduzione di criteri più rigidi rispetto ai parametri di Maastricht ai fini della definizione del concetto di disavanzo eccessivo rilevante per l'applicazione delle misure correttive nei confronti degli Stati membri.

⁴⁴ Relativo al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri ed alla politica monetaria.

⁴⁵ Art. 126 TFUE, che attribuisce alla Commissione poteri di sorveglianza della situazione dei bilanci e dell'entità del debito pubblico degli Stati membri e prevede la possibilità per il Consiglio, previo avvertimento della Commissione, di irrogare sanzioni nei confronti dello Stato membro che abbia riportato disavanzi eccessivi.

⁴⁶ Ci si riferisce, in particolare, al regolamento (CE) n. 1466/97, relativo al rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, come modificato dal regolamento (UE) n. 1175/2011, e al regolamento (CE) n. 1467/97, relativo all'accelerazione e al chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, come modificato dal regolamento (UE) n. 1177/2011 nonché, oggi, agli altri atti normativi contenuti nel c.d. *six pack* del novembre 2011, costituiti dalla direttiva 2011/85/UE, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, dal regolamento (UE) n. 1173/2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, dal regolamento (UE) n. 1174/2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, e dal regolamento (UE) n. 1176/2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici.

⁴⁷ Il riferimento è ai parametri di Maastricht, che gli Stati membri, con il Trattato di Amsterdam del 1997, si sono impegnati ad osservare anche dopo l'adesione all'Unione economica e monetaria. Tali parametri, come noto, sono: un deficit pubblico non superiore al 3% del PIL; un debito pubblico non superiore al 60% del PIL (o, comunque, tendente al rientro).

Per quanto riguarda il disavanzo, gli obiettivi a medio termine dei Paesi membri non possono divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo, offrendo un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo e PIL del 3%. Per ciascun Paese, poi, sono stabiliti obiettivi specifici di bilancio indicati in un intervallo compreso tra il -1% del PIL e il pareggio o l'attivo⁴⁸.

Per quanto concerne, invece, il debito pubblico, qualora esso ecceda il valore di riferimento, si considera che il rapporto tra debito pubblico e PIL si stia riducendo in misura sufficiente e si stia avvicinando al valore di riferimento ad un ritmo adeguato allorché il differenziale rispetto a tale valore sia diminuito, nell'ultimo triennio, ad un ritmo medio di un ventesimo all'anno⁴⁹.

Deve, peraltro, sottolinearsi che tanto le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea quanto quelle dei regolamenti che costituiscono il contenuto del Patto di stabilità e di crescita, nello stabilire il divieto di disavanzi eccessivi e nel disciplinare i criteri sostanziali e i meccanismi procedurali di sorveglianza preventiva e di correzione successiva, delineano un sistema che opera in una dimensione essenzialmente politica⁵⁰.

A tale conclusione conduce la considerazione dei profili procedurali della disciplina relativa ai disavanzi eccessivi di cui all'art. 126 TFUE, disciplina che vede il coinvolgimento esclusivo

⁴⁸ Art. 2-bis del reg. n. 1466/1997, come modificato dall'art. 1 del reg. n. 1175/2011.

⁴⁹ Art. 1-bis del reg. n. 1467/1997, come modificato dall'art. 1 del reg. n. 1177/2011.

⁵⁰ Al riguardo, assolutamente emblematica è la vicenda della decisione del 25 novembre 2003 del Consiglio di sospendere la procedura di accertamento dei deficit eccessivi di Francia e Germania e della successiva sentenza della Corte di Giustizia del 13 luglio 2004, n. 27/04, con cui, su ricorso della Commissione, il Giudice comunitario (non si pronunciò sulla violazione del divieto di disavanzi eccessivi da parte dei due Paesi membri, ma) stabilì la illegittimità di quella sospensione e la necessità che il relativo procedimento fosse portato a conclusione. Sull'episodio possono vedersi PEREZ, *Corte di giustizia europea e regole fiscali dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 10, 1073 e ss.; PRESUTTI, *La Corte di giustizia e il Patto di stabilità e crescita: commento alla sentenza del 13 luglio 2004*, in *Dir. comun. scambi intern.*, 2005, n. 1, 65 e ss.; RIVISECCHI, *Patto di stabilità e Corte di giustizia: una sentenza (poco coraggiosa) nel solco della giurisprudenza comunitaria sui ricorsi per annullamento*, in *Giur. it.*, 2005, n. 5, 899 e ss.

delle istituzioni politiche (Commissione, Consiglio e, a mero scopo informativo, Parlamento europeo), con inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 258 e ss. TFUE⁵¹.

Analogamente, il sistema di sorveglianza preventiva e di intervento correttivo e sanzionatorio delineato dalle disposizioni attuative del Patto di stabilità e di crescita, anche dopo le modifiche intervenute con il *six pack*⁵², non prevede automatismi nell'attivazione delle relative misure per la prevenzione e la correzione dei disavanzi eccessivi, ma continua ad essere imperniato sulle istituzioni politiche dell'UE (Commissione e, soprattutto, Consiglio), alle quali è attribuito il potere di valutare se il percorso di avvicinamento agli obiettivi di bilancio sia adeguato, anche alla luce del connesso percorso di riduzione del rapporto debito/PIL, e se le misure adottate o proposte per rispettare tale percorso siano sufficienti al fine del conseguimento degli stessi obiettivi⁵³.

La circostanza del rilievo essenzialmente politico dei profili adesso in esame, testimoniata dalla pressoché totale mancanza di competenze in materia della Corte di Giustizia, assume particolare significato proprio ai fini della valutazione complessiva della riforma costituzionale, la quale, animata dall'esigenza di adeguare la disciplina di bilancio ai vincoli posti dall'Unione europea, pare andare addirittura al di là di quanto richiesto dall'ordinamento sovranazionale, dal momento che giunge a "giuridicizzare" i criteri di valutazione dei provvedimenti di carattere finanziario, laddove l'ordinamento europeo assegna a quegli stessi criteri rilievo politico e non strettamente giuridico.

⁵¹ I quali, come noto, attribuiscono alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi con sentenza sulla violazione del diritto dell'Unione e sulla applicazione delle conseguenti sanzioni.

⁵² I regolamenti del *six pack*, oltre a modificare le procedure già disciplinate dai regolamenti n. 1466/1997 e n. 1467/1997, hanno esteso l'ambito della sorveglianza agli squilibri macroeconomici (regg. n. 1174/2011 e n. 1176/2011) e alla manipolazione dei dati statistici (reg. n. 1173/2011, capo V).

⁵³ Cfr. art. 5 del reg. n. 1466/1997, come modificato dall'art. 1 del reg. 1175/2011.

I meccanismi di sorveglianza preventiva e di intervento correttivo del Patto di stabilità e di crescita, come modificati ed integrati dai regolamenti contenuti nel *six pack*, sono analiticamente descritti da DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, cit., 15 e ss.

4.2. I vincoli ulteriori posti dal *Fiscal Compact* e il loro rilievo giuridico

Come si è accennato, un diverso ordine di vincoli alla finanza pubblica discende dalla adesione ad accordi come il Patto Europlus, ricordato all'inizio del presente saggio, e, più di recente, al Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* dell'Unione economica e monetaria (c.d. "*Fiscal Compact*"), firmato il 2 marzo 2012 da venticinque dei Paesi membri dell'UE⁵⁴.

Preliminarmente, deve osservarsi che accordi come quelli appena menzionati, sebbene mossi dall'intento di «*rafforzare l'architettura dell'unione economica e monetaria, partendo dai trattati su cui si fonda l'Unione europea e agevolando l'attuazione delle misure adottate a norma degli articoli 121, 126 e 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*», operano nell'ambito di una cornice ordinamentale che non coincide perfettamente con quella dell'ordinamento dell'Unione, essendo il risultato della instaurazione, tra gli Stati che hanno aderito agli accordi in questione, di una cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 20 del TUE e degli artt. 326 e ss. del TFUE⁵⁵.

Ciò significa che gli Stati aderenti al *Fiscal Compact* si avvarranno delle istituzioni dell'Unione europea per attuare l'accordo, nella misura e con le modalità stabilite dallo stesso, che costituisce diritto dell'Unione soltanto per gli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata⁵⁶.

⁵⁴ Hanno aderito al trattato, oltre ai Paesi dell'eurozona, anche gli altri Stati membri dell'UE, con l'eccezione del Regno Unito e della Repubblica Ceca.

⁵⁵ Tanto è vero che nelle stesse dichiarazioni preliminari del *Fiscal Compact* viene precisato che «*l'obiettivo dei capi di Stato o di governo degli Stati membri della zona euro e di altri Stati membri dell'Unione europea è integrare quanto prima le disposizioni del presente trattato nei trattati su cui si fonda l'Unione europea*».

⁵⁶ Sulla "cooperazione rafforzata" v. GAJA - ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010, 123 e ss.; TIBERI, *L'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea*, in BASSANINI - TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 303 e ss.

L'entrata in vigore del *Fiscal Compact*⁵⁷ determinerà l'insorgenza, in capo agli Stati contraenti, di precisi obblighi di carattere sostanziale e strumentale.

Gli obblighi di natura sostanziale hanno ad oggetto tanto il risultato di bilancio quanto l'entità del debito pubblico.

Sul primo versante, l'art. 3, par. 1, del Trattato stabilisce che la posizione di bilancio della pubblica amministrazione deve essere portata in pareggio o in avanzo, con la precisazione che detta regola si considererà rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione⁵⁸ sarà pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato.

Deroghe alla regola appena ricordata sono ammesse soltanto in due circostanze.

La prima ricorre allorché il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo sia "significativamente inferiore al 60%" e i rischi sul piano della sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche siano bassi: in questo caso, il limite inferiore per l'obiettivo di medio termine relativo al saldo annuo della pubblica amministrazione può arrivare fino a un disavanzo strutturale massimo dell'1,0% del prodotto interno lordo⁵⁹.

La seconda circostanza che consente di derogare al limite sopra indicato ricorre al verificarsi di "circostanze eccezionali" consistenti in «*eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine*»⁶⁰.

⁵⁷ L'art. 14, par. 2, del Trattato stabilisce fissa al 1° gennaio 2013 la data di entrata in vigore, a condizione che dodici parti contraenti la cui moneta è l'euro abbiano depositato il loro strumento di ratifica, o, se precedente, il primo giorno del mese successivo al deposito del dodicesimo strumento di ratifica di una parte contraente la cui moneta è l'euro.

⁵⁸ Ovvero il saldo annuo corretto per il ciclo al netto di misure *una tantum* e temporanee (art. 3, par. 3, lett. *a*), del Trattato).

⁵⁹ Art. 3, par. 1, lett. *d*), del Trattato.

⁶⁰ Art. 3, par. 3, lett. *b*), del Trattato.

Quanto al secondo versante, l'art. 4 del *Fiscal Compact* stabilisce che «quando il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo di una parte contraente supera il valore di riferimento del 60% di cui all'articolo 1 del protocollo (n. 12) sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato ai trattati dell'Unione europea, tale parte contraente opera una riduzione a un ritmo medio di un ventesimo all'anno» della distanza dal valore di riferimento.

Gli obblighi di carattere strumentale posti dal *Fiscal Compact* a carico degli Stati aderenti riguardano i meccanismi da introdursi a garanzia del risultato di bilancio prescritto dall'art. 3, par. 1, cui sopra si è fatto cenno.

Per garantire il raggiungimento e il mantenimento delle condizioni di bilancio ivi stabilite, gli Stati contraenti sono obbligati, ai sensi dell'art. 3, par. 2, del Trattato, ad introdurre nei rispettivi ordinamenti «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» e ad istituire un meccanismo di correzione automatica degli scostamenti sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea.

Per comprendere quale sia il rilievo giuridico delle disposizioni del *Fiscal Compact* e il loro potenziale impatto sulle politiche di bilancio degli Stati aderenti, bisogna interrogarsi sulle conseguenze della loro inosservanza.

In tale eventualità, il Trattato prevede la possibilità del ricorso, da parte della Commissione ovvero di uno degli altri Stati aderenti, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁶¹.

Si tratta di una previsione che, per un verso, conferma la sostanziale estraneità del Trattato rispetto all'*acquis* dell'Unione europea e, per altro verso, pone sostanziali limitazioni al ruolo della Corte di Giustizia in chiave di giudice dell'osservanza del Trattato.

Dal primo punto di vista, appare significativa la precisazione che la possibilità dell'intervento della Corte deve intendersi fondata non sulle disposizioni dei Trattati istitutivi, bensì su un

⁶¹ Art. 8 del Trattato.

compromesso stipulato tra le parti aderenti ai sensi dell'art. 273 del TFUE⁶².

Dal secondo punto di vista, il *Fiscal Compact*, all'art. 8, stabilisce espressamente che il ricorso alla Corte di Giustizia, su impulso della Commissione o di uno degli Stati contraenti, può essere proposto soltanto in caso di inosservanza, da parte di uno Stato aderente, del paragrafo 2 dell'art. 3.

Dunque, solo nell'ipotesi di violazione delle regole che si sono dette "strumentali"⁶³ è ammesso il ricorso alla Corte di Giustizia affinché quest'ultima stabilisca con sentenza quali provvedimenti devono essere adottati da parte dello Stato inadempiente per dare corretta applicazione alle norme violate⁶⁴; e solo l'inottemperanza alla sentenza così emessa può comportare l'irrogazione a carico dello Stato inadempiente, da parte della Corte di Giustizia, di una sanzione pecuniaria di misura forfettaria o di una penalità adeguata alle circostanze e non superiore allo 0,1% del suo prodotto interno lordo⁶⁵.

Non tutte le regole stabilite dal *Fiscal Compact* sono, dunque, presidiate dalla vigilanza della Commissione e dalla giurisdizione della Corte di Giustizia. Rimangono, infatti, fuori da questo meccanismo le regole che si sono definite "sostanziali".

Si potrebbe obiettare che resta comunque la possibilità di ricorrere alla Corte in presenza di violazioni di regole strumentali che abbiano determinato lo scostamento dai limiti sostanziali

⁶² Che stabilisce che «La Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso».

⁶³ Ovvero di quelle regole che si è visto riguardare la introduzione di «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» e la previsione di un meccanismo di correzione automatica degli scostamenti sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea.

⁶⁴ La conferma della volontà degli Stati contraenti di sottoporre alla giurisdizione della Corte di Giustizia le sole violazioni delle regole che si sono definite "strumentali" si trova nelle dichiarazioni preliminari del *Fiscal Compact*, ove si legge che «l'osservanza dell'obbligo delle parti contraenti di recepire la "regola del pareggio di bilancio" nei loro ordinamenti giuridici nazionali, tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale, dovrebbe essere soggetta alla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea a norma dell'articolo 273 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁶⁵ Art. 8, parr. 1 e 2, del Trattato.

stabiliti dall'art. 3, par. 1, e che, dunque, il rientro da tali scostamenti potrebbe sortire, indirettamente, dall'adeguamento dei meccanismi di correzione automatica, anche a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia.

Ciò è senz'altro vero, ma l'obiezione non tiene conto di tutte le possibili ipotesi di violazione, da parte dello Stato, delle prescrizioni del *Compact*, violazioni che, in alcuni casi, ai sensi del Trattato, potrebbero non aprire il procedimento di denuncia alla Corte di Giustizia e il conseguente intervento di quest'ultima.

Tale eventualità ricorrerebbe, senza dubbio, in ipotesi di violazione dell'art. 4 del *Fiscal Compact*, relativo, come si è visto, all'attuazione dell'obiettivo della riduzione del debito pubblico secondo i tempi ivi stabiliti.

Ma l'esclusione dell'intervento della Corte di Giustizia potrebbe riguardare anche le ipotesi di scostamento dai limiti sostanziali stabiliti dall'art. 3, par. 1, del Trattato che non siano dovuti alla inadeguatezza dei meccanismi di correzione (ad esempio perché questi ultimi sono stati predisposti secondo quanto stabilito dai «*principi comuni proposti dalla Commissione europea*»).

Si pone, dunque, il problema di determinare quali conseguenze produca, in questi casi, la violazione delle regole sostanziali⁶⁶, pur a seguito del corretto adempimento degli obblighi strumentali già più volte indicati.

Si potrebbe ritenere che, nello stabilire le regole di cui agli artt. 3, par. 1, e 4, il *Fiscal Compact* abbia inteso specificare, per i soli Stati aderenti, il contenuto del divieto di disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità e di crescita, già vigenti in forza dei Trattati dell'Unione. Se così fosse, le regole poste dal *Fiscal Compact* si porrebbero oggi, solo per gli Stati aderenti, come misura del rispetto delle condizioni del Patto di stabilità e di crescita, con la conseguenza che i meccanismi di prevenzione e di correzione stabiliti dalle norme del Titolo VIII del TFUE e dai regolamenti che ne costituiscono attuazione dovrebbero essere attivati, nei confronti degli aderenti al *Compact*, secondo le disposizioni da quest'ultimo poste.

⁶⁶ Che si concretizzerebbe nella produzione di un risultato di bilancio con un disavanzo superiore a quello consentito dall'art. 3, par. 1, del Trattato ovvero nella mancata riduzione del debito pubblico secondo i ritmi stabiliti dall'art. 4.

Questa soluzione non farebbe che reiterare, anche in relazione alle disposizioni concernenti l'equilibrio dei bilanci nazionali e la riduzione del debito pubblico poste dal *Fiscal Compact*, i meccanismi di intervento preventivo e correttivo operanti sul piano politico che si sono già accennati al paragrafo precedente.

Una soluzione del genere, peraltro, mal si concilierebbe con la necessità di tenere distinte le cornici ordinamentali entro cui si muovono i due diversi sistemi di regole, quello posto dall'Unione europea e quello introdotto dalla cooperazione rafforzata instaurata con il *Fiscal Compact* tra alcuni soltanto dei Paesi membri dell'UE, e risulterebbe in contraddizione con la necessità di una futura integrazione delle disposizioni del *Compact* nei trattati su cui si fonda l'Unione.

L'attuale inutilizzabilità delle procedure previste dal Patto di stabilità e di crescita indurrebbe a ritenere che la violazione delle regole sostanziali del *Fiscal Compact* determinate da provvedimenti di natura legislativa debba trovare sanzione mediante altre procedure, che tengano adeguatamente conto delle «*prerogative dei parlamenti nazionali*»⁶⁷. Per quanto riguarda il legislatore italiano, ciò comporterebbe che la conformità dei provvedimenti legislativi al *Fiscal Compact* potrebbe essere sindacata solo se, e nei limiti in cui, si ritenga che le disposizioni del Trattato possano essere considerate norme interposte rispetto a disposizioni costituzionali quali quelle di cui agli artt. 81 e 117⁶⁸.

Con riguardo, in particolare, al parametro dato dal nuovo art. 81 Cost., si dovrebbe dunque ipotizzare un'efficacia del *Fiscal Compact* quale criterio interpretativo delle disposizioni di cui ai (nuovi) primi due commi dell'articolo della Costituzione, nel senso che l'equilibrio di bilancio imposto dal primo comma non potrebbe non tener conto della prescrizione dell'art. 3, par. 1, del *Compact* circa il limite quantitativo del disavanzo e che, anzi, l'obbligo assunto dall'Italia a procedere all'abbattimento del

⁶⁷ Che il *Fiscal Compact* dichiara di voler comunque rispettare: cfr. art. 3, par. 2, ult. periodo.

⁶⁸ Ai sensi del quale, come noto, «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*». Sulla problematica giustiziabilità del vincolo del pareggio di bilancio cfr. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012.

debito pubblico al ritmo stabilito dall'art. 4 del *Fiscal Compact* imporrà l'approvazione di bilanci in forte avanzo, dal momento che sarà necessario reperire le risorse necessarie a ridurre, ogni anno, l'entità del debito della misura di un ventesimo della distanza dal valore di riferimento (60% del PIL).

Leggi di approvazione di bilancio che non tenessero conto degli obblighi assunti con l'adesione al *Fiscal Compact* potrebbero, dunque, essere ritenute costituzionalmente illegittime.

5. Rilievi su alcune questioni di fondo

Il precipitare delle iniziative (a livello sovranazionale e nazionale) cui si è fatto riferimento nelle pagine che precedono, determinato dalla morsa della crisi economico-finanziaria e dalla corsa affannosa degli stati alla riconquista della fiducia dei mercati, non può fare perdere di vista, a conclusione delle presenti riflessioni, alcuni profili di fondo sui quali le progettate misure di condizionamento delle scelte di finanza pubblica nazionali sono destinate a incidere significativamente.

In primo luogo, deve essere messa in adeguata evidenza la circostanza che la riforma costituzione appena varata dalle Camere, lungi dal costituire operazione di rilievo meramente tecnico-contabile, assume rilevante significato politico-costituzionale, dal momento che da essa discendono importanti conseguenze sui margini di manovra dei *policy makers* (Governo e Parlamento) in ordine alle scelte fondamentali di politica economica nazionale.

Si è osservato, nei paragrafi precedenti, che l'art. 81 Cost., nella formulazione scaturita dai lavori dell'Assemblea costituente, pur se estremamente laconico, nel prefigurare un equilibrio procedurale tra le decisioni relative all'interesse finanziario e quelle relative agli interessi settoriali, si manteneva del tutto neutrale rispetto alla specifica strategia di politica economica, la cui scelta era lasciata alla responsabilità del decisore politico⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. al riguardo quanto osserva BARTOLE, *art. 81, cit.*, secondo cui «il fatto è (...) che dottrine e strategie economico-finanziarie sono assoggettate a tempi di logoramento o, quanto meno, di revisione ben più stretti che per il

In particolare, tale formulazione ha permesso l'espansione della spesa pubblica, ma avrebbe anche consentito l'assunzione di decisioni di politica economica di segno opposto, ispirate al contenimento della spesa e alla contrazione del debito pubblico.

La riforma dell'art. 81 portata dalla legge costituzionale n. 1/2012 si pone in netta discontinuità rispetto al passato e costituisce il frutto di una chiara scelta di campo del legislatore costituzionale in favore di una certa visione della spesa pubblica e della rinuncia definitiva a perseguire strategie economiche alternative, per di più in presenza di correnti del pensiero economico che tutt'oggi pongono l'accento sugli effetti recessivi delle politiche pubbliche ispirate alla regola del pareggio di bilancio in epoca di congiuntura economica negativa⁷⁰.

Ciò in considerazione del fatto che una scelta di questo genere, se cristallizzata (pur con tutte le ambiguità che si sono evidenziate) in una disposizione costituzionale, esclude in radice, salvo casi eccezionali, che lo Stato possa mettere in campo politiche di "deficit spending" per promuovere lo sviluppo del sistema economico, e ciò senza che abbia alcuna rilevanza qualsiasi valutazione circa l'efficacia, in termini di promozione della crescita, delle politiche di spesa.

Deve notarsi, a quest'ultimo riguardo, che gli altri ordinamenti che hanno risposto alle sollecitazioni provenienti dal Patto Europlus non hanno introdotto disposizioni costituzionali volte a produrre irrigidimenti delle politiche di bilancio quale quello che si determina attraverso l'imposizione del "pareggio", ma si sono limitati a prevedere condizioni più rigorose per la produzione di disavanzi di bilancio.

Si veda, ad esempio, a quanto accaduto con la riforma della Costituzione federale tedesca del 2009, che ha stabilito che il

passato, sicché la lettura delle disposizioni costituzionali deve restare – nei limiti delle espressioni verbali usate dal legislatore costituente – aperta (per così dire) alle recezioni ed agli adeguamenti che quelle modifiche richiedono e consentono».

⁷⁰ Cfr. al riguardo PISAURO, *Note sull'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, Audizione presso le Commissioni Affari costituzionali e Bilancio della Camera dei deputati, 24 ottobre 2011. Si veda anche la lettera aperta rivolta al Presidente Obama dagli economisti americani K. Arrow, P. Diamond, W. Sharpe, C. Schultze, A. Blinder, E. Maskin, R. Solow e L. Tyson, disponibile in versione tradotta in <www.unita.it/mondo/usa-pareggio-di-bilancio-br-nobel-a-obama-noi-contrari-1.322464>.

bilancio federale deve rispettare il limite 0,35% del prodotto interno lordo per le entrate da prestiti. Lo stesso vale per i processi di riforma costituzionale recentemente avviati in Francia e in Spagna, i quali, come si è visto, non introducono il principio del pareggio del bilancio, ma rimandano ai vincoli definiti a livello europeo nell'ambito del Patto di stabilità e di crescita.

A loro volta, le disposizioni di fonte sovranazionale⁷¹ stabiliscono limiti quantitativi al disavanzo in rapporto al prodotto interno lordo, ma non impongono agli Stati di stabilire per legge (e men che meno in Costituzione) l'obbligo del pareggio del bilancio.

La imposizione di limiti di questo tipo appare funzionale allo scopo di consentire una valutazione (più o meno rigorosa) dell'efficacia delle politiche di spesa pubblica senza "ingabbiare" le scelte dei *policy makers*, in quanto la previsione dell'obbligo di rispettare un certo rapporto tra deficit e PIL non impedisce di spendere in disavanzo, ma vincola la spesa al suo grado di efficienza, ovvero all'incremento di prodotto interno che essa realizza.

Per contro, la previsione costituzionale del principio del pareggio di bilancio, associato al divieto di ricorrere all'indebitamento, impedisce agli Stati di attuare questa ricetta, e dunque di farsi parte attiva del rilancio dell'economia, demandando al solo mercato, anche nelle fasi di recessione, il compito di produrre sviluppo ed occupazione.

Dubbi, seppur fondati su diverse basi, possono formularsi anche in ordine alla previsione costituzionale del divieto di ricorrere all'indebitamento.

A questo riguardo, deve osservarsi che, seppure sia auspicabile, per diversi motivi, che si pervenga ad una progressiva riduzione del debito pubblico⁷², la disposizione di cui al nuovo art. 81, c. 2, Cost. si espone alla critica che essa, nella sua perentorietà, non tiene nella minima considerazione le diverse finalità che possono essere perseguite attraverso la

⁷¹ A partire dalle previsioni compendiate nei parametri di Maastricht per giungere, più di recente, ai più rigorosi limiti di cui all'art. 2-*bis* del reg. n. 1466/1997, come modificato dall'art. 1 del reg. n. 1175/2011 e all'art. 3, par. 1, del *Fiscal Compact*.

⁷² Cfr. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio in bilancio secondo la teoria economica*, cit., 8; PISAURO, *Come funziona il fiscal compact*, in *www.lavoce.info*, 31-1-2012.

contrazione del debito ed esclude, quindi, anche la possibilità che si possa ricorrere all'indebitamento per finanziare investimenti in infrastrutture capaci di creare sviluppo economico (e di determinare, quindi, anche la crescita del prodotto interno) e, più in generale, per creare ricchezza a vantaggio delle future generazioni.

A differenza che per gli altri enti territoriali⁷⁵, lo Stato non può indebitarsi nemmeno rispettando la *golden rule* e qualora sia accertata la sostenibilità economica e finanziaria del debito⁷⁴.

Dunque, pur potendosi, per diverse ragioni, convenire sulla opportunità che i governi, ed in particolare quelli che attualmente sono più esposti ai pericoli della speculazione finanziaria, perseguano la scelta (politica) della riduzione del debito pubblico, ci si dovrebbe domandare se sia auspicabile che regole volte al raggiungimento di questo risultato, così come del (distinto) obiettivo (congiunturale) del pareggio di bilancio, siano inserite nella Carta costituzionale.

A questo si aggiunga un ulteriore motivo di perplessità collegato alle strategie prefigurate dal legislatore costituzionale per il raggiungimento dell'obiettivo (congiunturale) della riduzione del debito pubblico.

Come si è accennato in precedenza, l'art. 81, c. 6, Cost. demanda alla legge rinforzata approvata con la maggioranza assoluta dei componenti delle Camere l'introduzione di *«regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica»*.

Traspare chiaramente, anche nella norma appena citata, la scelta di campo del legislatore costituzionale in favore di una certa visione delle politiche di finanza pubblica che, in vista del perseguimento degli obiettivi della salvaguardia degli equilibri di bilancio e della riduzione del debito pubblico, ammette interventi

⁷⁵ Cfr. art. 119, u.c., Cost.

⁷⁴ A conclusioni diverse da quelle sopra rassegnate non potrebbe condurre la circostanza che la stessa riforma costituzionale demandi ad una specifica fonte, la legge di contabilità rinforzata di cui all'art. 5 del disegno di legge costituzionale, la determinazione dei *«criteri volti ad assicurare (...) la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni»*, dal momento che tale criterio deve ritenersi riferito al debito contratto nel rispetto dei limiti e delle condizioni di cui al (nuovo) art. 81, c. 2, Cost.

sulla sola spesa, trascurando completamente che gli stessi obiettivi possono essere raggiunti anche manovrando sull'entrata o dosando opportunamente le misure su entrambi i fattori.

Sotto altro profilo, sarà necessario riflettere sulle conseguenze delle nuove disposizioni costituzionali sul funzionamento dei meccanismi di partecipazione delle autonomie territoriali agli impegni assunti dallo Stato in forza del Patto di stabilità e crescita.

Come noto, la trasposizione di questi impegni nell'ordinamento interno ha dato luogo, a partire dalla legge n. 488/1998, alla elaborazione del Patto di stabilità interno quale strumento di coordinamento della finanza pubblica finalizzato a garantire un andamento della finanza regionale e locale coerente con gli obiettivi stabiliti per l'aggregato delle amministrazioni pubbliche a livello comunitario.

Le regole del patto di stabilità interno sono state formulate, in un processo di graduale affinamento, in sede di manovra di finanza pubblica e, da ultimo, negli artt. 30, 31 e 32 della legge n. 183/2011 (legge di stabilità 2012).

In generale, le prescrizioni del Patto di stabilità interno sono volte a fissare obiettivi quantitativi relativi alla gestione finanziaria degli enti territoriali, definendo procedure di monitoraggio e controllo e prevedendo sanzioni nei confronti degli enti inadempienti.

L'entità complessiva del concorso degli enti territoriali all'impegno derivante dal Patto di stabilità e di crescita è determinata in termini di indebitamento netto e di fabbisogno. Al riguardo, il Patto di stabilità interno del 2012 ha introdotto un meccanismo di riparto dell'ammontare del concorso agli obiettivi di finanza pubblica tra i singoli enti basato su criteri di virtuosità misurata operando una valutazione ponderata di una serie di parametri⁷⁵, con riconoscimento di maggiori spazi finanziari agli enti virtuosi, da compensarsi attraverso il maggior concorso richiesto a quelli non virtuosi.

Questo meccanismo andrà, probabilmente, riletto alla luce delle nuove disposizioni costituzionali sull'equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni e, più in particolare, sui limiti del ricorso all'indebitamento da parte delle autonomie territoriali di cui al nuovo art. 119 Cost. che, come si è visto, da un lato

⁷⁵ Art. 20, c. 2, d.l. n. 98/2011.

stabilisce che il principio dell'equilibrio del bilancio debba essere garantito da ciascun ente territoriale e, dall'altro, prevede, secondo una logica che parrebbe richiamare la facoltà riconosciuta alle regioni di rivedere il Patto di stabilità interno per i "propri" enti locali⁷⁶, un condizionamento del ricorso all'indebitamento che presuppone la implementazione di strumenti di compensazione infraregionale dei risultati di bilancio.

⁷⁶ Cfr. art. 32, c. 17, della l. n. 183/2011 e art. 1, cc. 138-143, della l. n. 220/2010.

CRISI E DIRITTO DEL LAVORO: LA VIA DELLA SOSTENIBILITÀ

Valentina Cagnin

*Dottoranda di ricerca
in Diritto europeo dei contratti civili commerciali e del lavoro
nell'Università Ca' Foscari di Venezia*

Il Working paper affronta il tema della sostenibilità ricercando i possibili punti di convergenza tra lo sviluppo sostenibile e le prassi di Responsabilità Sociale d'Impresa nonché, più in generale, tra il paradigma della sostenibilità e il Diritto del lavoro nella prospettiva di verificare se il "pensiero sostenibile" possa rappresentare una possibile via d'uscita dalla crisi.

The paper investigates the concept of "sustainability", in relations with the Corporate Social Responsibility, in order to identify the eventual convergences, and with Labour Law, in the perspective to evaluate if the "sustainable thinking" could be a possible way out of the crisis.

Sommario

1. Il concetto di sostenibilità: profili definitivi
- 1.1. I pilastri dello sviluppo sostenibile
- 1.2. La sostenibilità sociale. *L'emploi durable*
2. I riferimenti istituzionali e normativi
3. Sostenibilità e Responsabilità Sociale d'Impresa
4. Crisi, diritto del lavoro e sostenibilità

1. Il concetto di sostenibilità: profili definitori

L'ipotesi di ricerca che si intende sviluppare considera lo “sviluppo sostenibile” come un possibile e virtuoso *trait d'union* tra il diritto e la crisi che, come noto, ha investito i sistemi economici e finanziari producendo effetti destabilizzanti sugli ordinamenti giuridici, e del lavoro in particolare. Riflettere in termini di sostenibilità potrebbe altrimenti significare assumere una nuova chiave di lettura attraverso la quale ridefinire i paradigmi ai quali si ispirano gli attori regolativi che coesistono nello spazio globale (Stati, Istituzioni sovranazionali, Operatori economici). Trattandosi di una “questione globale”¹ la sostenibilità si dovrebbe intendere come un obiettivo generale da perseguire a tutti i livelli: in una prospettiva *macro* lo sviluppo sostenibile dovrebbe essere un principio e/o paradigma di riferimento per i legislatori nazionali (singolarmente presi così come nelle loro differenti forme di cooperazione istituzionale), nell'elaborazione e nella successiva implementazione delle politiche economiche, sociali e ambientali; nella prospettiva *micro* lo sviluppo sostenibile dovrebbe elevarsi a criterio guida degli attori economici nella definizione delle strategie aziendali.

Lo sviluppo sostenibile è un concetto che può essere affrontato da differenti prospettive e adottando approcci multidisciplinari. In questo scritto si tenterà, in particolare, di indagare la sostenibilità mettendola in relazione, anzitutto, con le prassi di Responsabilità Sociale d'Impresa² al fine di individuare i possibili elementi di convergenza; secondariamente, con il Diritto del lavoro così da verificare se il “pensiero sostenibile” possa rappresentare una possibile via d'uscita dalla crisi.

¹ Cfr. TREBULLE, *Le développement durable, un enjeu global*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2010, n. 3, dossier 12, Document 606 de 2264.

² Il Libro Verde del 2001 definisce la Responsabilità Sociale dell'Impresa come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate». Vedi Libro Verde, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 18.7.2001, COM(2001) 366 definitivo.

Nel celebre Rapporto Brundtland del 1987 della Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo³ per “sustainable development” si intende «*the development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*». Il riferimento è quindi ad uno sviluppo che «*non deve mettere in pericolo le possibilità di crescita delle generazioni future*»⁴. Possiamo in questo senso osservare che il concetto di sostenibilità si traduce nella «*capacità di una organizzazione (o società) di svolgere, in una prospettiva di lungo periodo, le proprie attività, tenendo in debita considerazione l'impatto che queste ultime hanno sulle risorse naturali e sul capitale sociale e umano*»⁵.

Secondo i filosofi europei Jonas e Levinas, considerati i precursori dello sviluppo inteso in termini di sostenibilità⁶, «gli individui devono sistematicamente agire in modo da creare un danno nullo, ed è chiesto a chi agisce di rispondere ai propri atti, non più a posteriori, ma ex ante, dimostrando che le loro azioni non provocheranno dei danni potenziali»⁷ e, da qui, «l'attenzione deve essere posta sui rischi che ciascuno fa correre agli altri e alla collettività»⁸. Rileva quindi la forte connotazione solidaristica che si nasconde dietro il concetto di sostenibilità e che rimanda ad una solidarietà sia *inter*-generazionale che *intra*-generazionale.

1.1. I pilastri dello sviluppo sostenibile

Il concetto di sostenibilità si declina su tre differenti “pilastri” che ne costituiscono le basi fondanti: il pilastro ambientale, il pilastro economico e il pilastro sociale.

³Report of the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, United Nations, 1987.

⁴ Vedi Portale Europa, Sintesi della Legislazione dell'UE http://europa.eu/legislation_summaries/environment/sustainable_development/index_it.htm.

⁵ ISEA, Institute of Social and Ethical AccountAbility, AccountAbility 1000 framework.

⁶ La paternità delle idee alla base del concetto di sviluppo sostenibile è data ai filosofi europei da due autori francesi. Vedi CAPRON - QUAIREL-LANOIZELÉE, *La Responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, 2010.

⁷ JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990.

⁸ LEVINAS, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Milano, 1983.

Un utile punto di partenza per definire questi tre profili si ritrova nella dichiarazione del Comitato Interministeriale francese per lo sviluppo sostenibile, il quale, all'interno della Strategia Nazionale di Sviluppo sostenibile, dichiara che «l'adozione di un percorso di sviluppo sostenibile necessita che le conseguenze economiche, sociali e ambientali siano prese in considerazione, in modo da trovare un equilibrio tra loro», ed è pertanto opportuno «sviluppare la crescita e l'efficacia economica (pilastro economico), soddisfare i bisogni umani e rispondere agli obiettivi di equità e di coesione sociale (pilastro sociale), e preservare, valorizzare nonché migliorare l'ambiente e le risorse naturali per l'avvenire (pilastro ambientale)»⁹.

Per “sostenibilità *economica*” si intende la trasmissione da una generazione all'altra della capacità produttiva (intesa come capitale umano, industriale e naturale). La “sostenibilità *ambientale*” rinvia invece alla trasmissione da una generazione all'altra delle risorse naturali essenziali alla vita umana (l'acqua, l'aria, il suolo e le diversità delle specie naturali e vegetali), mentre la “sostenibilità *sociale*” comporta la possibilità per le generazioni future di beneficiare delle stesse opportunità oggi garantite alla collettività (rilevando, in questo caso, sia temi sociali per così dire tradizionali come l'educazione, l'equità, l'occupazione, i diritti umani, la giustizia sociale, ma anche altri temi, più moderni, come i cambiamenti demografici - aumento dell'età media di vita e migrazioni internazionali -, l'identità, la cultura, la salute e la sicurezza, il benessere, la qualità di vita di un soggetto, la coesione sociale)¹⁰.

Lo sviluppo sostenibile implica quindi un'attenzione volta in egual misura ai bisogni economici, sociali ed ambientali inserendosi all'interno di un “processo di civilizzazione” che muove da istanze di conciliazione dell'efficacia economica con l'equità sociale nella direzione di «*un monde viable, sur une planète viable, avec une société équitable*»¹¹. La promozione

⁹ *Stratégie Nationale de Développement Durable, Comité interministériel pour le développement durable*, 3 juin 2005.

¹⁰ COLANTONIO, *Sustainable Development - a Challenge for European Research*, Oxford Institute for Sustainable Development (OISD), Oxford, 26-28 May 2009.

¹¹ CAPRON, *Le role des entreprises dans le developpement durable. Approche historique, Journée d'études du Groupe Initiatives*, 9 settembre 2008, Nogent-Sur-Marne.

della protezione dell'ambiente e dello sviluppo economico e sociale, che dev'essere attuata sia a livello locale e nazionale che a livello globale¹², risulta infatti essenziale per «*la recherche d'une préservation sociale et environnementale dans un contexte de développement économique*»¹³. I tre pilastri sono “*interdependent and mutually reinforcing*”¹⁴ poiché fortemente correlati ed ugualmente ponderati nella definizione del più ampio concetto di sviluppo sostenibile. Il venir meno di uno di questi pilastri minerebbe il significato stesso di sviluppo sostenibile, che si dovrebbe basare proprio sull'equilibrio tra queste tre dimensioni, e sulla loro auspicabile convergenza nel corso del tempo.

Il raggiungimento, e soprattutto il mantenimento nel corso del tempo dell'equilibrio in questione, non è così immediato: l'autrice francese E. Reynaud coglie infatti nella triplice declinazione della sostenibilità, una difficoltà concreta, ovvero la tensione e il confronto permanente, che talvolta sfocia in contraddizione, tra le tre dimensioni. Secondo l'autrice, il compito delle istituzioni e degli operatori economici è quello di risolvere i dilemmi esistenti tra i tre profili negoziando dei compromessi tra i differenti portatori di interessi sottesi a ciascuna dimensione. In questo modo, ogni dimensione potrebbe essere di volta in volta valutata come un obiettivo, un mezzo, una condizione, oppure, come un vincolo, a seconda della posizione assunta, ovvero, a seconda del pilastro sul quale ci si focalizza¹⁵.

1.2 La sostenibilità sociale. L'*emploi durable*

In tema di di sostenibilità sociale, si è aperto in Francia, negli ultimi mesi, un dibattito in merito all'obiettivo di ridefinizione degli orientamenti di politica economica e sociale al fine di porre “*le ambizioni sociali ad un livello equivalente a quello occupato*”

¹² Vedi la Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile del 1992.

¹³ Tesi dottorale di HUGON, *Les mutations du droit de l'entreprise et l'objectif de développement durable*, Université de Limoges, 10 novembre 2010.

¹⁴ Vedi United Nations, *World Summit on Sustainable Development*, 4 September 2002.

¹⁵ REYNAUD, *Le développement durable au cœur de l'entreprise*, Paris, 2006.

dagli obiettivi economici”¹⁶. L’auspicato equilibrio tra il profilo economico e quello sociale avrebbe come presupposto, secondo la dottrina francese, il c.d. “*emploi durable*”, (“lavoro sostenibile”), termine coniato sulla base della traduzione del termine anglosassone “*sustainability*” in “*développement durable*”. Secondo gli autori infatti «*solo un’economia maggiormente solidaristica, guidata dalle preoccupazioni etiche e rispettosa dei diritti sociali fondamentali, un’economia che rimette l’uomo al centro dell’impresa e del sistema sociale, permetterebbe di arrivare a un emploi durable*»¹⁷, ovvero a un’impiego “sostenibile”, che offra all’individuo la capacità di sviluppare nel tempo la propria forza lavoro, occupando, nel corso della sua vita lavorativa, uno o più impieghi, in una o più imprese. A tal fine, risulta necessaria, da parte del legislatore e delle istituzioni, una gestione previsionale dell’impiego, che sia in grado di anticipare i cambiamenti e le fluttuazioni degli impieghi, cercando di evitare il privilegio della “quantità” del lavoro a discapito della sua “qualità”.

Tale concetto di *emploi durable* «si caratterizza per una certa qualità dell’impiego, che non si limita alla nozione di decent work dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro¹⁸, ma rinvia piuttosto all’obiettivo definito nel quadro della Strategia di

¹⁶ AUBERT-MONPEYSSEN, *Avant-Propos*, in *Quelles pistes vers un “emploi durable”?*, in *Semaine Sociale Lamy*, Supplément n. 1523, 30 janvier 2012, 3.

¹⁷ GAZIER, *Marchés transitionnels du travail, emploi durable et économie sociale*, in *Repenser la solidarité : l’apport des sciences sociales*, Paris, 2007.

¹⁸ La nozione di *decent work* (o lavoro dignitoso) che l’Oil cerca di promuovere dal 1999 («*The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity*») è stata istituzionalizzata con la Dichiarazione dell’ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta nel 2008. Il *decent work* viene definito come obiettivo convergente di quattro diversi strategici obiettivi: la promozione dei diritti al lavoro, l’occupazione, la protezione sociale e il dialogo sociale. L’ILO specifica poi che esso «*involves opportunities for work that is productive and delivers a fair income; provides security in the workplace and social protection for workers and their families; offers better prospects for personal development and encourages social integration; gives people the freedom to express their concerns, to organize and to participate in decisions that affect their lives; and guarantees equal opportunities and equal treatment for all*».

Lisbona»¹⁹. Il riferimento è all'obiettivo, prefissato dall'Unione Europea, di diventare «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile, con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»²⁰: un obiettivo che non può dunque prescindere, in nessun modo, dallo sviluppo di un solido pilastro sociale.

2. I riferimenti istituzionali alla sostenibilità a livello europeo ed internazionale

Nei documenti che richiamano temi e problemi di sviluppo sostenibile si tende ad intenderlo sempre più frequentemente come principio che dev'essere integrato in tutte le scelte politiche ed istituzionali sia a livello europeo che internazionale²¹.

Il Trattato di Lisbona richiama l'impegno dell'Ue «*a contribueré allo sviluppo sostenibile, alla solidarietà e al commercio libero ed equo*»²², formula che cela, secondo autorevole dottrina, «un'idea di mercato e di un commercio fair, rispettoso di regole, di principi di equità, solidarietà e correttezza negli scambi; un commercio (ed uno sviluppo economico) che non può fondarsi sulla svalutazione competitiva dei regimi sociali»²³.

Così il Libro Verde dell'ottobre 2010 sulla politica di sviluppo dell'Ue è dedicato al *sostegno dello sviluppo sostenibile*: in tale occasione, la Commissione Europea, definendo lo sviluppo sostenibile come “*nuovo motore*” della crescita mondiale, richiama i tre pilastri fondativi valorizzandone contenuti ed effetti²⁴.

¹⁹ Cfr. AUMAGUER-LATTES - DESBARATS, *L'emploi durable des seniors: effet de langage ou pratique d'entreprises?*, in *Quelles pistes possible pour un emploi durable?*, cit. 51-62.

²⁰ Consiglio Europeo Lisbona 23 e 24 Marzo 2000, Conclusioni della Presidenza.

²¹ FEVRIER, *Développement durable*, JCl Environnement, Fasc. 2400.

²² Trattato di Lisbona, art. 3. par. 5.

²³ PERULLI A., *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2011, 1, ii, 403 ss.

²⁴ Libro Verde, *La politica di sviluppo dell'Unione europea a sostegno della crescita inclusiva e dello sviluppo sostenibile, Potenziare l'impatto della politica*

Ma di sviluppo sostenibile si parla anche nel Sistema delle Preferenze tariffarie Generalizzate (GSP), ossia l'accordo di preferenze commerciali ai paesi in via di sviluppo²⁵. Si tratta di uno dei principali strumenti commerciali dell'Ue destinati a contribuire al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e del lavoro, alla riduzione della povertà e alla promozione dello sviluppo sostenibile e del buon governo nei paesi in via di sviluppo. Nella prospettiva del GSP lo sviluppo sostenibile rimanda ad una serie di convenzioni e strumenti internazionali come la dichiarazione delle Nazioni Unite sul diritto allo sviluppo (1986), la dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo (1992), la dichiarazione dell'OIL riguardante i principi e i diritti fondamentali del lavoro (1998), la dichiarazione delle Nazioni Unite per il millennio (2000) e la dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile (2002).

Anche a livello internazionale il concetto di sostenibilità sta acquisendo una forte eco: ne è un esempio la Risoluzione della Confederazione Internazionale dei Lavoratori (ITUC) che richiama espressamente «l'impegno a promuovere un approccio integrato allo sviluppo sostenibile: progresso sociale, tutela ambientale e sviluppo economico si inseriscono all'interno di un modello di governance democratica e di rispetto dei diritti umani e del lavoro». Sulla stessa linea anche le Linee Guida dell'Ocse destinate alle imprese multinazionali, contenenti «principi e norme volontari per un comportamento responsabile delle imprese, conforme alle leggi applicabili»²⁶, le quali vantano molteplici riferimenti allo sviluppo sostenibile, sottolineando, già nella prefazione «l'obiettivo di valorizzare il contributo apportato dalle imprese multinazionali allo sviluppo sostenibile». Le imprese multinazionali «hanno l'opportunità di attuare politiche esemplari nel campo dello sviluppo sostenibile» e il dovere di

di sviluppo dell'UE, Commissione Europea, Bruxelles, 10.11.2010, COM(2010) 629.

²⁵ Regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 22 luglio 2008 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate con il quale l'Unione Europea accorda preferenze commerciali ai paesi in via di sviluppo nell'ambito del sistema delle preferenze tariffarie generalizzate (SPG) che fa parte della sua politica commerciale comune, conformemente alle disposizioni generali che regolano l'azione esterna dell'UE.

²⁶ Le Guidelines Ocse (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) risalgono al 1976 ma sono state riviste nel 2000 e, più recentemente, nel 2011.

«contribuire al progresso economico, sociale e ambientale per realizzare uno sviluppo sostenibile», mentre i governi, contestualmente, sono tenuti a stimolare il contributo positivo che le multinazionali possono apportare al progresso economico, ambientale e sociale «*adottando norme e politiche di supporto allo sviluppo sostenibile e promuovendone l'adozione*». Quest'ultime sono poi esortate a «*tenere pienamente conto delle politiche in atto nei paesi in cui operano e prendere in considerazione i punti di vista degli altri stakeholders*», essendo invitate a valutare le conseguenze del proprio agire imprenditoriale sugli altri portatori di interesse, gli *stakeholders*²⁷, ovvero i lavoratori, l'ambiente, i consumatori, i clienti, i fornitori, i concorrenti, la comunità, ecc.

Analogamente, nella Dichiarazione tripartita dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) sui principi riguardanti le imprese multinazionali e la politica²⁸ si invitano le imprese multinazionali a «*tener pienamente conto degli obiettivi di politica generale che i paesi dove esse operano si sono fissati*», tenendo presente che «*le loro attività dovrebbero armonizzarsi con le priorità dello sviluppo e con le strutture e gli obiettivi sociali del paese in cui operano*», suggerendo anche, a tal fine delle «*consultazioni tra le imprese multinazionali, il governo e, se necessario, le organizzazioni nazionali di imprenditori e di lavoratori interessate*»²⁹. La Dichiarazione dell'OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998 afferma l'impegno dell'Organizzazione a «*mobilitare il complesso delle proprie*

²⁷ In dottrina esistono diverse definizioni del termine "stakeholders". Essi sono comunemente definiti come «*un individuo, o un gruppo di individui che possono influenzare o essere influenzati dalla realizzazione degli obiettivi dell'impresa*» (Cfr. FREEMAN, R.E., *Strategic Management: a stakeholder approach*, Boston, 1984), oppure come «*i partecipanti che possiedono un diritto legittimo sull'impresa*» (HILL - JONES, *Stakeholder-agency theory*, in *Journal of Management Studies*, 1992, n. 29), o ancora come «*le persone o i gruppi che incorrono in un rischio, avendo investito una forma di capitale umano o finanziario in un'impresa*» (CLARKSON, *A stakeholder framework for analyzing and evaluating corporate social performance*, in *Academic of Management Review*, January 1, 1995 vol. 20, n. 1, 92-117).

²⁸ La Dichiarazione tripartita dell'OIL sui principi riguardanti le imprese multinazionali e la politica risale al 1977, per poi essere rivista nel 2000 e nel 2006.

²⁹ Dichiarazione tripartita OIL di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, consultabile al sito http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_152553.pdf

capacità di azione normativa, di cooperazione tecnica e di ricerca in tutti i campi di sua competenza, con particolare riguardo all'occupazione, alla formazione professionale e alle condizioni di lavoro, per fare in modo che, nel contesto di una strategia globale di sviluppo economico e sociale, le politiche economiche e sociali si rafforzino a vicenda al fine di promuovere uno sviluppo sostenibile su vasta scala»⁵⁰.

Lo sviluppo sostenibile è stato inoltre protagonista, negli anni, di molteplici summit internazionali, come la Conferenza di Oslo del 2010⁵¹, durante la quale i Direttori del Fmi e dell'Ilo, insieme ai rappresentanti dei governi, dei lavoratori, delle imprese e del mondo accademico, si sono riuniti per affrontare il grave aumento della disoccupazione a seguito della crisi finanziaria mondiale del 2008. In tale occasione è emerso *«il principale insegnamento della crisi: quando una crescita non è equa, diviene insostenibile»*. Da qui, l'appello per un maggior impegno a favore di una ripresa centrata sull'occupazione che conferma, peraltro, la necessaria convergenza tra le politiche ambientali, sociali ed economiche: *«Il perseguimento di elevati livelli di occupazione dovrebbe essere un obiettivo macroeconomico prioritario, alla pari di un basso livello di inflazione e della sostenibilità fiscale. È necessario condurre la globalizzazione nella giusta direzione. Per riuscirci abbiamo bisogno di maggior coerenza e equilibrio fra le politiche adottate, ma anche di coordinazione e dialogo fra le istituzioni e le nazioni»⁵².*

Ancora, nel 2010, il Summit del G20 di Seul dell'UNFCCC (United Nations Framework Convention on Climate Change) in occasione del quale si è inteso lanciare un piano di azione per assicurare una cooperazione tra gli Stati e la realizzazione di una crescita forte, *sostenibile*, equilibrata; il vertice sul cambiamento climatico di Cancun⁵³, durante il quale i *leader* hanno assicurato

⁵⁰ Dichiarazione dell'OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti adottata dalla Conferenza internazionale del Lavoro nella sua Ottantaseiesima Sessione, Ginevra, 18 giugno 1998.

⁵¹ Vedi Comunicato stampa dell'Ilo del 13 settembre 2010, Rif. ILO/10/46.

⁵² Discorso del Direttore Generale dell'ILO Juan Somavia. Vedi Comunicato stampa dell'Ilo del 13 settembre 2010, Rif. ILO/10/46.

⁵³ Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010.

<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf#page=2>.

che: «addressing climate change requires a paradigm shift towards building a low-carbon society that offers substantial opportunities and ensures continued high growth and sustainable development, based on innovative technologies and more sustainable production and consumption and lifestyles, while ensuring a just transition of the workforce that creates decent work and quality jobs».

Da ultimo, il recentissimo Summit mondiale di Rio+20³⁴, organizzato dalla United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD), in occasione del ventesimo anniversario della Conferenza sull'ambiente e sullo sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992³⁵ e del decimo anniversario dal Summit Mondiale sullo sviluppo sostenibile, tenutosi nel 2002 a Johannesburg³⁶, durante il quale sono stati identificati i 10 temi sui quali gli Stati sono tenuti ad intervenire nel futuro: (1) lo sviluppo sostenibile per combattere la povertà, (2) lo sviluppo sostenibile come risposta alla crisi economica e finanziaria, (3) la disoccupazione, il lavoro dignitoso e l'immigrazione, (4) l'economia dello sviluppo sostenibile, incluso le vie di produzione e di consumo, (5) le foreste, (6) il cibo e la sicurezza alimentare, (7) l'energia sostenibile per tutti, (8) l'acqua, (9) le città sostenibili e l'innovazione, e (10) gli oceani.

In tutte le occasioni di confronto in sede internazionale che si sono verificate negli ultimi anni si è compreso che la crisi è la dimostrazione evidente del fatto che la logica del profitto a breve termine non è più perseguibile in quanto autoreferenziale e destabilizzante per il sistema nel complesso considerato. Diversamente è auspicabile valorizzare il paradigma della sostenibilità nelle definizioni delle politiche economiche, sociali e ambientali quale potenziale via d'uscita da questa situazione di grave contingenza a livello globale.

3. Sostenibilità e Responsabilità Sociale d'Impresa

Il concetto di sostenibilità è strettamente correlato a quello di Responsabilità Sociale d'Impresa (Rsi di seguito).

³⁴ Il Summit mondiale di Rio + 20, organizzato dalla United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD), si è tenuto a Rio de Janeiro, dal 20 al 22 giugno del 2012.

³⁵ United Nations Conference on Environment and Development (UNCED).

³⁶ World Summit on Sustainable Development (WSSD).

Nella Risoluzione dell'8 giugno 2011 del Parlamento Europeo *«sulla dimensione esterna della politica sociale, la promozione delle norme sociali e del lavoro e la responsabilità sociale d'impresa»*, si precisa che la Rsi dovrebbe sempre più coinvolgere l'organizzazione del lavoro e la definizione delle strategie aziendali *«in modo da sostenere il passaggio a una economia sostenibile»*. Analogamente il Parlamento ha invitato la Commissione a inserire sistematicamente negli accordi di libero scambio negoziati con i paesi terzi, *«un capitolo sullo sviluppo sostenibile, contenente una clausola sulla Rsi giuridicamente vincolante»*, che *«contempli non soltanto il rispetto delle otto convenzioni fondamentali³⁷ e delle quattro convenzioni prioritarie dell'OIL³⁸, ma anche appositi incentivi per incoraggiare le aziende ad assumere impegni in materia di RSI e un obbligo di diligenza in capo alle imprese e ai gruppi di imprese, ossia il dovere di adottare misure proattive atte a individuare e prevenire eventuali violazioni dei diritti umani o ambientali nonché i casi di corruzione ed evasione fiscale, anche a livello di controllate (ossia di sfera di influenza)»*.

Il *link* tra i due concetti emerge inoltre nella Comunicazione della Commissione Europea del 25 ottobre 2011³⁹, secondo la quale le imprese, *«attraverso la Rsi, possono contribuire in modo significativo al conseguimento degli obiettivi del trattato sull'Unione europea per uno sviluppo sostenibile e un'economia sociale di mercato altamente competitiva»*, e nelle recenti linee

³⁷ Ci si riferisce alla Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930, alla Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, n. 87 del 1948, alla Convenzione sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, n. 98 del 1949, alla Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione, n. 100 del 1951, alla Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, n. 105 del 1957, alla Convenzione sulla discriminazione (impiego e professione), n. 111 del 1958, alla Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, n. 105 del 1957, alla Convenzione sulla discriminazione (impiego e professione), n. 111 del 1958 e a quella sull'età minima, n. 138 del 1973.

³⁸ Le 4 convenzioni prioritarie dell'Oil sono quelle dedicate all'ispezione del lavoro (C-81/1947), alla politica dell'impiego (C-122/1964), all'ispezione del lavoro agricolo (C-129-1969) e alla consultazione tripartita (C-144/1976).

³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 25.10.2011 COM(2011) 681 definitivo.

guida ISO 26000⁴⁰, che definiscono la RSi come il comportamento che «*contribuisce allo sviluppo sostenibile*»⁴¹.

La Rsi potrebbe altrimenti essere interpretata come «*l'applicazione dei principi dello sviluppo sostenibile alla governance dell'impresa*»⁴², essendo «*un concept qui doit permettre aux entreprises de prendre en compte le développement durable dans leur stratégie*»⁴³.

Se lo sviluppo sostenibile riguarda, a livello *macro*, «*the simultaneous pursuit of economic prosperity, environmental quality and social equity. Companies aiming for sustainability need to perform not against a single, financial bottom line but against the triple bottom line*»⁴⁴, nella dimensione *micro* si tratta di obiettivi declinabili nello schema della c.d. «*Triple Bottom Line*»⁴⁵. La *Triple Bottom Line* è un sistema di valutazione delle performance dell'impresa che poggia su tre differenti indicatori: il parametro *ambientale*, ovvero la compatibilità tra l'attività imprenditoriale e la salvaguardia degli ecosistemi (analisi degli impatti dell'attività e dei prodotti, in termini di consumo di risorse, produzione di rifiuti ed emissioni inquinanti); il parametro *sociale* che indaga le conseguenze sociali dell'attività d'impresa sull'insieme degli *stakeholders* (ad esempio per i lavoratori si valutano le condizioni lavorative, il livello di remunerazione, le prassi di non discriminazione, il dialogo sociale, etc.; allo stesso modo si valutano i rapporti con i fornitori, i clienti, la comunità locale); e, infine, il parametro

⁴⁰ La norma ISO 26000 è la linea guida che si propone come il riferimento internazionale sulla Responsabilità Sociale d'Impresa. Lo standard intende aiutare le organizzazioni nell'applicazione dei principi alla base della Rsi e nell'individuazione delle tematiche che devono essere prese in considerazione nella gestione degli impatti economici, ambientali e sociali.

⁴¹ La RSE è il comportamento che «*contribue au développement durable, à la santé et au bien-être de la société* » *respecte les lois en vigueur et qui est en accord avec les normes internationales de comportement ; et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* » (ISO 26000 : 2010, punto 4).

⁴² ROBE – MAZUYER, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?*, in *Revue de droit du travail*, 2010, 415.

⁴³ Vedi la definizione data dall'ORSE (Osservatorio sulla Rsi di Parigi), www.Orse.org.

⁴⁴ Vedi la definizione di sviluppo sostenibile data dal Global Development Research Center, www.gdrc.org.

⁴⁵ ELKINGTONM, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone, 1997.

economico relativo alla performance finanziaria imprenditoriale “classica”, ma anche alla capacità di contribuire allo sviluppo economico della zona di insediamento dell’impresa, nel rispetto dei principi di *fair competition*.

La stretta interdipendenza tra i due concetti in esame emerge, infine, dalla recente nuova definizione del concetto di Rsi, data dalla Commissione Europea nell’ottobre del 2011⁴⁶: in tale occasione, la Rsi viene definita come la «*responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società*». Risulta quindi in tal senso interessante notare come l’evoluzione nel corso di un decennio del concetto di Rsi abbia abbracciato il principio dello sviluppo sostenibile, riferendosi appunto in termini generali all’impatto dell’impresa sulla società, complessivamente considerata.

4. Crisi, diritto del lavoro e sostenibilità

La crisi che stiamo attraversando è una crisi generale che ha investito l’economia, la finanza, il mercato del lavoro e, più in generale, le istituzioni e i valori di riferimento a livello globale. In questa cornice critica anche il diritto del lavoro è stato colpito duramente. I profondi mutamenti che hanno investito negli ultimi anni i modelli produttivi e, più in generale, i sistemi socio-economici⁴⁷, hanno portato ad una vera e propria crisi della regolazione, sia a livello nazionale⁴⁸ sia, soprattutto, a livello internazionale.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia rinnovata dell’UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 25.10.2011, COM(2011) 681 definitivo.

⁴⁷ Cfr. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 89, 2001.

⁴⁸ Quanto all’esperienza italiana, basti citare i recenti interventi legislativi in merito all’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori così come lo strapotere derogatorio riconosciuto alla contrattazione collettiva di prossimità. Per approfondimenti sul dibattito recente aperti in merito all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori vedi CARINCI F., “*Provaci ancora, Sam*”: *ripartendo dall’art. 18 dello Statuto*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”, n. 138, 2012. Sul decentramento della contrattazione collettiva vedi PERULLI A., SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”, n. 132, 2011.

La globalizzazione ha comportato un'intensificazione degli scambi commerciali su scala planetaria, e, conseguentemente, un'aumento esponenziale della concorrenza internazionale tra produttori di beni e servizi, l'intensificazione dell'interdipendenza economica tra gli stati, le pericolose prassi di *dumping sociale*⁴⁹. Ciò non può che riflettersi sui sistemi nazionali che diventano "oggetto di concorrenza", tanto da poter parlare di "*law shopping*" (shopping normativo): le imprese scelgono l'ordine giuridico più favorevole alle proprie strategie economiche e aziendali e, di conseguenza, i sistemi di tutela evoluti (e per questo più costosi per l'imprenditore) dei paesi industrializzati entrano in crisi perché incapaci di sostenere la pressione concorrenziale degli ordinamenti meno garantisti.

Ma come è stato messo in luce da autorevole dottrina la crisi potrebbe essere anche intesa come un'*opportunità* di cambiamento sulla via della sostenibilità⁵⁰.

Anche se nella lingua italiana il termine "crisi" ha una connotazione essenzialmente negativa⁵¹, richiamando l'etimologia del termine che deriva dal greco "*krisis*" (ovvero il verbo "*krino*" che significa «separare, cernere e decidere»⁵²), è possibile coglierne un'accezione positiva. La crisi può essere interpretata in una prospettiva di "separazione" e al tempo stesso di "passaggio" verso un nuovo stato⁵³, ovvero come un necessario

⁴⁹ Per *dumping sociale*, si intende il fenomeno in base al quale il prezzo di vendita nel paese importatore è più basso di quello delle merci dello stesso genere prodotte al suo interno in quanto nel paese esportatore si applicano più bassi standard di lavoro.

⁵⁰ Nella lingua cinese l'ideogramma corrispondente alla parola crisi è composto da due diversi caratteri, di cui il primo significa *pericolo* e il secondo *opportunità*.

⁵¹ La crisi si può definire come «*il deterioramento di una condizione oggettiva con conseguente instabilità socio-politica e decadenza delle istituzioni civili*» (Dizionario: Corriere della sera) o ancora, uno «*stato transitorio di particolare difficoltà o di turbamento, nella vita di un uomo o di una società*» (Dizionario Garzanti).

⁵² La crisi evoca quindi, in un'accezione neutra, il passaggio tra due fasi e/o momenti, tant'è che può essere anche descritta anche come "*la piega decisiva che prende un affare*", o ancora, come un "*notevole e improvviso cambiamento*".

⁵³ PERULLI A., intervento in occasione del seminario italo francese, tenutosi a Venezia nei giorni 11-12 maggio 2012, sui temi "*Crisi e diritto del lavoro*" e "*Cittadinanza, libertà di circolazione e diritti sociali*", organizzato

momento di riflessione, di valutazione nel senso di un cambiamento per un miglioramento e/o per una rinascita. Sulla questione è stato invocato il concetto di "distruzione creatrice" dell'economista Schumpeter che potrebbe portare «*dall'attuale de-costruzione del diritto del lavoro ad una sua successiva ricostruzione e rinascita*»⁵⁴. «*La crisi economica ha ricordato la necessità di un'etica e di pratiche responsabili nel mondo degli affari*»⁵⁵, ed invita pertanto ad approfondire delle vie, ad oggi per lo più inesplorate, come quella della sostenibilità. In sintesi la crisi è «*un'opportunità di vedere apparire nuovi mercati, opportunità di rinnovare il modello esistente e di promuovere delle modifiche indispensabili, l'opportunità di restaurare la fiducia sui fondamenti che non siano dialettici ma che integrino l'insieme delle interazioni alle quali l'impresa è sottoposta e alle quali partecipa*»⁵⁶.

L'opportunità che offre la crisi è quella di riscrivere le regole del gioco² seguendo la logica dello sviluppo sostenibile: oggi «*l'économie mondiale actuelle n'est pas compatible avec le développement durable*»⁵⁷.

Attraverso la lente della sostenibilità, si potrebbero riscoprire i valori fondanti del diritto del lavoro e arrestare così il processo di de-regolamentazione ma anche riscrivere nuove regole ed intervenire rispetto ai vuoti regolativi nello spazio globale. La questione da ultimo evocata si presenta particolarmente critica posto che le imprese, nelle loro scelte strategiche di delocalizzazione, sfruttano a loro vantaggio le regole del gioco e

dall'Università Ca' Foscari di Venezia, in collaborazione con l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

⁵⁴ SCHUMPETER J.-A., *Teoria dello sviluppo economico*, ETAS, Milano, 2002. Traduzione della sesta edizione tedesca (1964), sulla scorta anche dell'edizione inglese del 1934, della *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 1911, con Introduzione di SYLOS LABINI P.

⁵⁵ Direttore esecutivo del Patto Mondiale delle Nazioni Unite. Il segretario dell'ONU a questo si riferiva appellandosi, il 20 gennaio 2009, a un «New Deal Vert», per uscire dalla crisi economica, invitando le imprese ad agire in tal senso.

⁵⁶ TREBULLE, *Entreprise et développement durable*, in *La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, n° 38, 17 Settembre 2009, 1867.

⁵⁷ Commissione europea, *Examen de la politique environnementale 2007 COM(2008) 409 final*, 2 juill. 2008.

si insediano per lo più nei sistemi dove risulta più debole l'apparato normativo⁵⁸.

Le osservazioni fin qui svolte, e che richiedono di essere ulteriormente approfondite in altra sede vista la complessità dei temi evocati, consentono di affermare che la via della sostenibilità non è un rettilineo privo di curve ed ostacoli. È una strada ancora lunga e non del tutto esplorata, ma è pur sempre una via che, ad avviso di chi scrive, vale la pena di percorrere.

⁵⁸ Cfr. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

I GIOVANI NEL MERCATO DEL LAVORO: ANALISI DELLE MISURE ADOTTATE PER SUPERARE LA CRISI

Enrica Carminati, Serena Facello

Dottorande di ricerca in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro nell'Università degli studi di Bergamo

L'ultimo semestre del 2011 ha consegnato al Paese due provvedimenti per la lotta alla disoccupazione e alla dispersione giovanile: il Testo Unico dell'apprendistato (d.lgs. 167/2011) e la riforma dei tirocini formativi e di inserimento (art. 11, d.l. 138/2011).

Benché adottati con forme e all'esito di percorsi in parte diversi, i due interventi vanno letti in parallelo, in quanto volti entrambi a favorire un ingresso qualificato dei giovani nel mercato del lavoro e a combattere l'utilizzo distorto degli strumenti di flessibilità che il nostro ordinamento ammette. Non sembra casuale, in effetti, che la riforma dei tirocini tragga origine da un documento – l'intesa siglata tra Governo, Regioni e Parti sociali il 27 ottobre 2010 – avente ad oggetto proprio il “rilancio dell'apprendistato”. Appare evidente, allora, che la promozione di quest'ultimo passi necessariamente per il ripensamento di altri strumenti, quali, tra l'altro, i tirocini; e ciò non certo al fine di demonizzarli, ma per restituirli alla loro naturale funzione di strumenti di orientamento e di primo contatto tra i giovani e il mondo del lavoro.

Le riforme, inoltre, vanno lette nel contesto di crisi che ha caratterizzato il Paese, che, tuttavia, ha ingigantito una disfunzione che è purtroppo tipica del nostro sistema e che ora non può più essere ignorata. Ecco allora perché proprio la crisi potrebbe rappresentare un'opportunità: obbliga, grazie anche alla cassa di risonanza dei media, innanzitutto ad ammettere che un problema esiste ed è strutturale e, di conseguenza, impone alla politica, ai tecnici e alle parti sociali di studiarne le reali cause e le possibili soluzioni.

The second half of 2011 provided the country with two measures to fight youth unemployment and dispersion: the Apprenticeship

Act (D.lgs. no. 167/2011) and the Internships' Reform (art. 11 , d.l. no. 138/2011).

Although approved along different lines, the two acts are analogous, since both aim to enable young people to enter the labour market and fight its distortions. That's why they both arise from the agreement signed by the Government, Regions and Social Partners (October 27, 2010) concerning the "improvement of apprenticeship". The relation between the improvement of apprenticeship and the reform of other instruments, such as internship, is clear; the goal is not to demonize it, but to recover its purpose of vocational guidance. These reforms shall be read in the context of crisis, that, however, emphasized a typical disease of our market and it cannot longer be ignored. So the crisis can be an opportunity to solve these problems.

Sommario

1. Giovani nel mercato del lavoro: la crisi come opportunità?
2. Apprendistato e tirocini: la risposta italiana alla crisi
 - 2.1. Il restyling dell'apprendistato: un vecchio contratto per il nuovo mercato
 - 2.2. Tirocini: quel limite sottile tra formazione e lavoro
3. Brevi riflessioni conclusive

1. Giovani nel mercato del lavoro: la crisi come opportunità?

La crisi economica che ha colpito negli ultimi anni l'Italia, così come la maggior parte dei Paesi industrializzati, ha fortemente acuito un problema a dire il vero già presente, ma prima trascurato nel dibattito politico e dall'opinione pubblica: il difficile rapporto tra giovani e mercato del lavoro.

Se si osservano le statistiche diffuse dall'Istat, relative all'ultima decade, si nota infatti che se è vero che dal 2007 ad oggi il tasso di disoccupazione degli *under 25* ha subito una netta impennata, arrivando a superare la soglia record del 30%, è altrettanto vero che già prima della crisi, dunque a prescindere da essa, lo stesso indicatore registrava valori comunque tripli rispetto a quelli relativi in generale ai soggetti in età da lavoro in cerca di un'occupazione, come chiaramente si evince dalle due figure che seguono.

Fig. 1 Tasso % disoccupazione 15-24 anni (Italia, 2002-2010)

Fonte: Istat, 2012

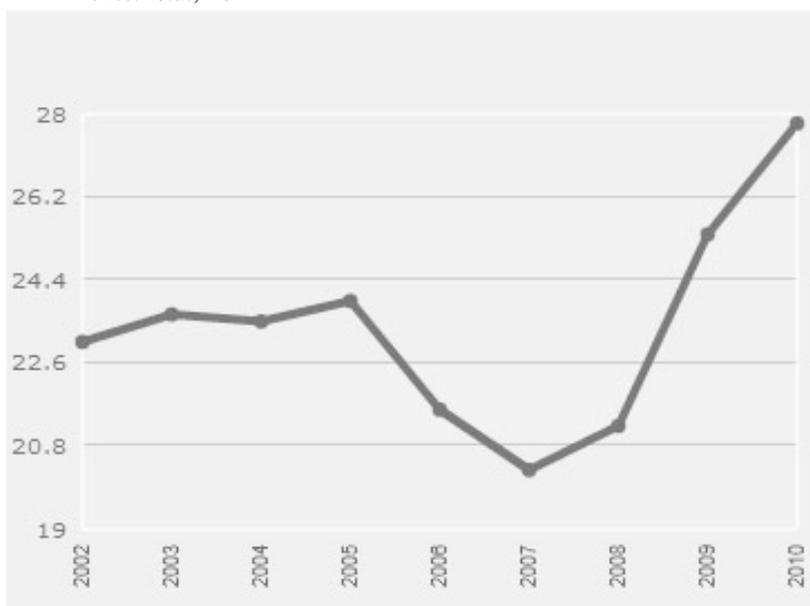
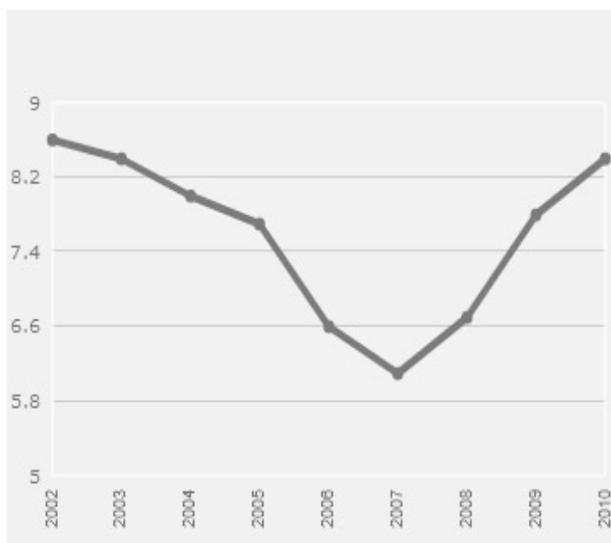


Fig. 2 Tasso % di disoccupazione 15-64 anni (Italia, 2002-2010) Fonte: Istat, 2012



Scomponendo il dato rispetto alle singole fasce di età, si ha conferma del fatto che in Italia i soggetti più penalizzati nel mercato del lavoro, oggi come ieri, sono proprio i giovani. Più in particolare, quanto più l'età è bassa, tanto più è alto il tasso percentuale di disoccupazione e la ragione non può certo essere banalmente ricondotta alla sola mancanza di esperienza. È evidente, infatti, come la difficoltà non riguardi solo i giovanissimi, presumibilmente in fase di transizione dal mondo della scuola a quello del lavoro, ma anche giovani adulti fino ai 34 anni, dunque in un momento che dovrebbe essere centrale per il percorso di crescita professionale, oltre che personale.

Fig. 3 Tasso % di disoccupazione per anni e fasce d'età (dati non destagionalizzati) Fonte: Istat, 2012

	1995	2000	2005	2008	2009	2010	2011
15-24	29,9	26,2	24	21,3	25,4	27,8	29,1
25-34	11,3	10,7	10,3	8,8	10,5	11,9	11,7
35-44	7,1	7,2	5,6	5,4	6,2	6,6	6,7
45-54	5,9	5,8	3,9	3,8	4,5	5	5,1
55-64	6,6	6,8	3,5	3,1	3,4	3,6	3,9
18-29 (fascia età apprendistato)	//	//	17,2	14,9	17,9	19,9	20,2

Altrettanto interessante è la rilevazione relativa agli inattivi, ossia a quei soggetti in età da lavoro che, tuttavia, non svolgono alcuna attività né cercano un lavoro, per diverse ragioni quali la partecipazione a corsi o attività di formazione, motivi familiari, di salute, personali, ecc. e tra i quali si colloca anche una categoria ormai nota, perché al centro dell'attenzione mediatica, quella dei c.d. scoraggiati. In questo caso le percentuali relative alle fasce di età di giovanissimi e giovani non sono in assoluto le più alte, ma sono comunque preoccupanti e spingono a pensare che il problema non sia contingente, ma, al contrario, strutturale e culturale.

Fig. 4 Tasso % di inattività per fasce d'età

	1995	2000	2005	2008	2009	2010	2011
15-24	58,7	58,3	66,5	69,1	70,9	71,6	72,6
25-34	24,7	22,1	22,8	23,1	24,6	25,7	26,1
35-44	22,1	19,8	19,2	19,1	19,8	20	20
45-54	33,5	31,2	26,5	23,9	24,4	24,2	24
55-64	69,8	70,4	67,4	64,5	63	62	60,5
18-29 (fascia età apprendistato)	//	//	41,9	44	46,3	47,6	48,6

Fonte: Istat, 2012

I dati, nel complesso, dimostrano che la crisi non ha sfalsato il nostro mercato del lavoro o colpito solo o prevalentemente i giovani, ma, semmai, abbattendosi trasversalmente sulla popolazione, ha ingigantito una disfunzione che è purtroppo tipica del nostro sistema e che ora non può più essere ignorata. Ecco allora perché proprio la crisi potrebbe rappresentare un'opportunità: obbliga, grazie anche alla cassa di risonanza dei media, innanzitutto ad ammettere che un problema esiste ed è strutturale e, di conseguenza, impone alla politica, ai tecnici e alle parti sociali di studiarne le reali cause e le possibili soluzioni.

In quest'ottica sono certamente da leggere sia l'integrale riscrittura, nel settembre dello scorso anno, della disciplina del contratto di apprendistato, tipologia per sua natura finalizzata all'occupazione e alla formazione dei giovani, sia gli interventi legislativi, in parte già attuati, in parte ancora in fase di studio, volti a favorire un uso corretto dello strumento dei tirocini, sia,

infine, le misure adottate con la recentissima e incisiva riforma del mercato del lavoro “Monti-Fornero”.

Preliminarmente, al fine anche di rendere possibile una valutazione circa l’opportunità e la presumibile efficacia delle misure fino ad ora adottate, è utile tuttavia provare a individuare, almeno per sommi capi, le criticità che negli anni hanno contribuito a creare il “problema giovani”. Parte della responsabilità è da attribuire al nostro sistema di istruzione e formazione, che, pur non volendolo demonizzare in ragione dei meriti che indubbiamente ha, non è in grado di offrire ad alcuni giovanissimi, in particolare quelli che non trovano nei banchi di scuola il giusto canale per esprimere le proprie potenzialità, alcun tipo di orientamento, innanzitutto, e un’alternativa concreta poi, come invece avviene in altri Paesi. L’esempio tipico è quello della Germania, ove già dall’età di 15-16 anni si possono avviare dei percorsi di formazione professionale in alternanza scuola/lavoro, opportunità assolutamente sfruttata dai giovani tedeschi, per i quali non si tratta di un percorso di “serie b”, ma di una soluzione che conduce ad esiti formativi e occupazionali estremamente positivi. La conseguenza, in Italia, è, invece, l’alto numero di dispersi, ossia di giovanissimi che fuoriescono prematuramente, e senza averlo concluso, dal ciclo scolastico dell’obbligo e che, proprio per la mancata titolarità di un titolo, faticano poi ad inserirsi regolarmente nel mercato del lavoro e dunque rischiano l’esclusione sociale. Stando alle stime diffuse dall’Ocse, nel 2009, in Italia erano circa 2 milioni i giovani fino a 29 anni non inseriti in percorsi di studio né di lavoro, di cui 126mila nella fascia di età 14 – 17 anni.

Se, dunque, da una parte, la conformazione del sistema scolastico italiano ha un ruolo centrale, non si può non far cenno, parallelamente, alla resistenza culturale che ancora si registra nel nostro Paese, rispetto sia alla possibilità di riconoscere anche agli ambienti di lavoro, alle botteghe e alle fabbriche, capacità di formare un giovanissimo, sia all’opportunità di valorizzare maggiormente gli istituti tecnico/professionali.

Altrettanto rilevante è poi l’assenza, o l’insufficienza, di un dialogo continuo e strutturato tra mondo dell’istruzione – scuola e università – e mondo del lavoro. Le conseguenze sono principalmente due. Da un lato il disallineamento tra domanda ed offerta: il sistema produttivo cerca professionalità che non riesce a trovare nel mercato e, allo stesso tempo, i giovani si

propongono in quel mercato con profili che alle aziende non interessano perché inutili o perché sovrabbondanti; dall'altro, anche laddove vi sia una corrispondenza tra profilo cercato e profilo offerto, la difficoltà di contatto tra i due.

Il nostro ordinamento si è attrezzato per cercare di colmare tali lacune. La tipologia contrattuale che da sempre, nell'impianto complessivo del sistema lavoro, è indirizzata ai giovani in ingresso nel mercato è l'apprendistato, che abbina alla finalità puramente occupazionale, anche e principalmente quella di formazione professionale. Nei decenni, tuttavia, come meglio preciseremo in seguito, l'istituto non è mai decollato, a causa della complessità e della rigidità della relativa disciplina e degli eccessivi oneri burocratici. Ciò ha favorito l'utilizzo di altri rapporti, nati con finalità differenti e specifiche, che sono comunque divenuti i principali canali per l'ingresso dei giovani nel mercato, quali *stage*, somministrazione di lavoro, contratti a progetto, le c.d. partita iva, spesso utilizzati correttamente, ma altrettanto di frequente in modo distorto. Per rendere l'idea basti pensare che nel 2009 a fronte di 591.800 apprendisti (in calo dell'8,4% rispetto all'anno prima), 300.000 ragazzi hanno svolto uno *stage* (in aumento del 5,4% rispetto all'anno prima e di cui, poi, solo il 12% circa è stato assunto), mentre più di un milione di giovani tra i 15 e i 29 anni è risultato parte di un rapporto di lavoro c.d. flessibile o atipico (principalmente collaborazioni nella modalità a progetto, ma anche contratti a termine).

2. Apprendistato e tirocini: la risposta italiana alla crisi

I numeri che vedono i giovani come categoria in difficoltà, ancor di più nel periodo di crisi, sono alla base del tentativo del Legislatore di arginare gli effetti negativi. Più in particolare, l'ultimo semestre del 2011 ha consegnato al Paese due provvedimenti per la lotta alla disoccupazione e alla dispersione giovanile: il Testo Unico dell'apprendistato (d.lgs. n. 167/2011)¹

¹ Cfr., a commento di tutta la riforma, TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'art. 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 158, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Milano, 2011.

e la riforma dei tirocini formativi e di orientamento (art. 11, d.l. n. 138/2011)², entrambi poi integrati e modificati, come meglio si dirà, dalla l. n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro³. Benché adottati con forme e all’esito di percorsi in parte diversi, i due interventi vanno letti in parallelo, in quanto volti entrambi a favorire un ingresso qualificato dei giovani nel mercato del lavoro e a combattere l’utilizzo distorto degli strumenti di flessibilità che pure il nostro ordinamento ammette. Non sembra casuale, in effetti, che la riforma dei tirocini tragga origine da un documento – l’intesa siglata tra Governo, Regioni e Parti sociali il 27 ottobre 2010 – avente ad oggetto proprio il «rilancio dell’apprendistato». Appare evidente, allora, che la promozione di quest’ultimo passi necessariamente per il ripensamento di altri strumenti, quali, tra l’altro, i tirocini; e ciò non certo al fine di demonizzarli, ma per restituirli alla loro naturale funzione di strumenti di orientamento e di primo contatto tra i giovani e il mondo del lavoro.

2.1. Il restyling dell’apprendistato: un vecchio contratto per il nuovo mercato

L’apprendistato, a differenza del tirocinio, è uno strumento che, con un po’ di approssimazione, può dirsi da sempre utilizzato nel nostro ordinamento, basti pensare che il codice civile del 1942 già ne prevede un’essenziale disciplina (art. 2130 e ss.). Una prima regolamentazione organica si rinviene nella l. n. 25/1955, normativa che, pur modificata nel corso degli anni, è rimasta sostanzialmente immutata fino al 1997. Il c.d. Pacchetto Treu (l. n. 196/1997), infatti, innestandosi sul quadro preesistente, senza, cioè, abrogare la normativa già in vigore, operava significative modifiche, estendendone l’applicazione a settori prima esclusi, modificando limiti di età, durata e, soprattutto, formalizzando, per così dire, le modalità di erogazione della formazione. Occorre tuttavia attendere il 2003, nell’ambito della

² Cfr., tempestivamente, all’indomani del provvedimento, PASCUCCI, *La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e...domani (ovvero prima e dopo l’art. 11 del d.l. n. 138/2011)*, in *Diritto Relazioni Industriali*, 2011, 971.

³ Cfr., a commento di tutta la riforma, MAGNANI - TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012.

riforma complessiva del mercato del lavoro nel settore privato, quella di cui alla Legge n. 30 (c.d. Legge Biagi), per le più importanti e profonde innovazioni, che hanno dato all'apprendistato la conformazione che ancora oggi ha. Complice le necessità di rivedere, anche a causa delle sollecitazioni europee, la disciplina del contratto di formazione e lavoro, la suddetta legge delega aveva, infatti, previsto un riordino dei contratti a contenuto formativo.

L'occasione è stata proficua per operare anche sull'apprendistato, da una parte, adattando, per renderla più efficace, la forma di apprendistato fino ad allora conosciuta, quella finalizzata a conseguire una qualifica contrattuale (tipologia professionalizzante); dall'altra, introducendo in Italia un apprendistato, per così dire, "europeo"⁴, che consentisse ai giovani l'apprendimento di un mestiere e il contestuale conseguimento di un titolo di studio, professionale ovvero dell'alta formazione. Molte le criticità che, sin da subito, hanno impedito al rinnovato apprendistato di spiegare le sue potenzialità e, per molto tempo, in riferimento a talune regioni e settori, anche solo di essere attuato⁵. Tra queste, certamente la complessità delle discipline, la sovrapposizione di più fonti regolatorie – il delicato equilibrio costituzionale dettato dall'art.117 Cost. aveva imposto un sistema di ripartizione di competenze tra Stato, Regioni e Parti sociali particolarmente complesso –, nonché, almeno in certi territori e per le tipologie meno note, scetticismo e resistenza culturale.

Tuttavia, il tentativo di aggiustare il tiro e rendere così l'apprendistato un contratto effettivamente utilizzabile è dimostrato dalla copiosa produzione normativa intervenuta negli

⁴ Il riferimento è soprattutto ai paesi di lingua tedesca – Germania, Austria, Svizzera – e al loro c.d. sistema duale.

⁵ Il decreto n. 276/2003, infatti, prevedeva una ultrattività della normativa precedente finché non fosse stata pienamente applicabile la nuova. Dai monitoraggi compiuti dall'Isfol (vedi in particolare i rapporti X-XI-XII) emerge la quota di contratti stipulati in base alla normativa del 2003 e alla precedente. Più in particolare, nel 2007, ancora il 47,5% dei contratti di apprendistato seguiva la disciplina del Pacchetto Treu (l. n. 196/1997) e solo a partire dal 2008 tale percentuale è scesa sensibilmente (nel 2008, 37,7%; nel 2009 e 2010 il 27,8%). Si segnala che la quota di assunzioni con la normativa Treu – oltre a territori e settori in cui non era stata recepita la riforma – comprende anche i minori, i quali – nella pressoché completa inoperatività della Biagi – dovevano necessariamente essere assunti applicando quella normativa.

anni successivi: il d.lgs. n. 251/2004, il d.l. n. 35/2005, il d.l. n. 112/2008, la l. n. 191/2009. Accanto a tali tentativi si leggeva, però, già la volontà di una riforma organica dell'istituto, come dimostrano le disposizioni formalizzate nel c.d. protocollo Welfare del 23 luglio 2007⁶, poi confluito nella l. n. 247/2007. Proprio l'art. 1, commi 30 e 33, conteneva la delega al Governo ad adottare, entro dodici mesi, un decreto legislativo di riforma dell'istituto⁷, imponendo altresì un preciso *iter* per l'adozione del provvedimento, che prevedesse il coinvolgimento di organizzazioni sindacali e datoriali e della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome. Le note vicende politiche successive hanno in concreto impedito l'avvio della riforma. Tuttavia, la persistente convergenza da parte di tutti gli attori sociali emerge da una serie di documenti, successivi al Protocollo del 2007, finalizzati al rilancio dell'apprendistato, quali le *Linee guida per la formazione nel 2010*, firmate il 17 febbraio e l'*Intesa per il rilancio dell'apprendistato*, sottoscritta il successivo 27 ottobre.

⁶ L'accordo si occupava espressamente di apprendistato, definendolo come l'«unico contratto di lavoro a causa mista» del nostro ordinamento e richiedendo un «riordino d'intesa con le Regioni e le parti sociali» per superare quell'«inestricabile intreccio tra competenze dello Stato (in parte rinviate alla contrattazione collettiva) e competenze delle Regioni in materia». Il Protocollo si concentrava, poi, esclusivamente sull'apprendistato professionalizzante, auspicando un rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva, nel quadro di un perfezionamento della disciplina legale della materia; la definizione di standard nazionali dei profili professionali e dei percorsi formativi, anche al fine di agevolare la mobilità geografica degli apprendisti; la definizione, nel rispetto delle competenze regionali, di standard nazionali di qualità della formazione (soggetti e organismi accreditati/autorizzati, certificazione degli esiti formativi, riconoscimento di crediti). Le parti si impegnavano, infine, a valutare opportuni provvedimenti rivolti a contrastare l'utilizzo improprio dell'apprendistato.

⁷ I criteri e i principi direttivi individuati recepiscono i contenuti del Protocollo: 1) il rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva; 2) l'individuazione di standard nazionali di qualità della formazione in materia di profili professionali e percorsi formativi, certificazione delle competenze, validazione dei progetti formativi individuali e riconoscimento delle capacità formative delle imprese; 3) l'adozione di misure volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato e, con preciso riferimento alla tipologia professionalizzante, 4) l'individuazione di meccanismi in grado di garantire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale della relativa disciplina.

Lungi dal rimanere lettera morta, comunque, i contenuti e, soprattutto, i termini della legge delega del 2007, sono stati riattivati nell'ambito del c.d. Collegato Lavoro (l. n. 183/2010). Il nuovo termine così previsto (24 mesi) è stato ampiamente sufficiente per portare a termine la riforma. Il percorso, infatti, particolarmente rapido, è ricompreso tra maggio 2011 e luglio dello stesso anno⁸, fino all'entrata in vigore, l'ottobre scorso, del d. lgs. n. 167/2011, denominato con enfasi Testo Unico dell'apprendistato.

Il decreto ha sostanzialmente confermato la struttura già prevista dal d.lgs. n. 276/2003, in particolare la distinzione in tre (macro)tipologie, ampliandone e meglio definendone, però, l'ambito di applicazione. Tali conferme, certo non intaccano la portata della riforma del 2011 caratterizzata da notevoli innovazioni, introdotte alla luce anche dell'esperienza accumulata in quasi dieci anni di applicazione dell'istituto. Significativa nel senso di una riforma organica dell'istituto, appare già la denominazione del provvedimento, "Testo unico"⁹, da cui si intuisce la volontà di consegnare al Paese una disciplina completa, tale da favorire la veloce diffusione del contratto. Già da una prima lettura del decreto, poi, si evince la scelta di una più marcata specializzazione e differenziazione del ruolo, rispettivamente, di regioni e parti sociali per superare un'articolazione territoriale e una frammentazione della disciplina che, seppur in qualche modo connaturata all'apprendistato, si era rivelata molto disincentivante per imprese ed operatori. Agli stessi fini, sembra orientata la decisione, per la prima volta¹⁰, di abrogare tutta la

⁸ La proposta di decreto è stata presentata ed approvata in Consiglio dei Ministri il 5 e 19 maggio; le intese con Regioni e Parti Sociali sono, rispettivamente, del 7 e dell'11 luglio; il 27 luglio la riforma ha ricevuto il parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari; il 28 luglio, infine, è intervenuta l'approvazione definitiva in Consiglio dei Ministri.

⁹ Le ragioni per cui non può parlarsi, tecnicamente, di "Testo unico" sono indicate nel documento elaborato dal servizio studi della Camera 331/0 del 21 luglio 2011.

¹⁰ Il d.lgs. n. 276/2003, infatti, aveva previsto all'art. 47, comma 3 una ultrattività della normativa precedente, applicabile in attesa della regolamentazione ai sensi della nuova disciplina. Tuttavia, ciò ha comportato che ancora nell'ultimo monitoraggio Isfol – in riferimento al 2010 – circa il 30% degli apprendisti era assunto con la regolamentazione della L. n. 196/1997.

disciplina in materia, prevedendo un periodo transitorio estremamente limitato nel tempo, pari a soli sei mesi¹¹.

Il “nuovo” apprendistato, definito come contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani, risponde a varie finalità, ciascuna corrispondente ad una tipologia, lasciando in ciò intravedere la volontà di offrire uno strumento per superare le varie criticità, già evidenziate, che caratterizzano il nostro mercato del lavoro giovanile. Infatti, per la fascia più giovane della popolazione, “vittima” di un sistema di istruzione e formazione standardizzato e non sempre efficace, esiste una tipologia di apprendistato in grado di coniugare l’apprendimento di un mestiere con il conseguimento di un titolo di studio della formazione professionale; a tutti i giovani, poi, anche laureati e diplomati, si offre uno strumento di ingresso formativo e stabile; infine, per potenziare il dialogo tra mondo produttivo e università e tentare di anticipare l’entrata dei giovani nel mercato del lavoro, esiste una tipologia di apprendistato capace di coniugare l’ingresso in impresa con il conseguimento dei titoli di studio più alti del nostro sistema di istruzione.

Proprio in tale ottica è stato riconfermato, e anzi ampliato, l’apprendistato detto di primo livello (o qualificante), oggi denominato apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, finalizzato al conseguimento di un titolo di studio (qualifica triennale o diploma regionale) della formazione professionale tramite un percorso innovativo che riconosce l’ambiente di lavoro come luogo formativo, idoneo a insegnare un mestiere qualificato sul piano tecnico-professionale¹². Le

¹¹ Scaduto il 25 aprile 2012. Per una rassegna dello stato di recepimento del Testo Unico, sia a livello contrattuale, sia regionale, si rinvia a www.fareapprendistato.it.

¹² Stante anche la mancata attuazione dell’apprendistato di primo livello, di cui si leggerà oltre, la dottrina lavoristica si è poco interessata a questa tipologia, se non, in maniera del tutto generica, nei primi commenti seguiti all’approvazione del d.lgs. 276/2005. Tuttavia, un inquadramento dell’apprendistato di primo livello come passaggio del sistema di istruzione e formazione, è compiuto da GAROFALO, *Il ruolo dell’apprendistato nel sistema di istruzione e formazione professionale*, in REGGIANI GELMINI - TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del Lavoro dopo la Riforma Biagi*, Milano, 2006. Nel post riforma e in ottica europea, vedi DELFINO, *Giovani e formazione nelle normative europee: l’apprendistato*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2012. Da altri punti di vista, nell’ambito del rapporto

novità, rispetto al modello del 2003, sono poche eppure decisive. Da una parte, si è esteso il percorso anche al diploma quadriennale regionale, oltre alla già prevista qualifica triennale professionale, ampliando l'età di ingresso a tale strumento, oggi ricompresa tra i 15 (è utile, infatti, anche per l'assolvimento dell'obbligo di istruzione) e i 25 anni; dall'altra, si è cercato di superare quella rigida e complessa ripartizione di competenze che ne aveva impedito l'attuazione nel 2003¹³. La sua regolamentazione spetta oggi, infatti, quasi esclusivamente – fatta salva la disciplina del rapporto di lavoro, che, come in tutte le tipologie, *ex art. 2, d.lgs. n. 167/2011*, è in capo alla contrattazione collettiva – alle Regioni, le quali dovranno limitarsi a dare attuazione all'apposito accordo sottoscritto in conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome il 15 marzo 2012, nel quale è definita, ai sensi dell'art. 3, comma 2, una generale regolamentazione dei profili formativi¹⁴, che poi le singole regioni declinano nel dettaglio rispetto alle esigenze concrete del territorio e ai relativi fabbisogni occupazionali.

Nel caso dell'apprendistato professionalizzante, la tipologia più conosciuta ed utilizzata¹⁵, le novità rispondono più che altro all'esigenza di superare le criticità emerse negli anni e riconducibili, in estrema sintesi, alla complessità e alla frammentarietà

tra scuola e lavoro, è stato invece analizzato da BERTAGNA, *Alternanza scuola lavoro. Ipotesi, modelli, strumenti dopo la riforma Moratti*, Milano, 2003, e ID, *Lavoro e formazione dei giovani*, La Scuola, Brescia, 2011.

¹³ L'art. 48 del d.lgs. n. 276/2003 chiedeva, infatti, per l'avvio di questa tipologia un'intesa tra Ministero del Lavoro, Ministero dell'Istruzione e singola Regione, intesa intervenuta solo in Lombardia e Veneto. Questa tipologia di apprendistato è in realtà presente anche nella provincia autonoma di Bolzano, la cui disciplina è, però, ispirata al sistema duale tedesco.

¹⁴ Per un'analisi più dettagliata sui contenuti dell'accordo ci sia consentito rinviare a CARMINATI - FACELLO, *Ai blocchi di partenza l'apprendistato di primo livello*, in *Guida lav.*, 2012, 11, 16.

¹⁵ Circa il 70% dei contratti di apprendistato si riferisce al professionalizzante; nella restante quota sono compresi i (pochissimi, nell'ordine delle centinaia) contratti in alto apprendistato e l'apprendistato secondo la normativa del Pacchetto Treu, applicabile ai minori ovvero ai settori in cui non sia mai stata recepita la normativa Biagi (ai pensi, ad esempio, ai Metalmeccanici dell'artigianato, che solo a luglio del 2011 hanno disciplinato l'apprendistato professionalizzante).

della disciplina¹⁶. La riforma ha dunque puntato, da un lato, a semplificarla e sciogliere il precedente inestricabile intreccio di competenze; dall'altro, a valorizzare e restituire centralità alla componente formativa del contratto. Rimangono invece immutate sia la finalità (acquisire una qualifica professionale a fini contrattuali), sia le caratteristiche soggettive degli apprendisti, che devono avere un'età compresa tra i 18 anni (17 se in possesso di una qualifica professionale) e i 29, da intendersi come 30 anni non compiuti¹⁷. Se nel primo livello la scelta è stata di lasciare la disciplina nella disponibilità delle regioni, al contrario, per questa tipologia, è stato valorizzato il ruolo delle parti sociali, partendo dal presupposto che il contratto non è finalizzato all'acquisizione di un titolo di studio "pubblico", quanto piuttosto all'apprendimento di un mestiere. Accordi interconfederali e contratti collettivi devono quindi stabilire, non solo la durata del contratto per la sua componente formativa, come in vigore del decreto Biagi, ma anche la durata e le modalità di erogazione della formazione professionalizzante e di mestiere, in ragione dell'età dell'apprendista e della qualificazione contrattuale da conseguire. Benché residui in capo alle Regioni l'organizzazione della formazione di base e trasversale, anche in caso di loro inerzia, dunque in assenza dell'offerta

¹⁶ Tra le criticità più di frequente segnalate tra studiosi e operatori compaiono la stratificazione normativa a livello nazionale, i ripetuti interventi della Consulta, la sovrapposizione e l'intreccio tra fonte statale e regionali, l'inerzia di alcune regioni e l'eccesso di regolamentazione di altre. Del resto, a livello nazionale si contano almeno 14 provvedimenti legislativi; 37 sono stati gli interpellati formulati in materia e almeno 15 le circolari ministeriali. A ciò si aggiungano le 17 pronunce della Corte Costituzionale, di cui molte riferite a normative regionali. Quanto alle fonti regionali, si tratta di innumerevoli i provvedimenti tra leggi, delibere e protocolli, senza considerare le discipline contrattuali dei quasi 500 Ccnl che il Cnel registra. Per una esatta ricostruzione si rinvia alla documentazione raccolta in www.fareapprendistato.it. Sterminata è la letteratura sull'apprendistato; senza qui richiamare tutti gli autorevoli contributi, si rinvia ad una delle più recenti ricostruzioni, precedenti alla riforma, di PAPA, *Il contratto di apprendistato*, Milano, 2010 e alla bibliografia ivi contenuta.

¹⁷ Un'altra novità consiste nella possibile applicazione dell'apprendistato professionalizzante al settore pubblico, previa approvazione di un decreto del presidente del Consiglio dei Ministri che recepisca la riforma e la renda compatibile con la disciplina del reclutamento e dell'accesso al pubblico impiego. Si veda, sul punto, GALBIATI, *L'apprendistato nella pubblica amministrazione*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., 504.

formativa pubblica, è possibile comunque stipulare contratti, così evitando la paralisi dell'istituto.

La terza (marco)tipologia di apprendistato – denominata di alta formazione e di ricerca – è stata oggetto di interventi volti unicamente ad estenderne l'ambito di applicazione, senza invece intaccarne la struttura regolatoria, invero già particolarmente leggera. Questa fattispecie, infatti, finalizzata all'acquisizione di un titolo di studio dell'alta formazione (di livello secondario superiore, universitario e dell'alta formazione, compresi i dottorati di ricerca, per la specializzazione tecnica superiore di cui all'art. 69 della l. 17 maggio 1999, n. 144, con particolare riferimento ai diplomi relativi ai percorsi di specializzazione tecnologica degli istituti tecnici superiori di cui all'art. 7 del d.P.C.M. 25 gennaio 2008) tramite l'alternanza tra formazione e lavoro, persegue il preciso obiettivo di mettere in dialogo mondo produttivo e mondo dell'istruzione, agevolando una tempestiva ed efficace transizione dei giovani dall'uno all'altro¹⁸. Le uniche novità riguardano una significativa estensione dell'ambito di applicazione¹⁹, consentendo l'utilizzo di questo contratto per svolgere il praticantato per l'accesso alle professioni ordinarie o per esperienze professionali e per l'attività ricerca. Tale ultima nuova ipotesi, più nel dettaglio, ha quale scopo non il conseguimento di un titolo, ma l'inserimento di giovani ricercatori in aziende pubbliche e private; essa, dunque, può più correttamente essere avvicinata ad un "professionalizzante", con cui condivide lo scopo di far acquisire al giovane una qualifica professionale a fini contrattuali – "ricercatore", già presente in alcuni Ccnl –, ma "alto" per l'elevato grado di specializzazione e

¹⁸ Sul raccordo tra il sistema della istruzione e della formazione professionale e il mercato del lavoro, si vedano, in particolare, i contributi di GAROFALO, *Il ruolo dell'apprendistato nel sistema di istruzione e formazione professionale*, e VARESI, *Il ruolo delle Università nella promozione dei tirocini formativi e di orientamento e dell'apprendistato alto*, entrambi in *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, in REGGIANI GELMINI – TIRABOSCHI (a cura di), cit.. Cfr. altresì ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, in *Diritto Relazioni Industriali*, 2004, 98 e LOY, *Un apprendistato in cerca d'autore*, in MAGNANI - PANDOLFO - VARESI, *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Torino 2008, 275 ss.

¹⁹ Anche l'apprendistato di alta formazione e di ricerca, così come l'apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere, può essere ora utilizzato per assumere giovani in tutti i settori produttivi, pubblici o privati.

preparazione, grazie al raccordo tra l'azienda e l'ente di formazione o ricerca prescelto.

Non può, infine, non essere sottolineato come, tra i principi guida che la recentissima riforma del mercato del lavoro (l. 28 giugno 2012, n. 92) esplicita, sia espressamente contemplato quello di valorizzare proprio il contratto di apprendistato quale «modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro», in linea dunque con il preciso indirizzo che parti sociali, Governo e regioni hanno trasversalmente condiviso, in materia di rilancio dell'occupazione giovanile, nelle intese sottoscritte nel biennio 2010-2011 e che è stato già fatto proprio dal decreto legislativo n. 167 del 2011. Obiettivo che la riforma «Monti-Fornero» persegue non solo e non tanto direttamente – con interventi volti ad estendere gli ambiti di utilizzo dell'apprendistato e a risolvere i dubbi interpretativi sorti in fase di prima applicazione del d.lgs. n. 167/2011 –, ma principalmente indirettamente, là dove, da un lato, opera una netta riduzione e limitazione dell'ambito e dei casi di utilizzo delle altre tipologie di primo accesso al lavoro o che frequentemente vedono coinvolti under 30 – a partire dal contratto di inserimento, ora soppresso, passando per il lavoro a progetto, i tirocini formativi, ma anche con riguardo alle c.d. partite iva –, dall'altro, rende più costoso il ricorso agli strumenti di flessibilità che il nostro mercato ammette, con particolare riferimento alle forme di lavoro temporaneo.

2.2. Tirocini: quel limite sottile tra formazione e lavoro

Un percorso per certi versi diverso, come si accennava, è quello dei tirocini formativi e di orientamento, oggetto negli ultimi due anni di due interventi di grane rilievo. Dapprima, nell'ambito della c.d. Manovra estiva bis (d.l. n. 138/2011), è stata infatti approvata una norma che ha notevolmente compresso l'utilizzo di questo strumento, di cui si dirà diffusamente, poi, con l'ultima ed organica riforma del mercato del lavoro, si è previsto l'intervento di un accordo in Conferenza Stato-Regioni volto a ridefinirne compiutamente disciplina e magrini di utilizzo.

Del resto, come già accennato nel §1, i dati sugli *stage*, specie se confrontati con quelli dell'apprendistato, ne lasciano

ipotizzare un utilizzo, per così dire, disinvolto. Nasce da questa considerazione, condivisa tra i firmatari dell'accordo del 27 ottobre 2010 (Intesa per il rilancio dell'apprendistato), la volontà di mettere mano alla disciplina, con l'intento di combatterne l'abuso. Il progetto formalizzato nell'intesa era, in realtà, quello dell'avvio di un tavolo tra tutti gli attori che portasse all'adozione di linee guida; in maniera abbastanza sorprendente dunque, e assai criticata dalle regioni, la "prima" riforma dell'istituto, i cui obiettivi erano comunque condivisi, è avvenuta con un provvedimento di legge.

La diffusione dei tirocini è, in effetti, un fenomeno relativamente recente che non trova più nella l. n. 196/1997 e nel suo decreto attuativo (n. 142/1998), che pure hanno il merito di aver regolamentato per la prima volta in maniera organica l'istituto²⁰, una disciplina sufficiente per l'attuale struttura e le attuali dinamiche del mercato del lavoro, quali sono emerse anche dai dati già analizzati. Non a caso il legislatore, con il primo intervento del 2011, si è preoccupato di limitare l'utilizzo non dei tirocini *tout court*, ma solo di quelli "formativi e di orientamento" – pensati per la transizione dei neo laureati e neo diplomati dalla scuola al lavoro – perché più esposti al rischio di utilizzo fraudolento.

La categoria dei tirocini, infatti, è estremamente eterogenea essendo tale strumento, che, ricordiamo, non costituisce rapporto di lavoro, un'esperienza formativa con varie finalità. Più in particolare, esistono i c.d. tirocini curriculari, destinati agli studenti per affinare il processo di apprendimento e di formazione con modalità di alternanza; i tirocini di inserimento/reinserimento e i tirocini per particolari categorie di soggetti, che sono finalizzati all'inserimento nel mercato di disoccupati, inoccupati o persone "svantaggiate"²¹. La riforma del 2011 ha lasciato assolutamente immutata la disciplina, invero frammentaria, di tutte queste tipologie di tirocinio ma, ha agito, come detto, solo sui tirocini formativi e di orientamento finalizzati, secondo la definizione della legge n. 196/1997, ad

²⁰ Per la ricostruzione storica e normativa si veda PASCUCCI, *Stage e lavoro*, Torino, 2008.

²¹ La circolare interpretativa n. 24/2011, intervenuta poco dopo il provvedimento della manovra estiva, elenca tutti questi tipi di tirocinio, mettendone in evidenza caratteristiche e disciplina di riferimento.

agevolare le scelte professionali e la occupabilità dei giovani nella fase di transizione dalla scuola al lavoro mediante una formazione in ambiente produttivo e una conoscenza diretta del mondo del lavoro.

Per comprendere i contenuti della disposizione, e, in parte, le polemiche che ne sono seguite, occorre tener presente che la disciplina dei tirocini ha risentito di una nota sentenza della Corte Costituzionale – la n. 50/2005 – nella quale la Consulta, passando al vaglio l'intera riforma Biagi, ha dichiarato incostituzionale l'art. 60 del d.lgs. n. 276/2003, sui tirocini estivi, poiché «la disciplina, dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni». Tale interpretazione è stata nei fatti estesa all'intera materia e, dunque, le regioni hanno, più o meno prontamente e in maniera più o meno autonoma rispetto al quadro normativo fino ad allora esistente, disciplinato la materia dei tirocini²². Tale premessa serve a comprendere, da una parte, il perché della rubrica dell'art. 11, d.l. n. 138 - “livelli di tutela essenziali per l'attivazione dei tirocini” – e, dall'altra, la ferma opposizione all'intervento statale da parte delle regioni. In realtà, il legislatore si è mostrato ben consapevole di muoversi in settore di competenza regionale, come proprio il riferimento ai “livelli essenziali”, costituzionalmente di competenza statale, dimostra. A scanso di equivoci, in ogni caso, non solo è stata ribadita in apertura, al comma 1, tale competenza («I tirocini formativi e di orientamento possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali») ma, il comma 2, qualifica la normativa statale di cui al Pacchetto Treu e al suo decreto ministeriale di attuazione (d.m. n. 142 del 1998), come cedevole rispetto alla normativa regionale («*In assenza di specifiche regolamentazioni regionali trovano applicazione, per quanto compatibili con le disposizioni di cui al comma che precede, l'articolo 18 della legge 24 giugno 1997 n. 196 e il relativo regolamento di attuazione*»). I livelli di tutela essenziali emanati riguardano, invece, la durata del tirocinio, non superiore a sei mesi, proroghe comprese, e le caratteristiche soggettive dei

²² Una mappatura, aggiornata a settembre 2011, è contenuta in FACELLO - FAZIO, *Nuove regole per i tirocini*, in *Boll. Adapt*, 2011, 51.

tirocinanti, unicamente neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio.

Analizzando il contenuto della disposizione, appare chiaro, al di là di considerazioni sulla costituzionalità dell'intervento e sull'opportunità dell'utilizzo di un decreto legge, che lo scopo del legislatore fosse certamente porre un freno ad un tipo di *stage* fraudolento, quello cioè che rischia di trasformarsi in un surrogato del lavoro subordinato, senza alcuna garanzia e tutela²⁵. Da una parte, infatti, gli introdotti limiti soggettivi tendono ad impedire l'utilizzo di questo strumento in favore di soggetti, di età più avanzata, con già altre esperienze e che, dunque, non sono certamente alla ricerca di orientamento, ed esprimono, al contrario, la evidente distorsione dell'incontro fra domanda, a basso costo, ed offerta di lavoro; il limite di durata, invece, risponde all'esigenza di porre fine a quegli *stage* interminabili e ripetuti, che rischiano di trasformarsi in esperienze di scarsa qualità.

Emerge, tuttavia, in maniera chiara anche la volontà di non rinunciare ad uno strumento utile, come quello del tirocinio, per non privare i giovani della possibilità di un primo contatto con il mondo produttivo. L'intento, semmai, è evitare che questa esperienza si trasformi in sfruttamento, in una modalità cioè di reperimento di manodopera, in continuo turn over, senza il rispetto della normativa in materia di lavoro.

La persistente incertezza del quadro regolatorio e la tensione verso una maggiore valorizzazione dell'apprendistato hanno tuttavia suggerito un ulteriore intervento, che si è concretizzato ad opera della l. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Se gli obiettivi perseguiti dal Legislatore restano gli stessi – scongiurare gli abusi e garantire ai giovani uno strumento di orientamento e prima formazione – diversa è questa volta la tecnica. Superato un primo momento in cui il Ministro del lavoro si era espresso nella direzione di circoscrivere l'utilizzo dei tirocini formativi e di orientamento unicamente nell'ambito di percorsi scolastici e universitari, come metodologia formativa e

²⁵ Del resto la tendenza ad un utilizzo distorto del tirocinio, è dimostrata dalle legislazioni di talune regioni – Calabria e Basilicata – note per la vicenda mediaticamente conosciuta come “super stage”, in cui si offriva a “giovani”, invero di età anche abbastanza avanzata, uno *stage* presso enti pubblici regionali remunerati con somme assolutamente importanti, che poco sembravano avere a che fare con la formazione.

di alternanza, escludendone la valenza di inserimento occupazionale, la legge 92, così come definitivamente approvata, prevede che, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge stessa, sia raggiunto un accordo in Conferenza Stato-Regioni per la definizione di linee guida condivise, di indirizzo per il successivo intervento delle singole regioni. Se la scelta pare apprezzabile là dove mira a garantire una certa uniformità a livello nazionale, nel rispetto tuttavia dell'autonomia delle regioni, non lo è, invero, nella parte in cui puntualizza espressamente una serie di rigidi e stringenti criteri cui la Conferenza Stato-Regioni si dovrà attenere. Criteri che fissano la revisione della disciplina, la previsione di azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività, gli aspetti sanzionatori e la previsione di un'indennità obbligatoria.

Soffermando per un attimo l'attenzione proprio su tale ultimo aspetto, non si può non osservare come l'introduzione dell'obbligo (almeno così si ritiene, essendo sanzionato) di corresponsione di una "indennità" sia del tutto estraneo non solo alla nostra esperienza, come dimostra il fatto che solo due regioni, nell'esercizio della propria autonomia, hanno previsto qualcosa di simile, ma prima ancora alla finalità dell'istituto. Il rischio, infatti, è quello di far passare l'idea di uno scambio prestazione/retribuzione, tipico del lavoro e che, proprio in quanto tale, è quanto di più lontano ci sia dalla nozione di tirocinio. Ancor più grave appare la scelta di fondo di contenere la tutela del tirocinante entro la previsione di un corrispettivo, come se la questione fosse quella di garantire una remunerazione allo stagista e non invece un tirocinio genuino.

Non resta ora che attendere l'intervento della Conferenza Stato-Regioni, così da poter anche valutare le modalità concrete di attuazione di detti principi.

3. Brevi riflessioni conclusive

Al di là delle soluzioni tecniche adottate e di quanto in merito già osservato nei paragrafi che precedono, non è facile valutare nel complesso gli interventi posti in essere dal Legislatore italiano, negli ultimi anni, per fronteggiare le criticità che

soffocano l'occupazione giovanile e dunque rispondere all'iniziale domanda circa la possibilità di leggere questa crisi come un'opportunità per affrontare e superare problemi strutturali del nostro mercato del lavoro. Se da un lato, infatti, non si possono che condividere i principi ispiratori, ossia la valorizzazione di quegli strumenti che dovrebbero poter garantire un'occupazione di qualità agli *under 30* e la lotta a tutte le forme di abuso e sfruttamento della forza lavoro giovanile, dall'altro, altrettanto necessariamente, ci si scontra con una realtà immobile, che pare non aver (ancora) colto tali stimoli e possibilità.

Rispetto all'apprendistato, ad esempio, nonostante l'impegno assunto da tutti gli attori sociali in fase di concertazione delle regole, poi trasfuso nel d.lgs. n. 167/2011, fino ad ora non si è assistito alla nascita, nei diversi settori produttivi e negli ambiti regionali di riferimento, di un vero e proprio sistema dell'apprendistato nelle sue molteplici articolazioni tipologiche. Sembra che né le regioni né le parti sociali abbiano voluto o siano state in grado di cogliere la vera sfida dell'apprendistato, ossia quella di strutturare dei percorsi di qualità per l'accesso dei giovani nel mercato, progettati non sulla base di vecchi e standardizzati modelli, ma dei fabbisogni professionali e delle reali caratteristiche di settori e territori. L'attuazione del "nuovo" apprendistato a livello regionale, oggi come in passato, sta avvenendo lentamente e spesso trascurando indispensabili passaggi pratico/operativi senza i quali lo strumento è destinato a restare sulla carta. Anche la contrattazione collettiva ha sin qui osato poco, limitandosi, tramite rinnovi o accordi interconfederali, ad adattare al nuovo quadro regolatorio le vecchie previsioni contrattuali, oltre che a concentrare interesse e attenzione sul solo tipo professionalizzante.

Gli interventi in materia di tirocini formativi e di orientamento, invece, hanno determinato sì una forte compressione del ricorso a questo strumento, dovuta tuttavia non tanto alla emersione di forme di abuso, quanto all'incertezza degli operatori circa le effettive condizioni di utilizzo.

Ciò che ancora manca, allora, è un reale piano strategico per il rilancio dell'occupazione giovanile nel nostro Paese, che non punti solo sulle regole, che sempre sono perfettibili e che comunque sono destinate ad essere superate e modificate, ma anche e soprattutto sulla cultura del lavoro e sulla centralità della

fase di accesso e transizione, perché i giovani che oggi sono dispersi, scoraggiati o inseriti in percorsi dequalificanti e privi di prospettive saranno comunque parte dell'Italia di domani.

**IL DIRITTO DEL LAVORO AI TEMPI DELLA CRISI.
L' *HORROR VACUINE* NEGLI ULTIMI ACCORDI FIAT: LA
"LOTTA" ALL'ASSENTEISMO PATOLOGICO**

Stella Laforgia

*Ricercatrice di diritto del lavoro
nell'Università degli Studi di Bari*

Il saggio, a partire dagli istituti disciplinati dagli ultimi Accordi FIAT, si propone di verificare la compatibilità della nuova organizzazione del lavoro basato sulla cronometria del lavoro con le misure di tutela e sicurezza dei lavoratori. In particolare, costituiscono oggetto dell'indagine gli strumenti con i quali gli Accordi attuano il c.d. governo dell'assenteismo patologico di cui si valuta la legittimità e la "valenza simbolica".

The essay, starting from the last FIAT collective agreements, aims to verify the compatibility of the new work organization, based on the chronometry of work, with the safety measures to protect workers. In particular, the subject of this research focuses the tools for the implementation of the so-called government of pathological absenteeism provided by the agreements whose legality and "symbolic value" are taken into consideration.

Sommario

Introduzione: una scelta di prospettiva

1. sistema ERGO – UAS: rendere senza stancarsi
2. La "lotta" all'assenteismo patologico
 - 2.1. Nel dettaglio. Il "governo" contrattuale dell'assenteismo patologico nell'Accordo per lo stabilimento di Pomigliano D'Arco
 - 2.2. Le assenze in concomitanza delle tornate elettorali
 - 2.3. Il "governo" contrattuale dell'assenteismo patologico nell'Accordo per lo stabilimento di Mirafiori
3. L'assenteismo anomalo: aporie di una categoria a-giuridica
4. La *compatibilità* della nuova organizzazione del lavoro con le misure di tutela e sicurezza dei lavoratori: rendere, stanca
5. Osservazioni conclusive

Introduzione: una scelta di prospettiva

La riflessione su “Il diritto ai tempi della crisi”, per un giurista del lavoro, si declina immediatamente ne “Il diritto *del lavoro* ai tempi della crisi”.

È una riflessione, invero, suggerita dalla contingenza, necessaria se, recuperando l’etimologia del termine “crisi”, si vuole tentare di analizzare la complessità del fenomeno per valutare, separare, *cernere* appunto, le diverse sfaccettature che essa assume e comprenderle.

È da tempo che si assiste alla trasformazione del rapporto di lavoro; infatti, la proliferazione di forme flessibili di lavoro, la destrutturazione dei tempi di lavoro, la variabilità dell’orario e della retribuzione ne hanno “eroso” il modello tradizionale e le tutele ad esso connesse.

Con l’avvento della *crisi*, poi, e in nome di essa, vi è stata una notevole accentuazione del ricorso alla flessibilizzazione del rapporto di lavoro.

Non è possibile analizzare tutte le forme che questa tendenza ha assunto; in questa indagine, si vuole, attraverso l’analisi di alcuni aspetti della recente produzione contrattuale e normativa, riflettere sul nuovo modello di *Lavoro* ritenuto necessitato dalla crisi.

A questo proposito, particolarmente indicative di questa tendenza sono le note vicende FIAT.

Esse coinvolgono una serie di profili.

In questo intervento, però, si sceglie, metodologicamente, di lasciare sullo sfondo tutte le numerose e pregnanti questioni che ineriscono gli aspetti più eminentemente “sindacali” quali l’efficacia degli accordi c.c.d.d. separati; il rapporto tra contratti collettivi di livello diverso; le c.c.d.d. clausole di uscita; le clausole di pace sindacale.

Si vuole, invece, entrando nel merito delle nuove disposizioni contrattuali, esaminare la disciplina del rapporto individuale di lavoro che viene ampiamente modificato e fatto “a misura” del nuovo sistema organizzativo del lavoro denominato Ergo – UAS introdotto proprio dagli ultimi accordi FIAT. In particolare, restringendo ulteriormente il campo d’indagine, si sceglie di

concentrare l'attenzione su uno degli aspetti più discussi disciplinati dagli Accordi Fiat; si fa riferimento agli strumenti predisposti per limitare il fenomeno dell'assenteismo patologico.

Insomma, gli Accordi citati rappresentano la visuale prospettica attraverso la quale osservare (*rectius*, per il giurista, valutare) il rapporto di lavoro *ai tempi della crisi*.

1. Il sistema ERGO – UAS: rendere senza stancarsi

Tutti i recenti accordi sottoscritti dalla Fiat¹ sono sottesi da una nuova visione dell'organizzazione del lavoro². Infatti, l'accordo Mirafiori (l'art. 4 e l'intero allegato 7), l'accordo Pomigliano (art. 5) e il CCNL del 29.12.2010 se ne occupano, introducendo un nuovo sistema organizzativo del lavoro

¹ Si fa riferimento all'ormai noto: accordo di Pomigliano del 15.06.2010 della cui qualificazione giuridica si arriva a dubitare, ritenendolo piuttosto <<... un regolamento aziendale, sottoscritto per accettazione>> Così, MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, in www.lavoce.it, 21 giugno 2010; al contratto collettivo specifico di primo livello per i lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano del 29.12.2010 e all'accordo di Mirafiori del 23.12.2010.

² Per un commento ad uno o a tutti gli accordi si legga CELLA, *Dopo Pomigliano*, Bologna, 2010; BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«Archetipo» Fiat di Pomigliano D'Arco*, in *Quad. rel. sind.*, 2010, 337 ss.; ID., *Dall'«Archetipo» al «Prototipo» nella vicenda Fiat: nuove questioni giuridico-sindacali*, in www.ildiariodellavoro.it, 2010; ID., *Note sul contratto aziendale FIAT per lo stabilimento di Pomigliano d'Arco*, in *Il Diario del Lavoro* (rivista elettronica - <http://www.ildiariodellavoro.it>), 9 luglio 2010; F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011; ID., *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo statuto all'Accordo di Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 581 ss.; DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1089 ss.; TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1095 ss.; BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1095 ss.; R. PESSI, *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 1119 ss.; ICHINO, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in www.lavoce.it, 18 giugno 2010; MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, cit.; M. MISCIONE, *Il contratto collettivo dopo l'accordo di Pomigliano d'Arco del luglio 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, 859; ID., *Metodi e contenuti del contratto collettivo (la teoria del contratto collettivo dopo Pomigliano d'Arco)*, in *Lav. giur.*, 2010, 1159; ID., *Le relazioni sindacali dopo gli accordi di Pomigliano e Mirafiori*, in *Lav. giur.*, 2011, 337; SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 12 ss.

denominato Ergo - UAS. Anzi, quest'ultimo accordo dedica all'argomento tutto il titolo secondo con il precipuo scopo di operare «..., *da un lato, sulle tecnologie e sul prodotto e, dall'altro lato, sul miglioramento dei livelli di prestazione lavorativa con le modalità previste dal sistema WCM e dal sistema Ergo - UA*» al fine di «*assicurare al sistema produttivo le migliori condizioni degli standard internazionali di competitività*».

Senza semplificare eccessivamente il discorso, possiamo affermare che il sistema Ergo - UAS si fonda sull'interrelazione tra ergonomia – o meglio, la valutazione ergonomica del sovraccarico biomeccanico relativo a tutto il corpo – e metrica del lavoro; in particolare, con quest'ultima espressione si indica la determinazione rigorosa del tempo necessario all'esecuzione di un dato lavoro. Ne deriva che ogni lavoratore è chiamato ad avere un determinato rendimento nell'esecuzione della propria prestazione di lavoro; si tratta, specificatamente, del «... *rendimento di un uomo mediamente ben allenato, che conosce bene il lavoro e che dà un costante rendimento senza stancarsi*».

Pur senza cedere alla tentazione di sofisticare su una formula – rendere senza stancarsi -, si può ben dire che essa, unitamente a tutta la disciplina del nuovo sistema organizzativo del lavoro, è gravida di implicazioni e di profili problematici che proveremo, almeno, ad evidenziare.

Nonostante sia assolutamente intuibile che il nuovo sistema di lavoro possa avere un impatto notevole sulle modalità di espletamento prestazione di lavoro (tempi; intensità, mansioni in senso lato) e, quindi, sulla sua salute e sicurezza, nessuna attenzione particolare è dedicata a questo aspetto.

Anzi, piuttosto che affrontare gli aspetti che coinvolgono la salute e la sicurezza dei lavoratori - concetti ampi ma che fanno riferimento quantomeno all'assenza di malattia (ma non solo, come vedremo *infra*), - si parla di assenteismo.

Ebbene, restringendo la prospettiva, analizziamo in particolare quello che, con formula altisonante, viene definito “il governo dell'assenteismo patologico”.

2. La “lotta” all’assenteismo patologico

Infatti, coerentemente con l’introduzione del sistema Ergo – UAS e la ferma volontà di implementare la competitività degli stabilimenti attraverso la saturazione dei tempi di lavoro, gli Accordi FIAT prevedono che debba essere ridotto al minimo – quando non azzerato – il rischio di quelli che comunemente chiameremmo ‘tempi morti’ e che vengono definiti *tecnicamente* attività “non a valore aggiunto”, intendendosi per quest’ultime proprio quelle non strettamente produttive.

In un sistema siffatto, che esalta oltre al rendimento (normale *rectius* fisso e predeterminato) la presenza *ex se* è abbastanza intuibile quale disvalore possa essere attribuito all’assenza e quale enfattizzazione abbia *ex se* la presenza del lavoratore.

Si pensi all’art. 12 del contratto per lo stabilimento di Pomigliano D’Arco (Indennità di prestazione collegata alla presenza) secondo il quale, «*Per gli addetti alle linee a trazione meccanizzata con scocche in movimento continuo sarà riconosciuta una voce retributiva specifica denominata "indennità di prestazione collegata alla presenza. L'importo forfetario, da corrispondere solo per le ore di effettiva prestazione lavorativa, con esclusione tra l'altro delle ore di inattività, della mezz'ora di mensa e delle assenze la cui copertura retributiva è per legge e/o contratto parificata alla prestazione lavorativa, è concordato, per tutti gli aventi diritto, in misura di 0,1813 euro lordi/ora...».*

Questa disposizione fa da *pendant* alla precedente contenuta nell’art. 11 (incentivo di rendimento) al quale è sostanzialmente coincidente l’art. 7 del contratto per lo stabilimento di Mirafiori), che attribuisce «*Ai lavoratori operai che prestano la loro attività con l’assegnazione di tempi predeterminati (ed. diretti) l’incentivo di rendimento corrisposto per le ore di effettiva attività a tempi predeterminati*»³.

³ Tale incentivo è fissato nelle seguenti misure: 5° gruppo professionale - prima fascia: 0,0588 euro lordi/ora; 5° gruppo professionale - seconda fascia: 0,0718 euro lordi/ora; 4° gruppo professionale: 0,0799 euro lordi/ora; 3° gruppo professionale: 0,0857 euro lordi/ora. Ai suddetti lavoratori, nelle ore in cui non prestano attività lavorativa a tempi predeterminati e ai lavoratori operai che non prestano strutturalmente la loro attività a tempi predeterminati (ed. indiretti) sarà (corrisposto l’importo di euro lordi/ora 0,0538 dal 5° al 3° gruppo professionale per ogni ora di prestazione.

Il concetto viene ribadito in chiusura del medesimo accordo laddove, e ovviamente non è un caso, si fornisce la nuova disciplina delle pause che, come abbiamo visto, subiscono una riduzione nella durata: «... *Per gli addetti alle linee a trazione meccanizzata con scocche in movimento continuo e per gli addetti alle linee "passo-passo" a trazione meccanizzata con "pulsante di consenso", sarà erogata una voce retributiva specifica denominata "indennità di prestazione collegata alla presenza" disciplinata nel capitolo retribuzione ed altri istituti economici del contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello*».

Ciò che qui si vuole mettere in evidenza, è che non si tratta di un comprensibile e condivisibile sfavore riservato all'assenteismo, ma all'enfaticizzazione della presenza corrisponde la "demonizzazione" dell'assenza *tout court*.

L'*horror vacui* che permea gli Accordio FIAT è confermato da una delle disposizioni più problematiche degli Accordi che riguarda l'assenteismo c.d. patologico, intendendo per esso l'assenza collettiva che si manifesta in concomitanza di determinati eventi.

Un caso a sé è quello delle assenze, evidentemente, anch'esse patologiche che si verificano durante le tornate elettorali.

La particolarità della tematica il cui monitoraggio è demandato ad una Commissione paritetica ci ha fatto ritenere utile anche un'indagine "sul campo" gli esiti attuativi della sua disciplina.

2.1. Nel dettaglio. Il "governo" contrattuale dell'assenteismo patologico nell'Accordo per lo stabilimento di Pomigliano D'Arco

Si deve subito puntualizzare che la disciplina delle c.d. assenze patologiche presenta qualche differenza tra gli accordi "Pomigliano" e "Mirafiori"⁴. Inoltre, detta disciplina viene generalizzata e prevista anche nel contratto specifico di primo livello

⁴ Sull'argomento D. GAROFALO, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi FIAT di Pomigliano D'Arco e di Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 499 ss.; BALLETTI, *La questione "assenteismo" nell'accordo Fiat 15 giugno 2010*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, cit., 209 ss.

del 13 dicembre 2011 che trova applicazione per tutte le imprese del gruppo FIAT⁵.

Partendo dall'Accordo di primo livello per lo stabilimento di Pomigliano, si legge da una dichiarazione di intenti o meglio dalla constatazione di fatto che nello stabilimento, evidentemente, *in occasione di particolari eventi non riconducibili a forme epidemiologiche*, si verificano forme anomale di assenteismo. Solo a titolo esemplificativo, e si sottolinea non esaustivo, si elencano i casi che possano essere definiti forme anomale di assenteismo quali *astensioni collettive dal lavoro*, in concomitanza di *manifestazioni esterne, messa in libertà per cause di forza maggiore o per mancanza di forniture*.

In tutte queste ipotesi, *nel caso in cui la percentuale di assenteismo sia significativamente superiore alla media*, le Parti individuano quale modalità efficace la non copertura retribuita a carico dell'azienda dei periodi di malattia correlati al periodo dell'evento.

Rimangono da definire del tutto, dunque, due aspetti fondamentali (la cui ricorrenza, peraltro, deve essere congiunta per giustificare la deroga prevista) e cioè quali siano i casi di assenza anomali e quale sia, invece, la media di assenteismo fisiologico.

Invero, la malattia dei lavoratori è stata oggetto di una normativa *ad hoc* sin dal codice civile. Infatti, secondo l'art. 2110 cod. civ., co. 1, *«In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza e di puerperio, se la legge non stabilisce forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore*

⁵ Il contratto del 13 dicembre 2011 prevede due modelli di disciplina del fenomeno assenteismo. Il primo prevede che *«Il trattamento di maggior favore per i lavoratori operai rispetto alla legge previsto dal presente contratto per il periodo della cosiddetta carenza non trova applicazione a fronte di situazioni anomale (superiore al 3,5% ndr.) di assenteismo nello stabilimento/ente/unità organizzativa...»*. Il secondo modello prevede che *«Dal primo luglio 2012, ai dipendenti che si assentino per malattie di durata non superiore ai 5 giorni nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività, le ferie o il giorno di riposo settimanale, in caso di assenze ripetute nell'arco dei precedenti 12 mesi per oltre due volte per eventi giustificati come malattia caratterizzate da identiche modalità (...) non verrà riconosciuto per il primo giorno di assenza alcun trattamento economico a carico dell'azienda, così come previsto in generale dalla legge, in caso di malattia, e per i lavoratori aventi titolo all'indennità economica a carico dell'INPS»*.

la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità».

La disposizione codicistica riceve, poi, anche il crisma della Carta Costituzionale laddove all'art. 38 co. 2 prevede che *«I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria».* Ed infatti, l'art. 1 del d.l. 663 del 1979, conv. in L. n. 33 del 1980 ha previsto che : *«... , per i lavoratori dipendenti, ... , le indennità di malattia sono corrisposte agli aventi diritto a cura dei datori di lavoro all'atto della corresponsione della retribuzione per il periodo di paga durante il quale il lavoratore ha ripreso l'attività lavorativa, fermo restando l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere anticipazioni a norma dei contratti collettivi e, in ogni caso, non inferiori al 50 per cento della retribuzione del mese precedente, salvo conguaglio...».*

Le indennità di malattia cui si fa riferimento sono (almeno per gli operai) a carico dell'INPS e si riferiscono ai lavoratori con qualifica operaia. Esse, inoltre, decorrono a partire dal quarto giorno di malattia che viene computato dalla data di inizio della malattia dichiarata dal lavoratore e riportata sull'attestazione medica, sempreché la visita risulti effettuata nel giorno stesso di inizio della malattia o nel giorno immediatamente successivo.

Rispetto ai primi tre giorni di malattia non indennizzati dall'INPS, c.d. carenza, è in genere intervenuta la contrattazione collettiva che prevede, altresì, l'estensione del trattamento retributivo per i periodi di malattia anche ai lavoratori diversi dagli operai.

Nel caso dei lavoratori metalmeccanici, l'art. 2 sez. IV, Titolo IV del ccnl 20 gennaio 2008 ha previsto che *«Le aziende corrisponderanno al lavoratore assente per malattia o infortunio sul lavoro, nell'ambito della conservazione del posto di lavoro, in forza di disposizioni legislative e/o di altre norme, fino al raggiungimento del normale trattamento economico complessivo netto che avrebbero percepito se avesse lavorato, operando a tal fine i relativi conguagli al termine del periodo di trattamento contrattuale»*⁶.

⁶ Sull'argomento v. MORO, *Commento all'art. 2, Sez. IV, Tit.VI. Trattamento in caso di malattia ed infortunio non sul lavoro*, in M.G.

Osserviamo, ai fini del riconoscimento della prestazione retributiva durante il periodo di malattia, il superamento della distinzione operata sulla qualifica tra operai e impiegati; permane, tuttavia la differenza rispetto alle prestazioni provenienti dall'Ente previdenziale e quindi, la diversa natura dell'intervento, chiamiamolo sussidiario, di carattere contrattuale, da parte del datore di lavoro (sia per l'estensione soggettiva dei beneficiari, sia per quanto riguarda il *quantum* della prestazione).

Alla luce di ciò, si può dire che le disposizioni contrattuali in materia di malattia del lavoratore, più che porsi in contrasto con la legge, derogano alla disposizione contrattuale nazionale⁷; dal che discendono, anche in questo caso, tutte le problematiche riguardanti il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello.

Infatti, per gli operai, si porrebbe *soltanto* un problema di decorrenza della prestazione, rimanendo 'scoperto' il periodo di carenza (i primi tre giorni) e agli impiegati spetterebbe quantomeno il trattamento previsto dalla legge (che si ritiene inderogabile) previsto dall'art. 6 co. 5 DL 1825 del 1924 (che è più ridotto rispetto a quello previsto dal ccnl)⁸.

Ciò che desta, invece, perplessità, quindi, è la vaghezza delle espressioni che descrivono i casi nei quali il datore di lavoro potrebbe negare il trattamento retributivo che è, lo si ribadisce,

GAROFALO - ROCCELLA (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici*, Bari, 2010, 524 ss..

⁷ In questo senso, LISO, *Sicuramente un caso emblematico*, in 'Newsletter nuovi lavori', in www.nuovilavori.it, 2010; TREU, *Le lezioni di Pomigliano*, in *Italianieuropei*, 2010, 4; BROLLO, *Uno sguardo d'insieme*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, cit., 117 e ss.

⁸ Lo si riporta, anche ai fini della comparazione con la disposizione del contratto nazionale: «*Nei casi di interruzione di servizio dovuta ad infortunio o malattia, il principale conserverà il posto al dipendente per il periodo di: a) tre mesi, se questi abbia un'anzianità di servizio non superiore ai dieci anni; b) sei mesi, se abbia un'anzianità di servizio di oltre dieci anni. Nel caso in cui alla lettera a) l'impiegato avrà diritto alla intera retribuzione per il primo mese e alla metà di essa per i successivi due mesi; nel caso della lettera b) alla intera retribuzione nei primi due mesi e alla metà di essa per i successivi. All'impiegato retribuito in tutto od in parte a provvigione, è dovuta, nelle stesse proporzioni e per lo stesso periodo di cui al capoverso precedente, un compenso calcolato sull'ammontare medio delle provvigioni liquidate all'impiegato nel semestre precedente l'interruzione di servizio. Nell'uno e nell'altro caso è in facoltà del principale di dedurre quanto l'impiegato abbia diritto di percepire per atti di previdenza da esso principale compiuti*».

quello che è nella disposizione datoriale; si fa riferimento al trattamento di carattere contrattuale che integra (o sostituisce, nel caso degli impiegati) quello previdenziale previsto per legge⁹.

Non tempera la problematica vaghezza delle espressioni utilizzate nei contratti, neppure l'istituzione della "Commissione di verifica assenteismo Pomigliano"¹⁰.

Alla suddetta Commissione non viene demandato alcun compito in questo senso e cioè quello di meglio definire i casi nei quali le nuove previsione derogatorie debbano trovare applicazione. Ma ci si limita ad affermare che: «*A tale proposito la Commissione verifica assenteismo esaminerà i casi di particolare criticità a cui non applicare quanto sopra previsto*».

Infatti, nel Titolo I dell'Accordo per lo stabilimento di Pomigliano D'Arco che si occupa di definire ruolo, compiti e composizione della Commissione si dice, genericamente che essa è competente a monitorare l'andamento del tasso di assenteismo per malattia e ad esaminare casi specifici a cui non applicare quanto previsto dal contratto collettivo in relazione alla non copertura retribuita a carico dell'azienda di particolari casistiche di assenza giustificata come malattia. Se ne definisce la composizione: essa è formata, per parte sindacale, da un componente della Rappresentanza sindacale dei lavoratori per ciascuna Organizzazione Sindacale firmataria del contratto

⁹ Cfr. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«Archetipo» Fiat di Pomigliano D'Arco*, cit., 337 ss.: «*La clausola così congegnata, oltre che contrastare con il Contratto Nazionale, colpisce anche chi, durante gli eventi indicati sopra, si trovi in stato di malattia "effettiva". Arduo sarà il compito della Commissione paritetica aziendale nell'«esaminare i casi di particolare criticità a cui non applicare quanto sopra previsto».* In ogni caso, l'istituzione di questa commissione non risolve il problema (contra Martone 2010) della legittimità politico-sindacale della clausola. Sebbene questa clausola non contrasti con nessuna legge (Ichino 2010), resta il problema dell'efficacia soggettiva di una clausola peggiorativa del Contratto Nazionale (v. infra § 5) e, soprattutto, il problema di assicurare all'autentico lavoratore ammalato il godimento della retribuzione nei primi tre giorni di malattia. Se non è il diritto al pagamento dei primi tre giorni di malattia che si vuole mettere in discussione, il punto sarà accertare che la malattia è falsa»; ID., *Note sul contratto aziendale FIAT per lo stabilimento di Pomigliano d'Arco*, cit..

¹⁰ Nel contratto per lo stabilimento di "Mirafiori", invece, non vi sono disposizioni specifiche sulla Commissione paritetica alla quale si affida genericamente il compito di monitorare l'andamento dell'assenteismo per malattia.

collettivo e, per parte aziendale, da un pari numero di rappresentanti designati dalla Direzione Aziendale. Osserviamo che la formulazione della norma ha comportato che dalla Commissione siano stati esclusi i rappresentanti della CGIL non firmataria dell'Accordo; a parte tutti i rilievi sul profilo sindacale che la questione meriterebbe, osserviamo che, di fatto, ad un'organizzazione sindacale (peraltro, così rappresentativa) non vengono fornite, in tal modo, le informazioni che consentano di vigilare su un aspetto di rilievo che inerisce anche la salute e la sicurezza dei lavoratori¹¹.

2.2. Le assenze in concomitanza delle tornate elettorali

Un caso particolare preso in considerazione dalla disposizione contrattuale è invece quello delle assenze che si verificano in concomitanza delle tornate elettorali e referendarie. Si specifica, infatti, che considerato l'elevato livello di assenteismo che potrebbe verificarsi nello stabilimento in concomitanza con le tornate elettorali politiche, amministrative e referendum tale da compromettere la normale effettuazione dell'attività produttiva, in tali occasioni lo stabilimento potrà essere chiuso per il tempo necessario. In altri, termini, l'Azienda è autorizzata dalla disposizione in esame a chiudere del tutto lo stabilimento per la durata delle operazioni elettorali se dovesse ipotizzare, si immagina a partire dalla richieste formulate dai lavoratori, un elevato livello di assenteismo.

La disposizione contrattuale, inoltre, chiarisce come si provvederà alla copertura retributiva delle giornate non lavorate; ebbene, essa sarà effettuata con il ricorso a istituti retributivi collettivi (PAR residui e/o ferie). Non solo, ma l'eventuale recupero della produzione sarà effettuato senza oneri aggiuntivi a carico dell'azienda e secondo le modalità definite dal contratto collettivo di lavoro specifico di primo livello per i recuperi produttivi.

¹¹ Il problema della composizione delle commissioni derivante dalla mancata sottoscrizione degli Accordi da parte della CGIL è messo bene in evidenza da MIRANDA, *Gli accordi del Gruppo Fiat-Chrysler: verso un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?*, in *Lav. dir. merc.*, 2012, 92 ss.; nonché da F. CARINCI, *Introduzione*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, cit., XLI-XLII.

Analizziamo, anche in questo caso, le norme di riferimento per valutare la legittimità e l'impatto effettivo delle disposizioni contrattuali appena richiamate.

L'art. 119, d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 prevede per i lavoratori che rivestano il ruolo di presidente di seggio, segretario, scrutatore o rappresentante di lista che abbiano diritto all'assenza – considerata attività lavorativa ad ogni effetto - per tutta la durata delle operazioni elettorali. Dunque, come si può osservare, la legge non opera, in materia, alcun rinvio ai contratti collettivi.

Del tutto arbitraria, e illegittima, appare la disposizione dell'Accordo secondo la quale *«Il riconoscimento dei riposi/pagamenti, di cui alla normativa vigente in materia elettorale, sarà effettuato, in tale fattispecie, esclusivamente nei confronti dei presidenti, dei segretari e degli scrutatori di seggio regolarmente nominati e dietro presentazione di regolare certificazione»*.

L'esclusione dei lavoratori che svolgano funzioni di rappresentanti di lista e, in generale, il ricorso, ai fini della copertura retributiva dei lavoratori impegnati nelle operazioni elettorali, ai c.d. istituti retributivi collettivi nonché la previsione di eventuali forme di recupero della produzione senza oneri aggiuntivi per l'Azienda destano forti perplessità, ritenendosi contrarie alle disposizioni normative.

Inoltre, interpellando le organizzazioni sindacali, è emerso che nello Stabilimento di Pomigliano D'Arco la Commissione di verifica sull'Assenteismo si è riunita soltanto in data 18.05.2012 (in seguito ad una tornata elettorale) registrando una riduzione notevolissima nel numero delle assenze ridotto ad un "fisiologico" 0,6 % così come le assenze per malattie che ora si attestano intorno ad un altrettanto fisiologica percentuale del 2-3%, a fronte del 16-18% del passato.

La drastica riduzione delle assenze in concomitanza delle tornate elettorali ha impedito, almeno fino a questo momento, l'applicazione della discussa disposizione.

2.3. Il “governo” contrattuale dell'assenteismo patologico nell'Accordo per lo stabilimento di Mirafiori

Il contratto “Mirafiori”, invece, pur evidentemente ispirato alla medesima logica, e cioè quella della prevenzione/elimina-

zione dei periodi di assenza generalizzata, prevede un meccanismo innanzitutto connesso strettamente al monitoraggio delle c.d. assenze anomale; inoltre, la 'decurtazione' retributiva dei giorni di assenza è graduale. Infatti, a partire dal mese di luglio 2011, la commissione paritetica verificherà il dato consuntivo medio dell'assenteismo per malattia per il periodo gennaio-giugno 2011 riferita agli operai e, nell'eventualità che lo stesso non risulti inferiore al 6% medio, si darà corso alla nuova disciplina.

Infatti, ai dipendenti che si assentino per malattie di durata non superiore a 5 giorni nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale, in caso di assenze ripetute nell'arco dei precedenti 12 mesi per oltre due volte per eventi giustificati come malattia caratterizzati da identiche modalità (eventi verificatisi nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale di durata non superiore a 5 giorni) non viene riconosciuto per il primo giorno di assenza alcun trattamento economico a carico azienda, così come previsto in generale dalla legge, in caso di malattia, per i lavoratori aventi titolo all'indennità economica a carico dell'INPS.

Dal successivo periodo della previsione contrattuale «*Alla Commissione paritetica verrà demandato il compito di individuare, nell'ambito della fattispecie sopra delineata, i casi ai quali non sia applicabile, tenendo conto della particolarità di ogni singola situazione concreta, il riportato sistema di applicazione della "carenza"*», si può dedurre che l'unico trattamento retributivo di cui si sta discutendo e che l'Azienda può decurtare è quello riferibile ai primi tre giorni di malattia rispetto ai quali non vi è copertura previdenziale. Peraltro, tale interpretazione è conforme alla *ratio* della previsione che è volta a scoraggiare le assenze brevi che raramente superano i tre giorni che si verificano in concomitanza di altre festività o in alcune occasioni particolari (per es. scioperi, eventi sportivi). Rileviamo, però, che non vi è coincidenza con il periodo di "carenza" (tre giorni) e quello fissato dall'accordo di cinque giorni come durata "sospetta".

Qualora, poi, a gennaio 2012 la Commissione rilevi che il tasso di assenteismo medio per malattia riferito al secondo semestre 2011 non è sceso sotto il 4%, viene applicata la

disciplina riportata al sottostante punto B: *«Dal 1 Gennaio 2012, ai dipendenti che si assentino per malattie di durata non superiore a 5 giorni nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale, in caso di assenze ripetute nell'arco dei precedenti 12 mesi per oltre due volte per eventi giustificati come malattia caratterizzati da identiche modalità (eventi verificatisi nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale di durata non superiore a 5 giorni), non verrà riconosciuto per i primi due giorni alcun trattamento economico a carico azienda, così come previsto in generale dalla legge, in caso di malattia, per i lavoratori aventi titolo all'indennità economica a carico dell'INPS».*

3. L'assenteismo anomalo: aporie di una categoria a-giuridica

La Commissione di verifica sull'assenteismo, in entrambi gli Accordi, viene chiamata, insomma, a svolgere una funzione di monitoraggio e ad essa è demandato il delicato compito/problema di evitare l'applicazione indiscriminata della decurtazione retributiva; problema che costituisce il nodo della questione.

L'avvertita esigenza di *verifica* espressa in modo poco convincente con l'istituzione di quest'organo tradisce, probabilmente, l'intima consapevolezza che il "governo contrattuale dell'assenteismo anomalo", così come congegnato, prescinde vistosamente dal profilo più rilevante.

È evidente, infatti, che sussiste la questione della possibile sussistenza di casi di effettiva malattia (benché, per esempio, coincidenti con le astensioni collettive) ma rimettere ad una valutazione discrezionale, addirittura successiva all'assenza stessa, di una Commissione l'applicazione della copertura retributiva, non può ritenersi soddisfacente.

Questa disposizione, così come formulata, prescinde, in sede di applicazione concreta, da ogni indagine sull'effettivo stato di salute del lavoratore assente nei periodi considerati "critici".

In altri termini, non si può negare in assoluto ed anzi, occorre tenere in debito conto, il caso del lavoratore che si ammali davvero in concomitanza dei periodi di assenza generalizzata.

Dunque, indipendentemente dai rilievi giuridici specifici fatti sulle disposizioni in materia di assenteismo, non ci si può esimere

sulla valutazione dell'impostazione generale che si è scelta nell'affrontare il problema.

Infatti, al di là di qualsiasi aggettivazione, l'assenteismo¹², fa riferimento ad un fenomeno; a livello giuridico, vi è l'assenza che può essere giustificata o meno e, (solo) in quest'ultimo caso sanzionata. Le sanzioni possono riverberare sul rapporto di lavoro stesso e, anche a livello penale¹⁵.

Tuttavia, si è voluto indagare sull'attività e il funzionamento di detta Commissione ed è emerso che, nello Stabilimento di Mirafiori, essa si è riunita, dal momento della sottoscrizione dell'Accordo, due volte ed ha registrato un drastico calo delle assenze per malattia (non avendo questo stabilimento assenze in concomitanza di tornate elettorali) dal 16% al 3,5 %.

Osserviamo a questo proposito, che, seppure si deve ammettere una notevole riduzione della percentuale di assenze, sempre distinguendo queste ultime dal "fenomeno" assenteismo, bisogna limitarsi alla registrazione dello stesso poiché ogni lettura potrebbe risultare parziale.

Infatti, l' "effetto annuncio" della disposizione avrà dissuasivo non solo gli assenteisti patologici ma anche quelli fisiologici del tutto preoccupati, evidentemente, di fronte alla possibilità della decurtazione economica.

4. La *compatibilità* della nuova organizzazione del lavoro con le misure di tutela e sicurezza dei lavoratori: rendere, stanca

L'analisi, seppur breve, della disciplina sull'assenteismo patologico ha posto una serie di questioni.

Tuttavia, il punto di fondo che, comunque, si vuole

¹² FOGLIA, voce *Assenteismo*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1998, 89 ss.

¹⁵ Cfr., sul punto, D. GAROFALO, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi FIAT di Pomigliano D'Arco e di Mirafiori*, cit., 506 ss., secondo il quale nel caso di 'falsa malattia' si deve «... ipotizzare la *sussumibilità* del comportamento sub art. 640 c.p., una volta dimostrata la falsità della certificazione sanitaria, a sua volta integrante il delitto di falso ideologico, di cui all'art. 481 c.p., che fa fede fino a querela di falso»; BROLLO, *Uno sguardo d'insieme*, cit., 132 - 133; BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'Archetipo Fiat di Pomigliano D'Arco*, cit., 339.

evidenziare, a parte i rilievi giuridici, è costituito dalla valutazione complessiva delle disposizioni contrattuali esaminate.

È questa un'indagine che supera i confini della valutazione della legittimità *tout court* degli Accordi ma inerisce, più in generale, la 'compatibilità' con il nostro sistema valoriale sul lavoro.

In altri termini, è evidente che non si possa ignorare o sottovalutare il dato sull'assenteismo 'anomalo' che si è riscontrato negli stabilimenti di Pomigliano D'Arco e Mirafiori¹⁴; o non si può trascurare la circostanza che l'impresa possa legittimamente introdurre sistemi di organizzazione del lavoro che consentano una maggiore produttività e una riduzione dei tempi e dei costi della produzione.

Tuttavia, è necessario considerare che l'introduzione di un nuovo sistema cronometrico del lavoro, l'esaltazione della presenza *ex se* e, parallelamente, la lotta indiscriminata all'assenteismo, accanto alla proliferazione dei turni e alla riduzione dei tempi di pausa dal lavoro, sono parte di un unico progetto perseguito dai vertici FIAT ed abilmente pubblicizzato che vuole "svecchiare" le logiche produttive considerate ormai obsolete e, soprattutto, dichiarate non adatte per affrontare i rivolgimenti economici e la crisi in atto.

Si è voluto proporre un modello di efficienza che introduce delle modifiche di non poco conto sulle modalità di espletamento della prestazione di lavoro¹⁵.

Innanzitutto, sin dalla sua collocazione e dalla sua estensione (si pensi per esempio, al ccnl nel quale campeggia, e corposamente, come primo argomento), la tematica all'organizzazione del lavoro è destinata a permeare di sé tutti gli istituti che gli accordi prendono in considerazione. Insomma, è subito chiaro che questo nuovo sistema di scomposizione dell'attività lavorativa dei dipendenti degli stabilimenti FIAT (almeno quelli

¹⁴ Riporta con precisione i dati BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, cit., 1112, nota 35.

¹⁵ È proprio guardando il disegno complessivo degli Accordi citati che si scorge il nesso forte tra rendimento, faticosità del lavoro e malattia: perciò si dissente da quanto detto da ICHINO, *La risposta ai commenti*, in www.lavoce.it, 24 giugno 2010, e cioè «E osservo che quel motivo (pretesa contrarietà alla Costituzione della clausola sui tassi anomali di assenza per malattia e della clausola di tregua) non ha alcuna attinenza con la faticosità dell'organizzazione del lavoro proposta dalla Fiat».

di Pomigliano e Mirafiori) impone una rideterminazione dei tempi di lavoro (orario, turni, solo per citar alcuni istituti), un ripensamento del sistema di qualificazione professionale e una diversa declinazione della nozione di mansione.

L'aspetto che invece appare del tutto trascurato è la interrelazione esistente tra la (nuova) organizzazione del lavoro e l'ambiente di lavoro – *id est* della tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro - tanto che è la tematica trattata immediatamente dopo quella dell'organizzazione del lavoro. Invero, più che una successione tematica, si ha l'impressione di una giustapposizione nel senso che le problematiche riguardanti la salute del lavoratore appaiono del tutto avulse dal nuovo contesto organizzativo.

Sorge, quindi, un forte interrogativo connesso alla compatibilità del nuovo sistema di organizzazione del lavoro e il sistema di sicurezza dei lavoratori. Innanzitutto, si può constatare che nella parte che gli accordi dedicano all'ambiente di lavoro si leggono espressioni tratte che rimandano genericamente alla normativa in materia ed in particolare al d. lgs 81 del 2008 come modificato dal d. lgs 106 del 2009, senza alcuna disposizione precipua né alcuna misura che consenta una maggiore aderenza della nozione e dei dispositivi per la sicurezza alle peculiarità degli impianti industriali, o meglio, alla nuova organizzazione del lavoro.

Dunque, ci chiediamo se il sistema Ergo – UAS risulti essere conforme alle previsioni normative richiamate. Si può, a questo proposito, già segnalare che a fronte della enfaticizzazione della "cronometria" della mansioni nell'ambito del ccnl di primo livello (per i lavoratori dello stabilimento di Pomigliano D'Arco), manca il riferimento altrettanto dettagliato alle relative misure di sicurezza ed è previsto solo un generico sistema di monitoraggio dell'impatto delle previsioni del nuovo sistema di organizzazione del lavoro sui lavoratori tra i compiti della "Commissione Organizzazione e Sistemi di Produzione".

Ne è una riprova la circostanza che tra i compiti che si attribuiscono alla suddetta Commissione non vi è alcuno connesso alla salute dei lavoratori volto com'è quest'organo esclusivamente a perseguire l'ottimizzazione del posto di lavoro (*aspetto ergonomico; funzionalità delle attrezzature e degli impianti; razionalizzazione delle attività lavorative*), il

miglioramento dell'efficienza dei macchinari e all'identificazione di tutte le procedure suscettibili di miglioramento.

Insomma, sembra non considerarsi che il nuovo sistema organizzativo modifica (e in quale misura) l'ambiente di lavoro inteso nel quale è pienamente inserito il lavoratore, potendo incidere anche sui fattori di rischio, inteso *ex art. 1 del d.lgs 81/2008 lett. s) quale probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*. Si pensi, anche, che tra le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro indicate nell'art. 14 co. 4 del d.lgs 81 del 2008, vi è, oltre alla valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza, la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori (proprio n.d.r.) dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro.

Anzi, come abbiamo visto, gli Accordi sembrano animati, sul punto, (quasi esclusivamente) dalla preoccupazione di governare l'assenteismo c.d. "patologico" (senza affrontare il problema delle assenze fisiologiche dovute a malattia) e, in generale, di fornire una disciplina che da un lato esalti il più possibile il rendimento della prestazione anche in relazione alla presenza *ex se* del lavoratore e dall'altro lato sia 'elastica' tale da consentirne un utilizzo duttile e massimamente produttivo (si pensi all'orario di lavoro: turni, pause; al sistema di classificazione professionale).

Un contrasto, almeno in linea di principio, si può rinvenire con l'istituto introdotto dal parte del d. lgs. 106 del 2009 del c.d. rischio da *stress* correlato¹⁶.

Invero, già l'Accordo europeo sullo *stress* sul lavoro sottoscritto l'8 ottobre 2004 nel fornire (non una definizione ma) la descrizione dello *stress* (sul lavoro) afferma che «... *Lo stress non è una malattia ma una esposizione prolungata allo stress*

¹⁶ Quanto allo *stress*, soprattutto ai fini dell'indagine che si sta conducendo, vi è uno primo problema connesso alla sua definizione; assolutamente connesso a questo, vi è, poi, quello della definizione di *fatica* come afferma CATAUDELLA, *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 673 ss.. Sullo stesso argomento v. PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro – correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, in *Lav. giur.*, 2012, 29 ss.

può ridurre l'efficienza sul lavoro e causare problemi di salute. [...] ». Inoltre, nello stesso Accordo si legge che «... *Lo stress da lavoro può essere causato da vari fattori quali il contenuto e l'organizzazione del lavoro, l'ambiente di lavoro, una comunicazione "povera", ecc .».*

Orbene, tra gli indicatori, o meglio le conseguenze, di tale tipo di *stress* vi è proprio il grado di assenteismo riscontrabile nel contesto lavorativo. In altri termini, in questa prospettiva, “depurando” il termine assenteismo dalla connotazione negativa che ormai ha diffusamente assunto, esso indica l'attitudine del lavoratore ad assentarsi per malattia o infortunio a causa di uno stato di malessere “contratto” sul luogo di lavoro se l'organizzazione del lavoro e, in generale, l'ambiente di lavoro non è salubre.

Soccorre, a questo punto la definizione di malattia *ex art.2* let. o) del d. lgs. 81/2008, secondo il quale per salute deve intendersi «...[lo] *stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità».*

Il nostro sistema normativo costruito a protezione della salute e sicurezza dei lavoratori se, da un lato, prevede che il lavoratore possa contrarre il “male di lavorare” e assentarsi a causa di ciò, dall'altro lato adotta una nozione di salute che non si riduce alla mera assenza per malattia. In questa prospettiva, il lavoro non solo deve svolgersi in modo da non arrecare alcun danno al lavoratore, ma deve essere tale da permettere, altresì, a questi di sviluppare pienamente la propria personalità, di inverare, cioè, la sua dignità.

Dunque, seppure con provvedimenti non sempre organici, il legislatore “pensa” all'uomo che lavora nella sua integrità fisica e morale come prevede, peraltro, il d.lgs 38/2000 a proposito del danno conseguente ad infortunio sul lavoro.

È evidente, perciò, che “spingere” sull'acceleratore della competitività, arrivare a prevedere anche il più piccolo dei movimenti per risparmiare una manciata di secondi costringendo ed *esigendo* dal lavoratore una ancora più marcata ripetitività, può pregiudicare il benessere fisico, mentale e sociale di questi. Non è un caso, infatti, che lo stabilimento di Melfi sia quello con gli *standards* di rendimento e competitività connessi alla prestazione di lavoro più alti del gruppo FIAT ma sia anche

quello in cui si riscontra il maggior numero di infortuni sul lavoro e malattie professionali. Dunque, rendere stanca, eccome se stanca.

5. Osservazioni conclusive

Di fronte alla descritta enfattizzazione della produttività e della presenza *ex se* che si evince dalla disamina effettuata, ci si chiede se non emerga un'attenzione nei confronti del lavoratore limitata alla sua capacità produttiva, volutamente disgiungendo le *operae* dalla persona, e non si finisca, così, per scarnificare e de-umanizzare il *Lavoro*.

Invero, il lavoro nel nostro ordinamento, non è *nudo*. Essendo lo strumento con cui l'uomo deve elevare la propria condizione e dare il suo contributo alla società in cui vive, il lavoro deve essere dignitoso – *id est* che non offende la dignità dell'uomo.

In particolare, proprio nella Costituzione la dignità permea di sé tutte le disposizioni che riguardano 'la persona che lavora'¹⁷.

Dunque, viene costruito dalla Costituzione quel sistema assiologico che incide (o meglio, dovrebbe incidere) direttamente sul sistema di diritto positivo¹⁸.

Il diritto del lavoro si fa carico, così, di ricongiungere le *operae*, quale entità materiale, alla persona che le pone in essere. L'immanenza dell'uomo nel suo lavoro suggerisce, infatti, di (ri)considerare lo scambio tra prestatore e datore¹⁹: se al prestatore si finisce per chiedere più della mera esecuzione della prestazione di lavoro (involgendo *opearae* e *anima*), al datore si impone il rispetto di tutte quelle misure e condizioni che permettono al lavoratore una piena realizzazione della propria persona, materiale e morale.

¹⁷ VENEZIANI, *Il lavoro tra l'Ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 257 ss.

¹⁸ VALLAURI, *L'argomento della 'dignità umana' nella giurisprudenza in materia di danno alla persona*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 659 ss.

¹⁹ GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 309 ss.; BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 2010.

Ma vi è di più. La dignità ha anche una dimensione collettiva. Essa non pertiene solo al singolo, ma anche al gruppo il cui legame è costituito dalla solidarietà. Nell'ambito dell'impresa, infatti, la garanzia della dignità consente l'uguaglianza e la libertà dei soggetti che vi lavorano e la costruzione del legame sociale che struttura la solidarietà dentro e fuori il mondo del lavoro.

Non solo al lavoratore deve essere garantita la dignità *nel e sul* lavoro, ma essa non troverebbe una sufficiente protezione se fosse disgiunta dai mezzi di tutela collettiva che solo la solidarietà tra uguali può assicurare. Quindi, affinché si realizzi la tutela della dignità del lavoratore, è necessario che la condizione di tutti i lavoratori e, quindi, il lavoro *ex se* sia dignitoso e, cioè, in grado di elevare la condizione dell'uomo.

Sembra, però, che le fonti di regolazione del rapporto di lavoro – normativa e finanche, come abbiamo visto *supra*, quella contrattuale – si stiano allontanando sempre più dal sistema valoriale che la Costituzione ha così sapientemente tracciato e concatenato.

A questo punto, l'interprete non può fare a meno di chiedersi quale sia il lavoro dignitoso; o meglio quale sia la soglia al di sotto della quale esso diventa indecente e non più dignitoso.

Dunque, diventa inevitabile, porsi il problema del ruolo del giurista del lavoro *ai tempi della crisi*; specie in periodi di forte recessione economica, invocata per giustificare qualsiasi compressione dei diritti e delle tutele, egli deve "vigilare" per evitare che il Lavoro diventi un lavoro "senza qualità" e senza dignità, un lavoro (che si accetta) *purché ce ne sia uno*.

LE RAGIONI DEL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI IN TEMPO DI CRISI. IL “REGOLARE FUNZIONAMENTO” DELL’ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO: IPOTESI DI RICERCA

Alberto Valenti

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell’Università degli Studi di Sassari*

Le recenti modifiche apportate alla disciplina dei licenziamenti operati per motivi economici hanno accompagnato la scrittura di questo paper, infatti, la legge 28 giugno 2012, n. 92 è intervenuta con alcune importanti modifiche tra le quali anche la riforma dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Il dibattito dottrinale che si è sviluppato intorno alla riforma è molto intenso, soprattutto sull’aspetto delle ragioni poste a fondamento del licenziamento. In tal senso, il saggio analizza i principali aspetti delle ragioni economiche di licenziamento proponendo alcune riflessioni che interessano il ruolo del giudice.

The recent amendments to the rules of the dismissals made for economic reasons accompanied the writing of this paper, in fact, the law of 28 June 2012, n. 92 has with some important changes, most notably the reform of the art. 18 of the Workers' Statute. The legal debate that has been developed around the reform is very intense, mainly about the reasons supporting the dismissal. In this sense, the paper analyzes the main aspects of the economic reasons for dismissal offering some reflections that affect the role of the judge.

Sommario

1. Il licenziamento per motivi economici: profili generali
2. La seconda parte dell’art. 3 della legge n. 604/1966
 - 3.1. L’insindacabilità delle scelte imprenditoriali
 - 3.2. Il licenziamento come *extrema ratio*: l’obbligo di *repechage*
4. Il “regolare funzionamento” dell’organizzazione del lavoro. Ipotesi interpretativa
5. Il “collegato lavoro”: novità sul tema?
6. Brevi considerazioni sulla Riforma *in itinere*

1. Il licenziamento per motivi economici: profili generali

Al momento del *workshop*, “Il Diritto ai tempi della crisi”, tenutosi a Siena nel maggio del 2012, si parlava ancora del d.d.l. A.S. n. 3492 che il governo Monti aveva presentato al Parlamento mentre, oggi, quel disegno di legge è la legge 28 giugno 2012, n. 92¹. Le fasi di gestazione di questo lavoro sono state investite da questo susseguirsi di avvenimenti, che non poco hanno condizionato il pensiero di fondo anche a causa delle repentine modifiche e dei numerosi commenti, apparsi sulle riviste². L’attenzione dei commentatori si è concentrata principalmente sulle modifiche apportate all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori e sulle nuove “conseguenze” del licenziamento.

Nonostante ciò, l’aspetto che ho tentato di approfondire, sia nella relazione di maggio che ora con questo lavoro, non è stato direttamente oggetto di modifica da parte della legge n. 92, infatti la parte sulla quale ho compiuto le mie riflessioni è quella delle ragioni del licenziamento, nello specifico quelle legate al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Le ragioni poste alla base del licenziamento sono anche strettamente collegate al tema della “crisi economica”, fenomeno che con l’intervento legislativo del Governo ha importanti implicazioni, sia perché lo stesso è stato pensato come misura di contrasto della crisi stessa, sia perché si ritiene che la nuova disciplina dei licenziamenti favorisca maggiore flessibilità in uscita, elemento ritenuto indispensabile per migliorare le condizioni del mercato del lavoro italiano e pa-

¹ Consultabile sul sito del Ministero http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/3027E62A-93CD-444B-B678-C64BB5049733/0/20120628_L_92.pdf, consultato il 16 luglio 2012).

² Numerosi sono i commenti alla legge n. 92/2012 tra cui SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in www.wikilabour.it, *Guida alla Riforma Fornero*, in FEZZI - SCARPELLI (a cura di), Milano, 2012, 79; F. CARINCI - MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero*, *Dir. Prat. lav., Supplemento*, 33, 15 settembre 2012; RAUSEI - TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in @ ADAPT, Univeristy Press, 2012, 1; ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in <http://csdle.le.unict.it/workingpapers.aspx>, 160/2012.

rallelamente necessario a innescare un processo di crescita e sviluppo economico.

In un primo documento presentato dal governo italiano³ al tavolo delle trattative con le parti sociali, tra i numerosi provvedimenti era prevista la modifica della tutela riservata al lavoratore, in tutti i casi in cui è prevista l'applicazione dell'art. 18, quando il licenziamento è intimato per motivi disciplinari o per motivi economici. Per i motivi economici, in un primo momento, al lavoratore era preclusa la possibilità della reintegrazione, sostituita da un indennizzo risarcitorio, modulato tra 12 e 24 mensilità, ove fosse stata accertata l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo addotto; invece, nell'articolato presentato alle Camere, è rimessa al giudice la scelta tra l'indennizzo o la reintegrazione del lavoratore e, introducendo una sorta di conciliazione preventiva, tra l'intimazione e la comunicazione del licenziamento, avvicinando di fatto il sistema di tutela a quello tedesco⁴.

Nonostante la riforma *in itinere*, al licenziamento per motivi economici da sempre è stata riservata una particolare attenzione tanto che l'intenso dibattito suscitato nella più autorevole dottrina⁵ non può considerarsi esaurito; rimangono aperte tutte le principali questioni, quelle legate alla difficoltà d'interpretazione delle norme, ai limiti del sindacato giudiziale, al loro impatto soprattutto nei periodi di forte trasformazione economica e sociale. Per di più, sul tema del licenziamento per giustificato motivo og-

³ Un documento intitolato "La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita" è consultabile sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/8C90C722-A4A6-4203-A8C8-DA082C014650/0/documento_riforma_mercato_lavoro.pdf, consultato il 26 marzo 2012.

⁴ Per una semplice comparazione tra i due sistemi si rinvia all'articolo di LEONARDI - PALLINI, *Una proposta di riforma alla tedesca*, in www.nelmerito.com, consultato il 5 aprile 2012.

⁵ Per cit. alcuni PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969; PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, *Nuovo tratt. dir. lav.*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, vol. II, Padova, 1971; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 351 e ss.; MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano, 1999; ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 473; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005; CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in DE LUCA TAMAJO - BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, 48 ss..

gettivo rimane una ricchissima giurisprudenza⁶, difficilmente trascurabile, che nel corso degli anni ha consolidato il proprio orientamento intorno ad alcuni aspetti: l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, il nesso eziologico tra le scelte e il licenziamento, l'effettiva e non pretestuosa modifica organizzativa, l'assolvimento dell'obbligo di *repechage*, per elencarne i principali.

Da diversi anni, in concomitanza con la crisi economica internazionale, che ha colpito pesantemente anche il nostro Paese, si è aperto un intenso dibattito tra gli esperti, quelli che hanno pensato che fosse arrivato il momento di contrastare gli effetti della crisi con interventi mirati a "flessibilizzare" il mercato del lavoro e snellire il numero delle norme utili a regolare il diritto del lavoro⁷ e quelli che, invece, hanno ritenuto che questo fosse il momento di tenere ferme le norme poste a tutela del lavoratore, soprattutto al riparo da "facili" licenziamenti.

La crisi economica, sicuramente, ha avuto effetti negativi sulla produzione, sul lavoro e sui dati economici delle imprese, le quali sono state costrette a tagliare le voci di spesa, tra cui il costo del personale; con la crisi è emersa con tutta la sua forza l'instabilità del già difficile equilibrio tra l'interesse dell'impresa e quello del lavoratore. La ricerca di tale equilibrio risiede nella tutela della libertà dell'imprenditore di compiere scelte organizzative in merito alla propria attività, sancita dall'art. 41 Cost., comma primo, e dalla c.d. "clausola sociale"⁸ contenuta nel secondo comma del medesimo articolo.

All'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966 deve essere riconosciuto il tentativo, tra l'altro riuscito, di coniugare le

⁶ Cass 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170 con nota di PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554, in *Not. giur. lav.*, 1999, 103; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in ; Cass. 17 marzo 2001, n. 3899, in *Not. giur. lav.*, 2001, 465; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838, con nota di ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Lav. e prev. oggi*, 2005, 366; Cass. 15 maggio 2005, n. 7832, in *Orient. giur. lav.* 2005, 348; Cass. 22 agosto 2007, n. 17887, in *Dir. e prat. lav.* 2008, 1478; Cass. 26 marzo 2010 n. 7381, *Orient. giur. lav.* 2010, 469.

⁷ D.d.l n. S 1873/2009, in <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34485.htm>.

⁸ COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *questa Rivista*, 2011, 5, 199.

contrapposte e meritevoli esigenze dell'imprenditore e del lavoratore, segnando il limite della giustificazione del licenziamento per ragioni economiche. Per contro, la formula aperta dell'art. 3 ha scaricato sul giudice un compito troppo oneroso se considerato come potere discrezionale di valutazione economica del licenziamento. Al giudice è spettato, certamente, un compito difficile, nel quale ha dovuto valutare se il licenziamento è la misura ultima di una situazione aziendale insostenibile. Sotto questo profilo, le sentenze sono parse sbilanciate verso le posizioni del lavoratore, parte più debole del rapporto, motivo per cui il più recente legislatore ha ritenuto di dover riequilibrare questa tendenza limitando l'intervento del giudice attraverso formule normative tipiche quali le ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

La crisi economica pare accentuare la tendenza a marginalizzare il ruolo del giudice perché intorno all'idea della prevalenza delle difficoltà economiche si sembrano attenuarsi le questioni prettamente giuridiche. L'obiettivo, celato sotto la gravità della Crisi, è quello di agire sul mercato del lavoro per renderlo più fluido con la flessibilità in uscita; una direzione che però non è una scelta di oggi, infatti, il legislatore negli ultimi dieci anni ha adottato una politica del diritto ben precisa. Ha scelto di introdurre norme finalizzate alla sottrazione di porzioni di sindacato giudiziale, ha tentato, riuscendoci con quest'ultima riforma, di modificare l'impianto delle tutele poste a difesa dei lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati, ha introdotto la a-causalità del contratto a termine, etc.. Fin dal Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 erano state proposte soluzioni alternative al processo, si pensi a esempio alle commissioni di certificazione pensate per ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro o all'ampliamento dei soggetti idonei a intraprendere procedure di conciliazione, o a primi strumenti di flessibilità in uscita. Il documento programmatico del ministero del lavoro, seguito dalla Legge delega n. 30/2003 e dai decreti legislativi attuativi, proponeva procedure alternative, come il ricorso all'arbitrato, per la soluzione delle controversie al fine di contrastare la crisi della giustizia del lavoro. In particolare il decreto legislativo n. 276/2003 ha disposto che il controllo giudiziale «non può estendersi fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte

tecniche, organizzative o produttive»⁹. La tendenza a studiare formule alternative di soluzione delle controversie è stata, successivamente, confermata con il cosiddetto “collegato lavoro”, di cui si parlerà oltre, soprattutto con la scelta di incentivare le procedure arbitrali. Il legislatore ha inteso privilegiare il contenimento del contenzioso attraverso questi strumenti, piuttosto che affrontare il problema della crisi della giustizia con una puntuale riforma del processo del lavoro. Fin da subito si era intuito che il risultato avrebbe toccato certamente i licenziamenti, in modo particolare il «superamento» della verifica da parte del giudice della concreta ed effettiva sussistenza delle ragioni indicate dalla legge n. 604/1966¹⁰.

È pur vero che, nel caso dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, il ruolo del giudice si è notevolmente ampliato anche per via della genericità delle norme di riferimento, anche se a siffatta genericità delle norme è corrisposta una singolare capacità delle stesse di adattarsi ai contesti sociali ed economici nei quali hanno avuto applicazione concreta.

Nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo il raggiungimento di un effettivo equilibrio tra interessi contrapposti è legato proprio alla capacità di adattamento delle norme alla realtà nelle quali svolgono un’azione concreta di regolazione. Assume, infatti, grande valore l’adattamento efficiente delle norme ai mutamenti del mercato del lavoro e in specie nell’analisi dei licenziamenti per ragioni economiche, posto che l’efficacia regolativa delle norme è elemento essenziale affinché si ottengano i risultati fissati nelle norme stesse¹¹. Efficacia regolativa che è condizionata da fattori esterni, come i cambiamenti economici, ma anche dalla presenza di modificazioni interne, generate da riassetti organizzativi e aggiornamenti tecnologici delle imprese. Il legislatore del 1966 ha certamente preferito una norma dal contenuto ampio e

⁹ DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 251. Il legislatore del 2003 ha introdotto ulteriori vincoli all’attività di valutazione del giudice con riferimento al lavoro a progetto (art. 69, comma 3) e la somministrazione di lavoro (art. 27, comma 3).

¹⁰ DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l’instabile equilibrio tra le ragioni dell’impresa e i diritti dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 19 e ss..

¹¹ FALERI, *L’adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 291 e ss..

generico, con lo scopo di investire il giudice del ruolo di interpretazione e applicazione della tutela nei casi concreti.

Muovendo, appunto, dalla disposizione contenuta nell'art. 3 della Legge n. 604/1966 e dai suoi effetti, si intende considerare il licenziamento dal punto di vista delle scelte imprenditoriali e della "buona" organizzazione¹², ponendo il regolare funzionamento come elemento di raccordo tra le scelte imprenditoriali e la prosecuzione del rapporto. Per rappresentare questi due aspetti, infatti, si è pensato di utilizzare l'insindacabilità e il *repechage*. Il primo aspetto emerge dalla formula dell'art. 3 della legge n. 604/66 e l'interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza ne hanno fornito nel corso di questi decenni, principalmente come punto fermo dal quale muovono le più importanti sentenze sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il secondo, il *repechage*, è frutto della funzione "creativa" svolta dalla giurisprudenza che nel verificare la genuinità della decisione imprenditoriale ha pensato si dovesse ricercare una possibile nuova collocazione del lavoratore all'interno dell'azienda.

2. La seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604/1966

L'art. 3, secondo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604 dispone che il datore di lavoro può esercitare il potere di recesso, al di fuori delle ipotesi di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e di giusta causa, «per ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa». In tal senso, l'art. 3 traccia i contorni del cosiddetto giustificato motivo oggettivo di licenziamento e indica le ragioni di tipo economico che possono determinare una situazione di crisi aziendale¹³.

¹² In un possibile paragone con i principi che regolano la Pubblica Amministrazione si potrebbe parlare anche di "buon andamento".

¹³ La riduzione, la trasformazione o la cessazione dell'attività o del lavoro previste per i licenziamenti collettivi, ex l'art. 24, comma 2, della legge n. 223 del 1991, sono del tutto assimilabili alla formula per il licenziamento individuale. Tra tanti contributi della dottrina si v. SALIMBENI, *La procedura ed i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in DE LUCA TAMAJO - BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, cit.; BRUN, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Quad. dir.*

La legge definisce i casi di legittimità del licenziamento quando è originato da esigenze di produzione e da necessità di carattere tecnico e organizzativo, atte a condizionare la regolarità dell'organizzazione del lavoro e determinare l'impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro.

Secondo uno schema classico, la norma avanza tre tipologie di cause: le prime due tipologie, ricadono nel campo dell'azienda e sono da ricondursi alle cause inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, mentre la terza è quella legata alla sfera del lavoratore, comunque ricadente nel tipo delle giustificazioni oggettive (per esempio l'impossibilità sopravvenuta alla prestazione di lavoro). In altri termini, la giustificazione del licenziamento è legata alla sfera dell'impresa e in alternativa alle cause di impedimento oggettivo del lavoratore.

Da sempre è stata rilevata la genericità della norma¹⁴, nonostante ciò l'art. 3, nel definire le ragioni del licenziamento, ha offerto in modo adeguato la "copertura" a tutte le combinazioni che la realtà delle vicende dei rapporti di lavoro hanno creato. Ed è attraverso tale formula, ampia e generica, che è stata aperta la strada a un intenso lavoro interpretativo della giurisprudenza. Una norma aperta o generale che manca soprattutto di una graduazione quantitativa e qualitativa, carenza che ha condizionato il lavoro giurisprudenziale sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Come per il "notevole" inadempimento, si ritiene che anche il motivo economico, produttivo e organizzativo debba essere «ragionevole»¹⁵ e proporzionato. La giustificazione del licenziamento oggettivo deve rappresentare una misura proporzionata e ragionevole di fronte alla necessità dell'impresa di sopprimere il posto di lavoro. La proporzionalità rappresenta il profilo quantitativo mentre la ragionevolezza del licenziamento è contemporaneamente una graduazione quantitativa e qualitativa.

lav. rel. ind., 2008, 4, 662, ora v. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 704.

¹⁴ OGRISEG, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 3, 512.

¹⁵ OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro*, Milano, 2007, 47.

Considerare gli aspetti qualitativi dell'azione del datore di lavoro allarga il discorso verso porzioni del dibattito dottrinale molto più ampie; infatti, parlando di ragionevolezza è necessario parlare di principi generali dell'ordinamento e di *standard* sociali.

Una valutazione qualitativa delle norme offre l'opportunità di misurare la sostenibilità sociale dell'impresa capitalistica e del suo comportamento nel mercato del lavoro¹⁶. Il riferimento a nozioni qualitative consente di «penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri»¹⁷ espressi da *standard* sociali. Tali considerazioni, in contrapposizione con la visione quantitativa dell'impatto economico del diritto, valorizzano la prospettiva della regolazione giuslavoristica in ragione di parametri sociali, qualità e *standard* di comportamento che forniscono le basi sulle quali il giudice può compiere le proprie valutazioni.

Tuttavia non tutti¹⁸ sono concordi nel trovare utile una graduazione delle ragioni economiche poste a fondamento del licenziamento perché, per la complessità degli elementi che entrano in gioco, rimarrebbe difficile trovare il limite preciso di distinzione tra motivi reali o fittizi. Condividendo in parte le ragioni della labilità di una soglia minima dalla quale partire per valutare un motivo di licenziamento, ipotizzare combinazioni di elementi qualitativi e quantitativi che intervengono in determinate situazioni, potrebbe essere vantaggioso. Si potrebbe partire dalla cospicua giurisprudenza e completare il quadro individuando i casi nei quali i motivi sono maggiormente indicativi.

In antitesi con la teoria della norma aperta o generale si è affermata una ipotesi teorica, tenuta in gran conto dalla dottrina¹⁹, che riconduce la disciplina del licenziamento a una clausola generale. Un'operazione interpretativa che evidenzia altrettanti problemi di applicazione e che comporta ulteriori problemi sotto il profilo del sindacato giudiziale.

¹⁶ PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, III, 404.

¹⁷ ID.

¹⁸ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 4, 124 e ss..

¹⁹ Per la ricostruzione puntuale si v. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino 2008, 67 ss..

La lettura dell'art. 3, in mancanza di indicazioni normative più specifiche, ha orientato gli interpreti verso il riferimento al principio dell'utilità sociale dell'attività d'impresa, di cui all'art. 41 della Cost., secondo comma, e verso principi di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Non ritenendo convincente l'ipotesi della clausola generale, sulla linea tracciata da un'autorevole dottrina²⁰, si è sempre favorita la tesi che l'art. 3 della legge n. 604/1966 sia, invece, da considerarsi una norma a contenuto generale.

Come accade per le clausole generali, anche le norme a contenuto aperto devono essere interpretate in modo teleologico, non potendosi escludere la valutazione dell'impatto che queste hanno sul temperamento degli interessi che la norma stessa intende perseguire²¹.

Con Napoli²², invece, si è compiuta una scelta differente che ricerca una definizione «astratta e non meramente casistica» dei motivi di recesso, chiarendo la funzione che ciascuno di essi ricopre nel caso del licenziamento nell'interesse dell'impresa. Un passaggio importante, che non ha trovato particolare riscontro tra i gli altri autori della dottrina, ma che per l'ipotesi che si propone nei paragrafi successivi sta alla base di un ragionamento che offre la prospettiva di ricerca diversa.

3.1. L'insindacabilità delle scelte imprenditoriali

L'insindacabilità delle scelte datoriali²³ trova il proprio fondamento nel principio costituzionale della libertà di iniziativa economica fissato dall'art. 41 Cost., comma 1. Come detto appena sopra, nell'applicazione di tale principio non si può non cogliere lo stretto legame che questa disposizione ha con il secondo com-

²⁰ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 7 ss..

²¹ L'aspetto dell'interpretazione quando ci si trovi di fronte a una norma generale o a una clausola generale è, di recente, riemerso con l'introduzione di norme tese alla riduzione del contenzioso e a limitare il ruolo del giudice. Cfr. GHERA - VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 867.

²² NAPOLI, *La stabilità del lavoro*, cit., 284 ss..

²³ Per una ricostruzione più ampia si rimanda a MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, in *Giureta. Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2009, VII, 1 ss..

ma dello stesso articolo 41 Cost., dal quale si ricava una contestualizzazione sociale dell'attività d'impresa. Per tale motivo l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali non può essere slegata da un concetto di sostenibilità sociale del comportamento dell'impresa nel mercato del lavoro.

L'insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro si esprime attraverso l'opportunità economico-organizzativa che, da una parte, garantisce l'autonomia delle decisioni riguardanti gli aspetti produttivi dell'impresa, dall'altra, l'organizzazione del lavoro. L'organizzazione del lavoro assume un profilo soggettivo molto importante, perché legato alle scelte tecniche e allo specifico concetto di compagine aziendale che l'imprenditore intende adottare.

Una condizione di soggettività delle scelte molto marcata che ha portato a una valutazione "nel merito" delle decisioni prese. Su questo terreno così difficile il giudice non avrebbe potuto spingersi oltre la possibilità di operare un misurato controllo di congruenza delle scelte organizzative attuate dal datore di lavoro. È vero che il limite è sempre stato labile, perché se da una parte è garantita l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, dall'altra l'aspetto soggettivo di tali scelte rende necessaria una verifica della loro congruità con il licenziamento. Il giudice, certamente, non può sindacare i criteri di gestione dell'impresa, anche perché non possiede le competenze sufficienti, ma soprattutto perché quelle scelte imprenditoriali sono espressione della libertà di iniziativa economica. Intorno a questi limiti si è determinata una consistente giurisprudenza²⁴, che ha rilevato come il motivo di licenziamento determinato da ragioni obiettive non è sindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità della scelta imprenditoriale. Al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore attraverso un «apprezzamento» delle prove. Le motivazioni devono essere necessariamente connesse alle conseguenze che provocano sul piano dell'organizzazione, non sono sufficienti situazioni debitorie dell'azienda se non legate al riassetto dell'organizzazione del lavoro. Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi del riassetto organizzativo attuato per la più

²⁴ Cass. 3 agosto 2011, n. 16925; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 12 giugno 2002, n. 8396; Cass. 13 novembre 2001, n. 14093.

economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro²⁵.

Il contemperamento fra le contrapposte posizioni è più semplice da ricavare sul piano teorico che nella pratica. L'orientamento giurisprudenziale riguardo i profili di congruità e opportunità delle scelte del datore di lavoro e alla loro insindacabilità si è nel tempo consolidato intorno alla difesa della discrezionalità e autonomia organizzativa derivante, appunto, dall'art. 41 Cost.²⁶.

La valutazione economica del potere unilaterale del datore di lavoro è insindacabile e al controllo del giudice rimanere l'accertamento causale della ragione produttiva e organizzativa che determina il licenziamento. Al margine ridotto di verifica del giudice, il quale obiettivamente non possiede le necessarie competenze per valutare la coerenza del disegno imprenditoriale e l'efficienza dell'iniziativa economica, devono corrispondere semplicità e chiarezza delle motivazioni che hanno condotto l'imprenditore a scegliere il licenziamento del lavoratore.

Pertanto, se l'insindacabilità delle scelte pare presentare minori problematicità rispetto alla complessità di altri aspetti del licenziamento, essa rimane centrale perché a essa si contrappongono altre questioni non meno rilevanti. I tasselli di questo quadro sono ormai combinati in modo tale che nel muoverne uno, inevitabilmente se ne spostano altri. Tale relazione è frutto di un equilibrio che trova dinamicità nel ruolo che la giurisprudenza ha svolto nel tempo.

La funzione del giudice consiste nel valutare l'azione economica del datore di lavoro attraverso un controllo di conformità rispetto a criteri di proporzionalità e razionalità, in quel equilibrio tra l'interesse imprenditoriale e i diritti del lavoratore. La funzione del giudice si integra con i molteplici fattori che intervengono nei singoli casi, ma in linea generale egli

²⁵ cfr. Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648, in *Arg. Dir. lav.*, 2010, 556 e ss. con nota di FERRUGGIA, *L'esigenza della riduzione dei costi del personale quale ragione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Not. giur. lav.*, 2005, n. 2, 288.

²⁶ Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, Cass. 7 gennaio 2002, n. 88, Cass. 1 febbraio 2003, n. 1527, Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, Cass. 7 gennaio 2004, n. 28, Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Rep. giur. lav.* (1991- 2004), 2005, 375 e ss.. Ancora, Cass. 17 gennaio 2008, n. 841, in *Utet giuridica*; Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648, in *Not. giur. lav.*, 2009, n. 6, 741.

non può prescindere da una valutazione conforme ai principi dell'ordinamento e a quelli più generali esistenti nella realtà sociale.

3.2. Il licenziamento come *extrema ratio*: l'obbligo di *repechage*

Al fine di verificare la legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1996 incombe sul datore di lavoro l'onere di provare la concreta riferibilità del licenziamento a effettive ragioni di carattere produttivo e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la mansione svolta, il cosiddetto obbligo di *repechage*²⁷. L'obbligo di *repechage* rappresenta la considerazione dei requisiti di proporzionalità e necessità dell'atto²⁸ di licenziamento in ragione di esigenze tecnico-organizzative, esprimendo la ricerca dell'equilibrio tra gli interessi in gioco.

L'obbligo di *repechage* è frutto dell'elaborazione interpretativa della giurisprudenza²⁹, quella stessa che nel tempo ne ha definito le principali caratteristiche. Con riferimento a questo principio, si possono ricordare le sentenze³⁰ nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto sussistere il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: in presenza dell'allegazione di fatti inerenti la mancan-

²⁷ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., 646. Il *repechage* secondo l'Autore è una «regola definita con terminologia infelice, ma fortunata».

²⁸ Cfr. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, cit., 413.

²⁹ Cass., Ss.Uu., 7 agosto 1998, n. 7755, cit.; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Giust. Civ.*, 2010, 2, 430; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 855, con nota di ALBI; Cass. 3 maggio 2005, n. 9122, in *Rep. foro*, 2005; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 664, con nota di VARVA, *Sull'obbligo di ricollocamento a mansioni inferiori a favore del dipendente licenziato per soppressione della posizione lavorativa*

³⁰ Cass. 23 giugno 2005, n. 13468, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 647; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Not. giur. lav.*, 2002, 354; Cass. 21 novembre 2001, n. 14665, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 268, con nota di GRAMICCIA, *Criteri di scelte del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 819, con nota di POSO, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repechage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 445, con nota di MILLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage*.

za, all'epoca del licenziamento, di vuoti d'organico riguardanti mansioni equivalenti a quelle rioccupate dal lavoratore; la mancanza, in seguito alla risoluzione del rapporto di lavoro e per un congruo arco di tempo, di nuove assunzioni relative a personale destinato alle stesse mansioni del dipendente licenziato; l'obiettiva riduzione del volume degli affari; la mancata apertura, al tempo del licenziamento, di nuove unità produttive, presso le quali poter trasferire il soggetto licenziato; il dichiarato rifiuto, da parte di quest'ultimo, della proposta di trasferimento presso altra sede dell'azienda³¹.

L'inesistenza di un posto di lavoro alternativo, presso il quale reimpiegare il dipendente da licenziare, costituisce un fatto negativo che può trovare conferma anche in elementi probatori di natura indiziaria e presuntiva. L'onere probatorio può essere assolto con la dimostrazione di fatti positivi sufficienti a dimostrare presunzioni semplici, come per esempio la piena occupazione di altri posti di lavoro con mansioni equivalenti, il non aver assunto altri lavoratori per la medesima qualifica per un intervallo congruo o la contrazione del mercato di riferimento.

Tuttavia ciò che rileva, rispetto alla molteplicità degli elementi che possono essere offerti a sostegno della sussistenza o meno dell'obbligo di *repechage*, è che essi siano contenuti entro i limiti di ragionevolezza, intesa come attinenza, verosimiglianza ed effettività delle ragioni del licenziamento, al fine di una loro valutazione. Infatti, si ritiene che il datore di lavoro debba assolvere l'obbligo secondo i principi di correttezza e buona fede. Posizione richiamata dalla dottrina³², che indica come l'onere di dimostrazione dell'impossibilità di adibire il lavoratore, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, deve essere mantenuto entro i

³¹ Trib. Milano 16 luglio 2008, in *Orient. dir. lav.*, 2008, 739; Trib. Milano 8 ottobre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 199; Trib. Roma 12 febbraio 2003, in *Lav. giur.*, 2003, 590.

³² GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria. Relazione al Convegno AIDLASS, Il Diritto del lavoro al tempo della Crisi*, Pisa 7-9 giugno 2012, in www.aidlass.it, 2012, 75; ROSSI DETTORI, *I licenziamenti. Commentario*, in MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti*, cit., 316. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, cit., 45: Nell'obbligo di *repechage* si rinviene l'onere del datore di lavoro di dimostrare la stretta necessità del licenziamento secondo i canoni di «ragionevolezza, intesa come equilibrato contemperamento dei diritti, dei poteri e dei valori nella situazione concreta»

limiti della ragionevolezza. Il *repechage* è presupposto di legittimità del licenziamento poiché richiama il principio costituzionale del contemperamento della libertà d'iniziativa economica privata con l'utilità sociale, contenuto nel secondo comma dell'art. 41 Cost, coniugandoli con gli obblighi di correttezza e buona fede di esecuzione del contratto³³.

Sotto il profilo probatorio, l'assolvimento del *repechage*, secondo un affermato orientamento giurisprudenziale³⁴, grava sul datore di lavoro, anche se al lavoratore è riconosciuto un onere di allegazione delle possibili occupazioni alternative³⁵. Al lavoratore compete, un semplice interesse ad allegare o dedurre prove della possibilità di essere adibito ad altre mansioni, allo scopo di

³³ Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1376 con nota di PONTE, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, scelta del lavoratore da licenziare e principi di correttezza e buona fede*. Secondo la Corte «nel caso di giustificato motivo oggettivo consistente nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve rispettare i principi di correttezza e buona fede nella individuazione del soggetto da licenziare». Pur nella diversità dei regimi per i licenziamenti collettivi e individuali, per trovare un parametro cui fare riferimento per valutare la correttezza della scelta operata dal datore di lavoro la Corte ha preso l'art. 5, l. n. 225 del 1991. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, cit., 75, afferma che «in una ponderata applicazione dei criteri di correttezza, il giudice deve guardare ai tentativi del datore di lavoro (anche tramite recessi) di evitare o, meglio, di prevenire stati di dissesto. Infatti, quando essi diventano irrimediabili, non recano solo danno a tutti i dipendenti, ma hanno pesanti conseguenze sulla spesa pubblica, per il riequilibrio delle prospettive di vita e di ricollocazione professionale dei lavoratori».

³⁴ Cass. 19 febbraio 2008, n. 4068, in *Giust. civ.*, 2008, 2: «Costituisce principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che l'onere della prova relativo all'impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale - concernendo un fatto negativo - deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi [...]; deve essere comunque tenuto entro i limiti della ragionevolezza, sicché esso può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva e indiziaria»

³⁵ App. Roma, 16 giugno 2006, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 252, con nota di COTTONE, *Sul licenziamento per soppressione del posto di lavoro: obbligo di repechage e oneri probatori*. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto di lavoro può essere ritenuto legittimo solo qualora il datore di lavoro dimostri di aver adempiuto l'obbligo di *repechage* avendo riscontrato l'assoluta impossibilità di ricollocazione del lavoratore estromesso in altra posizione di lavoro equivalente, fermo restando che la scelta del datore di lavoro di procedere a una riorganizzazione aziendale, che può comportare la soppressione di un posto di lavoro, se supportata dalla buona fede e debitamente provata, non può essere sindacata da parte del giudice

sollecitare il relativo onere probatorio datoriale⁵⁶. Con ciò si esclude che le prove offerte dal datore di lavoro possono essere semplicemente *una risposta* alle allegazioni del lavoratore.

La dottrina⁵⁷, riassumendo per punti generali la cospicua giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo, ha definito il *repechage* come l'elemento di controllo dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore. Il rispetto dell'obbligo di ripescaggio considerato in senso negativo, come ulteriore verifica che le mansioni del lavoratore sono diventate inutili in seguito alla riorganizzazione. Quando il licenziamento è al vaglio del giudice si valuta se, in ipotesi, non esista un collegamento tra posizione del lavoratore e un interesse del datore di lavoro diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento. Infatti, l'accertamento dell'utilizzabilità in analoghe mansioni del lavoratore nell'ambito dell'azienda è un valido strumento per escludere interessi diversi da quello tecnico organizzativo. Nei casi di mutamento del contesto organizzativo si evidenzia la maggiore resistenza del rapporto di lavoro agli stessi mutamenti, infatti l'esistenza di un obbligo di *repechage* del lavoratore, almeno nel limite di ricollocazione del lavoratore in mansioni equivalenti⁵⁸, apre alla neutralizzazione del licenziamento che non sia motivato da ragioni unicamente economiche.

Il *repechage* rappresenta per il datore di lavoro un obbligo di cooperazione finalizzato alla conservazione del posto di lavoro⁵⁹. Infatti, ricadono sull'imprenditore le conseguenze economiche e morali, dove il licenziamento coinvolge la sfera individuale e collettiva delle scelte imprenditoriali, nella combinazione dei primi due commi dell'art. 41 Cost., come richiamato sopra.

All'opposto, nelle situazioni di crisi che legittimano il licenziamento e che riguardano la sfera dell'impresa, il regolare

⁵⁶ Cass. 17 luglio 2002, n. 10356, in *Mass. giust. civ.* 2002, 1251; Trib. Milano 19 novembre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 428.

⁵⁷ M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, n. 114, 11.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170 e ss..

⁵⁹ CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in DE LUCA TAMAJO-BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, 88.

funzionamento svolge la funzione finale di verifica delle cause e delle possibili alternative al licenziamento, relegando ad *extrema ratio* il recesso dal rapporto⁴⁰.

Il datore di lavoro deve verificare l'utilità dello svolgimento delle mansioni residue da parte del lavoratore anche in caso di soppressione parziale della prestazione lavorativa⁴¹ confermando il *repechage* come elemento implicito della giustificazione legittima del licenziamento (contrariamente l'onere per il datore di lavoro di provare l'impossibilità di *repechage* del lavoratore licenziato non sussiste nel caso di soppressione di una parte dell'azienda⁴²). Conformemente, ad altre pronunce⁴³ l'obbligo di *repechage* può essere considerato elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo e avere la funzione di cerniera per le possibili combinazioni utili a recuperare la prestazione del lavoratore.

4. Il «regolare funzionamento» dell'organizzazione del lavoro. Ipotesi interpretativa

Innanzitutto, due sono gli aspetti che bisogna considerare per poter inquadrare questa ipotesi in una prospettiva di ricerca: il primo è relativo alla scarsissima attenzione⁴⁴ che la giurisprudenza ha riservato all'analisi del significato specifico delle ragioni indicati nell'art. 3 della legge n. 604⁴⁵, mentre il secondo al fatto che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro sono sempre state tenute separate da quelle concernenti il regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Nel primo caso, è insufficiente l'apporto delle sentenze per met-

⁴⁰ Cass. 20 gennaio 2003, n. 777, in *Not. giur. lav.*, 2003, 357.

⁴¹ Cass. 16 marzo 2007, n. 6229, in *Lav. giur.*, 2007, 790, con nota di MANNACIO.

⁴² Cass. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 111 ss.

⁴³ Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 669, con nota di SANTINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella società della new economy*.

⁴⁴ VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 3, 451.

⁴⁵ Sul punto cfr. Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *Not. giur. lav.*, 1998, 731 ss.; Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 270, con nota di GRAMICIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*.

tere in relazione i singoli motivi con i casi concreti di recesso, mentre nel secondo caso il regolare funzionamento è stato relegato quasi sempre nella colonna delle ragioni oggettive da attribuirsi al lavoratore. Difatti, la distinzione classica ha visto le prime dipendere dalla scelta organizzativa del datore di lavoro, mentre le ragioni riferibili al regolare funzionamento sono alla base della scelta di non mutare l'assetto organizzativo dell'impresa, nel quale il dipendente non può più essere utilmente inserito⁴⁶. Le prime originano da motivi tecnici, produttivi e organizzativi mentre le seconde sono correlate a cause della sfera del lavoratore con oggettive conseguenze sull'organizzazione lavorativa. Solitamente, il regolare funzionamento è collocato nella colonna delle ragioni oggettive riguardanti la sfera del lavoratore, emblematico il caso dell'impossibilità sopravvenuta alla prestazione.

Nonostante la separazione appaia marcata, il regolare funzionamento non ha connessioni esclusivamente con la sfera del lavoratore, bensì dalla formula dell'art. 3 è possibile far discendere motivi di licenziamento anche da situazioni economiche che compromettono principalmente la "regolarità" del funzionamento dell'organizzazione. Pertanto, dalla necessità di conservare o raggiungere una nuova regolarità nel funzionamento dell'organizzazione possono generarsi ragioni legittime di modificazione organizzativa.

La regolarità del funzionamento organizzativo è, da un punto di vista sostanziale, un concetto abbastanza ampio da includere tutte quelle ipotesi che, indipendentemente dalla loro origine, producano effetti nei confronti dell'organizzazione del lavoro e rispondano a cause paramtrate su scelte tecniche.

Secondo Napoli⁴⁷, a esempio, il regolare funzionamento non ha un ruolo residuale nelle tre ipotesi di motivazione del licenziamento poiché deve essere inteso sotto l'aspetto organizzativo del lavoro, pertanto le ragioni giustificatrici del licenziamento devono essere considerate sotto un profilo dinamico-funzionale di funzionamento dell'organizzazione, cui

⁴⁶ CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 621 e MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, cit., 4.

⁴⁷ NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 305.

fanno riferimento processi di riorganizzazione, riconversione e ristrutturazione aziendale⁴⁸.

La formula “regolare funzionamento” coniugherebbe il progetto del datore di lavoro nella gestione autonoma e insindacabile dell’impresa con l’interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro perché giustifica la libertà del datore di lavoro di organizzare il lavoro come meglio crede, ma, allo stesso tempo, obbligherebbe lo stesso datore a dimostrare che quel lavoratore non è più “adattabile”, in un’altra mansione, nell’organizzazione del lavoro. Pertanto, non potrà essere solamente una questione di maggior profitto, di riduzione dei costi, di professionalità o altro, ma di effettiva rispondenza tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento. Il regolare funzionamento rappresenterebbe quel rapporto di equilibrio tra l’interesse del datore di lavoro al regolare andamento dell’impresa e quello del lavoratore alla regolarità della sua prestazione di lavoro nel contesto aziendale: scelta imprenditoriale insindacabile più *repechage* rappresentano il licenziamento come *extrema ratio*.

La verifica della regolarità del funzionamento offrirebbe al giudice una valutazione generale dello stato di salute dell’azienda, consentendo l’avallo del licenziamento in seguito alla verifica dell’impossibilità di un riutilizzo del lavoratore licenziato in altra posizione lavorativa all’interno della stessa impresa, senza che questo comporti un’ “irregolarità” di funzionamento organizzativa. Il regolare andamento dell’impresa sotto il profilo dell’organizzazione esprime la relazione che sussiste tra la singola posizione lavorativa e il complesso aziendale, compresa la cessazione del singolo rapporto con l’intero assetto organizzativo⁴⁹.

Il sindacato del giudice, certamente, deve essere inserito in un processo di oggettivazione dei motivi di licenziamento, dove da una parte vi è il limite dell’insindacabilità delle scelte imprenditoriali, dall’altra il *repechage* come esito di un’ulteriore verifica di posti di lavoro alternativi. Rileverebbe soprattutto una distinzione tra licenziamenti che hanno carattere strettamente quantitativo e licenziamenti che sono legati a un requisito

⁴⁸ ID., 319.

⁴⁹ GRAGNOLI, *Diritto del lavoro ed economia. Il licenziamento per riduzione del personale è un problema di costi o di valori?*, in <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=197&cf=2>.

qualitativo. Il primo tipo implica la riduzione del numero dei lavoratori e al giudice è richiesto di verificare la sussistenza della giustificazione ma non di valutare altre ricollocazioni in azienda, mentre il secondo tipo tocca aspetti più articolati come la necessità di una riorganizzazione interna o la sostituzione dei dipendenti non più professionalmente utili, sui quali il giudice è chiamato principalmente al controllo del rispetto dell'obbligo di *repechage*. La considerazione dei benefici organizzativi nell'interesse dell'impresa da una parte e situazioni soggettive dei lavoratori dall'altra, nonché la verifica della coerenza tecnica e organizzativa degli atti del potere imprenditoriale, la necessità della giustificazione delle ragioni sottese all'atto di licenziamento sono le fasi del controllo di ragionevolezza operato dal giudice⁵⁰.

Recentemente la Cassazione⁵¹ si è espressa, convalidando un suo precedente orientamento, sul caso di un licenziamento per g.m.o. successivo a un riassetto organizzativo, dal quale emerge l'impossibilità a "salvare" il posto di lavoro quando le motivazioni sono riconducibili a scelte imprenditoriali genuine.

Certamente sono più complessi da decifrare i casi che vedono i fattori quantitativi intrecciarsi con quelli qualitativi, anche perché nella realtà i licenziamenti possono sovrapporre i due piani⁵².

L'organizzazione assume, pertanto, un valore centrale sulle vicende dei singoli rapporti di lavoro. La nozione di organizzazione rinvia a un concetto di tipo economico-produttivo, impiegata dal legislatore del '66 come presupposto causale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ciò ha assicurato al datore di lavoro di poter usufruire di una prestazione di lavoro

⁵⁰ PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, cit., 413.

⁵¹ Cass., Sez. lav., 7 aprile 2010, n. 8237, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, 354 e ss. con nota di VENDRAMIN, *I limiti alle scelte imprenditoriali in tempo di crisi: obbligo di repechage, equivalenza delle mansioni e sindacabilità giudiziale*. Mi si consenta di citare VALENTI, *Licenziamento per motivi economici: l'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda*, nota a Cass., Sez. lav., 7 aprile 2010, n. 8237, in *Riv. giur.lav.*, 2011, III, 168 ss..

⁵² Ancora VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 451.

armonica con gli altri fattori della produzione e utile all'attività d'impresa⁵⁵.

Sembra particolarmente convincente l'argomentazione secondo la quale dalla libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., deriva senz'altro la libertà di creare e gestire un'attività economica organizzata in autonomia, senza che ciò voglia dire che si può «configurare una posizione di supremazia (di fatto legittimata da una condizione socio economica) che dall'esterno di un rapporto giuridico legittima l'imprenditore ad incidere, unilateralmente e senza il previo consenso, sulla posizione giuridica altrui»⁵⁴: insomma, l'esistenza dell'impresa «non può determinare il riconoscimento all'imprenditore di posizioni diverse e ulteriori rispetto a quelle che gli competono in ragione dei singoli rapporti giuridici di cui è o diviene titolare»⁵⁵.

Infine, l'interpretazione qui proposta del regolare funzionamento come misura di definizione della perdita attesa coincide anche con la teoria proposta in dottrina da Ichino⁵⁶, che individua il limite di legittimità del licenziamento nella perdita attesa. Infatti, analizzando l'obbligo del *repechage* dal punto di vista dei costi economici di mantenimento del posto di lavoro⁵⁷, si rileva che un possibile spostamento del lavoratore ad altre mansioni deve essere pensato in funzione di ottenere un qualche profitto o anche un pareggio tra costi ma mai deve essere oltrepassata quella soglia massima corrispondente al *firing cost*, che non può essere imposto all'impresa. La perdita attesa può essere considerata il limite oltre il quale l'impresa entra in una situazione di cattivo funzionamento organizzativo.

⁵⁵ CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in Atti AIDLASS, XIV Congresso Nazionale, 2003, Silvi Marina, 34.

⁵⁴ Sul punto si rimanda a MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.

⁵⁵ ID..

⁵⁶ ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 483

⁵⁷ Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, II, 990, con nota di NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, e con nota di ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*.

5. Il “collegato lavoro”: novità sul tema?

Il legislatore del “Collegato lavoro”, legge 4 novembre 2010, n. 183, ha disposto con l’art. 30, comma 1, che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all’art. 409 del codice di procedura civile e all’art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Emerge, pertanto, che il legislatore del Collegato non ha distinto, o forse non ha voluto distinguere tra clausole generali e norme generali, norme a contenuto generale, creando nuova confusione. In qualche maniera, la disposizione utilizza i termini clausole generali e norme generali senza alcuna distinzione o meglio rendendole omogenee sotto il profilo dell’interpretazione giudiziale. La norma si riferisce alle diverse fattispecie, apparentemente, in senso ampio e generico⁵⁸, ponendo l’accento su quelle norme che hanno contenuto generico e che necessitano dell’intervento del giudice. In tal senso viene alla mente l’art. 3 della legge 604, nella quale però il legislatore del 1966 aveva pensato una norma a carattere aperto, come detto in precedenza, non per limitare l’intervento del giudice ma per orientarlo di fatto a ricercare le concrete motivazioni del licenziamento. Non è stata compiuta una scelta precisa che prevedesse un elenco tassativo o esemplificativo delle ragioni, ma un campo d’applicazione aperto al mutare delle condizioni generali dell’economia ma soprattutto alle vicende che riguardano direttamente l’organizzazione dell’impresa.

L’art. 30 ha come obiettivo esplicito proprio quello di restringere la discrezionalità interpretativa del giudice, effettivamente più ampia quando vi sono enunciati legislativi generici o

⁵⁸ ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, in *www.cgil.it*, 2010.

cosiddetti aperti⁵⁹, ma se questo per il legislatore del 2010 è un fine apprezzabile per il legislatore del 1966 lo era il contrario. È evidente, fin dal titolo dell'articolo «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro», che il legislatore ha inteso limitare la discrezionalità dei giudici nella decisione delle controversie di lavoro sia private che alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, tra le quali anche quelle che riguardano il licenziamento⁶⁰.

Per comprendere gli “umori” della dottrina è emblematico che parte di essa abbia paragonato il collegato al lavoro a una «perturbazione in arrivo»⁶¹, fin da quando era ancora un disegno di legge, mentre altri⁶², hanno ritenuto le critiche all'intervento legislativo eccessive. Posizioni di diverso segno che hanno considerato più o meno intenso l'impatto del Collegato sul sistema lavoristico. Secondo i meno critici⁶³, il collegato lavoro si è prefisso, di ridurre gli spazi d'incertezza derivanti dall'applicazione di precetti a contenuto generico e di contenere la conflittualità che da tale incertezza deriva. Di conseguenza, il sindacato giudiziale deve essere inteso in modo tale da limitare l'accertamento al presupposto di legittimità e non di merito delle scelte tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro.

Eppure, nonostante gli aspetti più confusi il Collegato non conterrebbe particolari novità sotto il profilo dello “spazio di manovra” del giudice, poiché gli riserva sempre il potere di verifica del presupposto di legittimità delle ragioni addotte dal datore di lavoro e il licenziamento: un controllo, quindi, sull'*effettività* delle ragioni addotte da parte del datore di lavoro, niente di diverso da quello che alcune pronunce avevano affermato già in precedenza⁶⁴.

⁵⁹ GHERA - VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, cit., 866.

⁶⁰ PELLACANI, *Il cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 229.

⁶¹ L'espressione è di BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *Lav. dir.*, 2009, 3.

⁶² PROIA, *Collegato lavoro e rinvio alle Camere*, in *www.adapt.it.*; VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, 2010, in *Mass. giur. lav.*, 4, 211.

⁶³ ID..

⁶⁴ DE ANGELIS, *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 134.

Anche con riferimento all'obbligo di *repechage*, il Collegato ha offerto lo spunto per delineare due contrapposte posizioni: secondo alcuni, quelli più al Collegato, la legge non ha inciso in alcun modo sull'obbligo di *repechage*, mentre altri hanno rilevato che la questione è molto più complessa: il Collegato, infatti, avrebbe colpito l'obbligo del *repechage* perché le norme, lette nel senso di un impedimento tassativo di ingerenza del giudice nelle scelte datoriali, escluderebbero la possibilità di verificare nel merito l'obbligo del datore di lavoro di aver tentato un salvataggio del lavoratore in altra mansione, implicando un *repechage* edulcorato⁶⁵. In questa prospettiva con il ridimensionamento della portata del *repechage* si rischierebbe lo svuotamento completo del controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, relegando la funzione del giudice al mero accertamento degli effetti e non delle cause del licenziamento.

Secondo Nogler, sarebbe stato poco probabile⁶⁶ che l'art. 30 incidesse in modo apprezzabile sulla materia di licenziamenti perché gli elementi di novità introdotti, per ciò che attiene le norme sui licenziamenti, non avrebbero avuto un impatto tale da stravolgere gli orientamenti fin d'ora assunti dalla giurisprudenza. Previsione "meteorologica" quasi confermata, tantoché le previsioni di una perturbazione si sono abbattute, ma pare su altri fronti⁶⁷.

6. Brevi considerazioni sulla Riforma *in itinere*

Osservando la Riforma in "controluce" emerge la centralità del ruolo del giudice per ciò che attiene la verifica delle ragioni di licenziamento. Infatti, se da una parte l'attenzione pare rivolta soprattutto alla modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sotto il profilo della tutela, dall'altra l'effetto più evidente rimane un concreto incremento del contenzioso che conferma il giudice in un ruolo di centralità rispetto al recente passato. Una soluzione-

⁶⁵ PASSALACQUA, *Le novità in materia di licenziamenti nel cd. "Collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.*, 2011,1, 39. Nello stesso senso BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, cit., 6 e PELLACANI, *cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, cit., 235.

⁶⁶ NOGLER, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, cit., 124.

⁶⁷ DE ANGELIS, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, cit., 134.

ne in controtendenza con quelle che per una decina d'anni sono state le indicazioni provenienti dal legislatore, che aveva spinto verso soluzioni alternative al processo e aveva tentato di ridimensionare.

La contraddizione nasce e si evidenzia ancora di più quando l'azione del legislatore non riguarda solamente la sottrazione alla dimensione processuale di porzioni di sindacato giudiziale ma soprattutto quando pone in essere norme che generano effetti contrari alle sue stesse intenzioni. Infatti, dalla Riforma emerge con forza la necessità di un intervento giudiziale molto più incisivo rispetto al passato perché si riversa sul giudice il carico della valutazione nel merito delle ragioni poste a fondamento del licenziamento. Si perdono di vista, con tutta evidenza, i risultati ottenuti dalla giurisprudenza che è riuscita nel tempo a equilibrare le posizioni in gioco. Nemmeno la procedura conciliativa da esperirsi di fronte alla DTL può essere lo strumento di deflazione del ricorso al giudice.

Ciò comporta un maggiore "ingorgo" nelle aule giudiziarie e un accentuarsi di quelle che sono le preoccupazioni di molti studiosi circa l'esito del giudizio, sempre molto incerto e che richiede anni; in tal senso, un'impresa non può attendere anni prima di sapere se un'operazione di riorganizzazione o ridimensionamento degli organici è avvallata oppure no⁶⁸.

Se il problema fosse esclusivamente una questione di costi per l'imprenditore in caso di giudizio, allora sarebbe meglio orientare l'attenzione riformatrice su altre questioni, che hanno priorità assoluta come una profonda revisione del processo del lavoro più in generale.

Con questo intervento legislativo, ma lo si era capito già in precedenza, non si è creduto nel ruolo del sindacato e nelle potenzialità della contrattazione collettiva. La considerazione riservata al sindacato e più in generale alla funzione svolta dalle parti sociali sul livello nazionale e su quello decentrato aziendale. Sotto questo profilo, era intuibile fin da subito che il governo avrebbe optato per un'altra strada, quando ha scelto di intervenire con la modifica di norme che avrebbero prodotto effetti profondi sul sistema socio-economico del nostro Paese. La tenuta sociale po-

⁶⁸ ICHINO, *Replica a Mario Fezzi*, in <http://www.pietroichino.it/?p=18314>. Nella replica, Ichino risponde all'intervento di FEZZI, *Licenziamenti, i lacci che non esistono*, in *Corriere della Sera* 30 novembre 2011.

teva essere garantita son il contributo e il consenso delle parti sociali⁶⁹.

Altro aspetto, a mio avviso importante, che in questa occasione non è possibile approfondire, è la divaricazione tra il regime di tutela previsto per i lavoratori delle aziende di grandi dimensioni e quelle sotto soglia, quando originariamente era parso che le intenzioni dei tecnici fossero orientate a un raccordo tra le due discipline con la prospettiva di universalizzazione del sistema di tutela.

⁶⁹ Sulla funzione della contrattazione collettiva si v. FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, cit., 2.

ALTRI SAGGI

ANATOMIA E ANOMALIA DI UN GOVERNO TECNICO

Tommaso Edoardo Frosini

*Professore ordinario in Diritto pubblico comparato
nell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*

Il breve saggio ricostruisce dapprima la fine del quarto governo Berlusconi e la nascita del governo Monti, sottolineando il ruolo che i vari attori hanno avuto in queste vicende. In seguito si sofferma più in generale sui governi tecnici e sulla loro legittimazione comparandoli ai governi che godono della legittimazione elettorale.

This brief essay summarizes at the outset the circumstances leading to the end of the fourth Berlusconi Government and the subsequent establishment of the Monti Government, underlining the role played by various institutional actors in the unfolding of these events. The essay then turns to examine, at a more general level, governments composed of technocrats and their legitimacy, comparing them to governments enjoying direct popular legitimacy as a result of national elections.

Sommario

1. L'antefatto
2. Fine di un governo e inizio di un altro: una commedia in quattro atti
3. Qualche riflessione sul "governo tecnico"
4. Buongoverno e democrazia

1. L'antefatto

Il 12 novembre 2011, *a las cinco de la tarde*, l'on. Silvio Berlusconi si reca al Quirinale dal Presidente della Repubblica per rassegnare le dimissioni da Presidente del Consiglio dei ministri. Si chiude così l'esperienza di un governo, che aveva iniziato la sua attività nella primavera del 2008 a seguito del risultato elettorale, che aveva premiato il partito del centro destra (coalizzato con la Lega Nord), il cui *leader* e candidato *premier* era Silvio Berlusconi, con una ampia maggioranza parlamentare. Anche per via di una legge elettorale incentrata sul "premio di maggioranza", a favore dello schieramento che fosse risultato il vincitore delle elezioni.

Era questa la quarta esperienza di Silvio Berlusconi quale Presidente del Consiglio dei ministri: la prima, rapidissima, durata *l'espace d'un matin*, era avvenuta nel 1994, dopo la vittoria alle prime elezioni con il sistema elettorale (a prevalenza) maggioritario, appena varato a seguito dell'esito del *referendum* che ne aveva favorito l'approvazione. Una vittoria elettorale "strabica", però. Infatti, "Forza Italia", il partito di cui Berlusconi era *leader*, realizzò due alleanze: una con il partito di "Alleanza Nazionale" al Sud e un'altra con il partito della "Lega Nord" al Nord, senza però riuscire a formare un'alleanza a tre per rendere coesa la coalizione di governo. Dopo soli sei mesi la maggioranza parlamentare si ruppe, perché la Lega Nord volle dissociarsi e quindi uscire dalla coalizione di governo. La fine del primo governo Berlusconi non determinò uno scioglimento anticipato del Parlamento e il ritorno al voto, come Berlusconi e il suo partito reclamavano in ossequio al principio maggioritario, ma piuttosto nacque un governo "tecnico", il secondo dopo quello del 1992 guidato da Carlo Azeglio Ciampi, che venne presieduto da Lamberto Dini e composto da ministri scelti per la loro professionalità e tecnicità al di fuori dei partiti¹.

¹ Su queste due esperienze di governo, v. C. CHIMENTI, *Il governo dei professori. Cronaca di una transizione*, Firenze, 1994; G. NEGRI, *Un anno con Dini. Diario di un governo «eccezionale»*, Bologna, 1996.

La seconda esperienza di governo Berlusconi fu nel quinquennio 2001-2006. Un intero mandato di legislatura, quindi; sia pure con numerosi cambi di ministri e conseguenti rischi per la tenuta del governo. Certo, per la prima volta in Italia si realizzava un “governo di legislatura”, la cui durata, cioè, era pari a quella del mandato delle Camere. È pur vero che, come detto prima, si è proceduto a diversi cambiamenti di ministri, ma è altrettanto vero che il Presidente del Consiglio è rimasto sempre lo stesso e così soprattutto la maggioranza parlamentare.

Il quarto governo Berlusconi è quello di cui si è detto all’inizio, con l’epilogo accennato e che ora andiamo a descrivere. Sarebbe riduttivo attribuire al solo *spread* sempre più grande fra i titoli di Stato tedeschi e italiani, il motivo che abbia indotto Berlusconi a rassegnare le dimissioni. Certo, lo *spread* e la crisi economica europea, con le ricadute negative sulla tenuta finanziaria italiana, sono state “le gocce che hanno fatto traboccare il vaso”. Ovvero, sono stati gli episodi che hanno certamente “costretto” Berlusconi a mettersi da parte. La crisi di governo, però, aveva radici in altri episodi, che si erano succeduti nella vita politica e parlamentare italiana.

2. Fine di un governo e inizio di un altro: una commedia in quattro atti

Il succedersi degli eventi politici può essere paragonato a una commedia in quattro atti².

Primo atto. La rottura del maggior alleato di Berlusconi, cofondatore, con lui, del nuovo partito “Popolo della Libertà”: il Presidente della Camera dei deputati Gianfranco Fini, il quale dà vita a un nuovo partito, “Futuro e Libertà”, e decide di uscire dalla maggioranza e schierarsi all’opposizione del governo. I motivi sono diversi e tutti politici. Fini costituisce un nuovo gruppo parlamentare, portando con sé una pattuglia di deputati a

² Per una accurata e completa cronaca della crisi, v. gli articoli di: MACCABIANI, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*; FRAU, *Dalla mancata approvazione del rendiconto all’annuncio delle dimissioni del Presidente del Consiglio*; TIRA, *La formazione del Governo Monti*, tutti su *Rivista AIC.it*, n. 1, 2012; v. altresì la ricostruzione e le considerazioni di PICCIONE, *Anatomia di una crisi di governo*, in *Rass. Parl.*, n. 4, 2011, 925 ss.

lui fedeli, e prova a far cadere il governo proponendo una “mozione di sfiducia”, da votare insieme a tutti i gruppi dell’opposizione. Mozione che viene messa ai voti alla Camera dei deputati il 14 dicembre 2010, ed è però respinta con 314 voti contro e 311 a favore. Il tentativo di disarcionare Berlusconi fallisce, ma la maggioranza diventa più stretta e più debole, e si sostiene anche grazie al passaggio di alcuni deputati dal gruppo più radicale dell’opposizione (“Italia dei Valori”) al gruppo della maggioranza del “Popolo della Libertà”. Trasformismo, si è obiettato. Libero mandato parlamentare, si è replicato.

Secondo atto. La sconfitta parlamentare del governo e della sua maggioranza nella votazione, alla Camera dei deputati, sull’articolo 1 del disegno di legge che recava l’approvazione del “Rendiconto generale dello Stato”, avvenuta l’11 ottobre 2011. Questo episodio ha determinato una situazione inedita sul piano costituzionale e parlamentare. Anche perché la legge sul rendiconto generale dello Stato è costituzionalmente dovuta e non può essere condotta a perfezionamento dal governo, il quale è l’unico legittimato alla sua redazione e presentazione alle Camere. Allora, si è provato a interpretare questo voto come una sostanziale sfiducia al governo, tale da comportare una sorta di obbligo alle dimissioni. Tesi che prova troppo. Certo, è vero che la legge sul rendiconto generale dello Stato è tra le classiche leggi in senso formale e costituzionalmente dovute, ma è pur sempre un disegno di legge la cui bocciatura non comporta nessun obbligo costituzionale di dimissioni per il governo. A differenza della “questione di fiducia” posta su di un provvedimento legislativo. Comunque, la bocciatura era senz’altro da leggersi, politicamente, come un chiaro segnale di crisi della maggioranza. E infatti: alla successiva votazione sul (formalmente nuovo) disegno di legge sul rendiconto generale dello Stato, tenutasi l’8 novembre 2011 alla Camera dei deputati, la maggioranza non c’era più: solo 308 voti erano a favore contro i 321 non partecipanti al voto e 1 astenuto. La sera stessa dell’8 novembre veniva diramato un comunicato da parte della presidenza della Repubblica, che vale la pena riportare per intero: «*Il Presidente del Consiglio ha manifestato al Capo dello Stato la sua consapevolezza delle implicazioni del risultato del voto odierno alla Camera; egli ha nello stesso tempo espresso viva preoccupazione per l’urgente necessità di dare puntuali risposte alle attese dei partner europei con l’approvazione della Legge di*

Stabilità, opportunamente emendata alla luce del più recente contributo di osservazioni e proposte della Commissione europea. Una volta compiuto tale adempimento, il Presidente del Consiglio rimetterà il suo mandato al Capo dello Stato, che procederà alle consultazioni di rito dando la massima attenzione alle posizioni e proposte di ogni forza politica, di quelle della maggioranza risultata dalle elezioni del 2008 come di quelle di opposizione». Nasceva così l'inedita formula delle "dimissioni annunciate".

Terzo atto. Entra in scena il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano e diventa il "reggitore della crisi"⁵. Infatti: il violento attacco dei mercati all'Italia e i dubbi sulle reali intenzioni dimissionarie del Presidente del Consiglio inducono il Presidente Napolitano a intervenire per "rassicurare" i primi e per porre fine a qualsiasi eventuale tentazione dilatoria del secondo. Veniva dunque diramata, il 9 novembre, un'ulteriore nota ufficiale della presidenza della Repubblica volta a «fugare ogni equivoco o incomprensione» e ad «avallare» l'autenticità delle intenzioni del capo del Governo. Nella nota, suddivisa in quattro punti, si dichiarava infatti: 1) che «non esiste alcuna incertezza sulla scelta del Presidente del Consiglio on. Silvio Berlusconi di rassegnare le dimissioni del governo da lui presieduto»; 2) che detta decisione «diverrà operativa con l'approvazione in Parlamento della legge di stabilità per il 2012» e che quest'ultima «sarà approvata nel giro di alcuni giorni», come da «accordi tra i Presidenti del Senato e della Camera e i gruppi parlamentari sia di maggioranza sia di opposizione»; 3) che le consultazioni per risolvere la crisi di governo conseguente alle dimissioni dell'on. Berlusconi si sarebbero svolte «immediatamente e con la massima rapidità»; 4) che pertanto «entro breve tempo o si formerà un nuovo governo che possa con la fiducia del Parlamento prendere ogni ulteriore necessaria decisione o si scioglierà il Parlamento per dare subito inizio a una campagna elettorale da svolgere entro i tempi più ristretti».

La dichiarazione del Presidente della Repubblica era finalizzata a porre l'accento sulla circostanza che la scelta di presentare le dimissioni non era stata "imposta" da lui, bensì era

⁵ Secondo la nota teorizzazione – «reggitore dello Stato nelle crisi di sistema» – di C. ESPOSITO, *Capo dello Stato* (1962), ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 38 ss.

una decisione che il Presidente del Consiglio aveva maturato autonomamente e di cui si assumeva la responsabilità, con ciò escludendosi la possibilità di un suo mutamento d'opinione, così come era da attribuirsi esclusivamente alle Camere l'assunzione dell'impegno ad approvare quanto prima la legge di stabilità. Lo stesso 9 novembre, il Presidente della Repubblica compiva un atto, formalmente e sostanzialmente presidenziale, rivelatore di una certa intenzione per uscire dalla crisi e formare un nuovo governo: nominava, ai sensi dell'art. 59, comma secondo, della Costituzione, il professore Mario Monti senatore a vita, per aver «illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo scientifico e sociale». Mossa davvero sorprendente, foriera di diverse interpretazioni. Sicuramente anticipatrice di una scelta già meditata dal Capo dello Stato, e cioè quella di affidare la guida del governo a Mario Monti, quindi una sorta di “pre-investitura”, ovvero a un tecnico economista di vaglia con l'intento di rassicurare i mercati e l'Unione Europea sulle prossime capacità di tenuta economica dell'Italia⁴.

Quarto atto. Il 16 novembre, ancora *a las cinco de la tarde* (con buona pace di Federico García Lorca...), il neo senatore Mario Monti giura nella mani del Capo dello Stato quale nuovo Presidente del Consiglio dei ministri, e presenta la sua squadra di governo composta esclusivamente da ministri tecnici, ovvero non riconducibili in maniera esplicita a partiti politici né da questi ultimi indicati, almeno così sembra. La nomina di Monti è attribuibile a una scelta tutta presidenziale, piuttosto che a una indicazione delle forze politiche di maggioranza parlamentare. Nasce così il “governo tecnico”: terza esperienza italiana di questa inedita figura istituzionale sulla quale diremo qualcosa più avanti. Due giorni dopo, ovvero il 18 novembre, il governo ottiene la fiducia della Camera dei deputati (il giorno prima dal Senato): 556 voti a favore e 61 contrari. Una grossa coalizione di maggioranza parlamentare, composta da tutte le forze politiche fatta eccezione per la “Lega Nord” e “Italia dei Valori”, che vanno a comporre l'opposizione. Una fiducia data... sulla fiducia; anche perché il governo non presenta un chiaro e definito programma, se non quello di fronteggiare la crisi economica con

⁴ Sul punto, NICOTRA, *Il governo Monti (Napolitano): l'Unione Europea e i mercati finanziari spingono l'Italia verso un semipresidenzialismo mite, in Federalismi.it*, n. 24, 2011.

provvedimenti che saranno studiati e messi a punto volta per volta sulla base delle emergenze. Un “governo di impegno nazionale”, come il Presidente Monti ha voluto da subito definirlo. Il nuovo governo – come è stato scritto – nasceva sotto una triplice declinazione: era “presidenziale” per scelta e formazione; era “parlamentare” per fiducia e grande coalizione delle forze politiche; era “tecnico” per la sua composizione rappresentativa di professionalità della società civile⁵. Un ruolo determinante l’ha svolto senza dubbio il Presidente della Repubblica, quale “rappresentante dell’unità nazionale” (art. 87, comma primo, Cost.), che costituisce il simbolo dell’unità della società italiana, prescindendo da ogni appartenenza politica e territoriale. E, nel caso in specie, quale garante dell’impegno dell’Italia a compiere – come Napolitano ha affermato – «tutte le scelte necessarie per ridurre il rischio a cui sono esposti nei mercati finanziari i titoli del nostro debito pubblico» e rilanciare la crescita economica. Allora, la scelta di incaricare Monti risponde, invero, al preciso intento che il futuro Esecutivo riceva il gradimento dei vertici dell’Unione Europea, in mancanza del quale le sorti economiche dell’Italia sarebbero poste ulteriormente a rischio. La nomina a Presidente del Consiglio di Mario Monti, «figura altamente conosciuta e rispettata in Europa», risponde proprio alla volontà di voler incassare, innanzitutto, la “fiducia” delle istituzioni europee, prima ancora di quella tradizionalmente richiesta dalla Costituzione italiana per dar vita a un nuovo esecutivo. Si potrebbe dire che oggi l’art. 94 della Costituzione “vivente”, relativo alla formazione del governo, è *come se* affermasse: “il governo deve avere la fiducia dei mercati e dell’Unione Europea”⁶. Il punto è: quale governo? Nella emergenza economica si è voluto, per volontà presidenziale, dare vita a un governo tecnico. Una figura istituzionale dagli incerti contorni, sulla quale si offrono qui alcune riflessioni.

⁵ Così, OLIVETTI, *Governare con l’aiuto del Presidente*, in *il Mulino*, n. 2, 2012, 235.

⁶ In tal senso, RUGGERI, *L’art. 94 della Costituzione vivente: «Il governo deve avere la fiducia dei mercati»*, in *Percorsi Cost.*, n. 2/3, 2011, 15 ss.

3. Qualche riflessione sul “governo tecnico”

Esiste un “governo tecnico”? La domanda non sembri oziosa: i governi, nei regimi parlamentari a tendenza maggioritaria, sono di investitura elettorale e di derivazione politico-parlamentare⁷. Quindi, i governi si formalizzano in parlamento, per il tramite delle forze politiche, con il voto di fiducia, ovvero danno per presupposta la stessa (come in Gran Bretagna), ma hanno già ricevuto un consenso da parte degli elettori, i quali con il voto per la rappresentanza politica sono stati messi in condizione di manifestare anche una scelta per il governo. Soprattutto in quei regimi parlamentari il cui sistema elettorale consente di votare per una lista o una coalizione di liste, che si presenta unita e con un candidato *leader* alla guida del governo in un contesto politico bipolare (o bipartitico). Così funziona (quasi) in tutta Europa, laddove il cittadino elegge i propri rappresentanti, con la consapevolezza che il suo voto, per via del meccanismo elettorale a effetto maggioritario, determina anche la scelta di una maggioranza parlamentare e un governo.

Così descritto, sia pure fin troppo sinteticamente, il funzionamento dei regimi parlamentari, la conclusione è che i governi sono sempre espressione di una cd. “doppia fiducia”: sostanzialmente elettorale e formalmente parlamentare, nel rispetto e nell’attuazione della doppia sovranità, su cui si fondano le democrazie contemporanee: e cioè la sovranità popolare e quella parlamentare. Quindi i governi sono, pertanto, espressione delle forze politiche, che si sono presentate alle elezioni politiche e hanno ricevuto il consenso degli elettori, e che poi si vengono a collocare in parlamento dove si determina lo sviluppo dell’indirizzo politico della maggioranza.

Allora, la domanda “esiste un governo tecnico?” parrebbe trovare risposta negativa. Perché “tecnici” sarebbero quei governi la cui nascita e composizione si muove su un percorso opposto a quello finora descritto. In quanto la loro derivazione non sarebbe fondata sull’indicazione elettorale attraverso il voto per la rappresentanza politica; e la loro composizione non sarebbe espressione di personalità politiche rappresentative dei partiti che hanno vinto le elezioni. I governi tecnici, ovvero dei tecnici, non

⁷ Per questa tesi, v. T.E. FROSINI, *Forme di governo e partecipazione popolare*, III ed., Torino, 2008.

hanno una loro forza che proviene dalla legittimazione elettorale, ma si basano sulla professionalità, ovvero sulla tecnicità, dei ministri. Si legittimano, quindi, sulla base delle professionalità di ciascun componente il governo e poi, ovviamente, sulla fiducia che gli deve essere attribuita dalla maggioranza parlamentare. Si può semmai parlare, anche per i governi tecnici, di una “doppia fiducia”, che può essere presidenziale e parlamentare⁸; ovvero che può derivare, come nel caso del governo Monti, da un impulso esterno, ovvero economico ed europeo, avallato e fatto proprio dal Capo dello Stato e poi certificato con il voto di fiducia da una maggioranza parlamentare, il più possibile ampia. Fiducia esterna e interna, si direbbe; ma privata dalla fiducia di coloro i quali sono i naturali destinatari dell’azione di governo e della sua attività di indirizzo politico: i cittadini elettori.

4. Buongoverno e democrazia

L’obiettivo di una democrazia è il buongoverno⁹. Dal punto di vista della teoria politica, l’idea del “buongoverno” – che ha attraversato tutta la storia del pensiero politico: da Platone e Aristotele fino a Mosca ed Einaudi – è tanto diffusa quanto sfuggente. Eppure è una idea politica, che si è potuta rappresentare visivamente: si pensi al famoso ciclo pittorico affrescato fra il 1338 e il 1340 da Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo pubblico di Siena e intitolato *Effetti del Buono e del Cattivo Governo nella campagna e nella città*. Un affresco bellissimo, che esprime la complessità del buon governo, attraverso vari metodi – teologico, politico, giuridico, economico, etc. – proposti e offerti alla capacità dell’uomo e alla sua saggezza per la gestione del bene comune. Il suo messaggio sta anche nel fatto che gli effetti del buongoverno fossero *visibili* sulle pareti del Palazzo pubblico.

Visibilità e pubblicità sono sicuramente due requisiti del modo di essere del buongoverno. Altri ce ne sono, secondo le declinazioni teoriche che si sono sviluppate nel corso della storia

⁸ Come già avvenuto durante la presidenza Pertini: ARMAROLI, *La doppia fiducia*, in *Quad. Cost.*, n. 3, 1981, 580 ss.

⁹ Riprendo alcune considerazioni già svolte in T.E. FROSINI, *Il buongoverno è un mito?*, in *Percorsi Cost.*, n. 2/3, 2011, 1 ss.

delle dottrine politiche. Le ha riassunte molto bene Norberto Bobbio, in uno scritto del 1983: *a) governo della legge; b) governo dei buoni governanti; c) governo misto*¹⁰. Specificando che il buongoverno è quello del governante, che esercita il potere in conformità delle leggi prestabilite e che si vale del proprio potere per perseguire il bene comune. Da qui l'assunto aristotelico – oggi di grande attualità – secondo cui più che dagli uomini migliori è meglio essere governati dalle leggi migliori, anche perché la legge non ha passioni che necessariamente si riscontrano in ogni anima umana. Tuttavia, la legge vive attraverso l'interpretazione che gli uomini fanno quando sono chiamati ad applicarla.

Il buongoverno è stato declinato, poi, nella sua versione economica. Un profilo, anche questo, di stretta attualità. È il mercato, sostiene la scienza economica (*a branch of the science of a statesman or legislator*, secondo Adam Smith), a far sì che un buongoverno non sia semplicemente un governo che proceda secondo giustizia; è il mercato il luogo nel quale il buongoverno deve trovare il principio di verità della sua pratica specifica. Nella sua declinazione economica odierna, per buongoverno pare debba intendersi la capacità dello Stato, attraverso le sue istituzioni, di sapere adeguare la propria politica di bilancio a quanto previsto e imposto in sede di Unione Europea. Il (buon) Governo, oggi, e lo dimostrano la vicenda greca e italiana, deve avere la formale fiducia parlamentare ma soprattutto la *sostanziale* fiducia della UE e dei mercati. Può non piacere, ma così è. C'è da chiedersi, e vorremmo dire da sperare, che sia un fatto provvisorio, dovuto alla contingenza di crisi economica che ha investito tutta la cd. "Eurozona". E che presto si possa tornare alla normalità democratica: ovvero all'idea e alla pratica costituzionale del buongoverno.

Dal punto di vista della teoria costituzionale, infatti, il buongoverno ha un significato più empirico. Che si può così sintetizzare: un governo scelto liberamente dal corpo elettorale e responsabile di fronte ad esso; un governo soggetto al giudizio degli elettori, che possano agire su di esso per il tramite del voto come "atto costituzionale", che può essere di premio o di

¹⁰ BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in *Nuova Antologia*, n. 2145, 1983, 135 ss. (poi in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, 169 ss.)

sanzione, ovvero di rinnovo o di negazione della fiducia. Si manifesta così una nuova forma di costituzionalismo dei poteri, sorretta da una combinazione istituzionale difficilmente eludibile oggi nell'età della globalizzazione, che è quella della "leale collaborazione", per così dire, fra la componente rappresentativa e quella plebiscitaria negli Stati di democrazia costituzionale. Le due componenti si sono venute a integrare negli Stati costituzionali democratici contemporanei, perché rispondono a una doppia esigenza oggi particolarmente avvertita dai cittadini-elettori: quella di vedersi, e vorrei dire di sentirsi rappresentati, e quella di partecipare alle scelte di indirizzo politico per il tramite dell'investitura dei governanti. Prendiamo a esempio l'Europa: in Gran Bretagna, Germania, Spagna, Francia, il governo, e il suo *leader*, viene designato col voto dalla maggioranza degli elettori, sulla base di un programma di indirizzo politico, che è stato ritenuto più valido di quello della forza politica alternativa.

L'anomalia italiana del cd. governo tecnico, che si ripresenta come una sorta di araba fenice, può essere tollerata ma non incentivata oltremodo. È vero che gode della fiducia parlamentare di una "grossa coalizione", ma in quanto solamente finalizzata a quei provvedimenti, conculcati per decreto, che dovrebbero condurre a realizzare il "salva Italia" e poi il "cresci Italia" (come sono stati ribattezzati i primi decreti del Governo Monti). In questo contesto, il Parlamento si limita a dare e a mantenere la fiducia nonché a convertire in legge i decreti. È una rappresentazione fin troppo sintetica, ma sostanzialmente le cose stanno così. E allora: possibile che il luogo della rappresentanza e della sovranità popolare sia costretto a impotenza e incapacità decisionale? Possibile che il Governo, luogo dell'esecuzione amministrativa e dell'indirizzo politico, sia il risultato di una scelta tecnocratica priva di qualunque legittimazione democratica?

Per concludere. I governi tecnici stridono e si oppongono ai normali e corretti percorsi costituzionali, almeno nella versione della legittimazione diretta di cui si è detto prima. E allora, che abbiano durata limitata e circoscritta; che portino a compimento i soli obiettivi economici (ovvero, più in generale "tecnici"), per i quali si sono formati e sono stati fiduciati in Parlamento. E dopo avere reso un utile servizio al Paese, si ritraggano consentendo il ritorno della politica dei partiti. Ai quali spetta la grande responsabilità di sapere essere credibili, a cominciare da una

seria e accorta selezione della classe dirigente, anche per ridurre la crescente (e preoccupante) disaffezione dei cittadini alla politica, che rischia di degenerare in un dissacrante anti-parlamentarismo¹¹.

¹¹ Cfr. T.E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in *Rass. Parl.*, n. 4, 2008, 845 ss.

**RECESSO CONVENZIONALE E CONVERTIBILITÀ
AUTOMATICA DELLE AZIONI CON DETERMINAZIONE
CONVENZIONALE DEL VALORE DEI TITOLI.
NOTE A MARGINE DEL PARERE DEL CONSIGLIO DI
STATO SULLE REGOLE STATUTARIE DELLA CASSA
DEPOSITI E PRESTITI S.P.A. E DEL SUCCESSIVO
INTERVENTO DEL LEGISLATORE**

Giustino Di Cecco

*Professore associato di Diritto commerciale
nell'Università di Roma Tre*

Il contributo ricostruisce la complessa vicenda della conversione automatica delle azioni privilegiate della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. a seguito di un parere del Consiglio di Stato e di un successivo specifico intervento normativo. L'Autore, dopo aver individuato le questioni controverse, offre una ricognizione critica dei problemi interpretativi evidenziati in dottrina con riguardo ai criteri di liquidazione delle azioni in ipotesi di recesso convenzionale e, più in generale, alla convertibilità azionaria.

The paper is focused on all the events related to the Convertible Preferred Stocks issued by Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., which is the object of a Consiglio di Stato legal advice and of a further specific law. The Author offers a critical overview of the legal problems connected to the right to withdraw and to the automatical conversion of the stocks.

Sommario

1. Premessa
2. Lo statuto della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.
3. La richiesta di parere del Ministero
4. Il parere del Consiglio di Stato
5. L'intervento legislativo *ad hoc*
- 5.1. La *ratio* normativa
6. Le questioni controverse
- 6.1. I limiti alla libertà statutaria di prevedere diritti di recesso convenzionale caratterizzati da criteri di liquidazione delle azioni diversi rispetto a quello legale
- 6.2. La convertibilità statutaria delle azioni

1. Premessa

Il 26 settembre 2012 il Ministero dell'economia e delle finanze chiede al Consiglio di Stato un parere in ordine alla legittimità delle clausole statutarie in materia tanto di convertibilità automatica delle azioni quanto di recesso previste nel vigente statuto della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

Con atto del 16 ottobre 2012, la Commissione speciale incaricata dal Presidente del Consiglio di Stato di dare riscontro alla richiesta di consulto trasmette un'articolata risposta che, pur individuando in un auspicato intervento legislativo *ad hoc* la soluzione definitiva della questione, merita attenta considerazione al di là del caso specifico per il quale è resa.

2. Lo statuto della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

Con l'art. 5 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269 (convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003 n. 326) si è disposta la trasformazione *ex lege* della Cassa Depositi e Prestiti in società per azioni, riservando allo Stato (nell'ufficio del Ministero dell'economia e delle finanze) la titolarità della maggioranza delle azioni e consentendo il collocamento delle residue partecipazioni di minoranza ad altri soggetti pubblici o privati.

Con due distinti provvedimenti governativi del 5 dicembre 2003, si è quindi disposta, per un verso, la suddivisione del capitale sociale in azioni ordinarie (per un ammontare pari al settanta per cento) e in azioni privilegiate (per il residuo trenta per cento) e, per altro verso, l'approvazione dello statuto della società risultante dalla trasformazione e, dunque, delle correlative clausole aventi ad oggetto il particolare *status* riservato ai (futuri) possessori delle azioni privilegiate¹.

¹ L'art. 8 dello statuto prevedeva (e prevede) che – fermo restando il vincolo di maggioranza a favore dello Stato (di cui all'art. 7, c. 5) – le azioni sono trasferibili soltanto a favore di fondazioni bancarie e di banche ed intermediari finanziari vigilati (art. 8, c. 1) nel rispetto, tuttavia, della prescrizione secondo cui «nessun socio può possedere azioni in misura

Sempre nel dicembre 2003, il Ministero dell'economia e delle finanze autorizza la cessione di tutte le azioni privilegiate in circolazione (pari al trenta per cento delle capitale) a favore di sessantacinque fondazioni bancarie ad un prezzo pari al loro valore nominale.

Per effetto anche di alcune modifiche statutarie del 2009², lo statuto della novella società per azioni ha finito per disporre che le azioni privilegiate (tra le altre cose³): (i) sono postergate

superiore al 5% del capitale della società» con automatica sospensione del diritto di voto delle azioni possedute in eccedenza (art. 8, c. 5).

² In vero, il testo originario dello statuto prevedeva, altresì, uno speciale diritto di partecipazione agli utili delle azioni privilegiate ed un correlato diritto di recesso convenzionale per l'ipotesi di mancata distribuzione dei dividendi "minimi" anche in un solo esercizio. In particolare l'art. 30, c. 2, disponeva che «Gli utili netti annuali risultanti dal bilancio, dedotto solo l'importo destinato alla riserva legale, sono ripartiti come segue: a) alle azioni privilegiate viene assegnato un dividendo preferenziale ragguagliato al valore nominale e commisurato al tasso di inflazione (variazione percentuale anno su anno dell'indice dei prezzi al consumo IPCA, base 2001 uguale a 100) relativo all'ultimo mese dell'esercizio cui i predetti utili si riferiscono, in aggiunta ad un tasso pari al 3%; salvo il diritto di recesso previsto al precedente art. 9, qualora in un esercizio sia stato assegnato alle azioni privilegiate un dividendo inferiore alla misura sopraindicata, la differenza è computata in aumento del dividendo preferenziale nei cinque esercizi successivi; b) gli utili rimanenti dei quali l'Assemblea delibera la distribuzione agli azionisti sono destinati prima alle azioni ordinarie, fino a concorrenza del dividendo preferenziale di cui alla precedente lettera a) assegnato alle azioni privilegiate, successivamente, in eguale misura a ciascuna azione ordinaria e a ciascuna azione privilegiata». Correlativamente, l'originario testo dell'art. 9, c. 1, dello statuto prevedeva il diritto dei possessori di azioni privilegiate di recedere «limitatamente al periodo tra il 1 gennaio 2005 e il 31 dicembre 2009, nel caso in cui il dividendo spettante a dette azioni sia stato inferiore, anche per un solo esercizio, al dividendo preferenziale di cui all'art. 30» dello statuto. Ambedue le disposizioni statutarie sono state eliminate da una modifica statutaria del 2009 che ha introdotto all'art. 9, c. 1, il diritto di recesso per l'ipotesi di mancata distribuzione di dividendi per due esercizi consecutivi. La norma statutaria relativa al dividendo preferenziale ("minimo"), pur abrogata, conserva tuttavia piena valenza con riguardo ai meccanismi di calcolo del valore di liquidazione delle azioni privilegiate in ipotesi di recesso, dovendosi tener conto (in aggiunta o in diminuzione del valore nominale) della differenza tra l'entità dei dividendi effettivamente percepiti e la misura dei dividendi "preferenziali" ivi previsti (a norma del combinato disposto dell'art. 9, c. 3, e dell'art. 33 del vigente statuto).

³ Lo statuto, infatti, prevede altresì che i possessori di azioni privilegiate hanno il diritto di votare senza limitazioni sia nelle assemblee ordinarie che in quelle straordinarie (art. 7, c. 3) con la sola eccezione del caso in cui la riduzione del capitale sociale per perdite incida sul vincolo di maggioranza a favore dello Stato (art. 7, c. 5) ed altresì il diritto di nominare tutti i

rispetto alle azioni ordinarie nella partecipazione alle perdite (art. 7, c. 4); (ii) sono «automaticamente convertite in azioni ordinarie a far data dal 1° gennaio 2013»⁴ secondo un rapporto di conversione da determinarsi «sulla base di una perizia del valore effettivo del patrimonio netto della società» considerando come loro valore convenzionale (a tal fine) l'importo nominale (eventualmente) aumentato del dividendo “preferenziale” non percepito ovvero decurtato del c.d. “extradividendo” percepito⁵; (iii) attribuiscono al possessore, nell'eventualità di una determinazione del rapporto di conversione non alla pari, il diritto di «beneficiare di un rapporto di conversione alla pari versando alla società una somma, a titolo di conguaglio azioni, di importo pari alla differenza tra il valore di una azione ordinaria e il valore di una azione privilegiata» (art. 7, c. 10, secondo periodo); (iv) attribuiscono al possessore che non intenda «usufruire della conversione automatica» un diritto convenzionale di recesso dalla società (art. 7, c. 10, terzo periodo) con attribuzione, quale valore di liquidazione, di un importo pari al valore nominale delle azioni aumentato del dividendo “preferenziale” eventualmente non percepito e decurtato del c.d. “extradividendo” eventualmente percepito⁶.

componenti del “Comitato di supporto degli azionisti privilegiati” (art. 22) e la maggioranza dei componenti del “Comitato di indirizzo” (art. 23).

⁴ In vero, il termine originario del 1° gennaio 2010 è stato prorogato, con modifica statutaria del 2009, al 1° gennaio 2013 con contestuale eliminazione del diritto ad un dividendo preferenziale pari al tasso di inflazione maggiorato del tre per cento (previsto dall'originario testo dell'art. 30, c. 2).

⁵ Dividendo “preferenziale” che, come già detto, era pari al tasso di inflazione maggiorato del tre per cento rispetto al valore nominale delle azioni privilegiate (art. 30, c. 2 dell'originario testo dello statuto).

⁶ Invero, la disposizione di cui all'art. 9, c. 3, dello statuto dispone che «In tutti i casi di esercizio del diritto di recesso il valore di liquidazione delle azioni privilegiate risulta pari alla *frazione di capitale sociale* per cui è esercitato il recesso» al netto dei cc.dd. “extra-dividendi” eventualmente percepiti (corsi aggiunti). Il che, ad onor del vero, è previsione di non chiarissima interpretazione letterale laddove il riferimento al *valore* della «*frazione di capitale sociale*» del recedente può essere inteso, ancorché in modo forzato, quale valore *economico* (e non nominale) delle azioni.

3. La richiesta di parere del Ministero

Nell'imminenza dell'avvio della valutazione patrimoniale necessaria per dar corso alla prevista conversione automatica, le fondazioni bancarie sollevano diversi dubbi sulla legittimità della relativa procedura statutaria e, in particolare, sulla commisurazione, ai fini tanto della conversione quanto del relativo recesso convenzionale, del valore delle azioni privilegiate al loro importo nominale.

Il Ministero, preso atto del potenziale rischio di soccombenza giudiziale evidenziato in tre autorevoli pareri⁷, richiede la formale consulenza istituzionale del Consiglio di Stato avendo cura, peraltro, di precisare la propria posizione sulle diverse questioni controverse.

In particolare, il Ministero, nella richiesta di parere, premette che a suo giudizio: *(i)* il diritto di recesso previsto dallo statuto a favore dei possessori delle azioni privilegiate che non intendano subire la prevista conversione automatica delle proprie azioni, è da considerarsi null'altro che un'ipotesi di recesso convenzionale; *(ii)* la nullità prevista dall'art. 2437, c. 6, c.c. per tutte le clausole statutarie volte «ad escludere o rendere più gravoso il recesso» deve riferirsi alle sole cause di recesso legale e non anche a quelle (ulteriori) eventualmente previste dallo statuto; *(iii)* nulla vieta di prevedere un criterio di valorizzazione delle azioni del socio recedente del tutto diverso rispetto a quello legale allorquando si tratti di regolare, com'è nel caso di specie, un caso di recesso non legale.

Sempre ad avviso del Ministero, la liquidazione delle azioni del socio recedente in misura pari al loro valore nominale trova fondamento (e ragionevolezza)⁸ nel fatto che le medesime azioni sono state cedute alle fondazioni bancarie ad un identico prezzo (e non al corrispettivo del loro valore reale) proprio condiderazione di tale valorizzazione convenzionale in ipotesi di

⁷ Commissionati uno dalle fondazioni bancarie (al prof. G. Portale) e due dallo stesso consiglio di amministrazione della Cassa depositi e prestiti S.p.A. (ai proff. P. Marchetti e N. Irti).

⁸ Oltre che nella circostanza che i particolari diritti patrimoniali riservati ai possessori delle azioni privilegiate attenuano sensibilmente il rischio d'impresa che ordinariamente giustifica la valorizzazione patrimoniale prevista dalla legge.

conversione e di recesso⁹. Con la significativa conseguenza che ogni eventuale «ampliamento dei diritti patrimoniali delle fondazioni rispetto a quelli riconosciuti dallo statuto» comporterebbe un ingiustificato arricchimento delle fondazioni stesse, le quali si troverebbero a detenere titoli di valore «superiore al prezzo pagato».

Né ragioni di puro diritto, né motivi di equilibrio contrattuale, dunque, parrebbero minare, a giudizio del Ministero, la «piena validità ed efficacia» delle clausole statutarie incriminate¹⁰. Ciò non di meno, il Ministero chiede anche di chiarire se, nell'ipotesi in cui si ravvisino ragionevoli dubbi di potenziale soccombenza in eventuali giudizi promossi dalle fondazioni bancarie, possa utilmente ricorrersi ad una modifica statutaria volta a riconoscere al recedente «la quota proporzionale degli incrementi patrimoniali» intercorsi tra la data di trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti in società per azioni (*recte* di acquisto delle azioni da parte delle fondazioni bancarie) e quella di conversione delle azioni privilegiate.

4. Il parere del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato¹¹ esclude, preliminarmente, ogni dubbio in ordine all'interpretazione del tenore letterale dell'art. 9, c. 3, dello statuto della società, ritenendo inequivoca la relativa previsione che dispone la valorizzazione delle azioni privilegiate al loro valore nominale sia ai fini del recesso convenzionale che della determinazione del rapporto di conversione¹².

⁹ Come, del resto, espressamente confermato anche dalle perizie estimative redatte in occasione della predetta cessione delle azioni alle fondazioni bancarie.

¹⁰ Le quali, sempre secondo il Ministero, devono quindi essere considerate «conformi a principi di equità ed ai principi inderogabili di diritto societario in materia di valorizzazione delle quote di partecipazione».

¹¹ Non senza aver rilevato che la Cassa depositi e prestiti S.p.A. è da considerarsi «una società per azioni (...) di diritto speciale» e che le azioni privilegiate delle fondazioni bancarie sono senz'altro titoli azionari di categoria speciale ai sensi dell'art. 2348 c.c. non potendo essere *sussumibili*, per diverse ragioni, nella nozione di strumenti finanziari di cui all'art. 2346, ultimo comma, c.c.

¹² Diversamente da quanto rilevato alla precedente nota 6.

Quanto, invece, alla legittimità della predetta clausola statutaria, il Consiglio di Stato sottolinea due diverse circostanze: che la cessione delle azioni privilegiate a favore delle fondazioni bancarie ad un prezzo pari al valore nominale ha trovato giustificazione proprio in tali criteri di valorizzazione degli stessi titoli in caso di conversione o recesso; e che «sussistono (...) argomenti seri per sostenere la validità della clausola», dal momento che la nullità dei patti che rendono più gravoso il diritto di recesso del socio (prevista dall'art. 2437, ultimo comma, c.c.) deve riferirsi alle sole «ipotesi previste dal primo comma» della medesima norma (e, dunque, per le sole cause di recesso legale)¹³.

Ciò non di meno, il Consiglio di Stato non esclude il rischio di potenziale soccombenza con riguardo all'eventuale azione giudiziale delle fondazioni volta ad «ottenere l'accertamento del proprio diritto alla liquidazione di una quota del patrimonio ed un equo apprezzamento della propria partecipazione ai sensi dell'art. 2437 *ter*, comma 6» c.c., per la sostanziale ragione che l'autonomia statutaria in materia di liquidazione delle azioni del socio recedente per ipotesi convenzionali di *exit*, per quanto ampia, non può essere considerata, tuttavia, illimitata¹⁴.

Ed in quest'ottica, particolare enfasi è data al dubbio circa la potenziale assenza di causa dello «spostamento di ricchezza a favore» della stessa Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. (*id est* a favore dell'azionista Stato e a danno delle fondazioni bancarie) che conseguirebbe alla valorizzazione delle azioni privilegiate in misura pari al nominale e, dunque, alla conseguente esclusione di

¹³ Peraltro, considerato che, nel caso di specie, il criterio di liquidazione in deroga è previsto per ogni ipotesi di recesso senza distinzione alcuna, la potenziale illegittimità della clausola («con conseguente prospettazione di una sua nullità parziale») con riguardo alle ipotesi di recesso legale non pare incidere, comunque, sulla piena validità della medesima nella parte ove essa regola il recesso convenzionale dei possessori di azioni privilegiate. Né, sempre secondo il Consiglio di Stato, assume rilevanza decisiva in senso contrario la posizione della dottrina e della giurisprudenza circa l'obbligo di valorizzare le azioni oggetto di un patto di covendita ad un valore almeno pari a quello patrimoniale di liquidazione da recesso legale, dovendosi tener conto della sostanziale differenza tra l'obbligo di soggiacere alla vendita decisa da altri e la facoltatività del recesso convenzionale.

¹⁴ E ciò anche senza voler accedere a quella linea interpretativa (su cui v. *infra*) che limita la facoltà di deroga alle sole modifiche in senso più favorevole al socio.

queste ultime da ogni partecipazione agli incrementi patrimoniali registrati in costanza del (ed anche grazie al) loro apporto patrimoniale (e, peraltro, nella permanenza di un rischio di perdita dell'investimento che, seppur attenuato, non può comunque ritenersi inesistente).

Per tali ragioni, ad avviso del Consiglio di Stato, non si può escludere che la validità della clausola in parola possa essere fondatamente contestata «in nome dell'equo apprezzamento di cui all'art. 1349 cod. civ. richiamato dall'art. 2437-ter, ultimo comma, ed altresì in forza dell'obiettivo "*orientamento al patrimonio*" dei criteri codicistici di liquidazione (*ex art. 2437 ter, c. 4*)»¹⁵. Il che, in definitiva, conduce a ritenere «equo e quindi meritevole di tutela l'interesse» delle fondazioni a vedersi riconosciuta, *in ipotesi di esercizio del proprio diritto di recesso convenzionale*, una quota proporzionale degli incrementi patrimoniali successivi al loro ingresso nella compagine sociale.

Per il Consiglio di Stato, tuttavia, un tale riconoscimento di natura patrimoniale non può essere utilmente attribuito ai possessori di azioni privilegiate con una ordinaria modifica della clausola statutaria relativa, dal momento che una tale variazione dello statuto legittimerebbe l'esercizio del diritto di recesso dei dissenzienti a norma dell'art. 2437, c. 1, lett. f), c.c.; il che, integrando un'ipotesi di recesso legale, esporrebbe la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. al rischio di dover liquidare a favore dei recedenti il valore *patrimoniale* delle azioni stesse¹⁶ in un sostanziale «*circolo vizioso*» che renderebbe il rimedio peggiore del male.

Per l'effetto, il richiesto parere rimette la soluzione del problema ad un auspicato intervento legislativo *ad hoc* e, di conseguenza, trasmette gli atti al Capo del Governo secondo il disposto dell'art. 58 del R.D. 21 aprile 1942, n. 444¹⁷, non

¹⁵ Ma, forse, l'applicabilità del procedimento di cui all'art. 1349 c.c. potrebbe altresì essere invocata in considerazione del generale rinvio «alla legge» contenuto nella disposizione dell'art. 9, c. 4, dello statuto in tema di recesso (ancorché nei limiti di «quanto non espressamente disposto»).

¹⁶ Stante la possibile nullità parziale della clausola statutaria che deroga al criterio legale di valorizzazione delle azioni in ogni ipotesi di recesso e non soltanto nei casi di recesso convenzionale.

¹⁷ Che una tale comunicazione impone «quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta».

mancando, peraltro, di evidenziare la rilevanza del problema al fine di «assicurare al Paese adeguati strumenti di politica industriale».

5. La ratio normativa *ad hoc*

A seguito di un apposito emendamento proposto dal Governo, la legge 17 dicembre 2012, n. 221 (di conversione del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179) ha introdotto al provvedimento recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese una serie di disposizioni aggiuntive (all'art. 36, cc. 3-*bis* e ss.) dirette proprio a modificare le «condizioni economiche per la conversione» delle azioni privilegiate della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

In particolare, la novella legislativa – lungi dall'introdurre norme aventi una qualche portata generale – modifica *ex lege* le regole statutarie della società in materia di conversione delle azioni privilegiate in modo tale da riconoscere alle fondazioni bancarie una quota parte dell'incremento patrimoniale registrato dalla società nel periodo compreso tra la trasformazione *ex lege* in società per azioni e la data di conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie.

Il meccanismo ideato per individuare il “nuovo” rapporto di conversione è articolato e complesso, prevedendosi (al c. 3-*bis*) l'obbligo “statutario” di determinare (entro il 31 gennaio 2013) rispettivamente: 1) il valore patrimoniale della società alla data della trasformazione e alla data del 31 dicembre 2012 secondo apposite perizie di stima; 2) il valore convenzionale delle azioni privilegiate ai fini della conversione in misura pari alla frazione del patrimonio reale della società alla data della trasformazione (frazione a sua volta calcolata quale rapporto tra lo stesso patrimonio ed il valore nominale delle azioni privilegiate); 3) il rapporto di conversione tra azioni privilegiate ed azioni ordinarie quale frazione tra il così individuato valore convenzionale di conversione delle prime ed il valore patrimoniale delle seconde (determinato sulla base del valore patrimoniale complessivo della società alla data del 31 dicembre 2012).

Al fine, peraltro, di consentire alle fondazioni bancarie di conservare comunque l'originaria frazione del capitale sociale anche nel caso in cui il rapporto di conversione risultasse inferiore all'unità, il successivo c. 3-ter attribuisce a ciascuna di esse «la facoltà di beneficiare di un rapporto di conversione alla pari» previa assunzione dell'obbligo di versare (in più *tranche* annuali) a favore della stessa società «una somma, a titolo di conguaglio, di importo pari alla differenza tra il valore di una azione ordinaria e il valore di una azione privilegiata»¹⁸.

Delimitato, poi, il periodo per esercitare il diritto di recesso previsto dallo statuto nei trenta giorni compresi tra il 15 febbraio 2013 ed il 15 marzo 2013, e fissata al 1° aprile 2013 la data della conversione automatica di tutte le azioni privilegiate (detenute da chi non ha *medio tempore* esercitato il relativo diritto di recesso statutario), il c. 3-quater del medesimo articolo sancisce l'obbligo a carico di tutte le fondazioni che non abbiano deciso di recedere di versare a «titolo di compensazione» al Ministero dell'economia e delle finanze un «importo forfetario pari al 50% dei maggiori dividendi corrisposti da CDP, per le azioni privilegiate per le quali avviene la conversione, dalla data di trasformazione in società per azioni, rispetto a quelli che sarebbero spettati alle medesime azioni per una partecipazione azionaria corrispondente alla percentuale di cui alla lettera b) del c. 3-bis».

Il complesso delle articolate previsioni normative introdotte è espressamente giustificato al c. 3-septies, primo periodo con il dichiarato «fine di consolidare la permanenza di soci privati nell'azionariato» della medesima società, tanto che lo stesso comma ha altresì cura di precisare che «Conseguentemente, in caso di recesso, quanto alla determinazione del valore di liquidazione delle azioni privilegiate, si applicano le vigenti disposizioni dello statuto» della Cassa dei depositi e prestiti S.p.A. (c. 3-septies, secondo periodo).

¹⁸ Ma alla medesima finalità risponde anche il disposto del c. 3-octies della medesima norma laddove si attribuisce a ciascuna fondazione bancaria azionista il diritto (singolarmente «trasferibile a titolo gratuito tra le fondazioni bancarie azioniste») di acquistare, nel periodo compreso tra il 1° aprile 2013 e la successiva data di approvazione del bilancio chiuso al 31 dicembre 2012, «dal Ministero dell'economia e delle finanze, che è obbligato a vendere, un numero di azioni ordinarie (...) non superiore alla differenza tra il numero di azioni privilegiate già detenute e il numero di azioni ordinarie ottenute ad esito della conversione» (evidentemente sotto la pari).

5.1. La *ratio* normativa

In buona sostanza, dunque, la novella introduce d'imperio nello statuto della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. (e così escludendo il diritto di recesso che sarebbe altrimenti spettato ai dissenzienti nell'ipotesi di modifica con deliberazione assembleare) un rapporto di conversione più favorevole alle fondazioni bancarie, ma, nel contempo, prevede altresì due distinti "conguagli di conversione" in denaro a loro carico (per l'ipotesi che decidano di non esercitare il loro immutato recesso convenzionale *ante* conversione): l'uno (facoltativo) da versarsi nel caso in cui il rapporto di conversione risulti inferiore all'unità e si preferisca beneficiare di un rapporto di conversione alla pari con conguaglio in denaro («di importo pari alla differenza tra il valore di una azione ordinaria e il valore di una azione privilegiata») e l'altro (obbligatorio) da versarsi in ogni caso a titolo di "compensazione" per i (probabili) maggiori dividendi *medio tempore* percepiti rispetto a quelli di cui si avrebbe avuto diritto se la partecipazione fosse stata valorizzata sin dall'origine a valori reali e non già convenzionali (e pari alla metà del valore complessivo di tali maggiori dividendi).

L'intervento normativo finisce per dare ai diversi interessi in gioco un nuovo equilibrio sinallagmatico attraverso una modifica dei criteri di conversione.

Si è già detto che l'originario assetto contrattuale era stato raggiunto grazie alla duplice scelta, per un verso, di cedere le azioni privilegiate alle fondazioni bancarie ad un prezzo pari al loro valore nominale nonostante il (presunto e presumibile) maggior valore reale delle stesse e, per altro verso, di affidare alla prevista futura conversione automatica di tali azioni il compito di determinare l'effettivo sinallagma della complessa operazione di cessione delle azioni e di loro successiva conversione¹⁹.

¹⁹ Una tale scelta era certamente dovuta all'urgenza di "privatizzare" in senso sostanziale la Cassa Depositi e Prestiti nel momento stesso della sua "privatizzazione formale" (ossia della trasformazione in società per azioni) senza attendere l'esito della (necessariamente non breve) valorizzazione preliminare dei valori reali dei beni ceduti.

Al fine, peraltro, di evitare che l'azionista "privato" si trovi ad ottenere, all'esito della così prevista conversione, un numero di azioni ordinarie considerato non congruo rispetto al "prezzo convenzionale" già pagato per ciascuna azione speciale, lo statuto riservava (e riserva tutt'ora) ai possessori di azioni speciali un particolare diritto di recesso che – assicurando il diritto di ottenere la somma originariamente investita nell'acquisto dei titoli – intendeva chiaramente neutralizzare (o, quanto meno, ridurre significativamente²⁰) l'ordinaria alea normalmente connessa allo *status* di socio delle società (di capitali e non) per effetto del sostanziale esonero dal rischio di perdita dell'investimento²¹.

Benché un tale assetto contrattuale fosse, perlomeno in astratto, certamente funzionale al perseguimento di interessi meritevoli di tutela e, in linea di principio, non contrastante con nessuna norma imperativa del diritto civile, la scelta di rimettere integralmente allo statuto la regolamentazione del complesso dei rapporti intercorrenti tra i possessori di azioni speciali e l'azionista ordinario Stato ha fatto sorgere non poche perplessità circa la compatibilità delle conseguenti regole statutarie con il sistema normativo delle società di capitali²².

Ed è, infatti, al solo fine di scongiurare la possibile soccombenza giudiziale nelle eventuali azioni promesse al fine di accertare l'illegittimità delle opzioni statutarie originariamente adottate che il Consiglio di Stato ha suggerito, cautelativamente, di modificare con una norma primaria *ad hoc* il predetto equilibrio di interessi al fine di riconoscere all'azionista receduto

²⁰ La pur ampia postergazione nelle perdite assicurata alle azioni privilegiate non esclude, difatti, il rischio di perdita dell'investimento nei casi (limite) di impossibilità di esercizio del diritto di *exit* per scioglimento della società e/o per avvio di procedure concorsuali.

²¹ Tuttavia, in una chiara logica compensativa del minor rischio così riservato all'azionista privilegiato, lo statuto negava ogni diritto di quest'ultimo di partecipare – in ipotesi tanto di recesso quanto di conversione delle sue azioni – agli incrementi patrimoniali registrati dalla società sino alla conversione delle azioni speciali in azioni ordinarie.

²² Nessun dubbio, infatti, si sarebbe posto se si fosse scelto di procedere al riequilibrio successivo dei valori in gioco attraverso convenzioni parasociali aventi ad oggetto opportune opzioni di acquisto e di vendita di azioni a valori da determinarsi secondo le risultanze di apposite perizie estimative del valore reale dei beni originariamente ceduti ad un prezzo convenzionale.

una frazione degli incrementi patrimoniali *medio tempore* realizzati dalla società²³.

Ciò non di meno, il legislatore ha lasciato intatto il predetto meccanismo di liquidazione delle azioni in ipotesi di recesso (e, dunque, con esso anche il relativo rischio di contenzioso sfavorevole²⁴), preferendo modificare i termini stessi dell'originario assetto negoziale attraverso la previsione dell'obbligo di convertire le azioni speciali non già (come era originariamente previsto) secondo un rapporto di conversione determinato sulla base del valore reale delle azioni ordinarie al momento della conversione e del valore nominale delle azioni privilegiate, ma, all'opposto, riconoscendo anche alle azioni speciali il loro "valore reale" all'atto della conversione. Il tutto previa individuazione *a posteriori* della percentuale di partecipazione "teorica" al capitale della società che dette azioni avrebbero avuto se fossero state emesse – e poi cedute – non già al valore nominale ma al loro valore reale (e applicando detta percentuale "teorica" al valore patrimoniale della società al 31 dicembre 2012).

Considerato, tuttavia, che i possessori delle azioni convertende hanno potuto, *medio tempore*, beneficiare della (presumibilmente) più alta partecipazione "convenzionale" al capitale sociale rispetto a quella che avrebbero ottenuto se la valorizzazione dell'investimento fosse avvenuto *ab origine* a valori reali, il legislatore – in un chiaro tentativo di "mediazione" tra interessi contrapposti – ha altresì sancito l'obbligo a carico degli azionisti privilegiati che intendano permanere in società di versare un "conguaglio di conversione" pari alla metà del maggiore dividendo percepito rispetto a quello a cui avrebbero avuto diritto se la partecipazione fosse stata valorizzata sin dall'origine a valori reali e non convenzionali²⁵.

²³ Finalità che, in vero, si sarebbe potuta conseguire anche semplicemente prevedendo che il valore di liquidazione delle azioni del socio receduto avrebbe dovuto tener conto, oltre che del valore nominale delle relative azioni, anche della quota parte dell'eventuale incremento patrimoniale ascrivibile a ciascuna azione privilegiata.

²⁴ Il dubbio circa la validità della clausola di recesso convenzionale che delega *in peius* ai criteri legali di valorizzazione delle azioni resta aperto, infatti, all'esito della novella, esattamente nei medesimi termini evidenziati anteriormente.

²⁵ "Conguaglio di conversione", peraltro, che – essendo formalmente imposto a titolo di una non meglio precisata "compensazione" – sembra trovare una possibile giustificazione soltanto nella circostanza che il nuovo rapporto di con-

Ratio e portata della nuova disposizione normativa confermano, dunque, che l'intento perseguito dal legislatore è (come, peraltro, espressamente dichiarato) unicamente quello di scongiurare il rischio di un ampio esercizio del diritto di recesso da parte delle fondazioni bancarie (indipendentemente da ogni dubbio circa i relativi criteri di liquidazione), lasciando, tuttavia, intatto lo spinoso problema teorico evidenziato dal Consiglio di Stato.

L'efficacia della soluzione individuata non potrà che essere giudicata in base all'esito delle scelte concrete che le fondazioni bancarie decideranno di adottare.

Il dubbio, tuttavia, che il rimedio possa essere tutt'altro che risolutivo non può essere escluso, se non altro per le inedite e delicate questioni interpretative che la novella solleva in punto di sua compatibilità rispetto tanto alle norme costituzionali quanto a quelle comunitarie (soprattutto in materia di aiuti di stato)²⁶.

versione attribuisce (o meglio finirà presumibilmente per attribuire) alle azioni convertende un maggior valore "teorico" rispetto a quello originariamente previsto dallo statuto.

²⁶ Senza alcuna pretesa di completezza, basti dire che la novella finisce per riconoscere ai soli soci privati che decidano di non recedere il diritto di partecipare agli incrementi patrimoniali della società e, dunque, correlativamente per negare ogni eguale diritto ai soci privati che, al contrario, decidano di avvalersi del diritto di recedere dalla società. Il che – se può essere considerata scelta che non urta con il quadro costituzionale italiano alla luce della rilevanza della società in parola per le superiori finalità di politica economica ed industriale – è disposizione che pone più di qualche incertezza alla luce del divieto comunitario di concedere aiuti di stato alle imprese private (nel caso, le fondazioni bancarie "agevolate" nella loro permanenza nella compagine sociale). Di contro, impone per legge a chi già partecipa al capitale di una società per l'azioni obbligo di effettuare ulteriori versamenti oltre a quelli volontariamente assunti sottoscrivendo il capitale sociale (nel caso di specie il conguaglio di conversione al non meglio definito "titolo di compensazione") è scelta quanto meno asistemica rispetto al diritto societario vigente (ove una tale imposizione è unanimemente esclusa: v. *infra*) e particolarmente grave ove si consideri che al socio che non intenda subire il predetto obbligo è imposto un diritto di recesso convenzionale penalizzante rispetto a quello che gli sarebbe spettato se la modificazione statutaria fosse stata adottata secondo le ordinarie regole maggioritarie e non per via legislativa (e si è già detto che il Consiglio di Stato, rilevata la non sicura liceità della clausola statutaria ha ritenuto necessario l'intervento normativo *ad hoc* proprio in considerazione dell'altrimenti inevitabile diritto di recesso *legale* del dissenziente e della certa applicazione, in tal caso, del criterio legale di liquidazione delle azioni per la certamente invocabile nullità parziale a norma dell'art. 2437, ultimo comma, c.c. della relativa previsione statutaria in deroga per ogni ipotesi di recesso e non solo per quelle convenzionali).

Lasciando a più approfondite riflessioni ogni indagine al riguardo, in questa sede resta da svolgere qualche considerazione in merito ai problemi interpretativi originariamente sollevati dal parere del Consiglio di Stato, se non altro in considerazione del fatto che essi sono suscettibili di presentarsi identicamente con riguardo a qualunque società per azioni retta dal diritto comune.

6. Le questioni controverse

La complessiva vicenda appena ricostruita si snoda intorno a due diverse fattispecie variamente collegate: da un lato, il recesso convenzionale retto da un criterio di liquidazione delle azioni derogante *in peius* a quello legale e, dall'altro lato, la conversione automatica delle azioni speciali in azioni ordinarie secondo un rapporto di concambio determinato *a posteriori* sulla base dei criteri fissati *ex ante* nello statuto.

Benché, come si è detto, la *querelle* tragga certamente origine dalla clausola statutaria di automatica conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie, in verità nessuno dei dubbi sottoposti al vaglio del Consiglio di Stato e da questo esaminati attiene alla legittimità dei criteri statuari di determinazione convenzionale del rapporto di “concambio” tra azioni privilegiate ed azioni ordinarie. Tutti i nodi problematici posti a giustificazione della richiesta di parere del Consiglio di Stato e da questo considerati rilevanti per sollecitare l'intervento del legislatore hanno, infatti, ad oggetto (come più volte detto) l'ampiezza della pur riconosciuta libertà statutaria di derogare (*in peius*) ai criteri legali di valorizzazione delle azioni del socio receduto.

Convieni, dunque, partire proprio da tali dubbi, lasciando alle considerazioni conclusive qualche osservazione sulla convertibilità azionaria.

6.1. I limiti alla libertà statutaria di prevedere diritti di recesso convenzionale caratterizzati da criteri di liquidazione delle azioni diversi rispetto a quello legale

È noto che con la riforma del 2003, il sistema normativo delle società di capitali ha radicalmente mutato rotta con riguardo sia all'ampiezza che alla funzione del diritto di recesso²⁷.

L'impostazione del codice del 1942 vedeva nel diritto del socio di abbandonare l'organizzazione collettiva l'*extrema ratio* concessa al singolo avverso le decisioni della maggioranza aventi ad oggetto le variazioni delle "basi essenziali del contratto sociale"²⁸ (e, dunque, i casi limite di modifica dell'oggetto sociale, di trasformazione e di trasferimento della sede legale all'estero)²⁹. Con la riforma, invece, si è preferita l'idea di affidare al diritto di recesso la funzione di garantire il disinvestimento del socio in

²⁷ Tanto che, per C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, seconda edizione, Milano, 2009, 33 l'istituto ha subito una vera e propria «rivoluzione copernicana».

²⁸ Per una visione d'insieme della sterminata letteratura in argomento v., per tutti, G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6*, Torino, 1993, 103 s., n. 32.; G. GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6*, Torino, 2000, 134 e D. GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000 e, con particolare riguardo alla valorizzazione del principio di conservazione della società, G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 202.

²⁹ Che l'elenco di cui al previgente testo dell'art. 2437 c.c. avesse natura tassativa era conclusione assolutamente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza in considerazione vuoi della necessità di assicurare tutela all'integrità del capitale, vuoi del *favor* verso la sopravvivenza dell'impresa collettiva, vuoi ancora della generale vincolatività delle delibere assembleari per tutti i soci. Sul punto, cfr., tra le molte decisioni, App. Milano, 12 marzo 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2103, con nota di Luoni; App. Milano, 16 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 449, con nota di Zagra; Trib. Como, 11 ottobre 1993, in *Società*, 1994, 248; Trib. Milano, 9 settembre 1991, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 63. Tra coloro che, invece, ammettevano cause di recesso convenzionali, v. G. TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, 156 ss.; U. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 15, Torino, 1985, 86 e R. NOBILI - M.S. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, 6*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2000 (ristampa), 437 ss.

ipotesi di modificazioni sostanziali delle condizioni di rischio dell'iniziativa economica comune⁵⁰.

In questa chiave di lettura, dunque, i presupposti del diritto di recesso legale sono stati significativamente ampliati così, tuttavia, rimettendo al volere della maggioranza decisioni che, in precedenza, si ritenevano condizionate al necessario consenso unanime dei soci (come nel caso, ad esempio, della revoca dello stato di liquidazione e della introduzione di vincoli alla circolazione delle azioni).

Coerentemente con la nuova funzione dell'istituto – passato da mero strumento di garanzia avverso decisioni tutto sommato rare a vero e proprio ordinario meccanismo di agevole disinvestimento per variazioni organizzative ben più frequenti – il legislatore del 2003 si è altresì premurato, per un verso, di garantire al recedente l'attribuzione del valore "reale" del proprio investimento e, per altro verso, di consentire espressamente all'autonomia statutaria delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio la previsione di cause di recesso «ulteriori» (senza altra specificazione).

In ordine al primo aspetto⁵¹, l'art. 2437-ter c.c. precisa che il valore di liquidazione delle azioni del recedente è determinato

⁵⁰ Sul punto, tra i molti, v. P. SPADA, *C'era una volta la società...*, in *Riv. not.*, 2004, 10, per il quale occorre valorizzare il disposto dell'art. 2437-*quater* c.c. laddove il recesso è delineato come una «consecuzione di opzioni di vendita, a prezzo "amministrato" dalla legge, dell'azionista ai consoci, ai terzi ed alla società», opzioni che sono in protestate dell'azionista al verificarsi di eventi che, per legge e/o per statuto, sono apprezzabili come capaci di alterare il di lui interesse alla persistenza nella "sua" compagine sociale» e, più in generale, G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 160, per il quale «nelle ipotesi alle quali è ricollegato il diritto di recesso è possibile rinvenire la fissazione normativa dei limiti oltre i quali il socio, pur continuando a partecipare alla medesima società, finisce tuttavia per non partecipare più al medesimo investimento». Sul punto v. anche A. DENTAMARO, *Il diritto al disinvestimento nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 342; S. CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 243 ss. e, da ultimo, C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., *passim*, ove ulteriori ampi riferimenti.

⁵¹ L'originario testo dell'art. 2437 c.c. stabiliva che il valore di liquidazione della quota del socio recedente doveva essere determinato sulla base del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio. In argomento, tra i molti, cfr. C. GIANNATTASIO, *Liquidazione della quota del socio receduto, competenza degli organi sociali*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1705 ss.; P.G. JAEGER, *Deroghe alle valutazioni «legali» di bilancio in presenza di «speciali ragioni»*, in

«tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato» (c. 2)³² e che «lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione» a condizione che indichi «gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione» (c. 4)³³.

Giur. comm., 1974, I, 5 ss.; G. FERRI, *Recesso del socio e speciali ragioni di deroga ai criteri legali di valutazione nel bilancio di esercizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 134 ss.; L. DE ANGELIS, *Sui criteri di valutazione delle azioni del socio recedente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1521 ss.; R. ADANI, *Rimborso di azioni espropriate e art. 2437 c.c.: profili di incostituzionalità*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 523 ss.; G. PRESTI, *Questioni in tema di recesso nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 100 ss.; M.C. CARDARELLI, *Il diritto di recesso nella disciplina societaria*, in *Studi senesi*, 1985, 328 ss.; D. SPEDICATI, *Il diritto di recesso: il rimborso del recedente*, in *Riv. soc.*, 1993, 681 ss.; A. MONTESANO, *Recesso del socio di s.r.l.: criteri e termine di liquidazione della quota*, in *Società*, 1996, 846 ss.; D. GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, cit., 388 ss.; A. ZORZI, *Revoca della liquidazione a maggioranza e diritto di recesso*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 109 ss.; M. SANTORO, *Recesso del socio e criteri di ricalcolo del rimborso delle azioni*, in *Società*, 2001, 311 ss.; M. CAVALLO, *La liquidazione della quota del socio receduto nelle società quotate in borsa*, in *Riv. not.*, 2003, 191 ss.; F. FUNARI, *Recesso da società non quotata e criteri di valorizzazione delle azioni da rimborsare*, in *Società*, 2002, 1239 ss., mentre in giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 10 settembre 1974, n. 2454, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 134; Trib. Milano, 2 maggio 1996, in *Foro it.*, 1998, I, c. 262 e Cass., 22 aprile 2002, n. 5850, in *Società*, 2002, 1239 ss. Per una diversa impostazione rispetto all'opinione dominante v., però, M. TRONTI, *In tema di rimborso delle azioni al socio che recede da una società per azioni*, in *Contratto e impresa*, 1996, 419 ss.; L.A. BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002, 228; G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, cit., 154 ss.

³² Sul concreto significato dell'espressione normativa, per tutti, v. l'ampia disamina di M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. soc.*, 2005, 369, ove anche i necessari riferimenti alla dottrina aziendalistica circa i metodi di valutazione del patrimonio e della capacità reddituale della società.

³³ Sui criteri di liquidazione della quota dopo la riforma cfr. S. CARMIGNANI, *Commento all'art. 2437-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, tomo II, vol. 2, Torino, 2003, 890 ss.; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437-ter c.c.*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. **, Bologna, 2004, 1420 ss.; S. MASTURZI, *Riflessi finanziari e patrimoniali del recesso del socio*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, 125 ss.; A. PACIELLO, *Commento all'art. 2437-ter*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 1125 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Circolazione delle partecipazioni e prezzo di trasferi-*

Quanto, invece, al recesso convenzionale, il legislatore si preoccupa unicamente di stabilire che il recesso «con preavviso» (*id est ad nutum*) è consentito unicamente per le società «non quotate» costituite «a tempo indeterminato» (art. 2437, c. 3, c.c.) lasciando, per il resto, integralmente all'interprete il compito di individuare eventuali ulteriori limiti posti dal sistema all'autonomia privata sul punto³⁴.

Limiti che, peraltro, non sono condizionati dal disposto dell'art. 2437, ultimo comma, c.c. il quale, coerentemente con il mutato quadro normativo, prescrive la nullità di «ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso» per le sole «*ipotesi previste dal primo comma*» del medesimo art. 2437 c.c., ossia per i soli casi di recesso legale inderogabile³⁵.

mento, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 273 ss.; M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 389 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio da società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 291 ss.; M. CARATTOZZOLO, *Criteri di valutazione delle azioni del socio recedente nelle s.p.a.*, in *Società*, 2005, 1209 ss.; F. CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi ed applicativi*, in *Riv. soc.*, 2005, 487 ss.; M. CHIRILLI, *Diritto di recesso e rimborso delle azioni nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2005, II, 141 ss.; P. IOVENITTI, *Il nuovo diritto di recesso: aspetti valutativi*, in *Riv. soc.*, 2005, 459 ss.; P. PISCITELLO, *Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso di società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 518 ss.; V. SALAFIA, *Il recesso dei soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, 417 ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 123 ss.; C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 154 ss.; G.V. CALIFANO, *Il recesso nelle società di capitali*, Padova, 2010, 94 ss.; D. GALLETTI, *Commento all'art. 2437-ter*, in *Codice Commentato delle società* a cura di N. Abriani e M. Stella Richter, Milano, 2010, 1639 ss.; G. SCARCHILLO, *Commento all'art. 2437-ter*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 421 ss.

³⁴ Ed in dottrina, sul punto, si discute soprattutto dell'ammissibilità del recesso convenzionale *ad nutum* per le società contratte a tempo determinato: tra i molti cfr. M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, cit., 395; A. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 372; A. DACCÒ, *Il diritto di recesso: limiti dell'istituto e limiti dell'autonomia privata nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 485 (con riguardo alle società a responsabilità limitata); M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, cit., 338 ss.; C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 198 ss. ove ulteriori riferimenti.

³⁵ La norma, infatti, non trova applicazione per le due cause di recesso legale previste dal c. 2 della medesima disposizione (per la proroga del termine e

L'innovativo sistema normativo così delineato ha inevitabilmente fatto insorgere, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, una pluralità di questioni controverse, tra le quali, prima di tutte, quelle relative sia alla portata del divieto di cui all'ultimo comma dell'art. 2437 c.c. sia alla conseguente ampiezza dell'autonomia statutaria in merito alla fissazione di criteri di liquidazione diversi da quello legale.

Secondo alcuni, infatti, dall'assenza di ogni specificazione nel testo della norma che consente la deroga al criterio di liquidazione legale, discende la conseguenza che la relativa facoltà è ammessa in ogni ipotesi di recesso purché, tuttavia, in senso più favorevole al socio, stante l'esistenza di un generale principio ricavabile dal sistema che ancora la liquidazione delle azioni al loro valore reale³⁶.

Di contro, secondo altri, il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2437 c.c. limita l'autonomia statutaria a garanzia del socio recedente soltanto con riguardo ai casi di recesso legale inderogabile (di cui al c. 1 della medesima disposizione), così lasciando alla libera determinazione dei privati la fissazione di criteri di valutazione alternativi per tutte (e soltanto) le ipotesi di recesso convenzionale (e, presumibilmente, per i due casi di recesso legale derogabile di cui all'art. 2437, c. 2, c.c.)³⁷.

l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni) le quali possono essere oggetto di espressa deroga statutaria. Ritiene che, nonostante il tenore letterale della disposizione, il divieto debba estendersi a tutti i casi di recesso legale inderogabile previsti dalla legge M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, cit., 335-336, in considerazione della «natura indisponibile del diritto di recesso quale estremo strumento di tutela della minoranza a fronte del potere della maggioranza».

³⁶ Cfr. M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso ed autonomia statutaria*, cit., 395, per il quale la valutazione secondo il criterio statutario non potrebbe mai condurre ad un importo inferiore a quello derivante dall'utilizzazione del criterio legale; D. GALLETTI, *Commento all'art. 2437-ter*, in *Codice Commentato delle società*, cit., 1639 ss.; ID., in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 1595; C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 200 ss.

³⁷ Nel senso che i criteri di liquidazione delle azioni sono derogabili in ogni senso e senza limiti con riguardo ai casi di recesso derogabile e convenzionale mentre possono essere variati statutariamente soltanto in senso più favorevole al socio nei casi di recesso legale inderogabile cfr. L. SALVATORE, *Il "nuovo" diritto di recesso nelle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2003, 629 ss.; G. SCARCHILLO, *Commento all'art. 2437-ter*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Cendon, cit., 421 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio da società di capitali*, 314; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437-ter c.c.*, in

Non mancano, peraltro, posizioni intermedie e variamente differenziate volte ad affermare, alternativamente, che: (i) l'autonomia statutaria non può mai derogare (né *in melius* né *in peius*) ai criteri legali di liquidazione della quota potendo, al contrario, soltanto «specificare il contenuto concreto dei parametri legali restringendo i margini di discrezionalità tecnica di cui godono gli amministratori nell'ambito del procedimento di valutazione»³⁸; (ii) la facoltà di deroga è generale e riguarda anche le stesse cause di recesso legale inderogabile, non potendosi con certezza distinguere *a priori* «tra deroghe “migliorative” e deroghe “peggiorative” dei criteri legali di liquidazione delle azioni»³⁹; (iii) la legge fissa unicamente un generale (ed invalicabile) limite superiore rappresentato dal valore di mercato delle azioni⁴⁰.

AA. VV., *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, cit., 1420 ss.; G. DE NOVA, *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 329 ss.; L. ENRIQUES - S. SCIOLLA - A. VAUDANO, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in AA.VV., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, Milano, 2004, 766. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano (decr.), 27 ottobre 2004, in *Giur. milanese*, 2004, 476 ss. che esclude la legittimità della clausola che ancora il recesso al valore risultante dal bilancio d'esercizio e Trib. Torino, 26 novembre 2004, secondo cui «È legittima e non contrasta con alcuna norma imperativa la deliberazione dell'assemblea straordinaria che introduca nello statuto una disciplina convenzionale del diritto di recesso che individui criteri per la liquidazione della quota migliorativi rispetto alla previsione normativa». Sembra ammettere la derogabilità anche *in peius* dei criteri legali di liquidazione delle azioni anche nei casi di recesso legale inderogabile, S. CARMIGNANI, *Commento all'art. 2437-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, cit., 891.

³⁸ Così, in particolare, C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 203, ma nello stesso senso già M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. soc.*, 2005, 414 ss. e V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2007, 236 ss.

³⁹ Così ancora M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, cit., 418 con espresso riferimento all'ipotesi di predeterminazione statutaria del valore assoluto di liquidazione dell'azione (riprendendo uno spunto di M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, cit., 411, testo e n. 67.

⁴⁰ A. PACIELLO, *Commento agli artt. 2437-2437-sexies*, cit., 1126 e C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 201 ss.

Ciascuna delle diverse impostazioni concettuali che animano ancora oggi il dibattito può contare su elementi di sostegno di varia portata e natura. Sicché, si sarebbe certamente salutato con favore un intervento normativo di diritto comune volto a risolvere in via generale il problema interpretativo sollevato. Poiché, tuttavia, l'occasione non è stata sfruttata, l'individuazione dell'effettiva portata del combinato disposto delle diverse norme interagenti sul punto continua ad essere affidata al solo lento (ed inevitabilmente incerto) operare della giurisprudenza.

Pur non essendo questa la sede per prendere posizione su una questione così articolata e complessa, occorre, non di meno, rilevare che la soluzione più garantista⁴¹ finisce per desumere da una lettura sistematica delle diverse regole che governano l'abbandono individuale dell'iniziativa collettiva l'esistenza di un inderogabile principio generale volto a negare all'autonomia privata la possibilità di individuare soluzioni *ad hoc* per ipotesi di recesso particolari ed ulteriori rispetto a quelle legali. E ciò nonostante un complessivo quadro normativo (a torto o a ragione) chiaramente informato alla più ampia modulabilità dell'assetto organizzativo delle società per azioni⁴².

In estrema sintesi, chi ritiene che al socio debba sempre essere assicurato quanto meno il valore *attuale* del proprio investimento azionario (o, se si preferisce, la frazione ideale del patrimonio della società all'atto dello scioglimento del vincolo sociale) fa leva su un'osservazione di fondo: se la *ratio* del divieto (pur formalmente riferito ai soli casi di recesso legale inderogabile) di cui all'ultimo comma dell'art. 2437 c.c. è quella di assicurare all'istituto la funzione di strumento di disinvestimento del socio nelle diverse ipotesi previste dalla legge o dallo statuto, i limiti all'autonomia statutaria in punto di determinazione di

⁴¹ Secondo cui al socio che recede deve essere assicurato almeno il valore reale del proprio investimento *in tutti i casi di recesso* e non soltanto nelle sole ipotesi legali.

⁴² Su cui, tra i moltissimi, cfr. R. SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 69; F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 36 ss. e, in senso critico, G. ROSSI - A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 1 ss.

criteri alternativi di liquidazione delle azioni del recedente⁴³ devono essere estesi ad ogni ipotesi di recesso e non soltanto a quelle legali inderogabili di cui all'art. 2437, c. 1, c.c.⁴⁴.

In questa stessa logica è diffusa l'idea che il criterio legale di valutazione di cui all'art. 2437-ter c.c. assurga a vero e proprio parametro di riferimento per la valorizzazione delle azioni *in tutte le ipotesi di uscita del socio dall'iniziativa societaria*, soprattutto al fine di evitare che un criterio diverso finisca per privare il socio dell'insopprimibile diritto (o obbligo) di partecipare agli incrementi (o ai decrementi) patrimoniali *medio tempore* intercorsi, in aperta violazione del generale divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c. e, in definitiva, della stessa causa del contratto di società delineata dall'art. 2247 c.c.⁴⁵.

⁴³ Nella parte dell'art. 2437-ter, c. 4, c.c. ove si precisa che lo statuto può – soltanto – indicare «gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione».

⁴⁴ Per un'ampia esemplificazione del complessivo ragionamento così sinteticamente descritto cfr. C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, cit., 201-202, ove l'osservazione secondo cui «poiché l'introduzione di nuovi casi di recesso è funzionale a estendere la sfera di applicazione dell'istituto nel rispetto della sua *ratio*, non è legittima l'adozione di criteri di calcolo della quota di liquidazione che si pongono in contrasto con la medesima» potendo l'autonomia statutaria soltanto «limitare la discrezionalità degli amministratori nell'applicazione del criterio legale» e non anche fissare «parametri basati su valori del tutto indipendenti dal capitale economico della società (si pensi, ad esempio, a un criterio che imponesse il rimborso delle partecipazioni sulla base del valore nominale delle stesse)» (*ivi*, n. 245). Nello stesso senso, tra i molti, v. anche S. MASTURZI, *Riflessi finanziari e patrimoniali del recesso del socio*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di C. Montagnani, cit., 142-143.

⁴⁵ Se è vero, infatti, che il diritto di partecipare alla divisione del patrimonio residuo di liquidazione della società è, in considerazione del chiaro disposto dell'art. 2350, c. 1, c.c., diversamente modulabile dallo statuto tra diverse categorie di azioni, è altresì indubbio che un tale diritto è «comunque insopprimibile» per la «precisa rilevanza causale» della norma nel quadro delle disposizioni sull'essenzialità del lucro soggettivo (cui si ispira il divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c.): così C.F. GIAMPAOLINO, «Nuove» *funzioni e questioni delle azioni di categoria*, cit., 638, per il quale il potere della maggioranza di non distribuire l'utile di esercizio in tanto è possibile in quanto il diritto alla quota di liquidazione non sia eliminato, dovendosi escludere che il potere di «rinvio della distribuzione – in astratto possibile – determini la frustrazione della causa lucrativa». Per una diversa impostazione v., tuttavia, A. STAGNO D'ALCONTRES,

Ed è, dunque, questa la ragione per la quale si ritiene che occorra riferirsi a tale parametro non soltanto nei (testualmente previsti) casi del riscatto azionario⁴⁶ e dell'obbligo di acquistare le azioni del socio cui è negato il mero gradimento al trasferimento delle proprie azioni (art. 2355-*bis*, c. 2, c.c.)⁴⁷ ma, anche,

Commento all'art. 2353 c.c., in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 321. Più in generale, sulla portata del divieto di cui all'art. 2265 c.c. cfr., tra i molti, G. MINERVINI, *Partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, 771 ss.; N. ABRIANI, *Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994, 115 ss. e, da ultimo, E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Milano, 2004, 56 ss. ove ampi riferimenti cui adde, da ultimo, C.F. GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, 170 ss.

⁴⁶ Ove l'art. 2437-*sexies* c.c. ha ora cura di rinviare espressamente alla medesima disposizione. Sul nuovo istituto introdotto con la riforma del 2003, v. tra i molti, A. PISANI MASSARMOMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1308; L. ENRIQUES, *Spunti in tema di strumenti finanziari partecipativi e ibridi e di azioni correlate e riscattabili (con un caveat sulle trasformazioni elusive da s.r.l. a s.p.a.)*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. de Tilla, G. Alpa, S. Patti, Milano, 2003, 115 ss.; S. PESCATORE, *Le azioni riscattabili e le azioni correlate, ibidem*, 89 ss.; G. OPPO, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 61 ss.; D. GALLETTI, *Commento all'art. 2437-*sexies* c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 1634 ss.; A. PACIELLO, *Commento all'art. 2437-*sexies* c.c.*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, vol. II, Napoli, 2004, 1145 ss.; V. ALLEGRI, *Categorie di azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 247 ss.; U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in *Riv. soc.*, 2004, 1091 ss.; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. **, Bologna, 2004, 1445 ss.; M. CENTONZE, *Riflessioni sulla disciplina del riscatto azionario da parte della società*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, 50 ss.; L. CALVOSA, *L'emissione di azioni riscattabili come tecnica di finanziamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 200 ss.; E. MALIMPENSA, *I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 226 ss.

⁴⁷ Sul tema specifico dell'obbligo di acquisto cfr., soprattutto, L. STANGHELLINI, *Commento all'art. 2355-*bis* c.c.*, in *Azioni. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, 578 ss.; D. CORAPI, *Clausole di mero gradimento e clausole di prelazione*, in *Società*, 2005, 833 ss.; M. CALLEGARI, *Le azioni e le regole di circolazione*, in *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 115 ss. e L. DELLI PRISCOLI, *L'uscita volontaria del socio dalle società di capitali*, Milano, 2005, 188, mentre, sull'ampio problema dei limiti alla circolazione

secondo molti⁴⁸, dell'atipica previsione statutaria di clausole di c.d. "covendita"⁴⁹.

Qualora, infatti, lo statuto preveda l'obbligo a carico di alcuni o di tutti i soci (cc.dd. "trascinati") di vendere le proprie partecipazioni nell'ipotesi in cui altri soci (i cc.dd. "trascinatori") decidano di aderire ad una proposta di un terzo avente ad oggetto l'acquisto della totalità (o di una certa frazione, normalmente di maggioranza) delle azioni della società, l'obbligo del socio c.d. "trascinato" di vendere le proprie azioni alle condizioni offerte al (e negoziate dal) socio c.d. "trascinatore" (senza, dunque, poter partecipare alle trattative) è considerato compatibile con il sistema soltanto a condizione che gli sia

delle azioni, tra i moltissimi, v. A. TUCCI, *Limiti alla circolazione delle azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Torino, 2006, 617 ss.; C.A. BUSI, *Le clausole di prelazione statutaria nella s.p.a.*, in *Riv. not.*, 2005, 453 ss.; V. MELI, *Commento all'art. 2355 bis c.c.*, in *Società di capitali. Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres*, 2004, vol. I, Napoli, 2004, 336 ss.; D. VATTERMOLI, *Commento all'art. 2355 bis c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, t. 1, Torino, 2003, 174 ss.

⁴⁸ La conclusione, tuttavia, non è pacifica: per l'opposta tesi v. (con varietà di argomentazione) C.F. GIAMPAOLINO, *Clausola di co-vendita (drag-along) ed "equa" valorizzazione dell'azione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, 524 (per il quale la correzione dell'eventuale effetto espropriativo conseguente ad un prezzo inferiore potrebbe ben essere rappresentata dal ricorso all'istituto di cui all'art. 1349 c.c.); N. DE LUCA, *Validità delle clausole di trascinamento ("drag along")*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 180 ss. (per il quale il socio obbligato a subire la vendita ad un prezzo iniquo ha titolo soltanto al risarcimento del danno patito per effetto del comportamento sleale del titolare del diritto di trascinamento qualora il minor prezzo sia imputabile ad un comportamento colposo o doloso di questi); L. FABBRINI, *Validità delle clausole statutarie di drag along*, cit., 1034 ss.; E. MALIMPENSA, *L'obbligo di co-vendita statutario (drag-along): il socio obbligato ha davvero bisogno di tutela?*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, II, 377 ss. e G. GUERRIERI, *Questioni aperte in tema di prelazione statutaria*, cit., 848, n. 60

⁴⁹ Sul tema, oltre agli autori già richiamati, v. anche A. PEDERSOLI, *Sindacati di blocco: validità, tipi ed effetti*, in *Sindacato di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. Bonelli e P.G. Jaeger, Milano, 1993, 238; E. FREGONARA, *Le clausole di mero gradimento nel nuovo sistema societario tra «apertura» e «chiusura»*, in *Contratto e impresa*, 2003, 1319 ss. e 1323-1324; C.F. GIAMPAOLINO, *Stabilizzazione della compagine e clausole di lock up sociali e parasociali*, in *Riv. soc.*, 2008, 148 ss.; P. DIVIZIA, *Clausole statutarie di co-vendita e trascinamento*, in *Notariato*, 2009, 157 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Patti di co-vendita (tag along e drag along)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 394 ss. e, per taluni aspetti, P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008, 172 ss.

assicurato un prezzo non inferiore (per l'appunto) al valore determinato secondo i criteri di liquidazione in ipotesi di recesso e/o riscatto *ex art. 2437-ter*, cc. 2 e 4, c.c.⁵⁰ (o, secondo alcuni, ad un valore *equo* predeterminato in statuto⁵¹).

Ed è significativo rilevare che alla medesima linea di pensiero deve ricondursi anche la posizione di chi, soprattutto dopo la riforma del 2003, propone una lettura “correttiva” del criterio di liquidazione delle azioni del socio receduto previsto dell’art. 2343, c. 4, c.c. (per la particolare ipotesi di revisione in diminuzione della stima dei conferimenti non in denaro operata dagli amministratori per oltre un quinto del valore originario).

È noto, infatti, che in tal caso il diritto di abbandonare l’iniziativa comune pare avere, a giudizio di molti, natura, funzione e regolamentazione del tutto eterogenee rispetto alle

⁵⁰ Tra i molti cfr. CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, Massima n. 88, in *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, 255; Trib. Milano, ord. 31 marzo 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2010, II, 373 ss.; C. DI BITONTO, *Clausola statutaria di c.d. drag along: chi era costei?*, in *Società*, 2008, 1373; e P. DIVIZIA, *Clausole statutarie di co-vendita e trascinamento*, cit., 157 ss., spec. 173. Sul punto, peraltro, v. anche la decisione del Lodo arbitrale, 29 luglio 2008, arbitro unico A. Mazzoni, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, 504, nella parte ove si ravvisa l’esistenza di una «norma imperativa implicita» (desumibile dal disposto dell’art. 2437, c. 6, c.c.) che vieta ogni «alienazione forzosa della (...) partecipazione a un valore inferiore a quello che per legge sarebbe il valore minimo di liquidazione in caso di recesso». Sul punto v. anche G. D’ATTORRE, *Il principio di uguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 275 ss.

⁵¹ Come affermato da L. FABBRINI, *Validità delle clausole statutarie di drag along*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1047. A ben vedere, tuttavia, l’esigenza di tutela patrimoniale del singolo obbligato si pone unicamente qualora si ritenga che la clausola possa essere introdotta nello statuto *durante societate* a semplice maggioranza, essendo assai meno evidente nell’ipotesi in cui (come pare invece corretto) si ravvisi la necessità del consenso unanime dei soci obbligati: sul punto cfr. E. MALIMPENSA, *L’obbligo di co-vendita statutario (drag-along): il socio obbligato ha davvero bisogno di tutela?*, cit., 377 e 387; ID., *I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 250-251; C.F. GIAMPAOLINO, *Clausola di co-vendita (drag-along) ed “equa” valorizzazione dell’azione*, cit., 523 ss. e (ma senza motivazione specifica) COMMISSIONE SOCIETARIA DEL COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO, Massima n. 9/06, reperibile su <http://www.trivenetogiur.it>. In senso conforme Trib. Milano, decr. 24 marzo 2011, in *Notariato*, 2011, 4, 395 ss. (con commento di P. DIVIZIA, *Clausole di tag-along e drag-along e modalità di introduzione nello statuto*). Sul tema sia consentito il rinvio a G. DI CECCO, *Convertibilità e conversione dei titoli azionari*, Milano, 2012, 212 ss. ove ulteriori considerazioni e riferimenti.

fattispecie proprie di cui all'art. 2437 c.c., se non altro per la specifica previsione normativa secondo cui al socio che non intenda accettare la minore valutazione del proprio apporto spetta «il diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura» e, solo in alternativa, una non meglio specificata somma di denaro.

Ed è parimenti noto che nella vigenza del sistema normativo del 1942 era vivacemente discusso se il socio conferente avesse diritto alla restituzione *sic et simpliciter* del bene (o credito) conferito o, in mancanza, ad ottenere l'equivalente in denaro della stima effettuata *ab origine* all'atto del conferimento⁵² ovvero, all'esatto opposto, dovesse comunque sottostare ad un procedimento di liquidazione della quota per tener conto della partecipazione ai risultati della gestione *medio tempore* intercorsa⁵³.

⁵² Nel vigore del vecchio testo dell'art. 2343, c. 4, c.c., una parte della dottrina riteneva che il recesso del conferente avesse una finalità diversa da quella sottesa alla norma di cui all'art. 2437 c.c., dovendosi ravvisare nell'istituto un caso di scioglimento unilaterale del contratto di conferimento piuttosto che del contratto di società, con conseguente efficacia *ex tunc* del recesso e diritto alla restituzione del bene conferito in luogo della liquidazione della quota ottenuta in seguito al conferimento: sul punto, per tutti, cfr. T. ASCARELLI, *In tema di conferimenti in natura*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 486 ss.; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 360, n. 58; R. NOBILI - M.S. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, 6*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2000, 449; F. FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse su una ricerca sulla funzione del capitale nella società per azioni*, Milano, 1974, 132 ss.; G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 69; G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, 1997, 171. Sul problema, v. anche Trib. Firenze, 1 agosto 1990, in *Giur. comm.*, 1993, II, 309 ss., con nota di P. LUCARELLI, *Conferimento in natura e recesso*, secondo cui il socio receduto a seguito di revisione della stima del suo conferimento ha titolo ad ottenere «il sequestro giudiziario del bene conferito» avendo diritto allo scioglimento *ex tunc* del rapporto associativo e, dunque, alla restituzione in natura del bene apportato.

⁵³ Sempre anteriormente all'ultima riforma, affermavano la necessità di tener conto della partecipazione del socio conferente agli utili o alle perdite della gestione sociale successive al conferimento, con conseguente efficacia *ex nunc* del recesso, F. FERRARA JR., *Sulle modalità dell'aumento di capitale con conferimenti in natura nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 86 ss.; C. MONTAGNANI, *Profili attuali della riduzione del capitale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 11 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *I conferimenti nelle s.p.a.*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, 188 ss.; F. BUCCELLATO, *Profili del recesso da società per azioni a seguito di revisione della*

È significativo, invece, che dopo la riforma del 2003, la seconda impostazione – proprio ed anche alla luce del generale principio di attribuzione al recedente del valore *attuale* della sua quota in ogni ipotesi di *exit* – sembra incontrare un assai più ampio consenso⁵⁴.

stima di conferimenti in natura e di crediti, in *Riv. dir. impr.*, 1995, 227 ss.; C. MONTAGNANI, *Recesso e riduzione del capitale sociale: ancora in tema di sopravvalutazione da conferimenti in natura*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 305 ss.; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 171, n. 168. Sul punto, più in generale, v. A. PAVONE LA ROSA, *Sulla valutazione dei conferimenti in natura*, in *Riv. soc.*, 1962, 732 ss.; ID., *Aumento di capitale mediante conferimento in natura*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, 403, n. 11; G.B. PORTALE, *Problemi in tema di valutazione e di revisione della stima dei conferimenti in natura nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 272 ss.; ID., *I bilanci straordinari*, in *Riv. soc.*, 1978, 330, n. 8.

⁵⁴ Sul punto, cfr. M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1, vol.***, Torino, 2004, 546 per il quale il valore di liquidazione della quota deve essere determinato tenendo conto degli utili e delle perdite incidenti sul valore originariamente attribuito al conferimento in natura e maturati sino alla data della revisione della stima; F. TASSINARI, *Commento all'art. 2543*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 143, per il quale il diritto del socio alla restituzione del conferimento «deve essere contemperato con la natura giuridica riconoscibile all'istituto del recesso (...) da intendersi, quindi, quale modalità di scioglimento del rapporto sociale con efficacia *ex nunc*, inidoneo quindi ad esonerare il recedente dal rischio di impresa relativamente al periodo che va dall'assunzione della veste di socio fino al momento di comunicazione della propria volontà di recedere» con la conseguenza che «la restituzione del bene in natura non è di per sé idonea a definire la liquidazione spettante al socio recedente, dovendosi ammettere sia l'eventualità che la società sia tenuta ad un supplemento di liquidazione in denaro, sia l'eventualità che sia il socio recedente tenuto a corrispondere in favore della società un conguaglio in danaro»; F. MORRA, *Commento all'art. 2543*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Cendon, Padova, 2005, 366, secondo cui «la liquidazione, dunque, va fatta in base al valore del conferimento al momento della restituzione che, ove effettuata in natura, potrà essere accompagnata da supplementi di liquidazione in favore del socio recedente o conguagli in favore della società»; G.A.M. TRIMARCHI, *Le riduzioni del capitale sociale*, Milano, 2010, 429, per il quale deve escludersi la natura «risolutoria» del diritto in parola sulla scorta dell'osservazione che nulla preclude *medio tempore* alla società «l'utilizzo o la disposizione del bene conferito ed oggetto della revisione» e G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Milano, 2011, 190.

Per l'opposta conclusione, v. invece V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2007, 226, n. 12, il quale sottolinea ancora l'estraneità del caso in parola rispetto al recesso regolato dall'art. 2437 c.c.; M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*,

Considerato, quindi, che chi recede pare tenuto a subire le perdite *medio tempore* realizzate (o, parimenti, a beneficiare degli eventuali risultati positivi della gestione) anche nel caso limite del conferimento in natura (ossia nell'ipotesi in cui più si dubita dell'effettiva partecipazione del receduto alle vicende societarie), la liceità di una clausola che pretenda di giungere all'opposto risultato (attribuendo il valore patrimoniale dell'originario conferimento⁵⁵ o prevedendo l'attribuzione del valore nominale delle azioni⁵⁶) per un (ordinario) diritto di recesso convenzionale può essere fondamente messa in dubbio.

Non v'è dubbio, dunque, che l'attuale sistema normativo finisce per offrire più di qualche semplice giustificazione ai seri timori paventati dal Consiglio di Stato con riguardo all'esito di un potenziale giudizio vertente sulla legittimità della clausola statutaria di recesso convenzionale delle azioni privilegiate della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

6.2. La convertibilità statutaria delle azioni

Tanto nelle osservazioni del Ministero, quanto nel testo del parere del Consiglio di Stato, il tema della convertibilità statutaria delle azioni secondo un prefissato criterio di determinazione del "rapporto di concambio" non è oggetto di particolare attenzione né in generale né con riguardo alle singole clausole del caso concreto.

Nel nostro ordinamento, la convertibilità azionaria è oggetto soltanto di una fugace menzione nella norma codicistica dedicata

cit., 316, ove l'osservazione che in tal caso «Al socio conferente è consentito il recesso, con la particolarità che avrà diritto alla restituzione di quanto conferito anziché alla liquidazione della partecipazione, se tale restituzione è possibile in tutto o in parte in natura» (senza nessuna valutazione correttiva); G.V. CALIFANO, *Il recesso nelle società di capitali*, 11 ss., per il quale la particolarità del caso va individuata nella circostanza che in tal caso lo *status socii* sarebbe "sospeso" sino al termine della valutazione degli amministratori.

⁵⁵ Indipendentemente, cioè, sia dalle perdite che dagli utili maturati nel periodo di permanenza nella compagine sociale.

⁵⁶ Escludendolo, in tal modo, soltanto dagli incrementi patrimoniali *medio tempore* realizzati (posto che, evidentemente, sarà soggetto al rischio che le proprie azioni siano intaccate da eventuali risultati negativi di gestione eccedenti le riserve e l'eventuale capitale apportato dai soci pretermessi nella partecipazione alle perdite).

alle azioni correlate (art. 2350, c. 2, c.c.⁵⁷) e, forse per tale ragione, non ha stimolato l'attenzione da parte degli operatori del diritto tanto quanto la connessa (ma, invero, autonoma) operazione di conversione azionaria (facoltativa o forzata) adottata in assenza di preesistenti clausole statutarie di convertibilità.

Il fenomeno della conversione azionaria (non conseguente ad una specifica previsione dello statuto) ha avuto espresso riconoscimento normativo già nella originaria disciplina delle azioni di risparmio – che, all'art. 14 della legge n. 216/74, per l'appunto, consentiva⁵⁸ l'emissione di tali azioni anche «per conversione di azioni ordinarie o speciali in circolazione»⁵⁹ – e deve il suo successo applicativo soprattutto al frequente ricorso da parte delle società quotate all'atipica operazione inversa di conversione (facoltativa e forzata) di azioni di risparmio in azioni ordinarie⁶⁰.

⁵⁷ La norma, in particolare prevede che lo statuto “può” indicare le «condizioni e modalità di conversione [di tali titoli] in azioni di altra categoria». Sul significato della disposizione, oltre alle opere monografiche di U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, Napoli, 2005 e P.F. MONDINI, *Le azioni correlate*, seconda edizione, Milano, 2009, sia consentito rinviare a G. DI CECCO, *Convertibilità e conversione dei titoli azionari*, cit., 249 ss. ove i necessari riferimenti alla dottrina che si è occupata del tema.

⁵⁸ Ma identica disposizione, invero, è ora riprodotta all'art. 145, c. 7, del d. lgs. n. 58/98.

⁵⁹ Sul punto specifico, per tutti, v. P. MARCHETTI, *Conversione automatica al momento della quotazione di altra categoria in azioni di risparmio: uno statuto*, in *Riv. soc.*, 1984, 1045 ss.; G.B. PORTALE, *Conversione automatica al momento della quotazione di azioni di altra categoria in azioni di risparmio*, in *Riv. soc.*, 1986, 569 ss. e C. COSTA, *Le assemblee speciali*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 3, t. 2, Torino, 1993, 536 ss. mentre, più in generale, cfr. M. DE ACUTIS, *Le azioni di risparmio*, Milano, 1981, 130 ss.; R. NOBILI, *La disciplina delle azioni di risparmio*, in *Riv. soc.*, 1984, 1220 ss.; M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 2, t. 1, Torino, 1991, 74 ss.; M. SEPE, *Commento all'art. 145*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 770 ss. e P. GROSSO, *Categorie di azioni ed assemblee speciali*, Milano, 1999, 213 ss.

⁶⁰ I dati quantitativi del fenomeno sono evidenziati da M. BIGELLI, *Le azioni di risparmio. Un'analisi economica e gli effetti sulla governance dell'impresa*, Bologna, 2003, 258, il quale evidenzia che le operazioni di conversione delle azioni di risparmio hanno ridotto la capitalizzazione di borsa di tali titoli al 3,6% del totale alla fine del 2001 a fronte del complessivo 15% del 1990. Il trend, peraltro, non ha mutato direzione negli anni successivi, visto che nel solo periodo compreso tra il 2003 ed il 2008 le società quotate italiane hanno deliberato

Nel panorama internazionale (e soprattutto nei sistemi di matrice anglosassone) è, invece, l'istituto della convertibilità statutaria delle azioni ad aver attirato la maggiore attenzione degli operatori. E basti rilevare che, negli Stati Uniti, dopo un importante precedente risalente addirittura ai primi anni del XIX secolo⁶¹, la diffusione delle azioni privilegiate convertibili ha assunto proporzioni enormi già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso⁶².

ventiquattro operazioni di conversione azionaria (come segnalato da P. SFAMENI, *Commento all'art. 2350 c.c.*, in *Azioni. Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, cit., 353, n. 475). Uno stimolo ulteriore al ricorso a tale operazione è rinvenibile nella circostanza che le “*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*” di cui alla Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 (come modificata, dapprima dall'aggiornamento del 18 novembre 2011 e, poi, dall'aggiornamento del 31 gennaio 2012) escludono dal computo del capitale sociale di vigilanza le azioni con particolari privilegi patrimoniali (circostanza posta a fondamento della conversione alla pari delle azioni di risparmio in azioni ordinarie adottata dall'assemblea straordinaria di Monte dei Paschi di Siena S.p.A. in data 1° febbraio 2012). Tra le più recenti operazioni merita certamente menzione quella di Fiat Industrial S.p.A. avente ad oggetto la conversione forzata in ordinarie sia delle azioni di risparmio che delle azioni privilegiate (con un rapporto di conversione inferiore all'unità e con il riconoscimento del diritto di recesso ai soci dissenzienti) al fine di ridurre la complessità della struttura del capitale e di semplificare la *governance* della società (su cui cfr. l'articolo “*Fiat Industrial: proposta conversione delle azioni privilegiate e di risparmio in ordinarie*” pubblicato sul quotidiano *La Stampa on line* del 28 ottobre 2011, la successiva interrogazione parlamentare n. 4-06277 al Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2011 ed il documento informativo del 22 febbraio 2012 pubblicato sul sito internet della società all'indirizzo www.fiatspa.com).

⁶¹ Come ricordato da R.M. SOLDOFSKY, *Convertible Preferred Stock: renewed life in an old form*, in *Business Law*, 1969, 1385 ss., l'istituto trova la sua più remota e nota espressione nell'autorizzazione all'emissione di azioni privilegiate concessa nel 1836 dallo Stato del Maryland ad alcune grandi imprese attive nel settore dei trasporti ferroviari e fluviali in difficoltà finanziaria, allorché la totalità delle cinque emissioni autorizzate ha avuto ad oggetto titoli azionari che, oltre ad essere privilegiati nei relativi diritti patrimoniali, erano anche *automaticamente convertibili* in azioni ordinarie «*as soon as the corporation could pay the 6 per cent preference rate to all stockholders*».

⁶² Nel periodo compreso tra il 1960 e il 1967 il valore complessivo delle azioni privilegiate *convertibili in azioni ordinarie ad opzione della società o automaticamente emesse* dalle società quotate al *New York Stock Exchange* era passata dal 10% a più del 77% del totale delle emissioni. E l'incremento è ancora più significativo in termini assoluti se si considera che, nel medesimo settennio, il mercato delle azioni “non ordinarie” ha duplicato il proprio valore di capitalizzazione in borsa. Per una sintetica ed efficace analisi di tale fenomeno v. R.M. SOLDOFSKY, *Convertible Preferred Stock: renewed life in an old form*,

In un recente lavoro dedicato al tema⁶³, si è avuto modo di osservare che l'emissione di azioni "speciali" convertibili non ad opzione del possessore – ossia incorporanti quella particolare situazione di *pati* a suo carico che, con una fortunata espressione⁶⁴, sarà più tardi definita il "germe della loro morte" – è tanto più frequente quanto maggiore è il ricorso a titoli azionari dotati di diritti "non ordinari"⁶⁵.

Non può stupire, dunque, la circostanza che, attualmente, le azioni privilegiate di più comune utilizzazione nel mercato azionario statunitense sono proprio le *Convertible Adjustable Preferred Stock* (ossia azioni privilegiate convertibili in azioni ordinarie a data fissa ovvero ad opzione tanto della società quanto del possessore) e le *Convertible Exchangeable Preferred Stock* (ossia azioni privilegiate convertibili in azioni ordinarie ad opzione del socio e, nel contempo, convertibili in titoli di debito

cit., 1385 ss., il quale ricorda altresì che se le azioni privilegiate, nel loro valore complessivo, erano passate dai quasi otto miliardi di dollari del 1960 ai quasi quindici miliardi di dollari del 1967, la capitalizzazione complessiva delle azioni privilegiate *convertibili* nel medesimo intervallo temporale era passata dagli appena settecento milioni di dollari del 1960 alla astronomica cifra di oltre undici miliardi di dollari del 1967.

⁶³ G. DI CECCO, *Convertibilità e conversione dei titoli azionari*, cit., 2 ss.

⁶⁴ Di A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 240, per il quale l'acquirente di azioni redimibili «deve tener conto fin dall'inizio di questa "causa di morte" del suo diritto, che gli è del resto ben nota ed è stata da lui preventivamente accettata all'atto della sua sottoscrizione». Ma v. anche ID., *La nozione di categoria e le categorie di azioni ai sensi degli artt. 2348 e 2376 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 456.

⁶⁵ Non a caso, infatti, dopo la celebre emissione di *tracking stocks* del 1984 da parte di General Motors (su cui, per tutti, v. U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, cit., 6 ss.; P.F. MONDINI, *Le azioni correlate*, cit., 5, e L.G. BIANCHI DI GIULIO - F. BRUNO, *Dalle tracking shares alle azioni correlate: brevi riflessioni sull'esperienza domestica italiana*, in *Società*, 2009, 137 ss.), la prassi finanziaria, tanto americana quanto internazionale, in tema di azioni correlate evidenzia il generalizzato utilizzo di clausole statutarie che «permettono, al consiglio di amministrazione, di scegliere tra la conversione in altra categoria di azioni e il riscatto» (così U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, cit., 75, ma nello stesso senso v. anche P.F. MONDINI, *Le azioni correlate*, cit., 29-30, e, più in generale, P.U. ALI - G. STAPLEDON, *Virtual flotations. Tracking shares and corporate governance*, in *Company and Securities Law Journal*, 2000, 429 ss. e G. JACOBS - K. MACOURS, *Tracking Stock: A European Perspective*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2001, 8, 372 ss.).

ad opzione della società o, alternativamente, riscattabili a prezzo predeterminato sempre per volontà della società emittente)⁶⁶.

È agevole, peraltro, rilevare che la principale ragione del successo delle azioni convertibili – e, con esse, della relativa idea di fondo della “mutabilità genetica” dei titoli dotati di diritti diversi – è individuabile nella loro peculiare capacità di assicurare alla società emittente la possibilità di liberarsi dall’obbligo di erogare i “privilegi” patrimoniali concessi all’atto dell’emissione di azioni speciali ogni qual volta: (i) l’obiettivo sotteso all’emissione speciale sia raggiunto⁶⁷; (ii) si presenti l’opportunità di reperire capitale di rischio a condizioni meno gravose; (iii) si ravvisi l’esigenza, per le più svariate ragioni, di far cessare lo *status* differenziale inizialmente garantito a taluni soci⁶⁸.

In altre parole, così come l’emissione di titoli non ordinari può essere uno strumento utile a soddisfare le più disparate esigenze di efficiente capitalizzazione della società, allo stesso modo la previsione statutaria di specifiche ipotesi di futura (automatica o condizionata) modificabilità o eliminabilità dei diritti particolari incorporati nelle azioni speciali rende più

⁶⁶ Tuttavia, la paradigmatica familiarità del mercato finanziario americano con titoli di tal genere è dimostrata dal fatto che addirittura le stesse azioni emesse dalle banche statunitensi per fronteggiare la crisi del 2008 in attuazione del programma di intervento federale denominato “*Troubled Asset Relief Program*” (predisposto con l’“*Emergency Economic Stabilization Act*”) sono caratterizzate – oltre che dal generale diritto riservato al Tesoro di ottenere il riscatto dopo tre anni dall’investimento – proprio ed anche, nel caso della AIG, dal diritto di conversione in azioni ordinarie riconosciuto a favore del Tesoro (“*Convertible Participative Serial Preferred Stock*”). Su tali aspetti cfr. A. MORINI, *Gli strumenti contrattuali, finanziari e societari utilizzati per l’attuazione del TARP da parte dell’amministrazione statunitense*, dattiloscritto presentato al Convegno di Roma del 29 e 30 gennaio 2010 su “*Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi*” organizzato da *Orizzonti del Diritto Commerciale* (reperibile su www.orizzontideldirittocommerciale.net).

⁶⁷ Come è avvenuto, ad esempio, nel mercato statunitense delle *tracking stocks* che, dopo un iniziale successo, sono state oggetto negli ultimi anni di numerose operazioni di *delisting* effettuate mediante riscatto o conversione in titoli ordinari: sul punto, per tutti, cfr. P.F. MONDINI, *Le azioni correlate*, cit., 47-48, ove i necessari riferimenti anche alla dottrina straniera sul punto.

⁶⁸ Anche, ad esempio, soltanto per risolvere in radice i complessi problemi di formazione della volontà sociale che sono inevitabili al crescere della «moltiplicità e eterogeneità delle categorie di azioni»: F. D’ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., 42.

agevole l'adattamento, nel tempo, della struttura azionaria della società al naturale mutare del contesto economico dell'emittente o del mercato⁶⁹.

Peraltro, se la convertibilità (per così dire) “estintiva” è un utile sistema per predeterminare le condizioni ed i termini di *cessazione* futura di uno *status* differenziale⁷⁰, allo stesso modo la convertibilità (per così dire) “additiva” (automatica al verificarsi di predeterminate condizioni o allo scadere di predefiniti termini ovvero ad opzione della società o dello stesso possessore) rappresenta, per le medesime ragioni, un efficiente meccanismo di predeterminazione delle condizioni e dei termini di *creazione* di uno *status* differenziale dell'azionista in un momento successivo rispetto a quello dell'emissione delle relative azioni (convertibili)⁷¹.

⁶⁹ E basti dire, a titolo di mero esempio, che la prassi nordamericana evidenzia il frequente ricorso, proprio nelle operazioni di *Management buy-out*, all'emissione di *Progressively Convertible Redeemable Shares* (G. STEDMAN – J. JONES, *Shareholders' Agreements*, Londra, 1990, 16), ossia di azioni, al tempo stesso, *riscattabili ad opzione della società* a condizione che si raggiungano predefiniti obiettivi reddituali ed anche *convertibili in azioni ordinarie ad opzione del detentore* (ossia dell'apportatore dei capitali necessari all'operazione) allo scadere di un prefissato limite temporale, sì da prevedere l'automatica “espansione” dei diritti amministrativi di tali titoli in ogni ipotesi di mancato rientro dell'investimento nel concordato lasso di tempo durante il quale il controllo della società è lasciato ai soci-imprenditori: sul punto cfr. U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni* (*Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societario*), cit., 1086, n. 9, ove ampi riferimenti alla dottrina americana sul punto, cui *adde* R.A. ROMANCHEK – M.E. RICAURTE, *Executive compensation: tracking stock and venture capital plans*, in *Journal of Compensation and Benefits*, 5–6, 2001, *passim*.

⁷⁰ Invero, anche la previsione statutaria del riscatto azionario – sia esso conseguenza di una facoltà riservata alla società o di un diritto attribuito allo stesso possessore – risponde alla finalità di far cessare il particolare *status socii* assicurato al possessore delle azioni così caratterizzate, ma, mentre la riscattabilità azionaria impone in ogni caso il pagamento del controvalore dell'azione riscattata a favore del possessore, la conversione delle azioni statutariamente convertibili non impone (o, perlomeno, non impone *necessariamente*) il pagamento di alcunché al socio che subisce o richiede la cessazione del suo *status* differenziale (cfr. P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, cit., 254-255). Il che, evidentemente, rappresenta una peculiarità di non poco conto delle azioni convertibili rispetto ai titoli riscattabili e redimibili (che, peraltro, ben spiega le ragioni del maggiore successo delle prime rispetto alle seconde).

⁷¹ E si pensi al caso, ad esempio, in cui l'esigenza della società è quella di stimolare la fidelizzazione del *management* alle sorti dell'impresa con una partecipazione al capitale della società amministrata attraverso l'emissione di

Sicché non ci vuol molto a prevedere che, dopo l'ampia apertura operata nel 2003 a favore della "privatizzazione" delle forme di raccolta del capitale di rischio da parte delle società azionarie, anche in Italia il ricorso alla convertibilità statutaria delle azioni pare naturalmente destinato ad assumere un ruolo sempre più significativo⁷².

Volendo offrire una possibile qualificazione giuridica dell'istituto, la convertibilità dei titoli azionari può essere definita come una caratterizzazione statutaria di talune (o anche di tutte le) azioni in circolazione avente ad oggetto le condizioni e le modalità di futura (eventuale o certa) alterazione dei diritti ivi incorporati in conseguenza, alternativamente, del verificarsi di una predefinita condizione o della scadenza di un prefissato termine (convertibilità c.d. "automatica") ovvero dell'esercizio di un diritto di conversione attribuito al possessore dell'azione (convertibilità c.d. "ad opzione del socio") o alla stessa società (convertibilità c.d. "ad opzione della società").

Il che, detto in altri termini, implica che la convertibilità azionaria si traduce in una previsione statutaria regolante modalità e termini di *creazione, modificazione o estinzione* di una categoria speciale (o di un tipo particolare) *di azioni (normalmente senza aumenti né riduzioni del capitale sociale ma) attraverso la semplice alterazione del contenuto delle situazioni soggettive (attive e passive) incorporate in quei titoli azionari già in circolazione così caratterizzati*⁷³.

azioni automaticamente convertibili in titoli con caratteristiche diverse al verificarsi di determinate condizioni (quali azioni privilegiate negli utili al raggiungimento degli obiettivi prefissati o, al contrario, con onere di partecipazione prioritaria alle perdite in ipotesi di mancato conseguimento dei risultati sperati): per tutti cfr. L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, cit., *passim*, ove ampi riferimenti alla dottrina, anche straniera, sul punto.

⁷² Come, del resto, è dimostrato anche dal non raro ricorso all'istituto da parte delle società aventi titoli negoziati sul mercato regolamentato gestito dalla Borsa Italiana S.p.A. nei cui statuti è frequente rinvenire clausole variamente legittimanti le più svariate operazioni di conversione azionaria (anche se, naturalmente, le pattuizioni più ricorrenti hanno ad oggetto le azioni di risparmio). Sul punto cfr. G. DI CECCO, *Convertibilità e conversione dei titoli azionari*, cit., 30 ss.

⁷³ Di contro, la conversione azionaria adottata in assenza di clausole statutarie preesistenti che regolino modalità e conseguenze dell'operazione può essere definita come *una deliberazione dell'assemblea straordinaria con la quale, senza aumenti né riduzioni del capitale sociale ed attraverso la semplice alterazione del contenuto delle situazioni soggettive (attive e passive) incorporate nei*

La definizione proposta merita qualche precisazione in ordine all'affermata *invarianza del capitale sociale* quale elemento della fattispecie. È ben noto, infatti, che qualsivoglia modificazione dei diritti incorporati nei titoli azionari ne comporta una conseguente variazione del relativo valore reale. Ed è altrettanto noto che nella prassi – proprio per compensare la diversità tra i *valori effettivi* delle azioni concambiate – si fa spesso ricorso tanto alla fissazione di un concambio azionario *non alla pari*, quanto (in alternativa o in aggiunta) all'attribuzione o alla richiesta al possessore delle azioni da convertire di una somma di denaro a titolo, rispettivamente, di “premio” o “conguaglio” di conversione⁷⁴.

Orbene, benché in ogni ipotesi di rapporto di concambio diverso dall'unità (con o senza premi o conguagli in denaro) si ricorra spesso a deliberare *anche* una contestuale variazione del capitale sociale, a ben vedere una tale alterazione è, ancorché frequente, comunque non necessaria non soltanto (come è ovvio) in caso di mancata indicazione dell'importo nominale delle azioni⁷⁵, ma anche in ogni ipotesi in cui la società, pur non ricorrendo a tale facoltà, deliberi un'opportuna modifica del valore nominale delle azioni (tale da compensare il maggiore o minore numero di azioni in circolazione a seguito della conversione) ovvero decida di ricorrere all'utilizzo di azioni proprie (in assegnazione a sé stessa o ai possessori di azioni convertite) in modo tale da non incidere, comunque, sulla somma complessiva del capitale sociale⁷⁶.

titoli azionari già in circolazione, si dispone la creazione, la modificazione o l'estinzione di una categoria speciale o di un tipo particolare di azioni.

⁷⁴ Per Trib. Milano, 9 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1879 ss., nulla vieta la conversione facoltativa di azioni privilegiate *in un minor numero di azioni ordinarie* (id est una conversione *non alla pari*) con conseguente rinuncia degli azionisti privilegiati a parte delle proprie azioni privilegiate (da annullarsi con pari riduzione volontaria del capitale sociale).

⁷⁵ Nello stesso senso, con riguardo alla conversione delle azioni correlate, v. U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, cit., 78.

⁷⁶ Per una esemplificazione di tali modalità operative si veda la conversione decisa da “La Rinascente S.p.A.” con la deliberazione dell'8 febbraio 2000 avente ad oggetto la «proposta di attribuzione agli azionisti portatori di azioni privilegiate della facoltà di convertire le stesse in azioni ordinarie da esercitarsi mediante consegna di dieci azioni privilegiate contro restituzione di sette azioni ordinarie, con rinuncia a favore della società delle tre azioni privilegiate non restituite» e la «conseguente riduzione del capitale sociale» per annullamento di massime numero 11.160.000 azioni privilegiate» (su cui cfr. da L. ARDIZZONE,

Allo stesso modo, benché sia (come detto) frequente la fissazione di “premi” o “conguagli” di conversione, non v'è dubbio che tale decisione è null'altro che una delle possibili (e non essenziali) modalità esecutive dell'operazione di conversione azionaria⁷⁷.

Quale che sia la soluzione che si preferisce in ordine al problema definitorio così sinteticamente descritto, non v'è dubbio, invece, che mentre le azioni automaticamente convertibili sono titoli incorporanti uno *status socii* variamente alterabile per effetto del verificarsi di un evento futuro ed incerto ovvero della scadenza di un prefissato termine, le azioni convertibili ad opzione del socio o della società sono titoli incorporanti, rispettivamente, uno speciale *diritto (di conversione)* del possessore o un particolare *patti* del possessore ad un potere altrui avente identico oggetto.

Sicché, come sottolineato già da tempo⁷⁸, la previsione statutaria di specifici casi di convertibilità azionaria si traduce (spesso, ancorché non sempre) nella predeterminazione di particolari ipotesi di (diretto o indiretto) pregiudizio autorizzato dei diritti dei possessori delle azioni convertibili o delle altre azioni.

La riduzione del capitale mediante annullamento di azioni proprie: spunti e riflessioni da alcuni casi pratici, in *Riv. soc.*, 2001, 64 ss.), nonché la conversione delle azioni di risparmio in azioni ordinarie deliberata dalla “Recordati S.p.A.” il 25 ottobre 2000, mediante un «aumento gratuito del capitale sociale con efficacia contestuale alla conversione delle azioni, in modo da compensare la riduzione del capitale sociale dovuta all'annullamento delle azioni di risparmio cambiate» (così M. BIGELLI, *Le azioni di risparmio. Un'analisi economica e gli effetti sulla governance dell'impresa*, cit., 234).

⁷⁷ E ciò nonostante il fatto che non di rado la richiesta di un conguaglio di conversione finisca per rappresentare, invero, la ragione principale (se non unica) della modificazione delle caratteristiche dei titoli azionari in circolazione, come è accaduto, ad esempio, nel caso della conversione facoltativa delle azioni di risparmio in azioni ordinarie, alla pari e con conguaglio a carico del socio, deliberata dalla “Tim S.p.A.” il 27 luglio 2002 con la quale la società ha raccolto la totalità dei quasi cinque miliardi di euro «necessari per il finanziamento del progetto Umts», come ricordato da M. BIGELLI, *Le azioni di risparmio. Un'analisi economica e gli effetti sulla governance dell'impresa*, cit., 225.

⁷⁸ Da A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, cit., 240, per il quale la relativa previsione statutaria – se inserita nel contratto sociale *ab origine* o, tutt'al più, all'atto dell'emissione delle azioni potenzialmente pregiudicate dalla relativa operazione – ha l'effetto di escludere la necessità di rispettare la particolare procedura di cui all'art. 2376 c.c. al verificarsi delle ipotesi espressamente regolate.

In ogni caso, la convertibilità delle azioni – oltre a poter rappresentare un diritto speciale attribuito statutariamente al possessore delle azioni convertende (in tutti i casi di convertibilità ad opzione del socio) – può integrare anche una situazione di *pati* alla quale il socio è costretto a sottostare nei termini previsti dalla relativa clausola statutaria di convertibilità (automatica o ad opzione della società) delle sue azioni. Dal che discende che l'istituto si intreccia inevitabilmente con il tema, più generale e più delicato, delle regole legali che governano l'emissione di titoli azionari "gravati" da situazioni differenziali *passive* e di quelle che ne consentono le successive alterazioni *in peius* e *in melius*.

Il che, evidentemente, costringe chi intenda indagare il problema ad affrontare – oltre che la questione dell'ampiezza della nozione di categoria azionaria e, dunque, del campo di applicazione della relativa disciplina speciale di cui all'art. 2376 c.c. – il generale nodo dei limiti legali alla libera previsione statutaria di obblighi a carico del socio ed il connesso problema delle modalità di variazione successiva delle relative clausole⁷⁹.

Le particolarità della conversione automatica delle azioni della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.⁸⁰ impongono, tuttavia, qualche ulteriore considerazione sui limiti legali che si frappongono all'autonomia privata nella determinazione di criteri di concambio convenzionali con premi e conguagli in denaro.

Al riguardo, in dottrina si è osservato che la conversione delle azioni che non sia frutto di un diritto riservato al possessore dovrebbe «rispettare i *valori effettivi* delle azioni oggetto del rapporto di conversione» trovando anche in tal caso applicazione «in via analogica il principio *dell'equa valorizzazione* contenuto all'art. 2437-ter c.c. ai fini del calcolo della quota di rimborso del

⁷⁹ Compito che si è tentato di svolgere nel ricordato lavoro dedicato all'argomento (G. DI CECCO, *Convertibilità e conversione dei titoli azionari*, cit., *passim*), al quale, quindi, non può che rinviarsi.

⁸⁰ E si ricorderà che la novella ha disposto la previsione di due distinti "conguagli di conversione" in denaro a carico di ciascun possessore delle azioni convertende che decida di non recedere (l'uno facoltativo da versarsi per beneficiare di un rapporto di conversione alla pari con conguaglio in denaro e l'altro obbligatorio da versarsi in ogni caso a titolo di "compensazione" per i maggiori dividendi *medio tempore* percepiti).

socio recedente (e della determinazione del prezzo di riscatto *ex art. 2437-sexies c.c.*)»⁸¹.

L'osservazione, all'evidenza, riecheggia nuovamente la questione del diritto del socio di ottenere il valore reale delle proprie azioni in ipotesi di recesso. Tuttavia, contrariamente a quanto si può immaginare in prima battuta, i due problemi non possono essere sovrapposti.

È vero, infatti, che l'introduzione (o la modifica) di una clausola statutaria avente ad oggetto la convertibilità delle azioni in circolazione è decisione che – al pari della variazione immediata dei diritti incorporati nei medesimi titoli – inevitabilmente incide sul loro valore reale visto che azioni con diritti diversi non possono che avere un diverso valore *reale*. Tuttavia, ciò non significa affatto che l'autonomia statutaria nella determinazione (o nella modifica successiva) del concambio azionario debba tener conto di tale diversità.

A ben vedere, infatti, poiché una siffatta variazione statutaria comporta una «modificazione dei diritti (...) di partecipazione» del socio [*ex art. 2437, c. 1, lett. g), c.c.*], la tutela avverso il potenziale pregiudizio patrimoniale subito dal dissenziente è adeguatamente assicurata già dal diritto di recesso garantito dalla legge; il che esclude la necessità di vincolare la discrezionalità della maggioranza assembleare in ordine al valore dei titoli concambiati.

Una siffatta conclusione, tuttavia, non significa anche che l'autonomia privata sia del tutto libera, posto che neppure l'eventuale riconoscimento del diritto di recesso può legittimare modifiche statutarie che, senza il consenso del singolo socio inciso, impongano conguagli di conversione in denaro per la (nota e) generale incompatibilità con il codice organizzativo del

⁸¹ Così P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, cit., 255, la cui opinione, invero, è espressa con riguardo alla deliberazione assembleare di conversione forzata delle azioni in circolazione adottata in assenza di clausole statutarie regolanti l'operazione. Tuttavia, identiche considerazioni valgono per ogni ipotesi in cui «la conversione sia configurata statutariamente come rimedio obbligatorio» e, dunque, anche per l'introduzione nello statuto di una clausola di convertibilità automatica o ad opzione della società. D'altronde, imporre al possessore di azioni in circolazione un'immediata conversione dei suoi titoli senza il suo consenso non è diverso dall'introdurre in statuto un suo *patti* di identico contenuto ad una futura decisione altrui ovvero la previsione di una medesima automatica modifica dei diritti incorporati nelle sue azioni allo spirare di un certo termine o al verificarsi di un determinato evento futuro.

tipo “società per azioni” dell’imposizione di obblighi di apporto (a titolo di capitale vuoi di rischio⁸² vuoi di credito⁸⁵) ulteriori rispetto al conferimento volontariamente assunto da ciascun socio.

Quanto appena evidenziato consente due considerazioni conclusive.

La prima è che l’introduzione (con norma di legge) di un obbligo di conguaglio in denaro a carico dei soci che subiscono l’automatica convertibilità delle azioni privilegiate della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. non accompagnata dalla modifica del criterio di liquidazione delle azioni del recedente è scelta che, per quanto dettata da ragioni di equità sostanziale, si pone in netto contrasto con quanto il diritto comune consente all’autonomia privata nelle società per azioni rette dal solo codice civile.

La seconda è che l’idea di ricorrere alle forme ed ai codici organizzativi propri delle iniziative economiche private per attività che (quand’anche economiche) hanno rilevanti interessi pubblicistici (e altrettanto significative influenze, o invadenze, del diritto pubblico) è opzione che incontra spesso limiti

⁸² Sul punto, *ex multis*, v. V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell’azionista*, Napoli, 1960, 188; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 1994, 124; V. SALAFIA, *Sottoscrizione delle quote e contribuzioni aggiuntive: una pratica diffusa*, in *Società*, 1995, 745 e, tra la giurisprudenza più recente, Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, in *Giust. civ.*, 2008, 663 ss.; Trib. Udine, 5 agosto 1996, in *Giur. on. Trib. di Udine in materia societaria*, 2000, 91 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 1995, in *Società*, 1995, 964 ss. e Trib. Cagliari, 3 aprile 1985, in *Riv. giur. sarda*, 1986, I, 480 ss.

⁸⁵ Sulla necessità del consenso unanime v., da ultimo, in giurisprudenza Trib. Treviso, 17 giugno 2005, in *Riv. not.*, 2007, 451 ss.; Trib. Trani, 23 ottobre 2003, in *Società*, 2004, 477 ss.; Trib. Bologna, 11 aprile 1995, in *Società*, 1995, 1229 ss.; Trib. Bologna, 4 aprile 1995, in *Società*, 1995, 1229 ss. e in dottrina, tra i moltissimi, cfr. G. MICELI - G.A. TRIMARCHI, *I limiti all’autonomia statutaria nella s.r.l. in tema di esclusione per giusta causa e di obblighi dei soci tra silenzio ed emetismo legislativo (nota a Tribunale di Treviso, 17 giugno 2005)*, in *Riv. not.*, 2007, 452 ss. ove ulteriori riferimenti; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1, t. 3, Torino, 2004, 773 ss.; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, 93 ss.; ID., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 913 ss.

oggettivi tali da legittimare più di qualche dubbio sull'utilità del mezzo allo scopo⁸⁴.

⁸⁴ Identiche considerazioni, del resto, valgono anche per il disposto dell'art. 1, c. 381, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 che – nell'introdurre la singolare possibilità che gli «statuti delle società nelle quali lo Stato detenga una partecipazione rilevante» (*recte* all'assemblea straordinaria delle stesse società) creino, «anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti», categorie di azioni, caratterizzate dall'attribuzione del particolarissimo diritto di «richiedere l'emissione, a [loro] favore (...), di nuove azioni, anche al valore nominale (...) nella misura determinata dallo statuto» (oltre che di «un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione») – si premura di negare, in deroga alle regole civilistiche, il diritto di recesso a favore degli eventuali soci dissenzienti (c. 382), nonostante l'evidente alterazione dei «diritti di voto o di partecipazione» [cfr. art. 2437, c. 1, lett. g), c.c.]. Sul tema, v. le serrate critiche di F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 383 ss. e di G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, 19, per il quale la disposizione «prevede una sorta di "golden share" che consentirebbe aumenti di capitale riservati, a prezzi non in linea con il valore delle azioni: operazioni, dunque, che avrebbero un sostanziale effetto espropriativo, implicando un trasferimento di ricchezza netto dagli investitori ai beneficiari dell'aumento riservato».

NOTE CRITICHE SULLA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI DOPPIO TRASFERIMENTO IMMOBILIARE

Andrea Vitucci

*Dottore di ricerca in diritto comune patrimoniale
Università degli Studi di Napoli Federico II*

Il contributo esamina gli sviluppi della giurisprudenza italiana nella materia del doppio trasferimento immobiliare, evidenziando come i rimedi di cui può avvalersi il primo avente causa, secondo trascrivente, siano accomunati dal fatto di lasciare impregiudicato il consolidamento dell'effetto reale, ex art. 2644, c.c., nella sfera giuridica del secondo avente causa, primo trascrivente.

Italian civil law about acquisition of real estate is founded upon the roman law principle "prior in tempore potior in iure", but admitting the pre-eminence of a legally first registered title also when estate it regards was already conveyed to a different subject who only later registered his title.

The paper analyses the evolution of italian courts decisions about such conflict in the case of double conveyance of the same real estate to different subjects, arising when the subject who second obtain his title first register it. It also focuses how the remedies available by the subject first entitled but who register his title afterwards do not in any case compromise any favourable effect in behalf of the second entitled subject who registered first.

Sommario

1. Premessa
2. La tesi della nullità per frode
3. La tesi dell'azione revocatoria
4. Gli orientamenti isolati
5. Il consolidamento della tesi dell'azione revocatoria
6. I paralleli sviluppi intorno alla tutela aquiliana del credito
7. L'affermazione della responsabilità diretta del secondo acquirente primo trascrivente: Cass. Civ. del 08.01.1982, n. 76
8. Sovrapposizioni tra responsabilità del primo trascrivente e azione revocatoria
9. Osservazioni finali

1. Premessa

Dall'esame dell'evoluzione della giurisprudenza nella materia del doppio trasferimento immobiliare sembra pacificamente emergere la responsabilità del dante causa nei confronti del primo avente causa secondo trascrivente, mentre più incerti appaiono i passi compiuti nel configurare profili di diretta responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente, anche alla luce del fatto che colui che trascrive per primo agisce sulla base di un meccanismo espressamente previsto dalla legge¹.

Inoltre, anche quando la giurisprudenza giunge ad affermare la responsabilità del primo trascrivente in concorso con il comune dante causa nei confronti del primo avente causa, lascia impregiudicato l'acquisto perfezionatosi in capo al primo trascrivente per effetto del disposto di cui all'art. 2644 del codice civile.

Diversamente, le tesi giurisprudenziali che hanno profilato la possibilità di incidere sul secondo trasferimento per primo trascritto si sono incentrate sulla nullità della seconda vendita per prima trascritta e appaiono, per quanto consta, risalenti ed isolate². È evidente, comunque, che anche gli orientamenti che intravedono l'invalidità del secondo trasferimento consentono una tutela recuperatoria del bene solo come conseguenza indiretta degli effetti restitutori dell'invalidità.

Si pone quindi l'esigenza di ripercorrere i "tempi" della giurisprudenza per verificare quando si sia storicamente posto il

¹ Come da ultimo rileva G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, IV, Torino 2012, 73.

² Per l'evoluzione della giurisprudenza si veda FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova 2008, in particolare capitoli 5 e 6 (193 - 367), a cui dovrà necessariamente farsi riferimento nel prosieguo per l'attenta opera di ricostruzione ivi contenuta.

L'Autore chiarisce che l'eventuale tutela recuperatoria in favore del primo avente causa secondo trascrivente è questione diversa dalla possibilità di difendere indirettamente il proprio acquisto non trascritto facendo valere i vizi dell'altrui contratto per primo trascritto (nel presupposto che la trascrizione non ha efficacia sanante dei vizi dell'atto, salvi i meccanismi di cui all'art. 2652 del codice civile). Ovviamente, il tipo di vizio e la relativa azione esperibile possono incidere sulla legittimazione ad agire, come può essere nel caso dell'annullabilità (v. 195 -197).

problema del doppio trasferimento immobiliare e quali siano state le soluzioni di volta in volta adottate.

2. La tesi della nullità per frode

Nel ripartire, allora, dagli orientamenti più lontani gioverà ricordare l'insegnamento, mutuato dall'esperienza francese, che affermava la nullità del secondo trasferimento per frode ordita tra il comune autore e il secondo avente causa primo trascrivente ai danni del primo successore secondo trascrivente³.

Il quadro iniziale è dato dalla legislazione francese anteriore alla Rivoluzione del 1789, in virtù della quale sembrava che l'adempimento pubblicitario immobiliare non potesse giovare a chi avesse agito non solo con intento fraudolento ma anche nella sola consapevolezza di ledere l'altrui diritto. Per converso, nel caso specifico della donazione, vigeva la regola dell'antioriorità dell'insinuazione pubblicitaria con l'espreso limite della frode: emergeva, *in nuce*, quel dualismo tra mera scienza e frode, che caratterizzerà poi anche il dibattito italiano.

Successivamente, all'epoca della rivoluzione francese, la Corte di Cassazione d'oltralpe affermò che il secondo acquisto per primo trascritto nella semplice consapevolezza del primo acquisto non trascritto dovesse rimanere salvo, senza nulla statuire in relazione all'ipotesi di frode. Non poteva quindi radicarsi il convincimento – che invece ne fu tratto – in virtù del quale «ove i fatti fossero stati diversi ed avessero integrato gli estremi della frode, la Corte avrebbe dichiarato, *a contrario*, la nullità del patto trascritto»⁴.

Ancora dopo, la nuova legge ipotecaria del 1855, introdotta anche per sopperire ai disagi indotti dal primato del

³ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 198 - 219. Già nel ripercorrere l'esperienza francese, l'Autore evidenzia la difficoltà di distinguere la frode vera e propria dalla mera consapevolezza (più approfonditamente, v. 207 - 210).

⁴ Così, in senso critico e molto approfonditamente, FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 203. L'Autore ricostruisce doviziosamente il quadro dell'orientamento francese (che qui viene solo a grandi linee sintetizzato) e riferisce della menzionata decisione della Cassazione francese, 3 termidoro anno XIII, in *Journal du Palais, prairial* an. XII - an. XIII (tomo 4°), 669 - 670, e in *Sirey*, 1805 - 1806, I, c. 60 ss. (si riporta la citazione come si legge nell'opera del Ferrante, 201, nt. 25).

consensualismo affermato dal codice napoleonico, ripropose il problema del doppio trasferimento. Tale legge fu mutuata da quella belga del 1851, che stabiliva la regola della priorità della trascrizione con l'espresso limite della frode. L'eccezione della frode non fu però recepita dal legislatore francese del 1855, che volle probabilmente rinviare la soluzione del problema alla giurisprudenza successiva, che non mancò di confermare soluzioni basate sul brocardo *fraus omnia corrumpit*⁵.

L'idea della frode sembra avere condizionato sin dall'inizio la giurisprudenza dell'Italia post-unitaria, tanto è vero che i primi rimedi configurati a tutela del primo avente causa pregiudicato dal doppio trasferimento immobiliare oscillarono tra la ricezione fedele dell'impostazione francese, incentrata sulla nullità per frode del secondo acquisto per primo trascritto, e l'azione revocatoria di cui all'art. 1235 del codice civile del 1865, che sembrava l'unica disposizione "adattabile" all'impostazione francese in quanto espressamente contemplava l'elemento della frode. Quest'ultima soluzione permetteva al primo acquirente di agire contro il dante causa per far valere, sul bene oggetto del secondo trasferimento revocando (e per primo trascritto), il credito per la restituzione del prezzo e per il risarcimento dei danni.

Più in particolare, due decisioni della Corte di Cassazione di Napoli, rispettivamente del 1884 e del 1915, affermarono la tesi della nullità per frode del secondo contratto, così ribaltando, in entrambi i casi, le decisioni dei precedenti gradi di giudizio⁶. Nella prima vicenda giudiziaria, infatti, il Tribunale, pur mostrando aperture di principio verso la tesi della nullità, aveva accolto la revocatoria proposta avverso la seconda vendita, mentre la Corte di Appello aveva negato cittadinanza a entrambi i rimedi, osservando, da un lato, che la revocatoria non era un rimedio recuperatorio (e che il credito – rappresentato, al più, dalla restituzione del prezzo – era successivo all'atto revocando)

⁵ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 205 – 207. Riferimenti al diritto belga e francese e, in particolare, alla prevalenza di colui che trascrive per primo purché *sans fraude* si colgono in G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, IV, cit., 72, nt. 8, con ulteriori rinvii.

⁶ Si tratta di Cass. Napoli del 12.05.1884 e del 25.06.1915, entrambe riportate e commentate con attenzione da FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., rispettivamente a pp. 214 s. e a pp. 216 s.

e, dall'altro lato, che la nullità non poteva fondarsi sulla mera eccezione di dolo, che veniva resa irrilevante dall'automatismo della trascrizione. Nella seconda causa, i giudici di primo grado accolsero la richiesta di risarcimento danni contro il comune autore, mentre la Corte di Appello, nell'escludere ancora una volta il carattere recuperatorio dell'azione revocatoria, ricusò sia la tesi della nullità per frode che quella della revocatoria, con argomentazioni analoghe a quelle già espresse nel precedente poi cassato nel 1884⁷.

Ma la tesi della nullità per frode fu ben presto abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità per il semplice fatto che essa non era annoverabile – né lo è oggi⁸ – tra le ipotesi di invalidità contemplate dall'ordinamento italiano⁹.

3. La tesi dell'azione revocatoria

Con maggiore aderenza alle disposizioni del codice del 1865, la giurisprudenza di legittimità dei primi anni trenta del Novecento¹⁰, sembrando anticipare la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, evidenziò come la reazione dell'ordinamento all'inadempimento del comune autore non potesse passare per l'invalidità del negozio ma consistesse nel risarcimento dei danni patiti dal creditore (cioè dal primo acquirente, nel caso di specie) e nella possibilità, ricorrendone gli estremi, di esperire l'azione revocatoria a tutela di tale credito¹¹.

⁷ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 213 - 216.

⁸ Vi accenna, proprio per affermare che trattasi di ipotesi di nullità non ammissibile nel nostro ordinamento, Cass. Civ. del 11.04.1991, n. 3815, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2248.

⁹ Cass. Napoli del 13.07.1919, in *Giur. it.*, 1919, I,1, 1047 ss. (in FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 219 s. e nt. 71).

¹⁰ Cass. Napoli del 13.07.1919, in *Giur. it.*, 1919, I,1, 1047 ss. e Cass. Torino del 21.01.1922, in *Giur. it.*, 1922, I, 1, 255 ss. entrambe in FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 219 s. e nt. 71.

¹¹ Rimedio invece negato dalla risalente pronuncia di Cass. Roma del 19.07.1879, in *Foro it.*, 1879, I, 990 ss., in quanto la posizione del primo acquirente secondo trascrivente non era assimilabile a quella del creditore bisognoso di avvalersi del mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale. La sentenza è riportata in FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 211 e nt. 44.

La statuizione si legge nella pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22.12.1930, che affronta un caso classico di doppio trasferimento di un fondo e in cui si precisa che per effetto del meccanismo della priorità della trascrizione rimane fermo l'acquisto perfezionatosi in capo al primo trascrivente: testualmente si afferma che il *«primo contratto non trascritto ha perduto efficacia di fronte al terzo, per effetto del secondo trascritto. Egli [cioè il primo acquirente] più non agisce come proprietario, ma come creditore»*¹².

La Corte dà per acquisita la configurazione della responsabilità del comune autore nei confronti del primo acquirente secondo trascrivente, il quale può conseguentemente far valere contro di lui le proprie ragioni di credito. L'eventuale concorso del terzo (secondo acquirente primo trascrivente) in tale illecito viene affrontato dalla Cassazione non ai fini di una diretta responsabilità del secondo successore ma solo per verificare la ricorrenza delle condizioni per l'eventuale esperimento dell'azione revocatoria, a "conservazione" delle ragioni di credito vantate dal primo acquirente contro il dante causa: e ciò nella vigenza dell'art. 1235 del codice del 1865 che, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria, richiedeva testualmente la frode del debitore in pregiudizio delle ragioni del creditore e, con riferimento agli atti a titolo oneroso, la frode risultante da entrambi i contraenti¹³.

¹² Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro It.*, 1931, I, 1, 5. Soggiunge inoltre la Corte che il terzo *«può sempre soddisfare le ragioni del creditore istante, anche dopo la sentenza di condanna, e conservare il pacifico godimento del suo bene. Anche in sede di esecuzione egli può domandare se sia eccessivo il valore del bene colpito per soddisfare le ragioni creditorie e (...) che venga limitata l'esecuzione a quel tanto di bene, che risulti sufficiente allo scopo, qualora ne sia possibile la separazione dal resto, che a lui rimane in tranquillo dominio. Né va dimenticato che i creditori di lui possono, invece, accampar pretesa sul ricavato della vendita provocata dall'azione pauliana»*.

¹³ L'art. 1235 c.c. del 1865 disponeva, infatti, che:

«Possono pure i creditori impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni.

Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare dal canto di ambidue i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore.

In ogni caso però la revocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di revocazione».

Precisa ancora la Corte che colui che trascrive per primo esercita un diritto garantitogli dalla legge, per cui, anche qualora abbia coscienza del primo trasferimento non trascritto, «*non gli si può opporre la sua malafede, per il noto principio che la trascrizione come forma di pubblicità dei beni immobili, non può essere sostituita da alcun'altra divulgazione o conoscenza dell'atto da trascrivere*»¹⁴.

Non così nel caso della frode tra il debitore (comune autore) e il terzo (secondo acquirente) che si sono «*accordati per togliere al primo [acquirente] ogni bene, su cui potevano farsi valere le dette ragioni*» di modo che il primo acquirente non trascrivente può “conservare” le proprie ragioni di credito contro il dante causa attraverso l'azione revocatoria della seconda vendita per prima trascritta¹⁵. La frode ricorre non nella semplice

¹⁴ Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro it.*, 1931, I, 1, 3.

¹⁵ Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro it.*, 1931, I, 1, 3 ss., che vale richiamare anche nella interessante parte in cui si sofferma sulla disciplina non completa dell'azione revocatoria nel codice del 1865. Osserva infatti la Corte che il codice dell'epoca si era limitato a riprodurre il corrispondente articolo del codice francese (l'art. 1167) e che, quindi, la teoria dell'azione andava ricostruita sulla base delle fonti del diritto romano, dalle quali «*tuttavia si è allontanata in qualche punto. In diritto romano la base dell'actio pauliana è un'obligatio ex delicto. Per tale derivazione l'actio pauliana è in personam. La sua natura reale è stata affermata in base al § 6, I, Inst. De Act., IV, 6, che parla di azione reale e accorda la restituito. Può dubitarsi che qui si tratti veramente di un'azione pauliana. Più esattamente riconoscesi la pauliana nell'Interdictum fraudatorium (Editto II), che si svolge in una actio in factum, e che i giureconsulti romani chiamarono col nome dell'ignoto pretore, che primo la concesse (L. 38, § 4, Dig., De usuris, XXII, I). Sia che storicamente l'editto abbia preceduto l'azione, sia che l'ordine cronologico inverso debba preferirsi, è certo che il pretore concesse in tempi diversi l'interdetto restitutorio e l'azione personale, completata con una in integrum restituito ob fraudem. Sono stati i compilatori giustinianeî a fondere i due rimedi per crearne uno solo di natura prevalentemente processuale. Ma l'azione conservò carattere penale. Il condannato è tenuto ad indennizzare i creditori della totalità del danno sofferto, ancorché non abbia conservato il beneficio dell'acquisto. Codesta è la conseguenza del suo dolo. Se Giustiniano classifica l'azione fra quelle reali (Inst., IV, 6, 6), è perché confonde, secondo la recente critica giuridica, l'apparenza con la realtà. L'azione si concede ai creditori che avevano ottenuto la missio in bona, o nella persona del curator bonorum, quale rappresentante della massa, o in quella di un creditore designato dal pretore. Essa non beneficiava che i soli creditori, che avevano preso parte al concorso processuale e che erano stati danneggiati dalla frode. Codesta dottrina romanistica è buona guida nello svolgimento da dare all'azione nel nostro diritto. Essa è servita di norma alla Legge dell'Impero Tedesco, 21 luglio 1879 (Annuaire de legislation*

conoscenza, da parte del secondo successore, della prima vendita ma quando egli abbia avuto consapevolezza che il venditore col nuovo atto si sarebbe reso «*completamente insolvente di fronte alla richiesta dei danni da parte del primo compratore, ed abbia in tal maniera concorso nell'atto illecito del comune venditore*»¹⁶.

étrangère, IX, pag. 92) e all'Ordinanza imperiale austriaca del 10 dicembre 1914 (Bollettino delle leggi dell'Impero, 1914, pag. 129), che fuori dei codici hanno disciplinato organicamente l'azione pauliana. Nella prima legge particolarmente (art. 1) risulta palese il limitato effetto dell'attacco, che non può giovare che al creditore leso dall'atto fraudolento. La cosa alienata non può tornare alla massa, come avverrebbe in caso di fallimento. Non vi ha, dunque, su di essa un diritto reale del creditore istante; ma questi ha la facoltà di colpire, nelle mani del terzo detentore, il bene alienato, come lo avrebbe colpito nelle mani del suo debitore (articolo 8). Il creditore, poi, non potendo domandare altro che il pagamento di ciò che gli è dovuto, il terzo detentore può disinteressarlo in altro modo e conservare il possesso indisturbato della cosa. Il Rapporto, che accompagna la legge, fa notare che gli effetti di questa azione sono più ristretti che nel fallimento; nella procedura concorsuale l'annullamento giova alla massa, in quello della legge del 1869 soltanto a colui o a coloro che hanno promosso l'azione. Non altrimenti deve dirsi nel nostro diritto, confrontando la portata dell'art. 1235 cod. civ. con quella degli art. 707 a 711 cod. commercio. Per effetto di quest'ultimo vi ha un vero ritorno dei beni sottratti nella massa, la quale ha assorbito il patrimonio del fallito; per effetto del primo l'impugnazione ha la semplice funzione di risarcire il danno cagionato dalla frode. Per tal motivo gli articoli del codice di commercio parlano di nullità degli atti; quello del codice civile di semplice impugnazione degli atti. Il carattere recuperatorio o restitutorio dell'azione disciplinata dagli uni è manifesto; non altrimenti può dirsi di quella accordata dall'altro. Se, tuttavia, si suole parlare del carattere recuperatorio della pauliana, bisogna accogliere l'espressione cum grano salis. Vuol dire che serve a recuperare quanto occorre alle ragioni dei creditori, offesi dalla frode, senza giungere per tal fine alla macroscopica conseguenza di una restituzione in integrum, che non è punto necessaria. Per poco che si esamini la fenomenologia dell'azione, si resta convinti che eguale è il funzionamento dell'azione pauliana nel nostro diritto. Già si è accennato al fatto che essa non giova che al creditore istante. Ora, è evidente che se il bene ritornasse effettivamente nel patrimonio del debitore, il primo acquirente invocherebbe il suo contratto d'acquisto, che riviverebbe, e domanderebbe in esecuzione dello stesso la consegna del bene. Vi ha, invece, concordia in dottrina, e tra le stesse parti litiganti, che ciò non può accadere e che il primo acquirente frodato non ha che un'azione creditoria da esercitare su quel bene» (5). Conclude quindi la Corte che se di effetto recuperatorio della pauliana si può parlare, esso va inteso nel limitato senso di permettere al creditore l'esercizio delle sue ragioni contro il comportamento frodatario del terzo e del venditore.

¹⁶ Così la massima di Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro It.*, 1931, I, 1, 1, ove, in nota, si ricorda che «*il Supremo Collegio aveva già affermato la massima della proponibilità da parte del primo acquirente che non ha trascritto il suo titolo, dell'azione pauliana contro una seconda vendita dell'istesso*

4. Gli orientamenti isolati

Successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942 la tesi dell'azione revocatoria sembra essersi piuttosto consolidata nella giurisprudenza, fino a sovrapporsi con i profili, nel frattempo affermatasi, di diretta responsabilità del secondo acquirente nei confronti del primo acquirente, come meglio si vedrà in seguito.

A *latere* di tali sviluppi preminenti, vanno registrate alcune opinioni minoritarie, tra cui un'isolata pronuncia di merito del Tribunale di Foggia nel secondo dopoguerra, in base alla quale si dichiara nulla la seconda vendita per prima trascritta in pregiudizio del primo acquirente per motivo comune illecito e determinante, *ex art.* 1345 codice civile. Osserva infatti il Tribunale – sembrando condizionato, nell'utilizzo delle parole, dall'orientamento incentrato sull'azione revocatoria – che tale nullità può configurarsi sempre che vi sia stato il concerto fraudolento tra il comune autore e il secondo acquirente, non ricorrendo, per converso, nell'ipotesi di motivo illecito unilaterale palese all'altra parte¹⁷.

In base a tale orientamento, cioè, dovrebbe ritenersi nullo il secondo accordo con la previsione della sua preventiva

immobile, ancorchè trascritto, quando concorrano gli estremi tutti e, primo di ogni altro, lo stato di insolvenza in cui sia venuto a porsi dolosamente il venditore; per tale azione, non già all'effetto di vedere annullata la seconda vendita, sibbene (...) per perseguire l'immobile nelle mani del secondo acquirente per il credito di danni, che gli è dovuto. Vedi infatti Cass. Regno 8 maggio 1928 (Foro it., 1928, I, 531...) e successivamente Cass. Regno, 18 febbraio 1929, nn. 605 e 606 inedite (id. Rep. 1929, voce Trascrizione, nn. 25-27). Senonché anche l'opinione contraria aveva, nello stesso tempo, trovato seguito nel seno del Supremo Collegio, con le decisioni 27 luglio 1929 (Foro it., 1929, I, 811 con nota) e 24 febbraio 1930 (Massimario Foro it., col. 131)».

¹⁷ Trib. Foggia del 11.06.1948, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 481 ss., con nota di TATEO. La pronuncia è citata in tutte le trattazioni sulla materia, come da ultimo ricorda G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, IV, cit., 74, nt.15. Per quanto riguarda l'esclusione di tale causa di nullità in relazione al motivo illecito unilaterale, FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 254, rileva che nella stessa teoria generale del contratto sembra assodato che la comunanza del motivo illecito non risiede esclusivamente nella sua predisposizione paritetica e bilaterale, ma può anche emergere come deliberazione unilaterale alla quale si unisce la cooperazione consapevole dell'altra parte, che si avvantaggi consapevolmente dell'altrui motivo illecito e trasformi, così, la semplice conoscenza in comunanza del motivo.

trascrizione in danno del primo acquirente, in quanto non soddisferebbe alcun interesse meritevole di tutela per l'ordinamento, salva la possibilità di ricondurre al trasferimento trascritto per primo qualche risultato diverso dalla mera spoliazione dell'acquisto ai danni del primo acquirente, come potrebbe essere nel caso in cui il primo trascrivente agisca per tenere (e conservare) l'acquisto del bene per sé¹⁸. Per tal via, però, l'ipotesi sembra essere eccessivamente residuale, dovendola ammettere solo nel caso di motivo illecito che sia talmente forte da indurre a un comportamento che, in mancanza del motivo, non verrebbe tenuto. Perciò, per restituire maggiore operatività all'ipotesi, si è osservato che essa potrebbe astrattamente ammettersi quando il motivo illecito coesista con altri moventi di per sé insufficienti a determinare l'azione ma compatibili con la prevalenza di quello, che assurgerebbe a concausa del contrarre¹⁹.

Secondo altri orientamenti, può configurarsi la garanzia per evizione a carico del comune dante causa che, nelle more della trascrizione del primo acquisto, abbia trasferito il bene a un terzo che poi per primo abbia trascritto²⁰: così, il primo acquirente non trascrivente può attivare tale garanzia verso il venditore, quando, per la condizione di minor tutela che gli deriva dalla mancata trascrizione del proprio acquisto, subisca la pretesa del terzo, cioè del secondo acquirente primo trascrivente²¹. Tale orientamento presuppone che tale garanzia – implicante la risoluzione del contratto, la restituzione del prezzo, il rimborso delle spese e il pagamento dei frutti che il compratore evitto ha dovuto

¹⁸ GAZZONI, *La Trascrizione immobiliare*, in *Commentario Codice Civile* diretto SCHLESINGER, artt. 2643 - 2645 bis, tomo 1, Milano 1998, 538.

¹⁹ Così FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 255 ss., secondo il quale non si richiede che le parti siano animate dall'intento «esclusivo» di ledere ma che quell'intento, pur insostituibile, sia concorrente con altri, quali, nel caso del doppio alienante, lo scopo di conseguire un ulteriore prezzo per la vendita dello stesso bene e, per il trascrivente, quello d'acquistare il diritto «forte» nonostante il precedente acquisto non ancora trascritto.

²⁰ Trib. Cagliari del 17.10.1997, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 447 ss., con nota di ATZORI; Corte di Appello Firenze del 27.01.1960, in *Foro pad.*, 1960, 1365. Entrambe le sentenze sono riportate da SCALITI, *La responsabilità del venditore nella doppia alienazione di beni immobili*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. VISITINI, Padova 2009, 161, nt. 288 e da FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 279, nt. 38.

²¹ Cass. Civ. del 16.05.1981, n. 3249, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, fasc. 5.

restituire all'evincente²² – operi anche per cause successive alla conclusione del contratto di vendita e non solo per quelle preesistenti. Il tema, tuttavia, è controverso in dottrina. Da un lato, si afferma che, pur essendo la causa dell'evizione normalmente anteriore al contratto (in quanto, diversamente opinando, mancherebbe il nesso tra vendita ed evizione), essa, se consiste in un fatto del venditore, può anche essere successiva alla vendita perché l'obbligazione di garanzia si fonderebbe sul rapporto di causa ed effetto fra il comportamento del venditore e la successiva evizione²³. Dall'altro lato, si evidenzia che tale garanzia implica la preesistenza della causa evizionale rispetto alla vendita, in guisa che il non completo o imperfetto trasferimento della cosa deve provenire da una situazione di originaria deficienza nella legittimazione dispositiva del dante causa e non da un comportamento di quest'ultimo successivo alla (prima) vendita²⁴.

All'orientamento che profila la garanzia per evizione nel caso del doppio trasferimento immobiliare, pare sovrapporsi quello che rifluisce nella disciplina generale della risoluzione del contratto per inadempimento. Si osserva, infatti, che il secondo trasferimento, trascritto per primo, costituisce un inadempimento del comune dante causa all'obbligo contrattuale da lui implicitamente assunto nei confronti del primo acquirente che non ha ancora trascritto, in quanto, con la prima alienazione, è stata manifestata la volontà di trasferire la piena ed esclusiva disponibilità del bene, poi "impedita" dalla seconda vendita per prima trascritta: ne deriva la responsabilità contrattuale del comune autore, con conseguente obbligo di risarcimento del danno e risoluzione per inadempimento della prima vendita. Risalta, sia pure nella declinazione della risoluzione del contratto, l'idea di un inadempimento del venditore configurabile in relazione alla protezione dell'interesse del primo acquirente a

²² In tal senso la predetta sentenza del 1981.

²³ In tal senso, v. R. LUZZATTO, *La compravendita* (ed. postuma a cura di G. PERSICO), Torino 1961, 228 s., il quale rileva che una delle ipotesi di garanzia per evizione per fatto successivo alla vendita potrebbe essere rappresentata proprio dal doppio trasferimento immobiliare.

²⁴ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 281 s., secondo il quale rimane sostanzialmente indimostrata l'affermazione per cui la responsabilità per evizione potrebbe derivare da causa successiva alla vendita.

“consolidare” un diritto esclusivo sul bene, che viene invece menomato dalla prima trascrizione della seconda vendita²⁵.

5. Il consolidamento della tesi dell'azione revocatoria

Come già accennato, la tesi dell'azione revocatoria pare essersi consolidata successivamente nella giurisprudenza e risulta tuttora condivisa.

Si è ammesso, cioè, che il primo acquirente secondo trascrivente, pregiudicato dalla prioritaria trascrizione del secondo acquisto, possa agire, ai sensi degli artt. 2901 ss. c.c., avverso il successivo trasferimento, per far valere la garanzia patrimoniale dal debitore-venditore offerta a tutela del credito per il risarcimento dei danni patiti dal primo acquirente in conseguenza della seconda vendita per prima trascritta. Ne consegue che, poiché la revocanda alienazione è anteriore al sorgere del credito tutelando, è necessaria la prova della dolosa preordinazione del debitore (cioè del comune autore) e, trattandosi di atto a titolo oneroso, della partecipazione a questa da parte del terzo (cioè del secondo acquirente): è evidente che la tutela del primo acquirente secondo trascrivente non ha carattere reintegratorio in quanto si risolve nella soggezione del bene

²⁵ Cass. Civ. del 17.11.1998, n. 11571, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2368, di cui vale la pena riportare il testo per ciò che qui interessa: «... la vendita a terzi, con atto trascritto, di un bene immobile che abbia già formato oggetto, da parte del venditore, di una precedente alienazione, si risolve nella violazione di un obbligo contrattualmente assunto nei confronti del precedente compratore, determinando la responsabilità contrattuale del venditore stesso. Più particolarmente, poiché, con riguardo a contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà, nella volontà espressa del venditore di trasferire al compratore la piena ed esclusiva disponibilità della cosa è implicito l'obbligo di non trasferirla ad altri, costituisce inadempimento contrattuale la condotta del proprietario del bene che, dopo averlo trasferito ad una persona, lo venda successivamente ad un terzo, comportando detta successiva vendita un impedimento, ad opera del venditore, a che il primo compratore acquisti un concreto potere, pieno ed esclusivo, di godimento e di disponibilità della cosa trasferitagli, e quindi un inadempimento alla menzionata correlativa obbligazione contrattuale, con il conseguente diritto del primo compratore alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno». Da quello che è dato ricostruire dallo svolgimento del processo, la sentenza della Corte di Cassazione conferma la soluzione che, sul punto specifico, era stata data dalla Corte di Appello di Brescia con sentenza del 04.04.1996.

oggetto del doppio trasferimento all'azione esecutiva a tutela del credito, *ex art.* 2902 del codice civile²⁶.

Al riguardo, è interessante notare come Cass. Civ. del 27.04.1960, n. 942, richiami tale indirizzo a livello di *obiter dictum*, al contempo cassando la pronuncia della Corte di Appello di Catanzaro che, nel 1957, aveva dichiarato la responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente *ex art.* 2043 c.c., in quanto semplicemente a conoscenza di una vendita già fatta ed essendogli ben chiaro che con la stipula (ed immediata trascrizione) del secondo acquisto, il primo trasferimento sarebbe stato sostanzialmente posto nel nulla. Secondo la Corte di Cassazione, invece, non poteva essere fonte di danno ingiusto il comportamento di chi agisce nell'esercizio di un proprio diritto, tanto più quando tale contegno sia espressamente previsto da una disposizione come l'art. 2644 del codice civile. Se, però, è vero che la Corte mostrò una netta chiusura per la responsabilità del primo trascrivente che fosse semplicemente consapevole della prima vendita non trascritta, non può dirsi altrettanto con riferimento ad alcune aperture che si scorgono tra le righe della sentenza, nella parte in cui essa dichiara estranee al giudizio non solo le questioni concernenti la proposizione di un'azione revocatoria a tutela del credito per risarcimento dei danni, ma anche quelle eventualmente concernenti la responsabilità del secondo acquirente nei casi di una accertata esistenza di un preventivo accordo fraudolento ai danni del primo acquirente²⁷.

²⁶ Come detto, l'orientamento si affermò già nel vigore del precedente codice (v. Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro it.*, 1931, I, 1, 1ss.) per poi trovare conferma nella vigenza del codice attuale: Cass. Civ. del 27.04.1960, n. 942, in *Foro It.*, 1961, I, 105 ss. e Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss. Più recentemente, Trib. Potenza del 20.06.1991, in *Giur. di merito*, 1993, 364 e in *Arch. Locazioni*, 1993, 81; Cass. Civ. del 02.02.2000, n. 1131, in *Rep. Foro it.*, 2000, 2205 e in *Giust. civ.*, 2000, 6, 1687 ss., con nota di TRIOLA.

²⁷ È quanto si ricava dal testo della sentenza della Corte di Cassazione del 27.04.1960, n. 942, in *Foro it.*, 1961, I, 107 s., ove si legge, più in particolare, che restano «fuori della ipotesi considerata dalla Corte di merito sia il caso in cui vi sia la prova di una azione preordinata allo scopo di frodare le ragioni del precedente acquirente, sia quello in cui si prospetti e si ravvisi l'esistenza degli estremi dell'azione revocatoria, perché nella sentenza impugnata (...) si è ritenuto soltanto l'esistenza di una responsabilità per fatto illecito, identificato nel secondo acquisto trascritto da parte di chi conosceva, semplicemente, l'esistenza della precedente vendita non trascritta. Ed è, perciò, estranea al

Successivamente, l'orientamento in punto di azione revocatoria si è consolidato, nel senso che, a fronte della pacifica responsabilità del dante causa nei confronti del primo acquirente per i danni da quest'ultimo subiti in conseguenza della seconda vendita per prima trascritta, il rimedio della revocatoria si appalesa consequenziale – e non potrebbe essere diversamente – alla configurazione di tal tipo di responsabilità, in quanto si colloca tra i normali mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, ai sensi dell'art. 2740 codice civile.

Sulla base di tale posizione, continua a rimanere ai margini, negli itinerari della giurisprudenza, il ruolo del secondo acquirente primo trascrivente, il quale interviene nei meccanismi di tutela del primo acquirente per il solo tramite del disposto di cui all'art. 2901 c.c., cioè in quanto terzo che, parte di un atto a titolo oneroso, sia stato partecipe della dolosa preordinazione del debitore, cioè del comune autore²⁸.

Questa partecipazione alla dolosa preordinazione, introdotta attraverso l'azione revocatoria, sembra poi trasmodare, nei percorsi della giurisprudenza, nella possibilità di configurare una parallela responsabilità per danni a carico del terzo (primo trascrivente), alle stesse condizioni di quelle richieste per l'esperimento dell'azione pauliana: si richiede, cioè, uno specifico intento fraudolento²⁹.

presente giudizio ogni questione relativa alla configurabilità di una responsabilità del secondo acquirente nei casi suddetti, in cui, cioè, sia accertata l'esistenza di un preventivo accordo fraudolento ai danni del primo acquirente, ovvero sia proposta un'azione revocatoria, sia pure al solo fine limitato del risarcimento dei danni. In relazione alla presente controversia è sufficiente rilevare che la Corte di merito ha ritenuto l'esistenza di una responsabilità per fatto illecito in base ad elementi che non possono configurare una fattispecie regolata dall'art. 2043, norma che essa ha ritenuto di applicare senza considerare il necessario suo collegamento con la disposizione dell'art. 2644 dello stesso codice».

²⁸ Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss.

²⁹ Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss., che sembra evocare l'idea del concerto fraudolento come mutuato dall'esperienza del codice napoleonico, ma stavolta declinato in termini di responsabilità e non di invalidità dell'atto. In relazione all'azione revocatoria, la Corte osserva che se tale rimedio è diretto «ad assicurare la possibilità di soddisfacimento del credito di risarcimento che al primo acquirente deriva dalla successiva disposizione del bene da parte del suo dante causa, pare evidente che un danno effettivo si concreta col fatto che (e nel momento in cui) il secondo acquirente trascrive il suo acquisto, rendendo inopponibile a sé quello precedente. Dovendosi perciò

In tal guisa, gli orientamenti affermatasi in punto di revocatoria sembrano avere sensibilmente condizionato le ammissioni di responsabilità del secondo acquirente in concorso con il comune dante causa, del quale si afferma invece pacificamente la responsabilità per inadempimento contrattuale nei confronti del primo avente causa³⁰: la responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente, in quanto cooperante nell'inadempimento del comune autore, è stata infatti subordinata, nelle prime aperture della giurisprudenza, al solo caso della dolosa compartecipazione³¹.

Sembra cioè che la posizione del primo trascrivente abbia seguito, negli itinerari della giurisprudenza, un cammino inverso a quello del comune dante causa: quest'ultimo, essendo debitore responsabile di inadempimento contrattuale nei confronti del primo successore, offre la propria garanzia patrimoniale *ex art.* 2740 c.c. e si espone conseguentemente – ricorrendone i presupposti – alla revocatoria dell'atto che pregiudichi le ragioni

ritenere che il credito di risarcimento sorge in un momento necessariamente posteriore al secondo atto dispositivo (in sé considerato) del bene, condizione della revocabilità di questo atto è la dolosa preordinazione ordita dall'alienante e dal secondo acquirente (art. 2901, n. 2, ult. parte). 'Dolosa preordinazione', secondo tale norma, significa volontà del debitore-alienante (assecondata intenzionalmente da colui che si rende acquirente) diretta a sminuire la sua consistenza patrimoniale allo scopo di pregiudicare le ragioni di credito che dalla vicenda possono derivare a favore del precedente acquirente, sottraendogli l'oggetto di una sua eventuale azione esecutiva. Un atto che non sia determinato da tale specifico dolo, ma dall'intento dell'alienante di realizzare una sua particolare effettiva utilità (cioè un prezzo più vantaggioso) e dall'intento dell'acquirente di assicurarsi un bene che gli appaia rispondente ai suoi bisogni, non realizza la condizione dell'azione revocatoria, anche se conduca allo stesso risultato pregiudizievole, per colui che diverrà poi creditore» (486).

³⁰ *Ex multis*, Cass. Civ. del 15.06.1988, n. 4090, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Trascrizione*, n. 10, 3039, ove, tra l'altro, si afferma chiaramente la responsabilità contrattuale del dante causa perché essa si fonda sulla violazione dell'obbligazione, assunta con il primo contratto, di trasferire al primo compratore i poteri di disposizione del diritto vendutogli, nonché di astenersi da ogni comportamento diretto a «frustrare il pattuito trasferimento e così di non frapporre impedimenti all'acquisto della proprietà del bene da parte del compratore, in applicazione del principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede».

³¹ In tal senso pare deporre già Cass. Civ. del 27.04.1960, n. 942, in *Foro it.*, 1961, I, 105 ss. e, poi, più chiaramente, Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss.

del creditore-primario compratore (cioè, nel caso di specie, alla revocatoria del secondo trasferimento).

Diversamente, il secondo successore-primario trascrivente, terzo rispetto al rapporto tra il primo avente causa e il comune autore, si affaccia, nelle pronunce della giurisprudenza, come il compartecipe alla dolosa preordinazione rilevante ai fini dell'azione pauliana e, solo nel limite in cui ciò sia provato, anche come soggetto astrattamente responsabile per i danni in concorso con il comune autore.

La sensazione è che la giurisprudenza di legittimità di quegli anni (tra il 1960 e il 1976) ritenne di trovare, attraverso la "sponda" dell'art. 2901 c.c. e della partecipazione alla frode ivi contemplata, un punto di equilibrio tra l'affermazione di responsabilità del primo trascrivente e la circostanza che colui che trascrive per primo si vale pur sempre della prerogativa concessagli dall'art. 2644. c.c., che, nella sua dizione letterale, non attribuisce rilevanza agli stati soggettivi³². D'altronde, può darsi che i tempi non fossero ancora maturi per un'affermazione *tout court* della responsabilità del primo trascrivente, se si pensa che solo nel 1971 la Corte di Cassazione condivise la teoria della tutela aquiliana del credito: non si poteva pretendere che, acquisito un tale risultato, esso trovasse così velocemente attuazione nel controverso campo del doppio trasferimento immobiliare, in cui il terzo che poteva astrattamente essere ritenuto responsabile si avvaleva pur sempre di un meccanismo previsto dalla legge.

³² Almeno questa è l'impressione che si trae dalla lettura di Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss., in cui, nel richiamare anche la precedente sentenza n. 942 del 1960, si afferma testualmente che il primo trascrivente «rende a sé inopponibile una precedente vendita, non trascritta, dello stesso bene» e, così, «non fa che esercitare un proprio diritto e non assume alcuna responsabilità verso il precedente acquirente (a meno che non abbia preordinato una frode ai suoi danni) ancorché sia consapevole della precedente vendita. L'orientamento appare presidiato da ragioni che il collegio condivide. Vero è che l'art. 2644 cod. civ. ha una ratio e una sfera di applicazione specifiche, che si collegano all'esigenza di dirimere il conflitto fra due successivi acquirenti di diritti sullo stesso bene. Nel contempo però esso, insieme con tutte le norme che disciplinano la trascrizione, delineano un preciso sistema, da cui è dato trarre argomento per valutare anche su un piano più generale il comportamento di coloro che pongono in essere atti e negozi soggetti a quella disciplina e le correlazioni con la situazione dei soggetti con cui essi vengono in conflitto».

Gioverà, allora, brevemente soffermarsi sulle affermazioni giurisprudenziali in tema di tutela extracontrattuale del credito per poi tornare sul problema del doppio trasferimento.

6. I paralleli sviluppi intorno alla tutela aquiliana del credito

È noto come i primi esiti della giurisprudenza di legittimità negarono cittadinanza alla tutela aquiliana dal credito, incentrando però il diniego più sull'inesistenza del nesso di causalità che su assolute chiusure al principio che si voleva affermare³⁵. Nella nota vicenda della tragedia di Superga, infatti, la Corte di Cassazione, nella pronuncia del 04.07.1953 n. 2085, non esclude l'affermazione teorica che ammetteva il concorso della responsabilità contrattuale con quella aquiliana in presenza di un medesimo fatto che rappresentasse violazione sia di un obbligo contrattuale che della regola generale del *neminem laedere*: potevano però essere risarciti solo i danni che fossero conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, anche in relazione alla tradizionale distinzione tra diritti assoluti e relativi. Nel caso di specie si ritenne, infatti, che il danno lamentato nei confronti della compagnia aerea dal Torino Calcio, per la perdita irreversibile del suo credito (ad esigere la prestazione dai propri calciatori), non potesse considerarsi conseguenza immediata e diretta dell'ipotetico illecito, in quanto la lesione di tale credito era solo indirettamente ricollegabile alla preminente violazione del diritto assoluto alla integrità personale di coloro che erano periti. La Corte di Cassazione, cioè, evidenziò che si trattava della derivazione di un danno da un altro danno (e perciò si escludeva la causalità): se infatti i giocatori non avessero perso la

³⁵ Quando si ripercorre questo tema la mente corre, inevitabilmente, al ricordo del grande Torino e a chi, ancora oggi, racconta ai più giovani di aver ascoltato per radio, da bambino, la notizia che la squadra Campione d'Italia non c'era più perché il suo aereo era caduto a Superga, quel giorno del 4 maggio 1949. Capita spesso nelle aule universitarie di scrutare lo sguardo degli studenti e di vedere come, di fronte all'inaspettato intreccio con la storia del calcio, si accenda nei loro occhi l'interesse per il Diritto, come disciplina che regola ogni aspetto della vita degli esseri umani.

Sulle vicende di quella squadra, v. OSSOLA - TAVELLO, *Il romanzo del grande Torino. La storia esaltante di una memorabile e irripetibile squadra e dei suoi campioni che il fato ha trasformato in leggenda*, Roma 2009.

vita in quel sinistro ma avessero comunque riportato lesioni tali da non consentire loro di adempiere più le prestazioni cui si erano obbligati, sarebbe infatti *«apparsa ovvia la distinzione fra il danno diretto ed immediato facente capo personalmente ai giocatori ed il danno puramente indiretto e mediato risentito»* dal Torino Calcio³⁴.

Successivamente e sempre attraverso vicende che coinvolsero il Torino, la giurisprudenza, nel noto caso Meroni, accolse definitivamente la tesi della tutela aquiliana del credito, con la pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26.01.1971, n. 174.

In quell'occasione la Corte sottolineò esplicitamente che la distinzione tra diritti assoluti e relativi non poteva condurre all'arbitraria esclusione per i secondi di una tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*, qualora ne ricorressero gli estremi. La stessa disposizione che è *l'incipit* della tutela aquiliana, infatti, non distingue le tipologie di situazioni astrattamente risarcibili ma prescrive l'ingiustizia del danno come elemento costitutivo della fattispecie. Si deve cioè trattare di un danno prodotto *sine iure* (cioè in assenza di cause di giustificazione) e *contra ius* (cioè lesivo di una posizione soggettiva protetta dall'ordinamento³⁵), che di per sé non esclude la possibilità di configurare lesioni aquiliane di diritti soggettivi, siano essi assoluti o relativi³⁶.

³⁴ Così, Cass. Civ. del 04.07.1953, n. 2085. La Corte confermò le argomentazioni dei giudici di appello che, fondandosi sulla distinzione tra diritti assoluti e relativi, avevano ritenuto che nel caso oggetto di giudizio si trattasse di danno indiretto e mediato e, pertanto, non risarcibile.

La Corte precisò anche che non poteva ritenersi esistere un diritto assoluto della Associazione del Torino sulla squadra in sé considerata in quanto, anche volendo considerare l'associazione sportiva come un'azienda, i beni di un'organizzazione aziendale non cambiano la propria natura né acquistano una tutela giuridica diversa da quella che gli appartiene. Ne consegue che, se tra tali beni si annoverano anche le prestazioni d'opera di cui si avvale l'organizzazione, *«è ovvio che il bene aziendale a servizio dell'impresa è rappresentato dal diritto alla detta prestazione, diritto che è esclusivamente di credito, mentre nessun diritto di diverso genere acquista l'imprenditore sulla persona stessa del lavoratore, il quale essendo uno dei soggetti del rapporto di lavoro non può certo esserne contemporaneamente l'oggetto»*.

³⁵ Identificata, all'epoca, nella categoria del diritto soggettivo. Bisognerà attendere Cass. Civ. SS. UU. del 22.07.1999, n. 500 per l'affermazione della risarcibilità di posizioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo.

³⁶ Rileva infatti la Corte che *«l'attenta considerazione della realtà normativa, quale si esprime all'art. 2043 cod. civ., porta a concludere che la*

norma non consente di assumere come dato certo e decisivo la rigida contrapposizione dei diritti assoluti ai diritti relativi, al fine di limitare ai primi la tutela aquiliana, negandola ai secondi».

Di particolare interesse è, inoltre, la *pars destruens* della sentenza, in cui si smentiscono le motivazioni della pronuncia di appello che aveva negato la tutela aquiliana del credito. Osserva la Corte di Cassazione che il diniego di tutela non poteva fondarsi sul principio della relatività del contratto, come stabilito dall'art. 1372 del codice civile. La norma, infatti, si limita ad escludere la proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica di coloro ad esso rimasti estranei, ma è del tutto arbitrario capovolgere il principio e dedurne «*che i terzi possano, senza subire conseguenze, interferire, col loro comportamento illecito, nelle situazioni giuridiche costituite, in testa ai contraenti, per effetto del contratto».* Come un contratto può cagionare un danno ingiusto a un terzo e configurare una responsabilità extracontrattuale a carico dei contraenti, così, all'inverso, può il terzo danneggiare la ragione creditoria di una delle parti.

Né, secondo la Corte, potevano essere richiamate altre disposizioni per dimostrare che solo in alcuni casi previsti dalla legge era consentita la tutela del credito avverso atti di un terzo e per affermare quindi, *a contrario*, che era estranea al nostro ordinamento l'idea di una generalizzata protezione dei diritti di credito contro le aggressioni dei terzi.

Non poteva infatti richiamarsi il disposto di cui all'art. 2864 c.c., che tutela il creditore ipotecario per i danni cagionati da colpa grave del terzo acquirente dell'immobile ipotecato. In tal caso, infatti, non si tratta della protezione eccezionale del diritto di credito garantito da ipoteca ma della tutela accordata all'autonomo diritto reale di ipoteca, cioè di un diritto assoluto, alla stessa stregua della disciplina preventiva di cui all'art. 2813 c.c. (che pure protegge i beni ipotecati da atti che li possano danneggiare e provenienti dal debitore o da terzi). Nemmeno poteva utilmente richiamarsi la disciplina dell'azione revocatoria, in quanto la partecipazione del terzo alla frode non costituisce di per sé un illecito produttivo di danno e non può quindi essere richiamato come ipotesi di tutela *ex lege* del credito avverso atti illeciti provenienti da terzi. Non poteva, inoltre, richiamarsi il dettato di cui all'art. 1259 c.c., che si riferisce al subingresso del creditore nei diritti del debitore per i fatti che abbiano reso impossibile la prestazione di cosa determinata. A parte la limitata portata applicativa della norma, osservò la Corte che essa si riferisce alle «*conseguenze della liberazione che il debitore, a norma degli art. 1256 e 1463 cod. civ., abbia conseguito: sicché sembra più esatto ravvisare in essa, come nell'analoga norma vigente in materia di deposito (art. 1780 cod. civ.), null'altro che applicazioni del principio generale dell'arricchimento. La norma ha, dunque, una sua giustificazione che trascende il problema della responsabilità del terzo: certamente anche l'ipotesi della impossibilità della prestazione per fatto illecito del terzo può in essa ricomprendersi, ma non è incompatibile la disciplina adottata dall'art. 1259 col principio, negato dalla corte di merito, della generale tutela aquiliana dei rapporti di credito, così come incompatibilità non c'è fra tale principio e la particolare tutela che l'art. 1585, 2° comma, cod. civ. assicura al conduttore contro le molestie di fatto che i terzi arrechino al godimento di cui egli è titolare».*

Quanto, poi, al nesso di causalità del danno lamentato dal Torino Calcio per l'irreversibile perdita del suo credito, in conseguenza della morte del calciatore Meroni in un sinistro stradale, la Corte affermò che esso poteva ammettersi quando il fatto illecito del terzo avesse comportato l'estinzione del credito e, quindi, una perdita definitiva e irreparabile di utilità per il creditore medesimo.

Acquisita, così, la tutela aquiliana del credito al patrimonio della giurisprudenza, potevano essere indagate le singole ipotesi in cui essa poteva utilmente praticarsi. Nel caso del doppio trasferimento immobiliare, l'occasione fu colta dalla Corte di Cassazione nel 1982.

7. L'affermazione della responsabilità diretta del secondo acquirente primo trascrivente: Cass. Civ. del 08.01.1982, n. 76

Con la sentenza del 08.01.1982, n. 76 la Corte di Cassazione ripercorre, innanzitutto, i precedenti orientamenti di legittimità sulla posizione del secondo acquirente primo trascrivente, criticando le due precedenti sentenze nn. 942 del 1960 e 1983 del 1976³⁷.

Osserva la Corte che non può ulteriormente condividersi l'orientamento per cui si ammette la responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente nel solo caso di comportamento animato da specifico intento fraudolento, in quanto tale limitazione non pare ravvisabile alla luce delle comuni regole di responsabilità.

Analogamente, traspare dalle parole della Cassazione la critica a quella che sembra una indebita commistione tra responsabilità e atteggiamento del terzo rilevante ai fini della eventuale azione revocatoria, allorquando la Corte evidenzia che l'ipotesi dell'intento fraudolento, certamente rilevante per la responsabilità, si «*suole mettere accanto a quella in cui sussistano gli estremi dell'azione revocatoria del secondo acquisto (cfr. in particolare la sent. 942 del 1960,...) la quale peraltro comporta diversa conseguenza, consistente nell'assoggettamento del bene oggetto del trasferimento*

³⁷ La sentenza del 1982 è in *Foro it.*, 1982, I, 394 ss., con nota di PARDOLESI.

all'azione esecutiva del primo acquirente per il soddisfacimento del suo credito per risarcimento del danno verso l'alienante (art. 2902 c.c.)». Precisa la Corte che, posto che la seconda alienazione sarebbe anteriore al sorgere del credito per risarcimento dei danni, si richiede, nel caso della revocatoria, «la dolosa preordinazione dell'alienante con la partecipazione del secondo acquirente (art. 2901, n. 2, ult. parte) consistente nella volontà di entrambi di diminuire la consistenza patrimoniale dell'alienante, allo scopo di pregiudicare le ragioni di credito che dalla vicenda possono derivare a favore del precedente acquirente (sent. n. 1983 del 1976), precisandosi al riguardo che un atto che non sia determinato da tale specifico dolo, ma dall'intento dell'alienante di realizzare una sua particolare effettiva utilità (cioè un prezzo più vantaggioso) e dall'intento dell'acquirente di assicurarsi un bene che gli appaia rispondere ai suoi bisogni, non realizza la condizione dell'azione revocatoria (sent. da ultimo citata)». Precisa ancora la Corte che a «parte il fatto che non è possibile accogliere una così ristretta nozione di dolosa preordinazione, potendosi invece ravvisare frode non soltanto quando vi sia l'intento esclusivo di recar danno ad altri, ma anche quando si persegua un profitto, nonostante il danno ingiusto altrui, c'è da osservare che, se, nonostante la intensità di questo dolo, il secondo acquirente resta soggetto solo alla revocatoria, ossia deve soltanto rassegnarsi a che il creditore dell'alienante agisca in executivis anche sul bene da lui acquistato, non sembra possa esserci spazio per altra diversa ipotesi di dolosa preordinazione (senza l'eventus damni richiesto dall'art. 2901 c.c.) la cui conseguenza possa essere ben più grave e consistere nella soggezione diretta del secondo acquirente alla responsabilità per risarcimento del danno nei confronti del primo acquirente»⁵⁸.

La Corte evidenzia, quindi, che un conto è il possibile coinvolgimento del secondo acquirente primo trascrivente come terzo partecipe della dolosa preordinazione ai fini della revocatoria, altro è il problema della sua responsabilità, non limitabile alle ipotesi della dolosa preordinazione ma da inquadrare, come espressamente afferma la Corte, nell'ambito della tutela aquiliana del credito. In tal guisa, non vi è alcun motivo di lasciare sprovvista di «sanzione la innegabile

⁵⁸ Così Cass. Civ. del 08.01.1982 n. 76 in *Foro it.*, 1982, I, 399.

violazione delle norme di correttezza del secondo acquirente in malafede, attraverso la quale si determina la conseguenza sostanziale a danno del primo acquirente, consistente nella perdita del suo diritto». Infatti, dal meccanismo di cui all'art. 2644 c.c. – previsto a tutela dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione giuridica – non può ricavarsi «per i singoli un diritto a servirsene incondizionatamente, come se quelle di questo meccanismo fossero le uniche norme applicabili alla loro condotta», per concludere che «la condotta tanto dell'alienante quanto del secondo acquirente in malafede si debba considerare unificata dall'intento, non importa se principale o secondario, di privare sostanzialmente il primo acquirente del suo acquisto, e conseguentemente si debba valutare e qualificare nel suo complesso». Perciò, «se una valutazione in termini di responsabilità [deve] essere fatta, come non si dubita, nei confronti dell'alienante, alla stessa valutazione [deve] pervenirsi anche per il secondo acquirente, sotto il profilo di una cooperazione nell'inadempimento dell'alienante»³⁹.

La Corte, quindi, apre definitivamente la via alla doppia qualificazione della fattispecie di cui all'art. 2644 c.c., atteso che, se è vero che il meccanismo ivi previsto presidia gli interessi sottesi alle esigenze della circolazione giuridica e della conoscibilità di determinate situazioni soggettive, esso non può trasformarsi nell'assenso legale all'abuso e non può conseguen-

³⁹ Cass. Civ. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, 397 - 399: ricorre nella specie «la ipotesi della cooperazione del terzo in un comportamento dell'obbligato che frustra in modo definitivo la aspettativa del creditore, cui non rimane che chiedere il risarcimento del danno». Il comportamento del primo trascrivente si affranca quindi dal brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit* in quanto se il «danno fosse secundum ius allora si dovrebbe esentare da responsabilità anche l'alienante, perché la disciplina dell'art. 2644 c.c., come vale per l'acquirente, così dovrebbe valere per l'alienante; eppure si ritiene generalmente che invece l'alienante sia in tal caso responsabile, discutendosi in dottrina solo sulla natura contrattuale o extracontrattuale di detta responsabilità. Né per differenziare le due posizioni potrebbe bastare il riconoscimento della natura di responsabilità contrattuale a quella dell'alienante in forza del particolare rapporto che ha dato titolo al trasferimento, rapporto al quale il secondo acquirente sarebbe estraneo, mentre creerebbe particolari obbligazioni per l'alienante. Infatti la affermazione che il danno è secundum ius pone questa qualificazione su base obiettiva, ragion per cui se il danno c'è, ma per questo motivo gli manca la qualifica di danno ingiusto, tale conformità a legge dovrebbe valere nei confronti di tutti coloro che partecipano alla produzione dell'evento dannoso» (398).

temente impedire che nel caso del doppio trasferimento immobiliare il comportamento del secondo acquirente primo trascrivente venga ispezionato sotto la lente della responsabilità aquiliana⁴⁰.

Nella statuizione della Corte di Cassazione si palesa, così, un'inversione dello schema fino ad allora utilizzato dai precedenti giurisprudenziali degli anni sessanta e settanta. La posizione del primo trascrivente non si indaga più attraverso le strettoie della dolosa preordinazione rilevante ai fini dell'eventuale azione revocatoria, ma viene esaminata, prima di tutto, secondo le regole della responsabilità extracontrattuale. Può anche verificarsi che il suo comportamento rilevi ai fini dell'applicazione della disciplina dell'azione revocatoria, ma i due profili rimangono concettualmente distinti e sono sovrapponibili solo nella misura in cui il dato di fatto consenta l'attivazione di entrambi i rimedi, come non ha mancato di rilevare la giurisprudenza negli sviluppi successivi all'approdo del 1982⁴¹.

⁴⁰ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 320.

⁴¹ La sentenza del 1982 (in *Foro it.*, 1982, I, 394 ss.) nello stigmatizzare l'utilizzo "abusivo" del meccanismo di cui all'art. 2644 c.c. da parte del secondo acquirente primo trascrivente, osserva che appare artificioso isolare, nel comportamento di questo, la stipula del secondo acquisto dal fatto della sua prioritaria trascrizione, sul presupposto che solo la trascrizione infliggerebbe il danno al primo acquirente. Pur "perfezionandosi" il danno con la trascrizione, viene in rilievo il contenuto di questa e cioè l'atto che si trascrive, che è quindi necessario perché il danno si produca e non può quindi considerarsi indifferente per il primo acquirente. Osserva la Corte che si «*deve perciò dire che in questa ipotesi il secondo acquirente comincia a porre in essere una condotta dannosa per il primo quando stipula il suo atto di acquisto con l'alienante*» (397). Inoltre «*non sembra nemmeno da condividere l'affermazione che la situazione giuridica creata dal primo trasferimento sia priva di tutela per il secondo acquirente prima che venga resa pubblica con il mezzo della trascrizione. Ciò significa, invero, disconoscere gli effetti propri dell'atto di trasferimento, che invece, se è uno degli atti elencati nell'art. 2645 c.c., determina senz'altro per effetto della sua stipulazione (art. 1376 c.c.) una situazione giuridica, certamente valevole erga omnes, di appartenenza all'acquirente del diritto trasferito e significa altresì attribuire alla trascrizione effetti maggiori di quelli suoi propri. Independentemente dalla natura di diritto assoluto del diritto trasferito (natura che non dipende dalla trascrizione, tanto è vero che, per es., non qualunque terzo convenuto in rivendica può opporre il difetto di trascrizione dell'atto di acquisto del rivendicante, ma solo quei determinati terzi indicati nell'art. 2644), è stata da tempo distinta la rilevanza esterna - vale a dire nei confronti dei terzi - del rapporto obbligatorio rispetto a quella interna tra i soggetti del rapporto stesso, e se ne è dedotto che, se un rapporto obbligatorio è nel patrimonio del creditore, non può il terzo attentare alla sua*

A tali sviluppi è dedicato il paragrafo seguente.

integrità, ledendo impunemente l'interesse all'adempimento dovuto al creditore stesso» (398). Si osserva, così, che «il secondo acquirente, quando stipula nelle predette circostanze il suo atto di acquisto, pone in essere una condotta già potenzialmente lesiva del diritto del primo acquirente, diritto che in quel momento (per forza di cose, anteriore alla trascrizione dell'atto stesso) egli è tenuto a rispettare come qualsiasi altro terzo, non soltanto per l'aspetto riguardante il diritto acquistato, che è un diritto la cui natura di diritto assoluto non dipende dalla trascrizione, ma anche per l'aspetto relativo all'obbligazione dell'alienante di mantenere fermo l'acquisto, obbligazione che egli conosce esistere nel patrimonio del primo acquirente» (398).

Aggiunge la Corte, anche in relazione alla qualificazione dell'ingiustizia del danno, che *«se la argomentazione, secondo la quale solo nella trascrizione del secondo trasferimento si può ravvisare la causa del danno, fosse corretta, si potrebbe altrettanto correttamente dire, con riferimento alla posizione dell'alienante, che costui, stipulando il secondo atto di trasferimento, compie un atto del tutto indifferente per il primo acquirente, il quale fra l'altro in quel momento ha le stesse possibilità del secondo di procedere alla trascrizione o del proprio acquisto o della domanda giudiziale diretta alla verifica delle sottoscrizioni della relativa scrittura privata e, facendolo prima dell'altro, lasciare definitivamente nell'ambito degli atti del tutto indifferenti per lui questo secondo acquisto; e, continuando lo stesso filo del ragionamento, osservare che la trascrizione del secondo acquisto, che sarebbe il fatto causativo del danno per il primo, è un fatto del tutto estraneo alla attività dell'alienante, tanto estraneo che vi può procedere, come è noto, chiunque (art. 2666, 2678 c.c.), non essendo la trascrizione una attività riservata al solo acquirente. Sicché si dovrebbe concludere che anche l'alienante sarebbe esente da responsabilità, non potendosi trovare un suo atto oppure una omissione da qualificare come causa del danno e fonte perciò di responsabilità di fronte al primo acquirente. Se questa conseguenza è inaccettabile e si cerca dove sia l'errore, lo si trova (...) nel considerare la condotta, sia dell'alienante che del secondo acquirente in malafede, spezzettata nei vari atti compiuti, anziché nella sua unità, essendo innegabile che elemento unificatore di tutta la condotta sia dell'uno che dell'altro è l'intento - non importa se principale o secondario - di privare sostanzialmente di effetti, sfruttando il meccanismo legale della trascrizione, l'acquisto del primo acquirente, già legittimamente verificatosi. E allora, se si pone contra ius colui il quale, dopo di aver alienato un bene, lo trasferisce ad altri, che stipula l'atto di acquisto con la consapevolezza della appartenenza altrui del bene, ma con la previsione di trascrivere per primo, non è possibile ritenere secundum ius la condotta del secondo acquirente, strettamente legata a quella dell'alienante, nell'inadempimento del quale consapevolmente si inserisce» (398).*

8. Sovrapposizioni tra responsabilità del primo trascrivente e azione revocatoria

La giurisprudenza successiva ha confermato l'impostazione che configura il credito per risarcimento del danno in favore del primo acquirente nei confronti, rispettivamente, del comune autore *ex art. 1218 c.c.* (con prescrizione, quindi, decennale della relativa azione) e del secondo acquirente primo trascrivente *ex art. 2043 c.c.* (con prescrizione, quindi, quinquennale)⁴². Più in particolare, con riferimento alla responsabilità del primo trascrivente, questa è stata in linea di principio ammessa quando egli abbia prioritariamente trascritto pur essendo a conoscenza della prima vendita del medesimo bene e della sua mancata trascrizione⁴³: nelle statuizioni della giurisprudenza, la responsabilità del primo trascrivente può alternativamente trovare «*fondamento in una dolosa preordinazione volta a frodare il precedente acquirente o almeno nella consapevolezza dell'esistenza di una precedente vendita e nella previsione della sua mancata trascrizione e quindi nella compartecipazione all'inadempimento dell'alienante in virtù dell'apporto dato nel privare di effetti il primo acquisto*»⁴⁴.

Inoltre, rimane la possibilità dell'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. avverso il secondo trasferimento immobiliare e a tutela del credito per i danni da inadempimento contrattuale nei confronti del dante causa, a condizione che vi sia stata la dolosa preordinazione intervenuta tra quest'ultimo e il secondo acquirente, essendo l'atto revocando anteriore al sorgere del credito⁴⁵.

Tuttavia i due aspetti rimangono concettualmente distinti, per cui può tanto verificarsi un'ipotesi di sola responsabilità del primo trascrivente ai fini dell'applicazione dell'art. 2043 c.c. che non sia tale da integrare gli estremi della partecipazione alla dolosa preordinazione, quanto può darsi il caso della ricorrenza

⁴² Cass. Civ. del 15.06.1988, n. 4090, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Trascrizione*, n. 10, 3039, secondo cui la domanda di risarcimento danni proposta dal primo compratore nei soli confronti del comune venditore vale a interrompere il decorso della prescrizione anche nei confronti del secondo compratore, stante la loro responsabilità solidale per aver concorso nella produzione del danno.

⁴³ Così, Cass. Civ. del 15.06.1988, n. 4090, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Trascrizione*, n. 10, 3039.

⁴⁴ Così, Cass. Civ. del 18.08.1990, n. 8403, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Trascrizione*, n. 15, 3185.

⁴⁵ In tal senso, Trib. Potenza del 20.06.1991 in *Giur. di merito*, 1993, 364 e in *Arch. Locazioni*, 1993, 81.

di quest'ultima che rilevi ai fini sia dell'illecito aquiliano che dell'esperimento dell'azione revocatoria⁴⁶.

La conferma di tale orientamento si ha nelle successive sentenze degli anni 2000, sia di legittimità che di merito. In questa sede basterà ricordare la pronuncia resa dal Tribunale di Ivrea il 16.05.2003⁴⁷, in cui, nel fare stato delle acquisizioni della Corte di Cassazione, si afferma che colui che vende un bene immobile per la seconda volta a un soggetto che per primo trascrive incorre in responsabilità contrattuale nei confronti del primo acquirente che non ha ancora trascritto, *«per violazione del divieto di esercitare i poteri dispositivi sul bene trasferito con la prima vendita»*; parallelamente, il secondo acquirente che sia consapevole della precedente vendita (non trascritta) e preveda di poter trascrivere per primo, si espone alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* per aver partecipato *«all'inadempimento dell'alienante per l'apporto dato nel privare di effetti il primo acquisto»*. Inoltre, *«nell'ipotesi in cui un immobile venga alienato in tempi successivi a due diversi soggetti dei quali solo il secondo trascriva il proprio acquisto rendendolo così opponibile al primo, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del danno contrattuale e, per conservare la garanzia relativa al proprio credito, può esercitare l'azione revocatoria della seconda alienazione, pur se occorre a tal fine provare, ex art. 2901 n. 2, seconda parte, la partecipazione del secondo compratore alla dolosa preordinazione del venditore, e cioè la specifica intenzione di pregiudicare la garanzia del futuro credito risarcitorio del primo acquirente verso il venditore»*⁴⁸.

⁴⁶ Come si ricava da Cass. Civ. del 13.01.1995, n. 383, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Trascrizione*, n. 32, 2121, in cui si afferma che tra le reazioni alla mala fede del terzo acquirente, l'ordinamento prevede, in caso di dolosa preordinazione ai danni del primo acquirente, l'esperibilità dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 c.c. e, comunque, nei confronti dello stesso terzo acquirente, l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 codice civile*.

⁴⁷ Trib. Ivrea del 16.05.2003, in *Giur. di merito*, 2003, 2177 ss.

⁴⁸ In tal senso pare deporre anche la vicenda processuale che si legge in Cass. Civ. del 02.02.2000, n. 1131, in *Rep. Foro it.*, 2000, 2205 e in *Giust. civ.*, 2000, 6, 1687 ss., definita in primo grado da Trib. Verona del 04.03.1991, in *Giur. di merito*, 1992, 539. Precisa in questo caso la Corte di Cassazione che il credito per risarcimento del danno matura in capo al primo acquirente in conseguenza della prioritaria trascrizione del secondo trasferimento che, quindi, ai fini della revocatoria, necessita della partecipazione del secondo acquirente alla dolosa preordinazione del comune autore, debitore, *ex art. 1218 c.c.*, del primo acquirente.

Da ultimo, la Corte di Cassazione, in un caso di doppia donazione immobiliare, ha riaffermato l'obbligo risarcitorio del secondo donatario primo trascrivente nei confronti del primo donatario, per aver impedito che nella sfera giuridica di quest'ultimo si perfezionassero gli effetti derivanti dalla prima donazione. Ciò a condizione che fosse provata la malafede del primo trascrivente, concretizzantesi nella consapevolezza del primo trasferimento e nella previsione di trascrivere per primo⁴⁹.

Nel ricordare la citata sentenza della Corte del 2000 e la successiva pronuncia di Cass. Civ. del 25.10.2004, n. 20721, in *Giur. it.*, I, 2006, 486 ss., FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., (v. rispettivamente, p. 328, nt. 149, e p. 329 s.) annota che dall'esame dell'evoluzione giurisprudenziale pare emergere un certo distacco tra i concreti casi affrontati e l'enunciazione dei principi di diritto. Si osserva, infatti, che le condanne pronunciate a carico del primo trascrivente per il semplice fatto che egli sapesse di un primo trasferimento non trascritto, riguardano casi specifici in cui, in realtà, sembrano delinearsi «trame ben più maliziose» della «scienza mera» (p. 330). Ma l'Autore pare risolvere alla radice il problema, in quanto si mostra critico sulla possibilità di configurare la responsabilità del primo trascrivente (p. 363). Qui basti ricordare che, secondo il Ferrante (pp. 330 - 341), se si ammettesse tale responsabilità, rimarrebbe pur sempre da armonizzare l'alternativa buona fede - mala fede con i normali criteri di imputazione soggettiva dell'illecito aquiliano, cioè con il dolo e con la colpa. Egli osserva, infatti, che, già con riferimento al dolo, se è vero che il danneggiante potrà rappresentarsi tutti gli elementi della vicenda che poi lo vede prevalere *ex art. 2644*, secondo comma, c.c., a conclusioni meno certe si perverrebbe quando la rappresentazione fosse incompleta o la cronologia irregolare (p. 332). I rilievi critici si accentuano, ovviamente, nel caso della colpa, rispetto alla quale appare difficoltoso prospettare una responsabilità risarcitoria per chi abbia «negligentemente» trascritto per primo (p. 338), se non altro perché «l'acquisto del primo avente causa resta per definizione sconosciuto ai registri (...). Se tuttavia non persuade lo schermo giustificativo della mancanza di pubblicità – e dunque si ritiene che il trascrivente non debba essere per ciò solo assolto da qualsiasi imputazione colposa - la questione resta aperta (...)», dovendosi necessariamente aspettare «la casistica vera», condizionata dall'accertamento «postumo dei due stati soggettivi», i quali «vengono appurati per mezzo d'induzioni e deduzioni che finiscono col convergere. È pur sempre un giudizio di regolarità statistica, improntato a 'quel che si sapeva' o a 'quel che non si poteva non sapere'» (pp. 340 - 341).

⁴⁹ Cass. Civ. del 25.10.2004, n. 20721, in *Giur. it.*, 2006, 1, 486 ss., con nota di FERRANTE. La sentenza sintetizza i precedenti di legittimità in materia di doppio trasferimento immobiliare, tra cui Cass. Civ. del 08.01.1982 n. 76, nonché le sentenze nn. 4090 del 1988, 8403 del 1990 e 383 del 1995, per ricordare che la malafede del secondo acquirente primo trascrivente consente l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* mentre la dolosa preordinazione assurda a presupposto dell'azione revocatoria.

Tale ultima pronuncia, pur conformandosi alla giurisprudenza ormai consolidatasi sotto il profilo della responsabilità, merita di essere segnalata perché si riferisce ad un caso diverso da quelli tradizionalmente caratterizzanti il doppio trasferimento: nei precedenti giurisprudenziali, infatti, si è sempre trattato di una duplice vendita e, a parte l'isolata pronuncia di merito relativa alla nullità per motivo comune illecito e determinante, si è sempre ritenuto che la seconda alienazione fosse di per sé valida. Diversamente, stante il disposto di cui all'art. 1376 c.c., il caso di una seconda liberalità per prima trascritta pare avere ad oggetto un bene altrui, in quanto già donato al primo successore, ancorché non trascrivente. Orbene, mentre per la vendita è possibile il trasferimento di cosa altrui ai sensi dell'art. 1478 c.c. (e sempre a patto che si ritenga che nella doppia alienazione ricorra una ipotesi del genere), rimane controversa l'ammissibilità della doppia liberalità alla luce di quanto previsto dall'art. 771 c.c., che stabilisce che la donazione può comprendere solo i beni presenti del donante e dichiara nulla quella di beni futuri: sulla base di tale disposizione è piuttosto diffuso l'orientamento della nullità della donazione di cosa altrui⁵⁰.

Tuttavia la Corte non si è occupata di questo profilo che, se fosse emerso, avrebbe probabilmente permesso di ricavare spazi di tutela recuperatoria in favore del primo donatario non trascrivente, come effetto conseguente alla invalidità della seconda liberalità. Si sarebbe trattato, però, di un rimedio recuperatorio pur sempre limitato al solo caso della doppia donazione.

9. Osservazioni finali

Dall'esame dell'evoluzione della giurisprudenza come qui sintetizzata, si ha la sensazione che le iniziali impostazioni incentrate sulla frode abbiano impedito un "sereno" esame della

⁵⁰ Come ricorda FERRANTE (il quale sembra propendere per la tesi della nullità della donazione di cosa altrui) proprio nella nota alla sentenza citata, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1, 487 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

fattispecie del doppio trasferimento immobiliare e abbiano così condizionato le successive soluzioni.

Basti qui ricordare, infatti, come l'idea di ascendenza francese che si focalizzava sulla nullità per frode della seconda vendita per prima trascritta abbia portato ad alcune similari affermazioni da parte della giurisprudenza italiana⁵¹ che, invece, avrebbe dovuto immediatamente ricusare tale soluzione, in quanto non contemplata dal nostro ordinamento come causa di nullità del contratto, né attraverso le forme della nullità virtuale né tramite quelle di una frode alla legge, trattandosi, eventualmente, di una mera frode ordita da privati in danno di un altro soggetto privato.

Negli sviluppi successivi della giurisprudenza permane la sensazione che quell'originaria idea di frode, non consentendo di colpire con l'invalidità la seconda vendita per prima trascritta, abbia portato all'unico mezzo di tutela che contemplasse il requisito della frode e che pareva plausibilmente applicabile al caso di specie: infatti, nelle prime affermazioni della giurisprudenza diverse da quelle relative alla nullità, emerge piuttosto rapidamente il rimedio dell'azione revocatoria, già sotto l'imperio del codice del 1865. La posizione di colui che abbia per primo trascritto, però, continua a rilevare indirettamente al solo fine di soddisfare il requisito per l'esperibilità dell'azione revocatoria, rimanendo esclusa la configurazione di una sua diretta responsabilità, in base al brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit*⁵².

L'orientamento incentrato sull'azione revocatoria si consolida, come si è visto, in tutta la giurisprudenza successiva ma, come è stato efficacemente osservato, ha il difetto di sottoporre a revocatoria lo stesso atto dal quale nascerebbe il credito a tutela del quale il creditore agisce con il predetto mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale⁵³.

Attraverso il rimedio dell'azione revocatoria e, conseguentemente, della richiesta partecipazione alla frode da parte del terzo che è il secondo acquirente primo trascrivente, sembra poi che la giurisprudenza cominci a scalfire la posizione del terzo, che non

⁵¹ Cass. Napoli del 12.05.1884 e del 25.06.1915, in FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., rispettivamente a pp. 214 s. e a pp. 216 s.

⁵² Cass. Civ., SS. UU., del 22.12.1930, in *Foro it.*, 1931, I, 1, 3 ss.

⁵³ FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 239.

appare più così agilmente collocabile sotto l'ombrello offerto dal brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit*. Se, infatti, la posizione del primo trascrivente "coinvolto" nella revocatoria rileva solo ai fini di soddisfare un requisito per l'esperimento di tale azione e non comporta, quindi, una sua responsabilità diretta nei confronti del primo acquirente, si ha la netta sensazione, almeno da un punto di vista puramente cronologico, che sia il grimaldello dell'azione pauliana ad aprire la porta della diretta responsabilità del primo trascrivente, dapprima limitata, infatti, ai casi di partecipazione alla dolosa preordinazione⁵⁴.

⁵⁴ Cass. Civ. del 27.04.1960, n. 942, in *Foro it.*, 1961, I, 105 ss. e Cass. Civ. del 01.06.1976, n. 1983, in *Foro it.*, 1977, I, 484 ss. Proprio in relazione a queste due sentenze della Cassazione, FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., 312 ss., ricorda che vi fu una iniziale ritrosia a configurare una responsabilità *ex art. 2043 c.c.* del primo trascrivente, limitando alla frode l'ambito della illiceità. Osserva infatti l'Autore che si andava «consolidando l'inclinazione a colpire i coautori della doppia vendita mediante il rimedio revocatorio, puramente conservativo sì, ma capace almeno di preservare l'effettivo ristoro per equivalente del primo avente causa. Il risarcimento era tuttavia domandato al solo plurimo autore, sicuro inadempiente o sicuro danneggiante, sicché l'inefficacia relativa della vendita trascritta, esito del fruttuoso esperimento dell'azione revocatoria, garantiva il soddisfacimento di una pretesa orientata esclusivamente contro di questo. Chiamata ora a pronunciarsi non più sulla domanda revocatoria, mezzo indiretto e strumentale, o sulla responsabilità del doppio venditore, del tutto pacifica pur nel divergere delle motivazioni, ma sull'eventuale danno aquiliano provocato dal trascrivente, ai giudicanti apparve incongrua un'apertura di principio - ed infatti nessun proprietario 'forte' venne inizialmente condannato - ma altrettanto benefico il limite estremo della frode (...). Ancora una volta, ed indipendentemente dal diritto positivo, affiorava l'adagio *fraus omnia corrumpit*. Fu un chiaro fenomeno imitativo, non deprecabile in sé - ed anzi capace di preludere ad applicazioni coerenti e più prevedibili - ma difettoso sotto un duplice aspetto. Innanzi tutto l'ambito dell'illecito, la frode del trascrivente, era delineato in modo del tutto ipotetico, se è vero che le sentenze di questa prima èra, al di là degli annunci, s'erano ben guardate dal condannare il trascrivente. La tesi della responsabilità per frode non aveva dettato alcun dispositivo in termini ed anzi risultava costantemente relegata ad *obiter* (...). Compiuta l'esportazione del *concert frauduleux* dalla sfera dell'azione revocatoria a quella dell'azione aquiliana, lo spostamento finiva col presentare un rilievo stilistico e, mentre là occorreva la frode perché fosse integrata la fattispecie degli artt. 1235 c.c. abrog. e poi 2901 c.c. vig., qui essa valeva semplicemente a far salva una prospettazione teorica della condanna per il caso di frode. Tanta preoccupazione doveva giudicarsi però sovrabbondante, per lo meno se condiviso lo scetticismo circa la distinguibilità di collusione e mera scienza; chi avesse voluto proporre un qualche spostamento, avrebbe potuto dirigere i suoi sforzi in altra direzione, saggiando in particolare se, ammessa la scindibilità

Grazie, poi, alle parallele acquisizioni giurisprudenziali in materia di tutela aquiliana del credito, la giurisprudenza perviene alla responsabilità diretta del primo trascrivente nei confronti del primo acquirente, affermando che in tale ultima ipotesi possa rilevare la sola malafede in luogo della partecipazione alla dolosa preordinazione, rilevante, invece, per l'esperimento dell'azione pauliana. Quest'ultima viene così definitivamente distinta dai profili di responsabilità, pur potendo sovrapporsi ad essi qualora il dato fattuale lo consenta⁵⁵.

In tali sviluppi, che danno per pacifica la responsabilità contrattuale del comune autore nei confronti del primo acquirente⁵⁶, non sembra però cogliersi appieno l'effettivo contenuto della posizione soggettiva vantata dal primo acquirente e che forma l'oggetto della tutela aquiliana, da cui discende il diritto al risarcimento dei danni⁵⁷. Sul punto vale la pena osservare che la sentenza della Corte di Cassazione del 08.01.1982, n. 76, nell'inaugurare l'indirizzo della responsabilità extracontrattuale del primo trascrivente, afferma, sia pure telegraficamente, che nel caso del doppio trasferimento immobiliare il primo acquirente vanta una posizione soggettiva a che il suo acquisto venga tenuto

teorico-pratica della scienza dalla collusione, quest'ultima fosse sussumibile entro lo schema del motivo illecito (e della conseguente nullità), anziché in quello del danno aquiliano (...). Inoltre il criterio soggettivo basato sulla frode, oltre ad essere rimasto virtuale alla prova dei fatti, non trovava riscontro nella lettera dell'art. 2043 c.c., che nel descrivere l'elemento psicologico richiesto ai fini dell'imputazione cita 'qualunque fatto doloso o colposo' e mostra con ciò una tendenziale indifferenza rispetto ai due criteri generali e concorrenti, il dolo e la colpa, ed un'indifferenza ancor maggiore rispetto alle varie articolazioni che l'uno e l'altro possono presentare (frode, mala fede, dolo specifico o generico, colpa cosciente e così via)» (pp. 313 - 315).

⁵⁵ Cass. del 08.01.1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, 397 ss. Tra le più recenti, anche per la chiarezza dei suoi passaggi, Trib. Ivrea del 16.05.2003, in *Giur. di merito*, 2003, 2177 ss.

⁵⁶ Come rammenta da ultimo G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, IV, cit., 74, il quale non manca di annotare l'orientamento minoritario in virtù del quale, intervenuta la prima vendita, non può darsi responsabilità contrattuale dell'alienante, il quale può semmai danneggiare il primo acquirente come terzo estraneo, incorrendo anche lui in responsabilità extracontrattuale.

⁵⁷ Il cui ammontare può essere diminuito qualora vi sia stato un concorso del primo acquirente che, per fatto proprio o dei suoi ausiliari, abbia ritardato la richiesta della formalità pubblicitaria, come osserva G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit. in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, IV, cit., 74.

fermo dal comune autore, il quale si rende responsabile di un inadempimento cui coopera, in modo decisivo, il secondo acquirente primo trascrivente⁵⁸.

Tale assunto, però, sfocia in una tutela per equivalente, del tutto in linea con gli orientamenti successivi che risultano accomunati dalla esclusione di una tutela recuperatoria del bene in favore del primo acquirente pregiudicato dal meccanismo di cui all'art. 2644 c.c., di cui si avvale, invece, il secondo acquirente.

A quanto consta, infatti, l'unico precedente di carattere "recuperatorio" si rinviene nella soluzione della nullità della seconda vendita per prima trascritta per motivo illecito comune e determinante⁵⁹, ma, a ben guardare, anche in tal caso il rimedio è mera conseguenza dell'invalidità e, peraltro, non risolve il caso della prioritaria trascrizione che venga eseguita quando la consapevolezza della esistenza di una prima vendita non trascritta maturi dopo la stipula della seconda vendita.

Diversamente, tutti gli altri orientamenti, da quelli preponderanti incentrati sul binomio responsabilità extracontrattuale – azione pauliana a quelli minoritari che rifluiscono nella disciplina della garanzia per evizione o della risoluzione del contratto, si caratterizzano per il tratto unificante in virtù del

⁵⁸ In senso analogo sembra chiaramente deporre anche Cass. Civ. del 17.11.1998, n. 11571, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2368, dove, come già detto, emerge l'idea della frustrazione dell'interesse del primo acquirente a completare, per il tramite della trascrizione non ancora compiuta, il proprio acquisto.

Si veda, in relazione a Cass. Civ. 08.01.1982, n. 76, la nota di DANUSSO, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 678 ss., ove l'Autore si propone di individuare quale sia effettivamente il diritto del primo acquirente oggetto di tutela aquiliana. Egli ritiene che il contratto di per sé non può esserlo, in quanto sono al più tutelabili ex art. 2043 c.c. «i diritti e gli obblighi specifici da questo derivanti. D'altra parte la teoria del contratto come valore in sé tutelabile trova proprio nel settore extracontrattuale i suoi limiti più evidenti. Considerare il contratto garantito ex art. 2043 c.c. in quanto la sua stabilità sia ritenuta meritevole di protezione dall'ordinamento per l'intenso grado di utile da esso prodotto, si rivela infatti criterio troppo vago ed astratto per trovare puntuale applicazione concreta» (pp. 680 s.). Di conseguenza, in luogo di ricercare «obblighi di difficile percezione quale 'l'obbligazione di tenere fermo l'acquisto'», l'Autore ritiene di poter configurare in capo al primo acquirente un credito nei confronti dell'alienante alla «garanzia del risultato, obbligazione questa presente in ogni contratto traslativo» (p. 681).

⁵⁹ Trib. Foggia del 11.06.1948, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 481 ss.

quale essi, nel predisporre le varie tutele in favore del primo acquirente, non configurano rimedi in forma specifica, nell'evidente presupposto del perfezionamento, *ex art. 2644 c.c.*, dell'effetto reale nella sfera giuridica del primo trascrivente, ancorché cooperante nell'inadempimento del comune autore⁶⁰.

⁶⁰ Nella più recente giurisprudenza, si veda la sentenza parziale del Trib. Brindisi, Sez. distaccata di Ostuni, del 28.02.2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7145.php>, ove si legge il caso di un soggetto (attore nel processo) che aveva trascritto il proprio atto di acquisto di un fondo dagli eredi dell'originario proprietario, salvo poi scoprire l'esistenza di una precedente trascrizione di un precedente atto di acquisto del medesimo bene da parte di un terzo (convenuto nel processo) che aveva però stipulato con un soggetto successivamente rivelatosi *falsus procurator* dell'originario proprietario. Ci si trova, quindi, di fronte a una ipotesi che appare diversa dal tradizionale caso del doppio trasferimento immobiliare, in quanto la vendita per prima trascritta è anche temporalmente anteriore a quella trascritta per seconda, con la peculiarità che la prima vendita è stata conclusa con un *falsus procurator* del dante causa. Ebbene, nel rilevare che l'inefficacia degli atti compiuti dal falso rappresentante può essere fatta valere solo dal falsamente rappresentato (o dai suoi eredi, come potrebbe essere nel caso di specie), il Tribunale ha ritenuto la sussistenza della legittimazione ad agire del secondo acquirente (anche secondo trascrivente) perché la sua domanda era da ritenersi come rivolta non già alla declaratoria di inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* ma alla inopponibilità, nei confronti dell'attore, dell'acquisto conseguito da altro soggetto che aveva trascritto per primo (pur comprando dal falso rappresentante) ed in possesso, quindi, di titolo astrattamente idoneo «*a prevalere in applicazione dei principi in materia di trascrizione e, quindi, di risoluzione dei conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore del dominium del medesimo bene immobile o, comunque, di diritti incompatibili fra loro*».

Si segnala inoltre la sentenza della Corte di Appello di Milano del 28.02.2012, sempre in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7025.php>, che, pur non occupandosi direttamente del doppio trasferimento immobiliare, evidenzia, telegraficamente, l'irrelevanza degli stati soggettivi ai fini dell'applicazione dell'art. 2644 c.c. La Corte di merito, infatti, con riferimento alla trascrizione (e, quindi, all'opponibilità) del patto di riservato dominio (di beni mobili) nell'«*apposito registro tenuto nella cancelleria del tribunale*» (come testualmente previsto dall'art. 1524, comma 2, c.c.), osserva che se «*il legislatore avesse inteso estendere alla trascrizione in parola la medesima efficacia di quella relativa ai beni immobili o mobili registrati di cui all'art. 2644 c.c. (in cui la pubblicità non può essere supplita da equipollenti e non assume dunque alcuna rilevanza la buona o la mala fede del 'secondo' acquirente), si sarebbe <semplicemente> limitato a farlo, senza necessità di fare 'salve le disposizioni' che disciplinano quest'ultima*». La Corte di merito evidenzia che la pubblicità di cui all'art. 1524 c.c. serve a risolvere, in favore del venditore trascrivente, «*il conflitto con i terzi, e questa soluzione ha significato proprio riguardo agli acquirenti di buona fede. Rispetto agli acquirenti di mala fede infatti il venditore è già tutelato secondo la regola*

Sembra, così, che le posizioni esaminate considerino come un “assioma” la salvezza dell’effetto reale conseguente alla prioritaria trascrizione del secondo trasferimento *ex art. 2644 c.c.* e non esplorino a fondo la percorribilità di una tutela recuperatoria in favore del primo avente causa, nonostante l’acquisito risultato della diretta responsabilità, nei suoi confronti, sia del comune dante causa che del secondo acquirente primo trascrivente.

generale, e quindi, indipendentemente dall’onere della trascrizione. Il subacquirente, cioè, che compra conoscendo che il bene è gravato di riservato dominio non può opporre il suo acquisto al titolare di un diritto reale già costituito, e ciò a prescindere dalla circostanza che la riserva sia stata o no trascritta e che il bene sia stato o no rimosso dall’ambito della originaria giurisdizione». Conclude la sentenza nel senso di escludere che il patto di riservato dominio trovi tutela solo nell’ambito dall’art. 1524, comma 2, c.c., in quanto, in assenza della trascrizione ivi contemplata, «non può che valere la disciplina generale relativa al trasferimento dei beni mobili, posta dall’art. 1153 c.c., di cui l’art. 1524 in questione rappresenta una deroga».

NOVITÀ NORMATIVE

L'ASSOCIAZIONE DELLE NAZIONI ASIATICHE SUD-ORIENTALI ADOTTA LA PRIMA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI UMANI: L'ALBA DI UN NUOVO SISTEMA REGIONALE DI TUTELA DEI DIRITTI?

Anna Maria Lecis Cocco-Ortu

*Dottoranda in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena e nell'Università di Aix-Marseille*

1.

L'Associazione delle nazioni asiatiche sud-orientali (ASEAN) ha adottato, lo scorso 18 novembre, la prima Dichiarazione asiatica dei diritti umani.

Il documento, non giuridicamente vincolante, dovrebbe costituire, secondo uno schema tipico del diritto internazionale dei diritti umani, la prima tappa in un percorso di codificazione dei diritti, nel quale all'adozione di un atto di *soft law* come la Dichiarazione in questione facciano seguito delle Convenzioni con cui gli Stati membri assumano delle vere e proprie obbligazioni giuridiche. Questo è quanto ha auspicato la Commissione Intergovernativa dei Diritti Umani dell'ASEAN (AICHR) che, all'indomani dell'adozione della Dichiarazione, ha affermato che tale atto getterà le basi per la cooperazione tra i Paesi membri nella tutela dei diritti umani e farà da cornice a ulteriori Convenzioni e altri strumenti giuridici per promuoverne e garantirne la tutela. Il progetto dell'Organizzazione è dunque quello di pervenire in tempi brevi all'instaurazione di un sistema regionale di protezione dei diritti.

La costruzione di un vero e proprio sistema regionale di tutela dei diritti, alla stregua di quelli europeo e interamericano (e di quello africano, che ad oggi non ha ancora raggiunto livelli di effettività equiparabili ai due prototipi), è ancora agli esordi ed è impossibile azzardare qualunque confronto. Tuttavia, alcune considerazioni *prima facie* possono essere avanzate, per tentare di capire in che misura la genesi del sistema sud-asiatico di tutela dei diritti ricorda le esperienze che l'hanno preceduta in Europa e in America.

2.

Innanzitutto, è opportuno sottolineare che la Dichiarazione è un documento proclamato in seno ad un'organizzazione sub-regionale, che non interessa l'intero continente asiatico, ma solo dieci Stati appartenenti appunto all'area sud-orientale (si tratta di Indonesia, Malesia, Filippine, Singapore, Thailandia, Sultanato del Brunei, Vietnam, Laos, Birmania e Cambogia).

A livello pan-asiatico, invece, nessuno dei tentativi di pervenire alla redazione di una Carta dei diritti, portati avanti più da organizzazioni non governative che da entità statali o sovranazionali, è mai andato in porto, proprio per l'opposizione di molti governi e la mancanza di un'organizzazione regionale che potesse favorire l'incontro dei consensi su un testo (si veda la ricostruzione fatta da GROPPi, *I diritti umani in Asia*, 6-7. L'autrice ricorda che uno dei tentativi più seri di codificazione dei diritti umani in Asia è stato quello promosso dalla *Asian Coalition of Human Rights*, che ha condotto nel 1998 alla elaborazione di una "Carta asiatica dei diritti umani", sulla quale si veda S.R. HARRIS, *Asian Human Rights: Forming a Regional Covenant*).

Gli studi sulla tutela dei diritti in Asia e sui "valori asiatici" hanno d'altronde messo in evidenza da tempo come sia ontologicamente scorretto parlare di una sola "Asia" in riferimento ad un insieme di Paesi e popoli così diversi fra loro: abbracciarli sotto un'unica definizione territoriale è un'approssimazione che risente di una radicata prospettiva fortemente eurocentrica (GROPPi, *Does Asia Exist?*, 3 ss.; A. SEN, *Diritti umani e valori asiatici*, 151; si veda anche DE VERGOTTINI, *Asian Constitutionalism: the Limits of the Western Model*, 377).

Per quanto anche l'Europa e l'America siano continenti variegati dal punto di vista politico, culturale e religioso, essi trovano almeno nel "costituzionalismo" di matrice occidentale il minimo denominatore comune in grado di fare da collante tra i vari ordinamenti e di rappresentare il fondamento di *standard* condivisi. Con riferimento al continente asiatico, invece, un tale denominatore comune non sembra rinvenibile: com'è stato osservato, «*civil law* e *common law*, diritto islamico ed ebraico, si accompagnano a ebraismo, Islam, scintoismo, buddismo, induismo, confucianesimo, cattolicesimo... Né la storia ha

contribuito a stendere, sulle eventuali differenze originarie, un velo di uniformità, diversamente da ciò che, invece, è avvenuto in gran parte dell’Africa, attraverso il colonialismo prima, la decolonizzazione poi» (Groppi, *Does Asia Exist?*, cit., p. 3).

Perciò, il sistema sub-regionale in divenire che andiamo ad analizzare è probabilmente destinato a rimanere geograficamente limitato, e a non estendersi a tutti gli altri Paesi del continente asiatico, com’è avvenuto invece in Europa, dove le transizioni costituzionali degli Stati dell’Est hanno favorito l’importante allargamento del Consiglio d’Europa, che ha visto i propri membri quasi raddoppiare nel corso degli anni Novanta.

3.

L’ASEAN è stata fondata nel 1967 con la cosiddetta Dichiarazione di Bangkok, firmata nella capitale Thailandese dai Ministri degli Esteri di Indonesia, Malesia, Filippine, Singapore e Thailandia, con lo scopo principale di promuovere la cooperazione economica e l’assistenza reciproca fra gli Stati membri. Ai cinque Paesi fondatori si unirono, nel corso degli anni Ottanta e Novanta, il Sultanato del Brunei (1984), il Vietnam (1995), il Laos e la Birmania (1997) e la Cambogia (1999), portando l’ASEAN all’attuale composizione di dieci membri.

Organizzazione a vocazione strettamente economica, solo negli anni Novanta ha iniziato a contemplare la questione dei diritti quando, all’indomani della Conferenza mondiale per i diritti umani, tenutasi nel 1993 a Vienna sotto l’egida delle Nazioni Unite, i Paesi membri dell’ASEAN, che avevano partecipato alla Conferenza, rilasciarono un comunicato congiunto, nel quale si impegnavano a promuovere la cooperazione internazionale nella definizione di *standard* di tutela dei diritti, nonché «a prendere in considerazione l’istituzione di un apposito meccanismo regionale per i diritti umani» (Comunicato congiunto del 26° Meeting annuale degli Stati membri dell’ASEAN, Luglio 1993, reperibile all’indirizzo <http://aichr.org/about/>).

Da quel momento, tuttavia, passano ancora diversi anni prima di avere degli sviluppi in tal senso. Nel corso degli anni Duemila vengono adottate alcune dichiarazioni politiche, non

giuridicamente vincolanti (l'*ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers*, l'*ASEAN Declaration Against Trafficking in Persons, Particularly Women and Children* e la *Declaration on the Elimination of Violence Against Women in the ASEAN*) e solo dopo l'adozione della Carta dell'ASEAN del 2008 si ricomincia a parlare di un meccanismo regionale di tutela.

Infatti, l'art. 14 della Carta afferma che «Conformemente agli obiettivi e principi della Carta dell'ASEAN relativi alla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, l'ASEAN istituirà un organo per i diritti umani».

Si arriva così all'istituzione della Commissione Intergovernativa dei Diritti Umani dell'ASEAN (AICHR) nel 2009. La Commissione è per il momento un organo di ricerca, come la Commissione interamericana al momento della sua costituzione, incaricata di promuovere con attività di studio, analisi, cooperazione e confronto, la tutela dei diritti umani, anche attraverso l'adozione di appositi strumenti (sull'evoluzione del ruolo della Commissione interamericana e, in generale, sulla progressiva formazione dell'attuale sistema americano, si rinvia ai materiali sul punto indicati nelle note bibliografiche). La redazione e adozione della Dichiarazione è il primo prodotto concreto di questa attività di impulso alla garanzia normativa dei diritti, che la Commissione ha portato avanti promuovendo contatti e *workshop* in seno all'ASEAN, con esponenti delle ONG impegnate nella tutela dei diritti umani e della società civile.

La Dichiarazione trae ispirazione dalle altre carte internazionali dei diritti, delle quali condivide l'impianto di base, arricchito con alcuni innesti che rispondono alle esigenze proprie del contesto di riferimento e alla dimensione più spiccatamente collettiva dei "valori asiatici", in particolare all'interno del catalogo dei diritti sociali e nei riferimenti ai "doveri degli individui nei confronti della comunità".

Il documento si apre con l'elenco dei principi generali (artt. 1-9), sancendo l'invulnerabilità della dignità e dei diritti umani, che appartengono ad ogni persona in quanto tale. Il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, tuttavia, «deve essere bilanciato con l'adempimento dei corrispondenti doveri» perché «ogni persona ha delle responsabilità nei confronti di tutti gli altri individui, della comunità e della società in cui vive» (art. 6).

Tra i principi generali figurano poi, in una redazione inedita rispetto alle altre Carte, il principio di sussidiarietà e la rilevanza sia del “consenso regionale” che della differenziazione infra-regionale, che sembra aprire ad un “margine di apprezzamento” nella garanzia dei diritti, in ragione del «contesto politico, economico, giuridico, sociale, culturale, storico e religioso» (art. 7).

Seguono poi i diritti civili e politici (artt. 10-25), tra i quali figurano tutti quelli tradizionalmente riconosciuti come fondamentali nelle carte dei diritti (diritto alla vita; libertà personale; divieto di schiavitù, di tortura e di trattamenti inumani e degradanti; diritto ad un processo equo; libertà di espressione, di riunione e associazione; diritto alla famiglia; diritto di proprietà; diritto di voto), con delle clausole di limitazione simili a quelle contenute nelle Convenzioni regionali prima richiamate.

Corposa, in ragione dell’attenzione al contesto regionale e ai “valori asiatici”, è la parte dedicata ai diritti economici, sociali e culturali, tra i quali figurano: diritto al lavoro e all’assistenza sociale per i disoccupati (art. 27 c. 1); divieto di sfruttamento del lavoro minorile (art. 27 c. 3); diritto ad un tenore di vita adeguato, con espresso riferimento a cibo, abbigliamento, abitazione, cure mediche, acqua e ambiente salubre (art. 28); diritto alla salute fisica, mentale e riproduttiva, che contempla non solo il diritto alle cure mediche, ma anche la repressione delle discriminazioni e dell’isolamento delle persone affette da malattie altamente trasmissibili, come l’AIDS (art. 29); ancora, figurano il sostegno alla maternità e all’infanzia (art. 30) e altre forme di assistenza sociale, e il diritto all’istruzione, dettagliatamente definito con riferimento ai diversi gradi e alle diverse branche (art. 31). Peculiari sono infine gli ultimi due capitoli, dedicati rispettivamente al diritto allo sviluppo (artt. 35-37), inteso come diritto dell’individuo oltre che della comunità, e al diritto alla pace (art. 38).

4.

La grande attenzione per i diritti sociali, in particolare per l’istruzione, il sostegno alla famiglia e le altre forme di previdenza sociale, riflette largamente la prospettiva dei “valori

asiatici”, secondo alcune delle definizioni e catalogazioni che la dottrina ha cercato di darne.

Infatti, sebbene sia difficile, come si è detto, identificare sotto un'unica classificazione i valori comuni a popoli e tradizioni variegati, qualche punto in comune è stato rintracciato in valori e principi che, sebbene figli di tradizioni religiose e culturali diverse, hanno trovato uno sviluppo analogo che a partire da matrici differenti si traduce nel comune rifiuto dell'individualismo occidentale. Questa concezione asiatica dei principi che fondano la società contempla valori quali la coesione sociale, la prevalenza dell'interesse collettivo sull'interesse dei singoli, il rispetto e la cura delle persone anziane e della famiglia, la tutela dell'ordine pubblico e sociale, l'importanza della frugalità e del risparmio, il culto del duro lavoro, l'importanza dello Stato e il carattere non assoluto delle libertà individuali (EHR-SOON-TAY, *I “valori asiatici” e il rule of law*, 695).

Si può notare come proprio l'importante ruolo della “collettività” nella scala di valori asiatica sia alla base non solo di alcune previsioni di tutela, che denotano una maggiore attenzione ai diritti sociali - intesi come finalità della collettività - piuttosto che ai diritti e alle libertà individuali, ma anche alla base di molte clausole limitative, che caratterizzano il documento per il suo marcato approccio relativista, che dichiara sì i diritti umani inerenti alla persona come inviolabili, ma sembra in qualche modo subordinare il godimento dei diritti del singolo al soddisfacimento dell'interesse generale e soprattutto al rispetto del contesto nazionale di riferimento.

Alcune delle disposizioni che sembrano muovere in tal senso hanno infatti destato preoccupazioni nella comunità internazionale. In particolare, il Comitato di esperti del Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani, incaricato di redigere un parere sulla Dichiarazione, ha avvertito dei rischi che le clausole di limitazione, e un'applicazione cieca del principio di sussidiarietà, possono comportare per l'attuazione di *standard* accettabili di tutela, affermando che: «La *raison d'être* degli strumenti regionali per i diritti umani è quella di stabilire standard minimi ai quali le leggi nazionali si devono conformare [...] Clausole quali *'in accordance with national law'* potrebbero essere usati dagli Stati per schermirsi dallo scrutinio da parte dei meccanismi internazionali di tutela dei diritti umani» (Lettera aperta del Comitato di coordinamento delle procedure speciali per conto del

Consiglio delle nazioni Unite per i diritti umani). Inoltre, nella Lettera aperta redatta dal Comitato si critica anche la disposizione *ex art. 6* sopra richiamata, che invita a bilanciare il godimento dei diritti dei singoli con il loro dovere di adempiere alle proprie obbligazioni nei confronti della collettività. L'idea di bilanciamento dei diritti fondamentali con i doveri nei confronti dello Stato è estranea alle codificazioni dei diritti umani nel diritto internazionale, osserva il Comitato, tanto più che «invocare il bilanciamento tra diritti umani e doveri crea maggiori possibilità per i Governi di disporre limitazioni dei diritti umani arbitrarie, sproporzionate e non necessarie». Il Comitato manifesta tale preoccupazione nonostante l'art. 8 disponga che i diritti umani e le libertà fondamentali possano essere limitati solo alle condizioni necessarie «in una società democratica», secondo una clausola analoga a quelle previste nelle altre carte regionali dei diritti: «L'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali sarà soggetto soltanto a quelle limitazioni che siano determinate dalla legge esclusivamente allo scopo di assicurare il dovuto riconoscimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali degli altri, e per soddisfare le necessarie condizioni di sicurezza nazionale, ordine pubblico, salute pubblica, pubblica sicurezza, pubblica morale, oltre che il generale benessere dei popoli in una società democratica».

Inoltre, può destare preoccupazione, in vista del raggiungimento di *standard* minimi in conformità a quelli garantiti nel diritto internazionale dei diritti umani, l'attenzione accordata al pluralismo giuridico e alla differenziazione.

In particolare, l'idea di adattare la realizzazione dei diritti sanciti nella Carta al contesto regionale e nazionale dei singoli Paesi, rischia di minare fortemente il raggiungimento di *standard* armonizzati di tutela che garantiscano quantomeno la garanzia del nucleo essenziale dei diritti. L'esperienza americana, con una forte refrattarietà all'adozione della dottrina del margine di apprezzamento (si veda la dottrina sul punto tra le indicazioni bibliografiche), insegna come possa essere pericoloso aprire al consenso regionale e alle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali nell'interpretazione dei diritti, quando non si ha a che fare con sistemi caratterizzati da un accettabile livello di tutela dei diritti. Nel sistema americano, infatti, in un contesto caratterizzato da regimi dittatoriali, democrazie in transizione e

violazioni sistematiche giustificate sulla base di esigenze di ordine pubblico, agli *standard* regionali si sono preferiti i punti di riferimento universali, ricercati fuori dai confini della regione di riferimento, sviluppando così una concezione di diritti umani fortemente giusnaturalistica, fondata su una nuova accezione di *jus gentium* (si veda soprattutto A. A. Cançado-Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, oltre che le altre indicazioni bibliografiche sul punto).

Così, anche in una regione come quella dell'Asia sud-orientale, nella quale il modello democratico non risulta certo essere quello prevalente, un'eccessiva attenzione al particolarismo giuridico rischia di andare a discapito dell'effettività dei diritti enunciati nella Dichiarazione, favorendone un'applicazione non conforme agli *standard* internazionali.

Certo, anche questa idea risente di quella concezione occidentalista che vede nello stato democratico e nei principi del costituzionalismo i pilastri irrinunciabili per la garanzia dei diritti. È dunque sempre qui che si gioca la partita nel dibattito sulla possibile individuazione di *standard* universali di tutela dei diritti che, fondandosi su una concezione giusnaturalistica della persona corredata di diritti e libertà inviolabili, siano applicabili a tutti gli ordinamenti, a prescindere dalle tradizioni culturali, religiose e giuridiche, senza tradursi in un colonialismo giuridico imposto dalla cultura dominante. Se questa concezione minima condivisa sia rinvenibile, è la sfida del diritto internazionale dei diritti umani, tra globalizzazione e pluralismo culturale.

Riferimenti bibliografici

- BENAVIDES CASALS, *El consenso y el margine de apreciación en la protección de los derechos humanos*, in *Ius et Praxis*, 2009
- BUERGENTHAL, *Centennial Essay: The Evolving International Human Rights System*, in *American Journal of International Law*, 2006
- BUERGENTHAL, *Human Rights in the Americas: View from the Inter-American Court*, in *Connecticut Journal of International Law*, 1987
- CAFLISH, CANÇADO-TRINDADE, *Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l'Homme et le Droit International Général*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2004
- CANÇADO-TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden - Boston, 2010
- CANÇADO-TRINDADE, *La interpretación des tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos*, in DRNAS DE CLÉMENT (a

- cura di), *Estudios de derecho internacional en homenaje al Prof. E. J. Rey Caro*, Cordoba, 2003
- CAPPUCCIO - LOLLINI - TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012
- CAROZZA, *Regional and constitutional protection of human rights in the Americas*, Relazione tenuta all'Università di Siena, 13 maggio 2011
- DE VERGOTTINI, *Asian Constitutionalism: the Limits of the Western Model*, in GROPPI - PIERGIGLI - RINELLA (a cura di), *Asian Constitutionalism in Transition. A Comparative Perspective*, Milano, 2008
- EHR-SOON-TAY, *I "valori asiatici" e il rule of law*, in COSTA - ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002
- FRIEDMAN, *Asia as Fount of Universal Human Rights*, in VAN NESS (a cura di), *Debating Human Rights*, London, 1999
- GARCÍA RAMÍREZ, *The Interamerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey*, introduzione all'opera di BURGORGUE-LARSEN - UBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights, Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011
- GROPPI, *I diritti umani in Asia*, Relazione al convegno AIDC, 2005
- GROPPI, *Does Asia Exist?*, in GROPPI - PIERGIGLI - RINELLA (a cura di), *Asian Constitutionalism in Transition. A Comparative Perspective*, Milano, 2008
- HARRIS, *Asian Human Rights: Forming a Regional Covenant*, in *Asian Pacific Law and Politics Journal*, 2000
- HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, 2007
- NEUMAN, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008
- NI AOLAÍN, *The Emergence Of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence*, in *Fordham International Law Journal*, 1995
- SEN, *Diritti umani e valori asiatici*, in *Laicismo indiano*, Milano, 1998

Riferimenti normativi e altri riferimenti utili

Carta dell'ASEAN, consultabile all'indirizzo <http://www.asean.org/images/2012/publications/ASEAN-Charter.pdf>

Dichiarazione asiatica dei diritti umani, consultabile all'indirizzo <http://www.asean.org/news/asean-statement-communiques/item/asean-human-rights-declaration>

Comunicato congiunto del 26° Meeting annuale degli Stati membri dell'ASEAN, Luglio 1993, reperibile all'indirizzo <http://aichr.org/about/>

Lettera aperta del Comitato di coordinamento delle procedure speciali per conto del Consiglio delle nazioni Unite per i diritti umani, reperibile all'indirizzo http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/LetterASEAN_Nov2012.doc

MATERIALI

Gruppo di lavoro "Undirittogentile"**PER UN DIRITTO GENTILE IN MEDICINA**

Una proposta di idee in forma normativa

Paolo Zatti

Professore Emerito dell'Università di Padova

Il gruppo di lavoro "Undirittogentile" si è formato nella primavera del 2012 attorno ad una proposta di "*Principi per un diritto della dignità del morire*", avanzata da chi scrive, alla quale hanno aderito numerosi bioeticisti, medici e giuristi. Nei mesi successivi la discussione è proseguita sia attraverso il *blog* sia con scambi di opinioni via mail e incontri tematici di diversi gruppi. Le adesioni iniziali, gli interventi, i commenti e i materiali sono visibili in <http://undirittogentile.wordpress.com>.

Dalla discussione sono emerse alcune linee-guida utili per la costruzione di una proposta *normativa*, che è stata abbozzata, discussa a distanza, e quindi definita in un Seminario svoltosi a Trento il 25 e 26 Ottobre 2012.

Le idee cui la proposta si ispira sono le seguenti.

1. L'esperienza di decenni dimostra che la questione del consenso nella relazione di cura avvizzisce e si deforma se è trattata come una questione autosufficiente legata al solo modello dell'atto giuridico e dei suoi requisiti. Questa ottica chiusa genera l'innesto nel rapporto terapeutico di un corpo sostanzialmente estraneo, contro cui spesso si sviluppano reazioni difensive a catena.

Trattare il consenso in modo adeguato e degno significa anzitutto incastornarlo con chiarezza in una struttura di diritti e doveri molteplici e reciproci diretti a promuovere e garantire una relazione buona ed efficace tra medico e paziente; in questa struttura le portanti sono la persona del malato in *tutte* le sue espressioni e prerogative – dai fondamenti ultimi dell'*habeas corpus* e della dignità, ai diritti fondamentali di integrità, identità morale, personalità, autodeterminazione – e la persona del medico nel suo ruolo professionale con i caratteri di responsabilità,

competenza, integrità professionale.

Ma questo primo e fondamentale passo non si compie efficacemente senza altri, che lo conducano al di là della enunciazione.

2. Non esiste questione giuridica che possa essere risolta efficacemente senza tenere conto delle *verità del rapporto*, sul piano psicologico, culturale, tecnico, organizzativo, che vanno tenute in considerazione e indirizzate.

Per usare una espressione di G.Bateson, occorre creare le condizioni perché la relazione di cura divenga capace di *apprendimento* riguardo ai valori che si affermano nelle norme. E per far questo occorre uscire dall'astrazione che si limita alla applicazione al rapporto di cura di categorie costruite sul modello del contratto.

3. Una delle condizioni perché questo *apprendimento* possa innestarsi è garantire al medico una giusta certezza su quanto gli si chiede, su quanto può e quanto deve fare soprattutto nelle situazioni critiche. Giusta certezza significa che non si tratta di esonerare il medico dal problema della valutazione e della responsabilità, ma di metterlo al riparo dalla incertezza delle conseguenze del suo decidere. Occorre quindi disciplinare senza ombre, anche per quanto attiene a riflessi penali, la questione dell'urgenza e in modo specifico il problema della interruzione delle cure.

4. Sia la questione del consenso, sia quelle del rischio e della responsabilità medica, vanno trattate nel tessuto organizzativo in cui si svolge la relazione di cura, attribuendo loro la stessa rilevanza che si attribuisce al problema terapeutico e assistenziale in senso tecnico. La consensualità non è un attributo accessorio, ma una modalità del curare che va perseguita quanto gli obiettivi benefici della terapia. Occorre qui uno sforzo di ideazione, di *governance*, di risorse, che una proposta come quella presentata può solo additare ed esigere nel tessuto di ogni previsione.

5. Il criterio di larghezza e inclusione seguito riguardo al consenso va ripreso riguardo alle direttive anticipate. Anche qui, non si producono risultati utili - anzi si deforma e si avvelena la questione - se si isola il "formato" del "*testamento*" biologico

dalle molteplici situazioni e modalità in cui può emergere, manifestarsi, chiedere attenzione e riconoscimento una decisione di fine vita. Il ruolo del diritto non è negare la realtà e i bisogni di cui abbiamo quotidiana e dolorosa esperienza, o costringerli nella cruna di un ago, ma disciplinarli trovando le categorie e le forme che sono capaci di garanzia rispetto alla varia e reale esperienza e verso tutti i valori in campo.

Di qui due criteri.

6. Le modalità riconosciute di espressione delle dichiarazioni anticipate vanno definite valorizzando e precisando quello che le condotte reali, talvolta anche per antica tradizione propongono. Non si può pensare che una lettera autografa di richieste per la propria ultima malattia, tenuta nel cassetto insieme al testamento olografo, sia per il diritto uno straccio senza significato; o che non abbia riconoscimento una dichiarazione verbale con cui la persona sofferente indica al medico un fiduciario al quale affida il problema delle informazioni e delle decisioni. Compito del giurista e del legislatore verso queste modalità di condotta è pesare il problema della loro efficacia e risolverlo positivamente, non muovere dalle ipotesi remote di abuso per negare esigenze fondamentali di immediatezza, accessibilità, domesticità di decisione e manifestazione della volontà della persona.

Come sanno i giuristi e non sanno i legulei, guai a fare del fantasma dell'abuso il legislatore; soprattutto in materia di diritti fondamentali.

7. Il modello "volontà" non esaurisce e non deve esaurire il problema del rispetto della persona nelle decisioni e nei trattamenti di fine vita. La persona che non ha manifestato esplicite volontà non per questo diventa un oggetto di decisioni libere da ogni vincolo verso la soggettività del malato. Questa soggettività, riconoscibile nelle manifestate convinzioni, preferenze, inclinazioni, credenze, deve trovare nelle categorie giuridiche e nelle norme modalità adeguate di protezione, e vincolare - attraverso i necessari passaggi di interpretazione e ricostruzione - le decisioni relative a quella persona.

8. Il linguaggio-pensiero giuridico deve aprirsi anch'esso a un *apprendimento*, che inevitabilmente ne rinnova il paradigma:

quello di categorie e termini – propri del pensare etico, medico, comune – che gli consentano di essere il meno estraneo possibile alla *cultura* delle relazioni da regolare. È uno sforzo che va iniziato, senza per questo rinunciare alla certezza e alla finezza di antichi strumenti del mestiere. Non si tratta dell’operazione imitativa che spesso si tenta in modo semibarbaro in progetti legislativi, ma della meditata costruzione di un diritto capace di capire e farsi capire da chi pensa e vive nell’universo della salute. Questa esigenza va tenuta tanto più presente quanto più si desidera procedere verso la costruzione di “un diritto gentile” : che sappia, cioè, ascoltare la verità, spesso sottile, delle relazioni che regola, e non cadere con peso di piombo sulle aspettative e i bisogni delle persone.

Resta da avvertire il lettore che nella proposta che qui si presenta anche il fraseggio è, talvolta, diverso da quello più strettamente prescrittivo. Lo scopo del nostro gruppo, e il senso di ciò che ha potuto produrre, non è quello di giocare al legislatore presentando un “progetto di legge” virtuale rifinito in ogni accorgimento tecnico, ma piuttosto di far circolare “*Idee in forma normativa*”; mostrare, se ci riusciamo, che un diritto gentile in questa contesa materia è possibile, e che essendo gentile, non farebbe male a nessuno: neppure ai “valori non negoziabili” .

SULLA RELAZIONE DI CURA

Principi, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate.¹

Diritto sul proprio corpo e diritto alla salute

1. L'intangibilità del corpo è diritto fondamentale di ogni essere umano².

Qualsiasi condotta³ che implichi intromissione nella sfera corporea altrui è lecita solo se consentita dall'interessato o da chi può decidere per lui, salvi i casi previsti dalla legge.

2. Ciascuno ha diritto a perseguire la propria salute quale benessere fisico, psichico e relazionale⁴ secondo la propria personale esperienza e concezione di vita, e a ricevere a tal fine le

¹ Il testo raccoglie le adesioni dei seguenti studiosi, esperti, professionisti sanitari: *Guido Alpa, Enrico Ambrosetti, Antonella Antonucci, Anna Aprile, Angelo Barba, Camillo Barbisan, Mauro Barni, Massimo Basile, Paolo Benciolini, Lucia Busatta, Luciana Caenazzo, Lorenza Carlassare, Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Guido Cavagnoli, Fabio Cembrani, Paolo Cendon, Iliana Anna Colussi, Ines Corti, Carlo Alberto Defanti, Daniele Del Monte, Maurizio Di Masi, Vincenzo Durante, Emanuela Fabbro, Elena Falletti, Rosario Ferrara, Marcella Fortino, Gilda Ferrando, Alfredo Galasso, Francesca Giardina, Gianni Iudica, Leonardo Lenti, Adelmo Manna, Manuela Mantovani, Maria Rosaria Marella, Cosimo Mazzoni, Viviana Molaschi, Martina Meneghello, Gilberto Muraro, Alessandro Natucci, Diletta Nuzzo, Elisabetta Palermo, Pina Palmeri, Cristina Pardini, Teresa Pasquino, Paolo Pelizza, Simone Penasa, Barbara Pezzini, Mariassunta Piccinni, Cinzia Piciocchi, Debora Provolo, Roberto Pucella, Elisabetta Pulice, Agnese Querci, Carlo Alberto Redi, Giorgio Resta, Silvio Riondato, Loreta Rocchetti, Stefano Rodotà, Daniele Rodriguez, Stefano Rossi, Marta Tomasi, Ugo Salanitro, Francesco Salsa, Antonio Scalera, Vincenzo Schiavone, Claudio Scognamiglio, Alexander Schuster, Stefano Spaliviero, Chiara Tenella Sillani, Marco Tuono, Corrado Viafora, Franco Maria Zambotto, Mario Zana, Paolo Zatti.*

² È parso necessario rendere esplicito quanto si ricava dal principio di *habeas corpus* e dalla tutela costituzionale della persona negli aspetti dell'intimità, della autodeterminazione e della salute. Lo sfondo è il diritto all'integrità quale configurato nella Carta dei diritti UE, ripreso all'art. 3.

³ Il termine ampio ha il senso di evocare un principio che ha portata generale e non è limitato all'orizzonte terapeutico né a quello più ampiamente sanitario.

⁴ Questa previsione esplicita quanto implicito nella nozione di salute secondo la definizione dell'OMS e secondo una lettura costituzionale. Si collega con i successivi art. 3 e 4, 2° co.

prestazioni sanitarie adeguate e la piena collaborazione dei professionisti sanitari.

Relazione di cura

3. La relazione di cura è diretta esclusivamente al bene del paziente, che si individua attraverso la collaborazione con il professionista sanitario secondo le rispettive competenze, e la cui ultima determinazione è prerogativa del paziente.

Essa è retta dai principi di rispetto della dignità, dell'integrità fisica e psichica, dell'identità e dell'autodeterminazione del paziente e si svolge attraverso la consensualità delle decisioni nel rispetto dell'integrità professionale dei curanti, secondo quanto previsto agli artt. 4 ss.

Ogni struttura sanitaria, secondo le proprie finalità e modalità organizzative, deve provvedere a stabilire al suo interno le condizioni per una piena e corretta attuazione dei principi sopra indicati, assicurando la preparazione specifica del personale, le competenze professionali necessarie, le condizioni di tempo e di luogo opportune⁵.

Consenso al trattamento sanitario

4. Il consenso della persona è condizione essenziale per la scelta, l'avvio e la prosecuzione della cura.

La struttura sanitaria e i professionisti sanitari devono promuovere e assecondare il processo di formazione del consenso, secondo modi e tempi proporzionati alla importanza delle decisioni. Essi sono tenuti ad offrire al paziente, in modo adeguato alla sua età, maturità, cultura, condizioni di salute, le informazioni utili a partecipare consapevolmente alle scelte diagnostiche e terapeutiche, valorizzando in ogni fase la competenza del paziente circa la determinazione del proprio bene in conformità alle proprie convinzioni, esperienze e preferenze.

⁵ Si prevede qui in modo generale un principio di adattamento delle strutture alla consensualità, che dovrà concretarsi in norme specifiche e misure di *governance*.

La persona ha in ogni caso e circostanza diritto al rispetto dei propri bisogni, preferenze, aspirazioni, convinzioni e di quanto ne caratterizza ed esprime l'identità personale.

5. Il processo di informazione e di acquisizione del consenso è riportato in cartella clinica dal professionista sanitario responsabile.

Le manifestazioni di consenso del paziente documentate per iscritto integrano ma non sostituiscono il processo di formazione del consenso.

La formazione e la manifestazione del consenso possono essere documentate anche con altri mezzi proposti o accettati dal paziente ed idonei a dare adeguata certezza delle scelte compiute, come ad esempio verbali di incontri o registrazioni audio e video.

6. La persona può indicare al professionista sanitario responsabile, o nominare nelle forme previste dall'art. 23, un fiduciario che la affianchi o la sostituisca nella acquisizione delle informazioni e nella manifestazione del consenso o del rifiuto o della rinuncia alle cure, anche per il caso in cui essa non fosse più in grado, nel corso del trattamento, di porsi consapevolmente in relazione con i professionisti sanitari.

Si applica in tal caso quanto previsto all'art.17, co. 2 e 3.

7. La persona minore, legalmente incapace, o non pienamente in grado di autodeterminarsi ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e all'esercizio dell'autodeterminazione per quanto ne sia concretamente in grado.

Essa partecipa alle scelte relative alla propria salute, a norma degli artt. 4, 8 e ss., ricevendo informazioni adeguate alla propria capacità di comprensione ed esprimendo il proprio consenso alle o rifiuto delle cure.

La volontà espressa ha piena rilevanza in quanto la consapevolezza e capacità di determinarsi della persona siano adeguate alla importanza delle decisioni; essa va comunque tenuta in considerazione ai fini delle scelte terapeutiche secondo quanto previsto all'art. 4, 3° co.

8. Nel caso di persona minore i genitori esercenti la potestà, o in loro assenza l'adulto altrimenti responsabile per il minore, partecipano alle decisioni a garanzia del migliore interesse del minore, integrandone o sostituendone la volontà in rapporto al grado di maturità del minore stesso, secondo quanto disposto all'articolo precedente.

9. Nel caso di persona adulta non pienamente in grado di autodeterminarsi, il tutore o l'amministratore di sostegno, in quanto ne abbia titolo in base al provvedimento di nomina, o il fiduciario ove designato, partecipano alle decisioni a tutela del rappresentato o amministrato integrandone o sostituendone la volontà in rapporto al suo grado di capacità, secondo quanto disposto all'art. 7.

Ove la persona che non è in grado di autodeterminarsi non sia legalmente rappresentata o sostenuta e non abbia indicato un fiduciario, il professionista sanitario responsabile è tenuto a consultare i familiari o le persone che hanno relazioni affettive rilevanti con il paziente, in funzione di garanti e testimoni delle volontà manifestate, delle preferenze, delle convinzioni, della concezione di vita del paziente e di tutto ciò che ne caratterizza l'identità.

Ove tale collaborazione non sia possibile o non offra elementi affidabili di valutazione si applica l'art. 406, co. 3° cod. civ.

Nel caso di programmazione anticipata di cure o in presenza di disposizioni anticipate del paziente si applicano gli artt. 15 ss.

10. Quando dalle scelte terapeutiche possa derivare un serio pregiudizio per il minore o per la persona non pienamente in grado di autodeterminarsi, e vi sia disaccordo tra i soggetti che partecipano alla decisione medica, si applica la procedura prevista all'art. 17, 3° co.

Rifiuto di cure

11. È diritto fondamentale del paziente, in grado di autodeterminarsi in relazione alle circostanze, rifiutare qualsiasi trattamento proposto, revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, rifiutare singoli atti attuativi del programma di cure, pretendere l'interruzione delle cure anche se necessarie alla sopravvivenza.

Il paziente che rifiuta le cure deve essere adeguatamente reso consapevole delle conseguenze delle proprie decisioni nel rispetto di quanto previsto all'art. 2.

Il rifiuto di cure non incide sul diritto del paziente ad essere assistito e altrimenti curato e non giustifica alcuna forma di abbandono terapeutico.

Il medico che, in ossequio al diritto di cui all'art. 11, dopo aver ricercato il consenso del paziente all'avvio o alla prosecuzione di cure appropriate, esegue l'espressa volontà del paziente, cosciente e competente, di rifiutarle o interromperle, non è punibile in quanto la sua condotta non costituisce reato ai sensi dell'art. 51 c.p. Egli non è altrimenti soggetto a responsabilità o sanzioni.

12. Il medico che in base alle proprie convinzioni ritenga di non poter dare esecuzione ad una richiesta di interruzione di cure, esprime al paziente o a chi lo rappresenta ed al responsabile del servizio sanitario la sua motivata decisione di sottrarsi a quanto richiesto e si attiene a quanto disposto dall'art. 11, 3° co. fino a che non sia assicurata la sua sostituzione.

Il paziente ha in ogni caso il diritto di ottenere l'attuazione della propria richiesta e di ricevere l'assistenza che si renda necessaria. Le strutture sanitarie sono a tal fine tenute a predisporre una adeguata procedura.

13. Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche ai professionisti sanitari che collaborano con il medico.

Urgenza medica

14. La situazione d'urgenza legittima il professionista sanitario a intervenire per quanto di sua competenza, senza previo consenso della persona, per adempiere al dovere di prestare le cure necessarie al paziente, purché, per le condizioni della persona, non sia possibile gestire adeguatamente informazione e consenso, e comunque nel rispetto del criterio di proporzionalità tra costi e benefici attesi.

Non è comunque consentito intervenire:

a) contro la volontà della persona che consapevole del suo stato rifiuti espressamente una modalità di cura o qualsiasi trattamento;

b) qualora la contraria volontà risulti, in modo inequivoco e riferibile alla situazione in atto, da disposizioni anticipate del paziente o dalla programmazione anticipata delle cure;

c) quando la somministrazione delle cure contrasti con il dovere previsto all'art. 21, 3° co.

Ove le circostanze d'urgenza lo consentano, il professionista sanitario responsabile è tenuto ad osservare quanto previsto all'art.9.

Superata la situazione d'urgenza, riprende piena applicazione il principio di consensualità della cura.

Programmazione condivisa di cure e disposizioni anticipate

15. Il consenso o il rifiuto alla terapia possono essere espressi previamente dalla persona sia nell'ambito di una programmazione anticipata e condivisa delle cure, sia attraverso le disposizioni anticipate di trattamento.

Programmazione condivisa di cure

16. Nel caso di programmazione condivisa delle cure, le decisioni relative all'accettazione o all'esclusione di cure e trattamenti sono documentate a norma dell'art. 5.

17. Nell'ambito della programmazione, la persona può designare un fiduciario a norma dell'art. 6.

Il fiduciario collabora con i professionisti sanitari per l'attuazione del programma accettato dal paziente sostituendo il fiduciante nella determinazione concreta delle indicazioni concordate e nelle decisioni richieste da situazioni non previste.

In caso di sopravvenuta incapacità del paziente, ove tra il professionista sanitario responsabile e il fiduciario sorga dissenso circa l'interpretazione e l'attuazione del programma, la questione è sottoposta a consulenti nominati dalla struttura, che prospettano una soluzione; se il dissenso permane si ricorre al giudice tutelare.

*Disposizioni anticipate di trattamento*⁶

18. Le disposizioni anticipate di trattamento sono dichiarazioni della persona che, prevedendo il caso di propria futura incapacità di autodeterminarsi o di manifestare le proprie volontà, esprime il consenso o il rifiuto a scelte terapeutiche e a trattamenti sanitari, ivi comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali, e detta indirizzi o manifesta preferenze circa la cura e l'accudimento che vuole le siano prestati o che intende escludere.

19. La persona disponente può indicare specifiche situazioni patologiche e trattamenti, esprimendo riguardo a ciascuna puntuale accettazione o rifiuto. Essa può altresì esprimere la propria volontà di essere trattata secondo più generali criteri con riguardo alla applicazione di modalità di intervento che implicino rischi o condizioni vitali da lei ritenuti non accettabili.

La disposizione anticipata di trattamento non può essere diretta al rifiuto di misure di assistenza e accudimento indispensabili alla tutela della dignità della persona⁷.

Il disponente può infine esprimere le proprie convinzioni, credenze, inclinazioni circa la relazione con la malattia e la fine della vita, secondo la propria concezione di sé e dell'esistenza, perché ad esse si adeguino il trattamento e l'assistenza.

20. Le disposizioni anticipate possono contenere l'indicazione di un fiduciario con i compiti di cui all'art. 6. In mancanza di fiduciario, si provvede alla nomina di un amministratore di sostegno.

⁶ Il rationale di queste previsioni è di concepire le disposizioni anticipate come uno strumento diretto non solo a dettare specifiche disposizioni per situazioni e terapie individuate, ma anche ad offrire ai medici una “dichiarazione di identità” della persona o a manifestare preferenze e desideri, che pure meritano rispetto.

⁷ La clausola finale ha lo scopo di tutelare il principio di dignità del morire in modo pieno, quindi anche come limite alla disposizione anticipata. Essa va letta in connessione con gli artt. 1,2, 3 comma 2 e con la piena garanzia del diritto al rifiuto di cure e trattamenti garantito dagli artt. 11, 18 e 19.

Efficacia delle disposizioni anticipate

21. Il professionista sanitario e chiunque assista il malato è tenuto al pieno rispetto⁸ delle disposizioni anticipate, riferibili alla situazione in atto, secondo i principi che valgono per le manifestazioni di volontà o di desiderio, o per le convinzioni e inclinazioni espresse o comunque manifestate in attualità.

L'interpretazione e la concretizzazione delle disposizioni è fatta d'intesa tra il fiduciario o l'amministratore di sostegno e il medico responsabile; in caso di dissenso, si ricorre al parere di consulenti nominati dalla struttura, che prospettano una soluzione; se il dissenso permane si ricorre al giudice tutelare.

Il medico responsabile e chiunque assista la persona incapace o non in grado di autodeterminarsi devono, anche in assenza di disposizioni anticipate, assicurare alla persona il pieno rispetto di quanto caratterizza la sua identità e a tal fine devono tenere in considerazione, come fondamento delle decisioni terapeutiche⁹, ogni dichiarazione, manifestazione o condotta di cui si abbia certa conoscenza, che indichi in modo inequivoco le convinzioni e preferenze della persona stessa con riguardo al trattamento medico nella fase finale della sua esistenza.

22. Il medico che agisce in conformità a quanto previsto agli artt. 15 e seguenti non è punibile in quanto la sua condotta non

⁸ Si è evitato di usare la parola “vincolato” perché è fonte di malintesi, in quanto fa pensare a un obbligo di stretta e rigida esecuzione di “precetti” altrettanto precisi. Il medico ha sempre un obbligo di pieno rispetto, non di passiva esecuzione della volontà del paziente, salvi i casi di esplicito e puntuale rifiuto di una cura espresso dal paziente consapevole. Nel caso delle direttive anticipate il rispetto passa necessariamente attraverso la loro attenta interpretazione, orientata a individuare fedelmente la volontà del disponente, alla loro concretizzazione in rapporto alla situazione che si è di fatto creata, fino alla loro applicazione; di qui il ruolo di garante attribuito al fiduciario. “Vincolo” è termine adeguato se lo si intende come una parentesi algebrica di quanto appena esposto.

⁹ Si è evitata l'espressione “tener conto di” perché è, in modo opposto, equivoca quanto quella di “vincolo”, lasciando pensare che non attenni la discrezionalità del medico ma solo gli chieda di non ignorare certi elementi. La coppia “tenere in considerazione” / “come fondamento della decisione” richiede al medico di inserire un input fondamentale nel processo di individuazione delle scelte terapeutiche: di ragionare cioè secondo l'indirizzo richiesto dal paziente.

costituisce reato ai sensi dell'art. 51 c.p. Egli non è altrimenti soggetto a responsabilità o sanzioni.

Le disposizioni precedenti si applicano anche ai professionisti sanitari che collaborano con il medico.

Si applica altresì quanto disposto dagli artt. 11 e 12 .

Forma e revoca delle disposizioni anticipate¹⁰

23. Le disposizioni anticipate di trattamento sono espresse:

a) con atto pubblico o scrittura privata autenticata;
 b) con scrittura privata consegnata al medico responsabile della cura dal disponente, dal fiduciario o da chi legalmente rappresenta o sostiene il disponente, o dagli stessi depositata presso le strutture legittimate a riceverla a norma del comma 3°.

c) con scrittura olografa.

d) con dichiarazioni orali o manifestazioni di volontà realizzate attraverso altre procedure adeguate ai mezzi espressivi del disponente, purché raccolte dal medico responsabile della cura o documentate attraverso registrazione video da cui risulti la data delle disposizioni.

Disposizioni espresse in altra forma sono rilevanti agli effetti dell'art 21, 3° comma.

Con decreto del Ministro per la Salute si disciplinano:

a) i termini e le modalità con cui le aziende sanitarie locali sono tenute a prospettare agli utenti la possibilità di emettere le proprie disposizioni anticipate di trattamento, attraverso l'azione informativa dei medici di medicina generale e delle strutture sanitarie in occasione di ricoveri, visite o accertamenti, oltre che degli uffici del comune di residenza in occasione di richiesta o rinnovo dei documenti personali di identità;

¹⁰ L'art.23 obbedisce all'idea che la forma delle disposizioni anticipate debba essere tale da garantire la ponderazione e la provenienza, ma da essere facilmente accessibile, non dissuasiva, agile per la revisione; che debbano esistere modalità idonee anche per situazioni di avanzata malattia e di difficoltà motorie ed espressive. Si compensa questa varietà con un programma di informazione dei cittadini e di messa a servizio di strutture sanitarie e uffici pubblici per la raccolta e la conservazione delle disposizioni anticipate .

b) i soggetti abilitati a raccogliere e conservare, a richiesta del disponente, le disposizioni anticipate.

24. Le eventuali disposizioni contenute nell’atto di designazione dell’amministratore di sostegno di cui all’art. 408, 1° comma, cod. civ. sono da considerarsi disposizioni anticipate di trattamento ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 18 ss.

25. Le dichiarazioni anticipate di trattamento sono revocabili in qualsiasi momento.

La revoca ha forma libera.

Chi raccoglie la manifestazione di revoca ha il dovere di informarne urgentemente il medico responsabile della cura e la struttura medica di base.

Nel caso di paziente non pienamente in grado di autoreteminarsi, si applica quanto previsto agli artt. 7 e ss.