

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 10 - giugno 2014

Intorno alla sentenza della
Corte Costituzionale n. 1/2014

IANUS

Diritto e Finanza

N. 10 - 2014

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 10 - giugno 2014

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

INTORNO ALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 1/2014

Presentazione	5
Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale), di ELENA BINDI	9
Premio di maggioranza ed eguaglianza del voto. Osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 1/2014, di VALERIA PIERGIGLI	37
Possibili conseguenze della sentenza Corte cost. 1/2014 sulla legge elettorale per il Parlamento europeo e sul disegno di legge n. 1385, di NICOLA VIZIOLI	55
Giurisprudenze costituzionali e sistemi elettorali: spunti di comparazione, di GIAMMARIA MILANI	77

ALTRI SAGGI

La parasocialità come momento di adeguamento della struttura organizzativa della società di capitali e fenomeno di integrazione informativa, di DARIO SCARPA	93
Clausola <i>claim made</i> : circolazione parziale di un modello nella responsabilità civile italiana, di ANDREA BORRONI	121

GIURISPRUDENZA

Usucapione della servitù di veduta: è sufficiente che l'opera dalla quale si "guarda" sia oggettivamente visibile, di GIOVANNI BRUNI	151
Trasformazione della domanda di restituzione in rivendica: la soluzione delle Sezioni Unite, di GIOVANNI BRUNI	155
Prime considerazioni su Cass. 46137/14, di DUCCIO ZANCHI	159

MATERIALI

Sent. Cassazione civile Sez. Unite I, n. 2444/2010 dell'11 febbraio 2014

Sent. Cassazione civile, n. 46137 del 7 novembre 2014

Sent. Corte Cassazione, n. 24401 del 24 settembre 2014

PRESENTAZIONE

Questo numero della rivista raccoglie quattro delle relazioni al seminario sulla sentenza Corte costituzionale n. 1 del 2014 tenutosi presso l'Università di Siena il 22 gennaio 2014. Gli altri due saggi invece sono un approfondimento di tematiche di diritto societario e diritto privato comparato. Il numero è completato da tre brevi note a prima lettura di altrettante sentenze della Corte di Cassazione

**INTORNO ALLA SENTENZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE N. 1/2014**

**TEST DI RAGIONEVOLEZZA E TECNICHE
DECISORIE DELLA CORTE COSTITUZIONALE
(A MARGINE DELLA DICHIARAZIONE
D'INCOSTITUZIONALITÀ DELLA
LEGISLAZIONE ELETTORALE)**

Elena Bindi

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di
Siena*

La “storica” sent. n. 1 del 2014, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità della legge elettorale offre lo spunto per indagare sull’impiego da parte della Corte costituzionale dei test di ragionevolezza e in particolare sul richiamo alla sent. n. 1130 del 1988, ritenuto (a torto) il primo caso di applicazione del test di proporzionalità, e sulle tecniche decisorie. Il saggio si sofferma altresì sul problema delle additive non “a rime obbligate” e sulla definizione di “rapporto esaurito”.

The “historic” Judgment n. 1 of 2014 in which the Italian Constitutional Court declared the partial unconstitutionality of electoral law, provides an opportunity of investigating how the Court has applied the test of reasonableness and decision-making techniques, particularly, in relation to Judgment n. 1130 of 1988. The latter judgment has been erroneously considered, by legal tenet, to be the first case in which the test of proportionality was applied. This essay also focuses both on the issue of additive non “a rime obbligate” (judgments of unconstitutionality that add new obligations to the affected statute) and the definition of “rapporto esaurito” (a legal situation that cannot be modified).

Sommario:

1. Premessa. Quale tra i tanti *test* di ragionevolezza?
2. Il richiamo alla sent. n. 1130 del 1988, ritenuto (a torto) il primo caso di applicazione del *test* di proporzionalità.
3. La difficile delimitazione dei *test* di ragionevolezza
4. Una pronuncia additiva non “a rime obbligate”
5. La Corte si addentra nel campo minato della definizione di “rapporto esaurito”
6. (*segue*) La modulazione nel tempo dell’efficacia della sentenza quale soluzione alternativa

1. Premessa. Quale tra i tanti test di ragionevolezza?

Con la sentenza n. 1 del 2014, la Corte costituzionale ha sciolto i molti nodi relativi alla nota questione sollevata dalla Corte di cassazione sulla legittimità costituzionale dell'attuale legislazione elettorale. In queste osservazioni non si procederà ad una valutazione complessiva della sentenza in esame¹, ma si faranno soltanto alcune considerazioni sulla tecnica decisoria

¹ La letteratura sulla sentenza n. 1 del 2014 è ormai vastissima. Cfr. ad esempio MORRONE, *La sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale: exit porcellum*, in *Quad. cost.* 2014, 119 ss.; ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro it.*, 2014, I, 677; PERINI, *Incostituzionalità della legge elettorale ed effetti sulle camere e sulla loro attività: il punto di vista del diritto parlamentare*, in *Rass. Parl.*, 2014, 305 ss.; PINNA, *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio Aic*, febbraio 2014; DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *Federalismi.it*, 2/2014, 17 gennaio 2014; CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, ivi; DOGLIANI, *La sentenza della Corte sulla riforma elettorale*, in *Astrid-online.it*, 2/2014, 27 gennaio 2014; CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince - Riflessioni intorno ad alcuni profili della «storica» sentenza n. 1 del 2014 della corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2013; CERRI, *Dopo la sentenza della corte - Il nodo della legge elettorale*, ivi; GUZZETTA, *La sentenza n.1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *Forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2014; POGGI, *Politica “costituzionale” e legge elettorale: prime osservazioni alla sentenza n. 1 del 2014*, in *Confronticostituzionali.eu*, 16 gennaio 2014; BILANCIA, *“Ri-porcellum” e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014, 24 gennaio 2014; CATELANI, *Due pesi e due misure” nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in *confronticostituzionali.eu*, 27 gennaio 2014; SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell’annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, ivi, 30 gennaio 2014; F. S. MARINI, *La ragionevolezza come parametro incerto della costituzionalità delle leggi elettorali*, ivi; DEMURO, *La sostenibilità del premio di maggioranza*, ivi, 31 gennaio 2014; DAL CANTO, *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, ivi, 16 gennaio 2014; SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, ivi, 4 febbraio 2014; SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale, tra rappresentanza politica e governabilità*, ivi, 7 febbraio 2014; PASTENA, *Operazione di chirurgia elettorale. Note a margine della sentenza n. 1 del 2014*, in *Osservatorio Aic*, febbraio 2014; SEVERINI, *Luci ed ombre della sentenza n. 1/2014*, ivi; SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, ivi, 1/2014, 21 marzo 2014; ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte costituzionale*, ivi 2/2014, 4 aprile 2014; BIN, *“Zone franche” e legittimazione della Corte*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 maggio 2014; STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, 30 maggio

adottata, soffermandosi in particolare su quale tipi di *test* di ragionevolezza ha utilizzato la Corte e sulle tecniche decisorie alle quali è ricorsa per affrontare una questione dall'alta valenza politica.

Come è noto il sindacato di ragionevolezza è divenuto il vero banco di prova dell'attività della Corte costituzionale e della sua legittimazione nel sistema, lo strumento attraverso cui la Corte esercita tutte le proprie competenze². Ormai da lungo tempo in dottrina s'invoca l'elaborazione dei *test* di ragionevolezza, sulla scia della Corte suprema degli Stati Uniti e del Tribunale costituzionale tedesco, come strumento di controllo dell'attività della Corte. I *test* servono infatti a scandire i passaggi attraverso cui la Corte effettua le sue valutazioni, a renderli conoscibili e controllabili.

Tuttavia, chi volesse trovare anche una parvenza di classificazione nella casistica costituzionale incontrerebbe non poche amarezze. Nell'assenza di criteri che consentano di distinguere in astratto e a priori i giudizi di ragionevolezza, la cui tipizzazione è costantemente in fieri, non resta che affidarsi ad un'operazione di ordinamento a posteriori. Anche così facendo, peraltro, non si può lasciarsi guidare dalle espressioni testuali utilizzate dalla Corte, che ricorre, ad esempio, ai termini di "congruità", "adeguatezza" e "proporzionalità" senza assegnare ad essi un proprio delimitato significato³.

2014; LODATO - PAJNO - SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1/2014*, in *Federalismi.it*, 22 aprile 2014; PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, in *Costituzionalismo.it.*, 2/2014, 21 settembre 2014; IMARISIO - MASSA PINTO, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale: le sue possibili narrazioni e il suo seguito legislativo*, in *Dem. e dir.*, 2013, 315 ss.; G. AZZARITI, *La riforma elettorale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, 2 maggio 2014; D'ALOIA, *La sentenza n.1 del 2014 e l'Italicum*, in *confrontocostituzionali.eu*, 30 gennaio 2014; S. LIETO-P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2014. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a M. D'AMICO- CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

² Cfr. Malfatti-Panizza-Romboli, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, 2013, 76 s.

³ Cfr. Paladin, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, 163. Cfr. sulla terminologia disomogenea utilizzata dalla Corte anche VPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 6 ss.), e volendo Bindi, *La giurisprudenza costituzionale in materia di buon andamento della giustizia*, in *Giur. cost.*, 1996, 2758 ss. Cosicché, secondo A. Sandulli, (*Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 362, spec. nt. 113) al fine di individuare il significato giuridico di ciascun parametro, è necessario risalire alla *ratio* della decisione giurisprudenziale più che basarsi sulla

Anche se è assai difficile distinguere e definire in astratto i “tipi” di ragionevolezza (determinare cioè alcuni criteri di ragionevolezza “costanti” nella sfera interpretativa-argomentativa della Corte)⁴, può essere utile richiamare una classificazione pur proposta anni addietro in dottrina, ma elaborata proprio alla luce della sent. n. 1130 del 1988⁵ richiamata nel caso in esame quale precedente applicazione di test di proporzionalità⁶.

Il principio di ragionevolezza viene suddiviso quindi in quattro classi:

In primo luogo, vengono richiamati i *giudizi di comparazione*, “che risolvono la *quaestio legitimitatis* applicando il principio di eguaglianza”.

In secondo luogo, vengono individuati i *giudizi di adeguatezza* al fine costituzionalmente imposto⁷.

Ad essi si aggiungono in terzo luogo, i *giudizi di congruità*, che attengono sia alla *contraddittorietà intrinseca* (in base alla quale le norme censurate sono

terminologia impiegata. In questo caso è quindi necessario «applicare alla decisione del giudice il processo interpretativo di *rational reconstruction*» teorizzato da MACCORMICK- SUMMERS, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, 1991, 18 ss., in base al quale «l’interprete è chiamato a ricostruire gli obiettivi che la decisione giudiziaria si propone di perseguire, ponendo in secondo piano gli elementi letterali della stessa».

⁴ Restano ancora illuminanti le classificazioni dei singoli giudizi di ragionevolezza proposti da Lavagna e Sandulli (cfr. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, 1580 e A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir.soc.*, 1975, 569 ss.). Il primo ha articolato il principio di ragionevolezza secondo diversi profili, ovvero in un *giudizio di corrispondenza* (nel quale, per costruire la norma da controllare, si utilizzano i contesti umani così come richiesto non solo dalla legge controllata, ma anche dalle prescrizioni costituzionali); in un *giudizio sulle finalità* (diretto ad accertare se il fine perseguito dalla legge sia conforme al fine al fine indicato dalla Costituzione); in un *giudizio di pertinenza* (diretto a verificare se i mezzi normativi predisposti per raggiungere un certo fine siano ragionevolmente strumentali rispetto a questo) e in un *giudizio di congruità* (in base al quale la Corte valuta la non palese inidoneità dei mezzi normativi rispetto ai fini costituzionali): sul pensiero di Lavagna cfr. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, cit., 30 s., che ritiene lo schema proposto da Lavagna ancora attuale, «prescindendo da una probabile ridondanza dei concetti» ricordati). Il secondo ha diviso il giudizio di ragionevolezza in due “somme figure”. Da un lato ha collocato il giudizio di ragionevolezza sulle formule finalistiche che la Costituzione ha indicato come confini teleologici all’operato del legislatore. Dall’altro ha posto l’incoerenza normativa, che a sua volta si suddivide in altre categorie, e più precisamente la *contraddittorietà*, la *impertinenza*, l’*inadeguatezza*.

⁵ In *Giur. cost.*, 1988, 5474.

⁶ Cfr. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1993, 552 ss.

⁷ Come specifica TOSI, *Spunti per una riflessione*, cit., in questo caso la norma parametro può non discendere da un enunciato teleologico, ovvero può essere una norma finalistica desunta da un enunciato più generale.

valutate in rapporto alla *ratio legis* o ad altre disposizioni contenute nello stesso testo legislativo) sia alla *contraddittorietà estrinseca* (nel qual caso le norme impugnate sono esaminate in rapporto al sistema normativo dell'intero settore).

Infine si collocano i *giudizi di proporzionalità* (ovvero di bilanciamento), elaborati soprattutto in materia di diritti fondamentali⁸, giudizi attraverso i quali la Corte misura (o predica di farlo) il sacrificio che una situazione costituzionalmente garantita *patisce* perché sia assicurata tutela ad altro interesse concorrente.

Ripartendo quindi da questa classificazione quale dei *test* di ragionevolezza la Corte ha adottato nel caso in esame? Per rispondere a questa domanda occorre innanzitutto distinguere in seno alla pronuncia la parte relativa al sistema elettorale della Camera da quella concernente il Senato.

Con riferimento al sistema elettorale della Camera, la Corte afferma che «tali disposizioni, infatti, non superano lo scrutinio di *proporzionalità e di ragionevolezza*, al quale soggiacciono anche le norme inerenti ai sistemi elettorali»⁹.

Sembrirebbe quindi applicare il *test di proporzionalità*. Come si legge testualmente nella sentenza «in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, quale quello in esame, siffatto scrutinio impone a questa Corte di verificare che il *bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti* non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il *sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva* e pertanto *incompatibile con il dettato costituzionale*». Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sent. n. 1130 del 1988)¹⁰.

2. Il richiamo alla sent. n. 1130 del 1988, ritenuto (a torto) il primo caso di applicazione del test di proporzionalità

Il richiamo quale precedente alla sentenza 1130 del 1988, sul funzionamento dei gruppi consiliari¹¹, è particolarmente significativo, in

⁸ Ma altresì in materia di rapporti tra Stato e Regioni.

⁹ Così il punto 3.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014.

¹⁰ Cfr. il punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1130 del 1988, cit. (il corsivo nel testo è aggiunto).

¹¹ Cit. Con tale sentenza, la Corte si è pronunciata, in riferimento all'art. 97, sulla questione di legittimità costituzionale di due leggi regionali della Lombardia, concernenti contributi per

quanto primo caso in cui la Corte ha usato la terminologia “proporzionalità”¹² e si è spinta fino a valutare la «proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua *insindacabile* discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità da perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»¹³.

Il richiamo testuale alla ragionevolezza intesa come proporzionalità potrebbe, a prima lettura, far pensare che la Corte abbia utilizzato, nell'ambito della ricordata tipologia dei giudizi di ragionevolezza, il giudizio di proporzionalità, mediante il quale la Corte *valuta il sacrificio* che una situazione costituzionalmente garantita *patisce* perché sia assicurata tutela ad altro interesse concorrente¹⁴.

il finanziamento dei gruppi consiliari e l'assegnazione di personale a questi ultimi. Il Governo l'ha sollevata sostenendo che l'aumento dei contributi mensili da versare ai gruppi consiliari e l'aumento del numero degli addetti da assegnare ai gruppi stessi violerebbero il principio di buon andamento degli uffici pubblici stante la sproporzione tra incrementi finanziari e di personale da un lato, e le obiettive esigenze dei servizi propri dei gruppi consiliari dall'altro. La Corte ha peraltro dichiarato non fondata la questione, perché non appare irragionevole dotare i gruppi consiliari di mezzi finanziari più consistenti e mettere a disposizione degli stessi personale più numeroso al fine di permettere ad essi di perseguire nel modo migliore i molteplici compiti legati al buon funzionamento del consiglio regionale. Su tale sentenza cfr. SPADARO, *Una declaratoria di infondatezza fra valutazione di merito e controllo sulla ragionevolezza (sul problema del personale e dei contributi messi a disposizione dei gruppi consiliari)*, in *Nomos*, 1989, 1.

¹² Cfr. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 34, cui *adde* CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in *Cortecostituzionale.it*, 5 s. del *paper*, spec. nt. 13 e 15.

¹³ Cfr. come testualmente affermato nel punto 3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1130 del 1988, cit., 5474; (il corsivo nel testo della sentenza è aggiunto). Nella 1130 del 1988, infatti la censura viene respinta, proprio perché la normativa impugnata, consentendo ai gruppi consiliari di aumentare il personale ad essi addetto e prevedendo un incremento dei contributi da versare ai gruppi stessi, permette a questi ultimi di migliorare la capacità di funzionamento. I gruppi consiliari sono infatti -come specifica la sentenza 1130 del 1988- gli organi di primaria importanza nei quali si determina l'indirizzo politico legislativo del consiglio regionale e devono pertanto poter disporre di mezzi adeguati e di personale idoneo. La Corte giunge così a ritenere *proporzionali i mezzi prescelti dal legislatore in rapporto alle esigenze obiettive e concrete da soddisfare e alle finalità da perseguire*.

¹⁴ Questa del resto sembra essere l'opinione di chi ha ritenuto che la Corte, in questa ipotesi, guardasse al modello tedesco delle decisioni che fanno applicazione del principio di “proporzionalità” (cfr. CORASANITI, *Introduzione ai lavori del seminario*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 13). In via preliminare occorre precisare che quest'ultima affermazione può essere accolta solamente se nel sindacato di proporzionalità si includono sia il giudizio di *adeguatezza* del mezzo ai fini sia il giudizio di *bilanciamento* ovvero di non eccedenza del mezzo stesso nell'incisione dei diritti

Per contro, alla luce della tipizzazione sopra ricordata, non sembra che la nostra Corte costituzionale guardasse ad modello tedesco del giudizio di *proporzionalità*. L'argomentazione con il principio di proporzionalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, ormai consolidata sul punto, si svolge infatti in tre momenti¹⁵: a) adeguatezza dei mezzi prescelti rispetto al fine perseguito dal legislatore; b) necessità che il mezzo prescelto sia il più contenuto tra quelli possibili; c) proporzionalità tra sacrificio imposto e vantaggio conseguito¹⁶.

Nel percorso argomentativo seguito dalla Corte non vi è invece traccia né della valutazione della necessità che il mezzo prescelto sia il più contenuto tra quelli possibili né della valutazione della proporzionalità tra sacrificio imposto

fondamentali. In altre parole per avvicinare la tecnica utilizzata nella sent. n. 1130 del 1988 al modello tedesco, bisogna aderire all'impostazione di chi ricomprende nel sindacato di proporzionalità anche il giudizio di *adeguatezza*. Cfr. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1994, 20 s., il quale sottolinea come anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca la terminologia impiegata è contraddittoria e incerta. E del resto lo stesso CORASANITI, cit., 14, ricomprende nel giudizio di proporzionalità sia l'*adeguatezza* intesa come *congruenza* del precetto adottato come mezzo per il conseguimento del fine costituzionale, sia la verifica che il sacrificio del diritto fondamentale venga imposto nella *misura strettamente necessaria* per la tutela di un altro diritto, ovvero una verifica che apre ad operazioni di *bilanciamento*.

¹⁵ Altri in dottrina distinguono quattro momenti. In particolare SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 128 -richiamato anche da CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, ivi, 83, nt. 42, distingue tra i seguenti momenti: a) lo scopo dell'intervento deve essere costituzionalmente legittimo e soprattutto non arbitrario; b) l'intervento legislativo deve essere idoneo, appropriato per perseguire lo scopo predefinito; c) tale intervento deve essere necessario; d) infine sempre il suddetto intervento deve essere proporzionale nel senso proprio, ovvero tollerabile. Sul giudizio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco cfr. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento d'interessi nelle decisioni delle Corti*, in AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 192; KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1997, 46; BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, New York, 2012, 175 ss., spec. 181 ss. Sul pensiero di Barak cfr. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, Bologna, 2012, 53 s..

¹⁶ Cfr. STARCK, *I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale tedesca*, in *Giur. cost.*, 1992, 2529; cfr. altresì LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. soc.*, 1993, 456. Non va però dimenticato che il giudizio di proporzionalità ha assunto, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, un ruolo essenziale in materia di diritti fondamentali. Del resto come ricorda CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 13, in un sistema gradualistico come quello tedesco il giudizio di proporzionalità si fa più stringente ai livelli più elevati della scala dei valori.

e vantaggio conseguito. La Corte si limita infatti ad una valutazione delle linee interne della normativa impugnata, in base alla quale è stata accertata solamente l'*adeguatezza* dei mezzi prescelti rispetto al fine perseguito (utilizza quindi soltanto il primo dei passaggi impiegati dal Tribunale costituzionale tedesco nell'applicazione del principio di proporzionalità, rinunciando così a qualsiasi analisi dei costi-benefici)¹⁷. Ed è appena il caso di ricordare che tale valutazione era stata compiuta dal giudice costituzionale in molti casi anteriori alla sent. n. 1130 del 1988¹⁸.

Pur non esercitando dunque un sindacato così penetrante, la Corte ha sentito la necessità di teorizzare un'ipotesi di distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, affermando testualmente che «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole e gli interessi che devono essere assunti come parametro sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione». Il *giudizio di ragionevolezza* si colloca quindi *tra i giudizi di legittimità, anche se si avvicina ai giudizi di merito*, dal momento che la sua applicazione *non permette «il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati»*¹⁹.

¹⁷ Utilizzando in tal modo i giudizi di *adeguatezza*. Semmai si potrebbe sostenere che la Corte abbia fatto ricorso ai giudizi di *congruità* che riguardano la contraddittorietà *intrinseca*: anche nei campi interessati da tali giudizi possono esistere dei fini costituzionalmente individuati che però non assumono distinto rilievo nel giudizio, risolvendosi il sindacato nell'accertamento della contraddittorietà intrinseca della disciplina censurata: cfr. TOSI, *Spunti*, cit., 553. E questo ci pare essere lo schema impiegato anche nel caso in esame. Quello che è certo comunque la Corte non è ricorsa al giudizio di *proporzionalità*, almeno alla luce della tipologia qui accolta.

¹⁸ Cfr. R. TOSI, cit., 560, che rileva la carenza dell'impegno ermeneutico della Corte «con impoverimento delle potenzialità normative del parametro costituzionale», da cui consegue il rigetto fondato sulla irragionevolezza che tuttavia «nasconde un'oggettiva rinuncia al sindacato». La Corte sembra in altre parole aver percepito che la scelta legislativa non sia pienamente conforme ai principi costituzionali; a tal punto che ha richiamato l'attenzione del legislatore sull'esigenza di predisporre accertamenti più severi, volti «ad assicurare che i mezzi apprestati vengano utilizzati per le finalità effettivamente indicate dalle legge» (cfr. il punto 3 del *Considerato in diritto*; al riguardo cfr. BARTOLE, *Gruppi consiliari e buon andamento dell'amministrazione*, in *Le regioni*, 1989, 1826, cui *adde* R. Tosi).

¹⁹ Cfr. il punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1130 del 1988, cit. (il corsivo nel testo è aggiunto); A. SANDULLI (*Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, cit., 367) ha visto in questo passaggio della motivazione un'esplicita adesione della Corte alle tesi sostenute da OTTAVIANO (ad esempio in *Merito*, in *Nss. D. I.*, X, Torino, 1964, 577). Cfr. sul punto TOSI, *Distinzioni e interferenze tra censure di legittimità e censure di merito*, in *Le reg.*, 1989, 1907 ss., la quale, pur richiamando lo stesso scritto di Ottaviano,

3. La difficile delimitazione dei test di ragionevolezza

Il riferimento alla sentenza n. 1130 del 1988 può creare dunque dubbi su quale test di ragionevolezza la Corte abbia utilizzato nel caso in esame. È vero che nella sentenza n. 1130 del 1988 la Corte afferma di ricorrere al test di proporzionalità e quindi introduce per la prima volta questa terminologia, ma, come si è detto, in verità si limita ad applicare un test di *congruità dei mezzi rispetto al fine* senza procedere ad alcuna valutazione della proporzionalità tra sacrificio imposto e vantaggio conseguito.

Nella sentenza in esame, invece, dal punto di vista della *congruità* del mezzo rispetto al fine, la Corte riconosce che lo scopo di assicurare la stabilità dell'esecutivo possa essere perseguito attraverso un premio di maggioranza. Sussiste dunque connessione razionale tra il mezzo predisposto (premio di maggioranza) e il fine perseguito (garantire la stabilità di governo), ma manca tuttavia connessione razionale rispetto al fine insito nel modello elettorale proporzionale (assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare).

La normativa impugnata, infatti, ha congegnato l'attribuzione del premio, rovesciando la *ratio* del modello elettorale prescelto di tipo proporzionale, «che è quella di assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare». L'eccessivo premio di maggioranza, unito alla «previsione di soglie di sbarramento all'accesso» altera il grado di distorsione del voto costituzionalmente tollerabile in un sistema elettorale di tipo proporzionale, determinando «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare»²⁰.

ricorda che «ciò che può dirsi a proposito del sindacato cui è assoggettato il provvedimento amministrativo stenta a convincere quando trasferito al sindacato sulla legge».

²⁰ Così il punto 3.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014, cit. Sul *quantum* di distorsione tollerabile del premio di maggioranza, dopo la sent. 1/2014, in dottrina cfr. LODATO-PAJNO-SCACCIA, *Quanto può essere distortivo il premio di maggioranza?*, cit., *contra* PINNA, *Il premio di maggioranza inutile e incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 471 ss., spec. 479 che sottolinea come «esso sia in sé scorretto e che quindi non esista un modo per renderlo compatibile con l'uguaglianza del voto». Come è noto, la Corte di Strasburgo (sent. *Saccommanno v. Italia*, 13 marzo 2012), ha ritenuto invece i premi previsti dalla legislazione elettorale italiana non «di natura tale da pregiudicare l'equilibrio tra i principi della giusta rappresentanza e della stabilità di governo» (§74) e, comunque, non in contrasto con l'art. 3, Prot. 1 CEDU. Al riguardo cfr. le osservazioni di DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità*.

La Corte, in questo caso, sulla scia del Tribunale costituzionale tedesco²¹, procede quindi ad un'operazione di bilanciamento attraverso la quale misura il sacrificio che una situazione costituzionalmente garantita *patisce* perché sia assicurata tutela ad altro interesse concorrente²². Le norme censurate, pur

Rileggendo la sentenza Corte EDU, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte costituzionale 1/2014, in Forumcostituzionale.it, 29 gennaio 2014.

²¹ Come sottolinea SILVESTRI, *Considerazioni introduttive alla III sessione del XVI Congresso delle Corti costituzionali europee*, Vienna, 13 maggio 2014, in *Cortecostituzionale.it*, con riferimento all'influenza esercitata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca sulla sentenza n. 1 del 2014, «il processo di comunicazione “orizzontale” presenta grandi potenzialità, che le singoli Corti dovrebbero sfruttare più intensamente nel prossimo futuro». Per un'analisi della sent. n. 1 del 2014 con approccio comparatistico, con particolare attenzione alla giurisprudenza della *Supreme Court of U.S.* e del *Bundesverfassungsgericht* tedesco cfr. MARTINUZZI, *La fine di un antico feticcio: la sindacabilità della legge elettorale italiana*, in *Forumcostituzionale.it*, 30 maggio 2014. Sul ricorso alla comparazione nella giurisprudenza costituzionale italiana PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, Clueb, 2007; RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ALPA, (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2006; CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 603 ss.; GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 199 ss. e la bibliografia ivi citata. Mostra dubbi sul ricorso alla comparazione per così dire implicita come espressione di vera comparazione DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra corti*, Bologna, Il Mulino, 2010, 143 ss. Sui pericoli insiti nel ricorso al metodo comparativo, richiamando i precedenti stranieri in modo frammentato e estrapolandoli dal contesto cfr. GROPPI-PONTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013, in particolare *Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. A Limited Practice, An Uncertain Future*, 411 ss., spec. 429.

²² Sul bilanciamento tra l'interesse della governabilità e quello della rappresentanza cfr. le osservazioni di AZZARITI, *La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura*, in *Nomos*, n. 3/2013, 2 ss.; nonché PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, cit.; SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull'equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità*, cit.; SCACCIA, *Riflessi ordinali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, cit., spec. 5 ss.; DEMURO, *La sostenibilità del premio di maggioranza*, cit.; PISANESCHI, *Giustizia costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile*, relazione tenuta a Città del Messico presso il Tribunale Elettorale Federale, nell'ambito del Seminario “Cortes Constitucionales y Estado de derecho”, in corso di pubblicazione su *Quad. cost.*, 2014. Cfr. anche VIZIOLI, *Possibili conseguenze della sentenza Corte cost. 1/2014 sulla legge elettorale per il Parlamento europeo e sul disegno di legge n. 1385*, in questa *Rivista*, 64 che sottolinea come lo «scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale» pur essendo un «obiettivo costituzionalmente legittimo» non è tuttavia imposto dalla Carta costituzionale e di ciò occorre tener conto in sede di bilanciamento. Il bilanciamento «tra i legittimi (ma non necessari) obiettivi di rilievo costituzionale e il rispetto dei fondamentali valori costituzionalmente protetti (e di specifiche disposizioni costituzionali) deve [pertanto] operare in termini “diseguali”».

perseguendo *un obiettivo di rilievo costituzionale*, qual è quello della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare, dettano una disciplina che non rispetta il *vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi* e valori costituzionalmente protetti, ponendosi in contrasto con gli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost. In definitiva, detta disciplina non è proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, *eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda* della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente.

È dunque il test di *proporzionalità* che la normativa in esame non supera

Con riferimento invece al sistema elettorale del Senato, la Corte utilizza il *test di proporzionalità* affiancandolo a quello di *congruità*.

Dal tenore letterale della motivazione emerge tuttavia che la Corte ritenga il test di congruità un'articolazione interna del giudizio di proporzionalità sulla scia di quanto elaborato dalla giurisprudenza del tribunale costituzionale tedesco. «Nella specie, – sottolinea la Corte – il *test di proporzionalità* evidenzia, oltre al *difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche l'inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in modo più netto rispetto alla disciplina prevista per l'elezione della Camera dei deputati*. Essa, infatti, stabilendo che l'attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea [...].

privilegiando i secondi sui primi, rafforzando le ragioni della rappresentanza democratica sulle ragioni delle stabilità dei governi» (così testualmente AZZARITI, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *costituzionalismo.it*, 20 gennaio 2014, richiamato da VIZIOLI). Con riferimento al bilanciamento tra eguaglianza del diritto di voto ed interesse alla governabilità nella giurisprudenza tedesca cfr. MARTINUZZI, *La fine di un antico feticcio: la sindacabilità della legge elettorale italiana*, cit., 14 ss., spec. 15, in particolare con riguardo all'opinione dissenziente del Giudice Müller il quale dissente proprio sul fatto che il Tribunale costituzionale sindachi sulla sussistenza di un interesse pubblico (che, peraltro, non costituisce un diritto), trattandosi invece, di una valutazione tipicamente politica e che, pertanto, spetterebbe al legislatore.

In definitiva, rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo»²³: qui il *mezzo* (premio di maggioranza su scala regionale) non è *congruo rispetto al fine della stabilità* dell'esecutivo.

Anche aderendo all'impostazione teorica che vede nel test di congruità una fase interna alla valutazione di proporzionalità²⁴, al fine dell'appropriatezza del richiamo alla sent. n. 1130 del 1988, quale precedente, il risultato non cambia. E lo stesso si potrebbe dire con riferimento al medesimo richiamo operato nella sent. n. 162 del 2014, in tema di fecondazione eterologa. In queste ultime pronunce, la Corte ha proceduto infatti ad applicare il test di *proporzionalità* ed ha accertato che le normative al suo esame non rispettassero il vincolo del minor sacrificio possibile che una situazione costituzionalmente garantita possa patire perché sia assicurata tutela ad altro interesse concorrente. Nella sentenza n. 1130 del 1988 si è invece fermata alla fase della valutazione della *congruità* del mezzo predisposto dal legislatore al fine da questi perseguito²⁵.

Inoltre, nel caso in esame, con riferimento al sistema elettorale del Senato, la disciplina censurata oltre a non superare il test di *proporzionalità* (che la Corte chiama "*in senso stretto*"), non supera neppure il test di *congruità* (per "*inidoneità* della stessa al raggiungimento dell'*obiettivo perseguito*"), in

²³ Così il punto 4 del *Considerato in diritto*, della sent. n. 1 del 2014, cit.

²⁴ Cfr. da ultimo CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 5. Così come la Corte sembra aderire alla ricostruzione proposta da Cartabia (secondo la quale "la ragionevolezza e proporzionalità indicano due diversi tipi di sindacato giurisdizionale di diversa intensità, 3 ss.) quando afferma: «Il test di proporzionalità, utilizzato [...] spesso insieme con quello di ragionevolezza [...] richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi largamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (così il punto 3.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014, cit.).

²⁵ Sul fatto che la Corte si arresta in molti casi alla tappa del giudizio di congruità, cfr. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in LA TORRE - SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 59 ss., spec. 65s. dove si legge: «*Quanto al giudizio sulla congruità del mezzo legislativo allo scopo, a me sembra che questa forma di "ragionevolezza", o forse più esattamente di razionalità, non abbia una sua specifica autonomia, ma sia parte inseparabile degli altri due. È sicuramente un segmento del giudizio di eguaglianza (la legge che è "irrazionale" non può giustificatamente discriminare le situazioni), ed è sicuramente un segmento del giudizio di bilanciamento (se la legge non riesce ad avvantaggiare l'interesse che vorrebbe promuovere, certo non può giustificarsi il fatto che danneggi l'interesse antagonista). Perciò spesso il giudizio della Corte costituzionale si ferma a questa prima tappa, senza bisogno di procedere oltre*» (corsivi testuali).

quanto il premio di maggioranza su scala regionale rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire, ovvero la stabilità dell'esecutivo.

Quanto detto avalla le considerazioni poste in via di premessa: i contorni del sindacato di ragionevolezza sono alquanto sfuggenti, tanto che anche la dottrina ha proposto ricostruzioni diverse con riguardo al controllo di ragionevolezza²⁶.

Sembrano del resto ancora attuali le riflessioni di Paladin, ormai risalenti nel tempo, secondo cui le «espressioni quali ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, non arbitrarietà, o gli analoghi corrispondenti aggettivi che si leggono nelle sentenze della nostra e di tante altre Corti costituzionali, siano soltanto formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concetto od una nozione ben determinata»²⁷. L'applicazione del criterio della

²⁶ Basti ricordare quali perplessità abbia suscitato in dottrina la tesi concernente i tre aspetti della ragionevolezza (irrazionalità, irragionevolezza e ingiustizia) enunciata G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 187, ma già ID., *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 147 ss. e ora riproposta in G. ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 195 ss. Esprime, infatti, obiezioni alla tesi proposta da Zagrebelsky già PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale?*, cit., 166 (aderendo alle obiezioni espresse da BARILE (*Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 40), e da FOIS, («Ragionevolezza» e «valori»: interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 103). Con particolare riguardo al «giudizio di giustizia» o di «adeguatezza al caso», ricorda che la Corte «non deve dare l'impressione, né i costituzionalisti devono dare l'impressione, di fare, di voler fare, di consentire che si faccia del diritto costituzionale libero»; la Corte non dovrebbe mai dare pertanto «l'impressione di uscire dai parametri o di adoperare i parametri come un puro e semplice pretesto» (165). Non si può neppure affermare peraltro -prosegue tale A.- che i parametri costituzionali che la Corte applica coincidano con le «disposizioni scritte nel testo della Costituzione». Al contrario, i «parametri sono quali la Corte stessa li ha concepiti e li concepisce nel *continuum* della sua giurisprudenza» (166). Paladin sembra quindi ammettere limitazioni all'istanza di certezza a vantaggio della realizzazione di istanze di giustizia. E questa tensione tra due istanze «opposte» discende dalla necessità di assicurare giustizia senza troppo concedere all'interpretazione «libera» del diritto. Tale tensione peraltro, secondo G. ZAGRABELSKY (*Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., 190) comporta «quasi una piccola contraddizione» in quanto sopra affermato da Paladin: ovvero «tra l'esigenza di restare ancorati al diritto così come è posto e, viceversa il riconoscimento che il diritto che vale» è il diritto «che si fa nella giurisprudenza costituzionale». Più di recente propongono ricostruzioni discordanti da quella prospettata da Zagrebelsky, SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Torino, 2000, in cui l'A., sulla scia di Paladin, sottolinea l'effetto di indebolimento del testo costituzionale che il ricorso al principio di ragionevolezza determina, spec. 287 ss. e MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

²⁷ Cfr. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, cit., 163; ID., voce *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss. Con particolare riferimento al giudizio di proporzionalità negli altri

ragionevolezza da parte della Corte italiana non è riuscito ancora a produrre coerenze sistemiche, anche a causa della mancata elaborazione di *standard* di ragionevolezza. E il richiamo alla sentenza n. 1130 del 1988 da parte della decisione in esame sta lì a dimostrarlo con tutta evidenza. La mancata elaborazione di *standard* aumenta il rischio, sempre in agguato in sede di controllo della ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore, di sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, trasformando la prima in un senato della buona legislazione²⁸. Del resto è proprio questa la questione “cruciale” in materia di applicazione del test di proporzionalità: come possa la Corte tenere conto dei “costi” delle scelte legislative, senza tuttavia giungere a valutare l’opportunità delle scelte stesse, valutazione che, senza dubbio, le è preclusa²⁹. In altre parole, come possa il giudice delle leggi procedere ad una analisi dei costi-benefici, senza finire per sostituire una sua razionalità alla razionalità del legislatore³⁰. Problema questo, peraltro, ben presente al relatore della sentenza n. 1130 del 1988. Quest’ultimo infatti qualche anno addietro, ed in altra sede, aveva, non senza ironia, osservato: «e che cos’è la ragionevolezza se non [...] ciò che quindici uomini (ma anche meno) riuniti al Palazzo della Consulta ritengono secondo il loro arbitrio che sia ragionevole?»³¹.

ordinamenti costituzionali cfr. STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 47 (1), 73 ss.

²⁸ Cfr. ONIDA, *Ragionevolezza e “bisogno di differenza”*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 254 ss.

²⁹ Preclusione di cui la Corte è ben consapevole, visto che nella sent. n. 1130 del 1988 si è impegnata nel difficile compito di distinguere giudizio di merito e giudizio di legittimità (cfr. il punto 2 del *Considerato in diritto*, cit.), cercando in un certo senso di rimediare alla “oscura formula” utilizzata dall’art. 28 della l. n. 87; sul punto cfr. PIZZORUSSO, *Il controllo dell’uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del convegno di Trieste 26-28 maggio 1986)*, Milano, 1988, 2.

³⁰ Tanto che E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un’indebita richiesta di “supplenza” alla Corte costituzionale, di fronte all’ennesima disfatta della politica*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013, 5 s., sin dal momento della sollevazione della questione di legittimità costituzionale da parte della Corte di Cassazione, osservava: «Ma quand’è che un effetto distorsivo può considerarsi *giuridicamente* “abnorme e sproporzionato”? Non vi è chi non avverta, nell’intraprendere questo sentiero, il fastidioso retrogusto dell’opinabile, del discrezionale, financo dell’arbitrario. Appare infatti assai difficile, per un giudice, determinare i confini di tale supposta irragionevolezza, in una materia tanto delicata e “politicamente sensibile” come quella elettorale».

³¹ Così BALDASSARRE, *Intervento*, in OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 127. Peraltro lo stesso A. in uno scritto successivo (*Fonti normative, legalità e legittimità: l’unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, 64, ma cfr. anche *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, 7 ss.) afferma che «l’unità potrà essere soltanto *ex post*, come risultato giurisprudenziale e, in particolare come

4. Una pronuncia additiva non “a rime obbligate”

Nella sentenza si rileva dunque una parte demolitoria, di *accoglimento secco*, di cui abbiamo parlato relativa alle norme che prevedono l'assegnazione del premio di maggioranza e una parte *additiva*, relativa alle norme che stabiliscono la presentazione delle liste “bloccate”, «*nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati*»³². Per verificare a quale tipologia di additiva ha fatto ricorso la Corte, occorre innanzitutto accertare se si tratta di un'additiva di principio o di un'additiva classica.

L'additiva *di principio*³³, come è noto, è una tipologia di sentenza di accoglimento elaborata dalla Corte proprio al fine di *non gravare sul bilancio dello Stato*, con la quale dichiara l'incostituzionalità di un'omissione legislativa, *aggiungendo* però *non una regola* immediatamente applicabile e comportante oneri al bilancio statale, *ma soltanto un principio generale non autoapplicativo*³⁴ (ovviando in tal modo ai problemi sorti in molti casi a seguito dell'impiego delle c.d. sentenze di spesa di *tipo auto applicativo*, sentenze additive classiche, immediatamente vincolanti per il bilancio statale),

risultato della giurisprudenza costituzionale. La chiave di questa unità è data dal criterio o dal principio di ragionevolezza» e quest'ultimo pertanto diventa strumento di «commisurazione delle scelte del legislatore, ordinate secondo lo schema mezzi-fini, alle gerarchie di valori costituzionali relative a quelle scelte». Scettico sulla funzione della ragionevolezza come strumento per condurre ad unità il sistema sembra essere BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 41, che mette in evidenza l'evoluzione del pensiero di Baldassarre. Nettamente critico nei confronti della tesi sostenuta da BALDASSARRE (nello scritto *Diritti inviolabili*, cit., tesi che riporta il criterio di ragionevolezza a quello di coerenza di una disposizione di legge con il disegno complessivo del sistema, se tale disegno è individuato con riferimento ad un momento storico dato) è CORASANITI, *Introduzione ai lavori del seminario*, cit., che vede nel criterio di ragionevolezza così inteso uno strumento di conservazione (e sul punto richiama quanto sostenuto da TRIBE e DORF, *On reading Constitution*, London, Harvard University Press, 1991)

³² Così il punto 5.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014, cit.

³³ Le sentenze additive di principio sono state anche chiamate *additive di meccanismo*, (in quanto si limitano a dichiarare l'incostituzionalità della norma *nella parte in cui la stessa non prevede “un meccanismo di adeguamento”*, destinato a quantificare la nuova spesa, resa per lo più necessaria dall'applicazione del principio di eguaglianza), oppure *sentenze a dispositivo generico* (perché introducono un principio generalissimo che necessita di essere attuato da un intervento del legislatore) o infine *sentenze delega* (perché dichiarano l'incostituzionalità, ma rinviando agli organi di governo della spesa pubblica la ricerca degli strumenti destinati a porre rimedio alla violazione della Costituzione).

³⁴ Per tutti, ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 400 ss.; MALFATTI-PANIZZA - ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 324

In questo caso la sentenza è senz'altro di tipo *autoapplicativo*, almeno così ci dice la Corte e non poteva sostenere diversamente essendo la legge elettorale “costituzionalmente necessaria”, per cui la normativa di risulta non può che essere autoapplicativa³⁵. Tuttavia non si può dire che siamo di fronte ad un'additiva “classica”, che si muove entro le c.d. rime obbligate³⁶. Come è assai noto, secondo la teoria delle rime obbligate la manipolazione dei testi legislativi, può essere effettuata *soltanto* quando sia l'*unica delle soluzioni possibili* alla luce del dettato costituzionale³⁷. Ed è la Corte stessa a dirci che la soluzione non è l'unica possibile e le rime non sono obbligate quando afferma che il rapporto di rappresentanza tra elettori ed eletti, espressione del principio democratico, è compatibile con sistemi *caratterizzati da liste bloccate solo per una parte* dei seggi, e con sistemi caratterizzati da *circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto* (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)³⁸.

³⁵ Cfr., ad esempio, la sent. n. 13 del 2012, *Considerato in dritto*, par. 5.1, dove si sottolinea «la cosiddetta auto-applicatività della normativa di risulta, onde consentire in qualsiasi momento il rinnovo delle assemblee rappresentative» (sentenze nn. 16 e 15 del 2008 e n. 13 del 1999)». Vi è stato tuttavia, chi in dottrina avrebbe ritenuto preferibile il ricorso ad una additiva di principio «senz'altro più indicata e maggiormente rispettosa della distinzione funzionale tra i due organi costituzionali»: cfr. GIGLIOTTI, *La riforma elettorale e il “Gattopardo”*, in *Nomos*, 2014, fasc. 3, 5.

³⁶ Dubbi sulla esistenza delle rime obbligate sono espressi anche da MORRONE, *La legge elettorale dopo la fine del porcellum*, in *Confrontocostituzionali.eu*, 14 gennaio 2014, e, già anteriormente alla sent. n. 1 del 2014, si esprimeva in tal senso SALERNO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi elettorali come “tramite” per il pieno ripristino del diritto di voto – La compressione della sovranità del corpo elettorale tra maggioranze artificiali e riduzioni del voto ad una mera scelta di lista e non di candidati*, in *Corr. giur.*, n.11/2013, 1362 s.; SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, cit. Come sottolinea PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, cit., nel caso di specie, «la mancanza di “rime obbligate” concerne non tanto l'aggiunta con cui colmare l'omissione, quanto piuttosto la scelta dell'intervento normativo da effettuare a tal fine», 7, nt. 28. Esprimono perplessità sulla tipologia decisoria cui ricorre la Corte anche S. LIETO-P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*, cit., 3 ss.

³⁷ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2: *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova 1984, 408. La Corte insomma trae semplicemente «quelle conseguenze che il sistema consente a lei, e soltanto a lei, di trarre», cfr. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 259.

³⁸ Cfr. il *Considerato in diritto*, punto 5.1 della sent. n. 1 del 2014, cit. La Corte ritiene quindi che proprio l'ampiezza delle circoscrizioni elettorali e l'elevato numero di candidati da eleggere in ciascuna di esse in combinato disposto con le liste bloccate violi il diritto alla libertà

Alla tesi dottrinale delle rime obbligate che ha riscosso molto successo, è stato peraltro replicato che se le rime sono davvero obbligate, allora è sufficiente percorrere la via dell'interpretazione, estrapolando la norma dal testo, senza bisogno di manipolarlo, ed a ciò dovrà provvedere la magistratura con i propri strumenti interpretativi. Se invece le rime non sono obbligate, e quindi non vi è soltanto una soluzione possibile, non spetta alla Corte determinare la normativa che viene in essere dopo la censura di quella impugnata, perché questo è compito riservato al legislatore³⁹.

del voto. Viceversa si può ritenere compatibile con la costituzione la previsione di liste bloccate in presenza di circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto. *Contra* sul punto BILANCIA, "Ri-porcellum" e *giudicato costituzionale*, cit., 2, secondo il quale questa interpretazione non è corretta, stante la indefettibilità del diritto dell'elettore ad esprimere una preferenza se il legislatore opta «per la formula elettorale proporzionale. Mentre resta impregiudicata ogni valutazione della Corte in relazione ai sistemi maggioritari ed ai sistemi misti in cui, vuoi il collegio uninominale, vuoi il collegio plurinominale con esiguo numero di candidati consentano comunque agli elettori di selezionare direttamente almeno in parte i candidati eletti. Sistemi, però, evocati dalla Corte come *incomparabili* con quello vigente in Italia a seguito dell'entrata in vigore della legge del 2005». Del resto, (come sottolinea GUZZETTA, *La sentenza n.1 del 2014 sulla legge elettorale* a una prima lettura, cit., 2) «non appare del tutto chiaro come, dall'affermazione dell'incostituzionalità di qualsiasi potere di scelta, la Corte giunga a concludere che, pur riconoscendo espressamente l'esistenza di una pluralità di modi per ovviare a tale violazione (uninominale, liste corte, preferenze, ecc.), il giudice delle leggi "atterri" poi sulla soluzione della singola preferenza. Il motivo potrebbe forse riconoscersi nel fatto che si tratti del requisito "minimo" (ma secondo quale gerarchia?) per rendere la legge costituzionalmente legittima o che la preferenza unica fosse il risultato di un *referendum* poi superato dalla legislazione successiva. Ma si tratta solo di supposizioni perché sul punto la motivazione non è del tutto priva di zone d'ombra». Cfr. anche PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, cit., 8, che comunque giudica questa soluzione la «meno invasiva (in presenza di liste lunghe -come sono quelle previste dalla legge, che vengono mantenute- è necessario il voto di preferenza) e soprattutto in grado di assicurare la immediata autoapplicatività della legge dopo il proprio intervento». Non ritiene però «di poter individuare, in base al senso fatto palese dal testo, una sorta di gradazione delle modalità con le quali può essere assicurata l'effettività della scelta (che sembra trovare una sufficiente garanzia nella conoscibilità degli eletti), per cui anzitutto dovrebbe farsi riferimento al voto di preferenza, mentre soltanto in subordine alle liste bloccate corte in quanto corrispondenti a circoscrizioni elettorali ridotte, o al collegio uninominale». Con particolare riferimento al profilo concernente l'illegittimità delle liste bloccate e sulla soluzione adottata al riguardo nel disegno di legge di riforma della legge elettorale della Camera dei deputati cfr. VIZIOLI, *Possibili conseguenze della sent. Corte cost. n. 1/2014 sulla legge elettorale per il Parlamento europeo e sul disegno di legge n. 1385*, cit., 7 ss.

³⁹ ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in BARILE-CHELI- GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, 106.

Questa obiezione tuttavia non tiene forse conto di quelle stesse ragioni opposte in Assemblea costituente all'introduzione di un sindacato diffuso, in particolare la mancanza nel nostro sistema del principio dello *stare decisis*, che assicura l'unità dell'ordinamento e che solamente un intervento manipolativo del testo riesce a garantire⁴⁰. Senza dubbio la Corte potrebbe limitarsi ad un semplice accoglimento della questione, ad espungere quindi quella disposizione dall'ordinamento, senza temere di creare vuoti nell'ordinamento stesso, se il Parlamento fosse solerte nel colmare la lacuna creatasi e sostituire la disposizione dichiarata incostituzionale con una conforme a Costituzione.

Ma non in questo caso. Come si è detto, la natura di legge costituzionalmente necessaria obbliga la Corte a non creare vuoti e la sentenza non poteva quindi che essere *autoapplicativa*, anche se la Corte non si nasconde che vi sono difficoltà pratiche nell'applicazione. «Apparenti inconvenienti, che comunque «non incidono sull'operatività del sistema elettorale, né paralizzano la funzionalità dell'organo» (sentenza n. 32 del 1993)» e che la Corte ritiene superabili mediante gli ordinari criteri d'interpretazione o anche mediante interventi normativi secondari⁴¹. Anche se

⁴⁰ La risposta all'obiezione di Zagrebelsky si può trovare in F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE-CHELI-GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 44.

⁴¹ Cfr. il punto n. 6 del *Considerato in diritto*; inconvenienti, prosegue la Corte, che «possono essere risolti mediante l'impiego degli ordinari criteri d'interpretazione, alla luce di una rilettura delle norme già vigenti coerente con la pronuncia di questa Corte: come, ad esempio, con riferimento alle previsioni, di cui agli artt. 84, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957, e 17, comma 7, del d.lgs. n. 533 del 1993, che, nella parte in cui stabiliscono che sono proclamati eletti, nei limiti dei seggi ai quali ciascuna lista ha diritto, i candidati compresi nella lista medesima «secondo l'ordine di presentazione», non appaiono incompatibili con l'introduzione del voto di preferenza, dovendosi ritenere l'ordine di lista operante solo in assenza di espressione della preferenza; o, ancora, con riguardo alle modalità di redazione delle schede elettorali di cui all'art. 31 del d.P.R. n. 361 del 1957 ed all'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 533 del 1993, che, nello stabilire che nella scheda devono essere riprodotti i contrassegni di tutte le liste regolarmente presentate nella circoscrizione, secondo il fac-simile di cui agli allegati, non escludono che *quegli schemi siano integrati da uno spazio per l'espressione della preferenza*; o, quanto alla possibilità di intendere l'espressione della preferenza come *preferenza unica*, in linea con quanto risultante dal referendum del 1991, ammesso con sentenza n. 47 del 1991, in relazione alle formule elettorali proporzionali. Simili eventuali inconvenienti potranno, d'altro canto, essere rimossi anche *mediante interventi normativi secondari*, meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate. *Resta fermo ovviamente, che lo stesso legislatore ordinario, ove lo ritenga, «potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua»* (sentenza n. 32 del 1993)», (il corsivo è aggiunto). Sul punto cfr. D'ALOIA, *La sentenza n.1 del 2014 e l'Italicum*, in *Confronticostituzionali.eu*, 30 gennaio 2014, che sottolinea come Corte, al fine di assicurare la

non è mancato chi in dottrina ha ritenuto *indispensabile* che la legislazione elettorale di risulta sia aggiornata con esplicite novelle legislative, anche con decreto-legge, conformi alla sentenza della Corte, a meno che il legislatore vari un sistema elettorale del tutto nuovo, opzione quest'ultima certamente politica, prima che giuridica e come tale suscettibile di diverse declinazioni nell'economia della forma di governo in vigore⁴². Secondo altri, invece, si può andare a votare con la legge così come modificata dalla sentenza della Corte: residua dunque un sistema proporzionale, basato su collegi provinciali o pluriprovinciali alla Camera e regionali al Senato, con elevate soglie di sbarramento (4% alla Camera, 8% al Senato), con la possibilità di presentare coalizioni (alle quali si applicano soglie diverse), con indicazione del *leader*, senza premio di maggioranza, con l'espressione di una preferenza; il sistema può non essere apprezzato, ma si può votare, anche subito⁴³.

(necessaria) autosufficienza della normativa di risulta, non abbia esitato a cimentarsi in una "acrobazia interpretativa".

⁴² Cfr. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, cit., secondo il quale sarebbe stato opportuno che la Corte ricorresse allo strumento dell'illegittimità consequenziale per "aggiustare" la normativa in vigore in modo conforme all'introduzione del voto di preferenza. In particolare, secondo tale A. «pare certamente necessario introdurre disposizioni legislative che concernono la modalità di espressione del voto e la conseguente conformazione della scheda elettorale, il cui modello è allegato ai testi unici n. 361 del 1957 e n. 533 del 1993, al fine almeno di includervi la riga sulla quale esprimere la preferenza. Sembrano da modificare anche l'art. 84 del testo unico n. 361 del 1957 e l'art. 16 del testo unico n. 533 del 1993, affinché gli uffici elettorali competenti ripartiscano i seggi in base all'ordine delle preferenze e non a quello di lista e proclamino gli eletti secondo i voti ricevuti, nonché le disposizioni dei citati testi unici n. 361 (art. 84) e 533 (art. 19) che disciplinano il subentro di deputati o senatori nei seggi vacanti, che non deve avvenire secondo l'ordine di lista ma secondo il numero di preferenze». Inoltre Dickmann ritiene «che gli interventi "derivati" che la Corte ipotizza dovessero necessariamente trasferirsi in pronunce di incostituzionalità consequenziale ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953» Infine che «in via interpretativa si possa al più argomentare l'abrogazione implicita (con efficacia al caso concreto), non anche l'incostituzionalità necessitata (con efficacia *erga omnes*), di norme legislative, e che una pronuncia della Consulta non può avere effetti "delegificanti" nella materia de qua, affidati alla competenza normativa della legge, tali da consentire che la legislazione superstita ma incostituzionale possa essere modificata o (forse) derogata in via regolamentare. Non esiste in particolare la possibilità di sostenere che la pronuncia della Corte di per sé possa legittimare un intervento normativo secondario in quanto una simile lettura si fonderebbe sul presupposto dell'affievolimento dell'efficacia delle norme di legge sopravvissute formalmente ma incostituzionali sostanzialmente; invece la Corte con le sentenze di accoglimento non può che far cessare *ex tunc* l'efficacia delle sole norme censurate, non anche alterare la natura legislativa di quelle sopravvenute incostituzionali, che continuano a vigere, per effetto di quanto previsto dall'art. 136 Cost.».

⁴³ Cfr. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, cit.

5. La Corte si addentra nel campo minato della definizione di “rapporto esaurito”

Infine nella parte conclusiva della motivazione, relativa agli effetti della sentenza sulle Camere in essere, la Corte avverte la necessità di chiarire, consapevole del dibattito politico non specialistico che questa decisione ha e avrebbe prodotto, alcune questioni circa l'efficacia della sentenza sulle Camere attualmente in vigore⁴⁴. La ritenuta (e presumibilmente corretta, nella situazione data) necessità di toccare questo punto in maniera chiara e semplice, in una sorta di inedito dialogo con le forze politiche, ha tuttavia prodotto una motivazione stringata che non affronta compiutamente i nodi problematici della questione.

Il ragionamento della Corte è articolato in quattro punti. Dice infatti la Corte:

- la sentenza produrrà i suoi effetti solamente in occasione della nuova consultazione elettorale, che potrà essere tenuta con le regole contenute nella normativa che resta in vigore, o con la nuova normativa eventualmente adottata dalle Camere;

- la sentenza non tocca gli atti posti in essere durante il vigore delle norme annullate. Gli effetti della sentenza della Corte retroagiscono sino al momento della entrata in vigore della norma annullata, ma soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, che rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida;

- «le elezioni, che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti»;

- non sono toccati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano le nuove elezioni. Vale al proposito il principio fondamentale di continuità dello Stato, che si realizza attraverso la continuità dei propri organi. «Le Camere sono organi costituzionalmente necessari e indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare». Tanto è vero che «il nostro ordinamento, al fine di assicurare la continuità dello Stato prevede la *prorogatio* dei poteri delle Camere precedenti, finché non siano riunite le nuove Camere»⁴⁵.

Senza dubbio il clima politico e la necessità di chiarire questi concetti, per non creare un'eventuale situazione di destabilizzazione delle istituzioni, ha

⁴⁴ Cfr. il punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014, cit.

⁴⁵ Cfr. ancora il punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1 del 2014, cit.

indotto la Corte a modificare la prassi di non determinare in sentenza -sia pure a livello di motivazione- gli effetti della propria decisione (con esclusione dei noti casi di modulazione della efficacia temporale della sentenza di accoglimento). È, infatti, noto che il tema degli effetti della sentenza, e cioè la determinazione dei rapporti esauriti e di quelli che sono invece ancora pendenti, è problema che riguarda non il diritto costituzionale ma i sistemi normativi (privatistici, amministrativistici, processualistici, ecc.) che vengono toccati dalla sentenza costituzionale di accoglimento⁴⁶. È alla luce di tali sistemi, e non del diritto costituzionale, che deve essere valutato quando il rapporto si consideri esaurito⁴⁷.

È altresì ben noto che in qualche modo la decisione della Corte costituzionale di non occuparsi di questo problema risale al 1970 (se si escludono i noti casi di modulazione della efficacia temporale della sentenza di accoglimento), quando con la sentenza n. 49 la Corte pose fine ad un contrasto con la Corte di Cassazione in ordine agli effetti retroattivi della sentenza di accoglimento delle norme processuali rispetto alle attività

⁴⁶ Tanto che in dottrina si afferma che «non spetta alla decisione della Corte disporre circa le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità: la Corte si occupa della “dichiarazione” di una disposizione, ma non può «gestire» gli effetti che ne conseguono, né estendendoli né circoscrivendoli»: così ZAGREBELSKY- MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 346. Vi sono state tuttavia in passato alcune sentenze (c.d. di ‘illegittimità costituzionale sopravvenuta’) nelle quali la Corte ha inteso modulare nel tempo gli effetti della dichiarazione di costituzionalità, distinguendo tra dichiarazione d’incostituzionalità “in senso stretto” e “per bilanciamento di valori”. Nel primo caso, la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione nel giudizio a quo e in tutti i giudizi ancora pendenti -ad es. sent. n. 501 del 1988, in *Giur. cost.* 1988, 2361, con osservazione di BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)* - nel secondo caso invece, senz’altro più problematico, la Corte può giungere a ritenere applicabile al giudizio a quo la norma dichiarata incostituzionale, con inevitabili ricadute sul modello di sindacato in via incidentale (sentt. n. 266 del 1988 *ivi*, 1988, 1089 ss. e n. 50 del 1989, con osservazione di PISANESCHI, *Determinazione dei limiti alla retroattività della decisione costituzionale di accoglimento: potere del giudice costituzionale o del giudice ordinario?*, 295 ss.); cfr. MALFATTI-PANIZZA-ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 40. Nella sent. n. 50 si legge infatti testualmente che «Va precisato al riguardo che, stante la gradualità con la quale è avvenuta detta evoluzione, soltanto ora può considerarsi realmente verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale. La declaratoria di illegittimità costituzionale non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi. In altri termini, il requisito della pubblicità opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall’art. 136, primo comma, della Costituzione, ferme restando le attività compiute ed i provvedimenti emessi anteriormente a tale data, nella vigenza della norma ora dichiarata costituzionalmente illegittima» (così il punto 2 del *Considerato in diritto*).

⁴⁷ Ancora ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 351 ss.; MALFATTI-PANIZZA - ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 137.

processuali già compiute, e statui che la questione non era di sua competenza ma dei singoli giudici⁴⁸.

Con questa sentenza invece la Corte determina, dopo molti anni, gli effetti della propria sentenza. Come si è detto questo cambiamento, strettamente dipendente dal caso di specie avente ad oggetto la legge elettorale⁴⁹, è

⁴⁸ La sent. n. 49 del 1970 (in *Giur. cost.*, 1970, con osservazione di ELIA., *La Corte costituzionale ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, 946 ss.) pose fine alla ben nota “guerra tra le Corti” sorta tra Corte costituzionale e Corte di cassazione per le divergenze interpretative circa l’efficacia da attribuire alle sentenze di annullamento di norme relative all’istruttoria penale con riguardo alle attività istruttorie già compiute nell’ambito di giudizi ancora in corso di svolgimento: per una ricostruzione della vicenda cfr. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino 2010, 37 ss.

⁴⁹ Sull’importante ruolo svolto dalla sent. n. 1 del 2014 per aver rimosso la “zona franca” in merito alla possibilità di adire l’organo di giustizia costituzionale, anche in relazione alle leggi elettorali, cfr. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, cit. Così facendo, però, la Corte si è buttata in un «gioco tutto politico, dal quale... può ricavare soltanto danni» (così CAPOTOSTI, *Il coraggio della Corte*, in *Nomos*, n.3/2013, spec. 3), ma ha dimostrato di non voler sottrarsi dal decidere una questione così spinosa (cfr. le considerazioni al riguardo di POGGI, *Politica “costituzionale” e legge elettorale: prime osservazioni alla sentenza n.1 del 2014*, 16 gennaio 2014, in *Confrontocostituzionali.eu*). Avevano sostenuto invece l’inammissibilità della questione, in quanto, secondo la dottrina maggioritaria, si era in presenza di una *fictio litis*, ANZON DEMMING, “*Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l’incostituzionalità della legge per le elezioni politiche*” (e coprire una zona franca del giudizio di costituzionalità), in *Rivista Aic*, n. 3/2013, 12 luglio 2013, 2 s., pur sottolineando la necessità di rimuovere questa zona franca del controllo di costituzionalità; REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Cassazione in tema di legge elettorale*, ivi, 21 settembre 2013; sulla iniziativa della Cassazione come effetto di stimolo al legislatore cfr. DE SIERVO, *Legge sul voto. Lo stimolo dei giudici*, in *La Stampa*, 18 maggio 2013 e ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale. Un quadro in tre atti dall’epilogo incerto*, in *Federalismi.it*, n. 12/2013, 4 giugno 2013; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un’indebita richiesta di “supplenza” alla Corte costituzionale, di fronte all’ennesima disfatta della politica*, in *Rivista Aic*, 2013, 1; CARNEVALE, *La Cassazione all’attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, 2013, 2-3; BORRELLO, *Due problemi contrapposti: ammissibilità e “zona franca”*, ivi; GIGLIOTTI, *Violata la “zona d’ombra”? La quaestio legitimatis della legge elettorale*, ivi. Al riguardo cfr. anche OLIVITO, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d’ombra della giustizia costituzionale?*, 13 settembre 2013, in *Costituzionalismo.it*, 11 s. In generale, sulle difficoltà del controllo di costituzionalità in via incidentale della legislazione elettorale v. TRUCCO, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, in CATELANI-DONATI-GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 357 ss.; EAD, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011, 236 ss.; nonché MESSERINI, *La materia elettorale, in ROMBOLI (a cura di), L’accesso alla giustizia elettorale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 533; BALDUZZI - COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.

ampiamente giustificabile per ovvie ragioni di natura politico-istituzionale. Se è vero che sono le Camere stesse, in virtù del principio di autonomia e autodichia a dover giudicare sulla validità della elezione dei propri componenti, la Corte sente tuttavia il bisogno di “tagliare netto”, per soffocare sul nascere un dibattito con implicazioni non soltanto costituzionali, ma anche, in considerazione del momento, internazionali ed economiche, ha condotto in qualche passaggio ad una certa semplificazione del problema.

Non c'è dubbio che la questione degli effetti della sentenza della Corte sulla validità delle Camere neolette debba essere impostata alla luce della teoria dei rapporti esauriti e in relazione alle specifiche norme elettorali per verificare quando il rapporto sia esaurito e quando sia pendente.

La Corte, come si è detto, semplifica molto la questione: le elezioni si sono svolte e sono senza dubbio un fatto concluso, dice la Corte, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti.

Ora è sin troppo noto per doverlo solo accennare, che la questione non è così semplice.

Tutti sanno che una cosa è la proclamazione da parte degli uffici elettorali, attraverso la quale il parlamentare acquista il suo status che tuttavia è reversibile - o sottoposto a condizione risolutiva- a seguito del giudizio di convalida previsto dall'art. 66 della Costituzione. Le Giunte per le elezioni raccolgono il materiale documentale degli uffici elettorali, ricevono gli eventuali ricorsi, propongono all'aula la convalida delle elezioni o di aprire una istruttoria. All'esito della istruttoria la Giunta può proporre la convalida o la contestazione dell'elezione. In quest'ultimo caso si giunge ad una vera e propria udienza pubblica, ove le parti possono farsi assistere da un avvocato al termine del quale la Giunta propone la convalida o la contestazione. La decisione finale spetta all'Assemblea⁵⁰.

È dunque difficile affermare che il rapporto sia esaurito al momento della elezione e della proclamazione, come ha sostenuto la Corte. È invece abbastanza evidente che il rapporto è esaurito al momento della convalida della elezione, poiché sino a tale momento lo status del parlamentare è sub iudice (sotto forma di condizione risolutiva) e tale status può essere contestato anche d'ufficio da parte della Giunta.

⁵⁰ GIANNITI-LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2013, cap. V, par. 3. Sul punto si rinvia alle osservazioni di PERINI, *Incostituzionalità della legge elettorale ed effetti sulle camere e sulla loro attività: il punto di vista del diritto parlamentare*, cit., 305 ss.

La semplificazione, forse eccessiva, della Corte su di un punto così noto, pone inevitabilmente ed irresistibilmente all'interprete il desiderio di interrogarsi sulle ragioni di questa asserzione.

L'impressione è che la Corte, affermando che il rapporto si esaurisce con la elezione e la proclamazione, abbia voluto "tagliare la testa al toro", eliminando ogni polemica sulla legittimità dell'attuale Parlamento.

In verità, e come si dirà anche in seguito, la legittimità dell'attuale Parlamento non è comunque in discussione sia che si voglia considerare esaurito il rapporto al momento della proclamazione (come sostiene la Corte) o al momento della convalida. È infatti la Camera sovrana in ordine alla gestione del procedimento di convalida, anche in ordine ai tempi della medesima, e sin tanto che la elezione non è contestata il parlamentare - e quindi anche il Parlamento- è in carica a tutti gli effetti.⁵¹

Probabilmente non ha giovato alla limpidezza della motivazione giuridica il comunicato della Corte, effettuato anteriormente al deposito della sentenza, con il quale si dichiarava l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale⁵². Questo aveva prodotto infatti una immediata e strumentale polemica sulla legittimazione delle attuali Camere, al quale ha fatto seguito un secondo comunicato nel quale si ribadiva che la sentenza dispiegava i suoi effetti solo a far data dalla pubblicazione della stessa⁵³.

Questo peraltro, ed incidentalmente, pone un qualche problema sulla prassi dei comunicati della Corte con la quale vengono annunciate, nei casi di sentenze con impatto politico rilevante, le decisioni assunte prima della pubblicazione delle medesime⁵⁴. È evidente infatti che in presenza di una decisione non giuridicamente efficace ma resa nota a seguito del comunicato ufficiale della Corte, è forte la tendenza delle forze politiche a strumentalizzare la decisione come se essa fosse già stata pubblicata. La

⁵¹ Cfr. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, cit.; cui *adde* B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, cit.

⁵² Corte costituzionale, Ufficio Stampa, Comunicato del 4 dicembre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/.../CC_CS-20131204182229.doc, dove si legge «Le motivazioni saranno rese note con la pubblicazione della sentenza, che avrà luogo nelle prossime settimane e dalla quale dipende la decorrenza dei relativi effetti giuridici».

⁵³ Tanto che la Corte in un comunicato stampa di due giorni successivo (contenente precisazioni del presidente della Corte costituzionale) afferma testualmente: «Quanto agli effetti della recente sentenza sulla legge elettorale il Presidente rammenta che la Corte si è già ufficialmente espressa con gli ultimi due capoversi del comunicato del 4 dicembre scorso»: in www.cortecostituzionale.it/documenti/.../CC_CS-20131206140357.doc.

⁵⁴ Sui comunicati stampa "anticipatori" vd. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista Aic*, n. 2/2013, 17 maggio 2013.

carenza della motivazione, conoscibile soltanto grazie alla pubblicazione, dalla quale dipende la decorrenza dei relativi effetti giuridici, rende la questione più incerta, il dibattito politico e giornalistico aumenta le variabili interpretative e, forse, costringe la stessa Corte ad intervenire sulla motivazione in conseguenza di tale dibattito.

6. (segue) La modulazione nel tempo dell'efficacia della sentenza quale soluzione alternativa?

Anche l'ultimo punto nel quale la Corte tratta ancora degli effetti della decisione sembra più una risposta al dibattito politico, che non una vera e propria motivazione giuridica.

Dice infatti la Corte che la sentenza non incide sugli atti che verranno adottati dalle Camere prima che si svolgano le nuove consultazioni elettorali, perché vale il principio di continuità degli organi costituzionali come testimoniato, nel caso del Parlamento, dall'istituto della prorogatio⁵⁵. Il fatto che la sentenza non incida sugli atti che verranno adottati dalle Camere è di per sé ovvio e non avrebbe necessitato invero di alcuna altra puntualizzazione. Se la sentenza non tocca la validità della elezione del Parlamento perché il rapporto -secondo la Corte- si è esaurito con la proclamazione, ne consegue come logica conseguenza che gli atti prodotti dalle Camere sono tutti validi. Sia quelli prodotti dalla prima convocazione delle Camere nuove sino alla sentenza della Corte, che quelli prodotti dopo la sentenza della Corte e fino alla regolare sostituzione dell'organo.

L'impressione è quindi che anche in questo caso l'interlocutore della Corte siano le forze politiche e l'opinione pubblica, che hanno necessità di concetti semplici e chiari più che di argomentazione giuridiche necessariamente complesse.

Se anche si partisse dal diverso punto di vista -rispetto alla Corte- che sia la convalida e non la proclamazione ad esaurire il rapporto, e se anche all'atto della pubblicazione della sentenza non fossero stati convalidati tutti i deputati o senatori, sarebbe comunque il Parlamento, come si accennava, sovrano dei tempi e della decisione sulla convalida. La esistenza di parlamentari non convalidati -e potenzialmente ma solo astrattamente non convalidabili- non

⁵⁵ Sul tema, cfr. PISANESCHI, *Prorogatio delle Camere ed equilibrio tra i poteri*, Torino, 1993; F. M. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997; CARNEVALE, *La prorogatio delle Camere quale limite all'esercizio della funzione legislativa, Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, vol. I, 465 ss.; con riferimento alla sent. n. 1 del 2014 GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, cit.

inficerebbe né la legittimità dell'organo Parlamento, né gli atti posti in essere dalle Camere. L'organo Parlamento, dopo la prima convocazione, rimane sempre in carica con pienezza di poteri sino al momento del suo scioglimento, momento in cui scatta l'istituto della *prorogatio* per garantirne la continuità.

Diversa ovviamente è la valutazione politica, e della legittimazione politica dell'organo, ma si tratta di altra questione⁵⁶.

Forse la Corte, anziché sostenere che il rapporto si esaurisce con la proclamazione degli eletti, avrebbe potuto esplicitamente modulare nel tempo l'efficacia della sentenza di accoglimento, secondo tecniche decisorie già sperimentate in passato⁵⁷, tenuto conto che la questione al suo esame aveva ad oggetto una legge costituzionalmente necessaria.⁵⁸ In questo caso l'inevitabile *vulnus* alle normali regole del processo costituzionale in via incidentale avrebbe trovato fondamento nell'esigenza di non sacrificare indebitamente

⁵⁶ Sul contesto determinato dalla pronuncia della Corte, cfr. PACE, *I limiti di un Parlamento delegittimato*, in *Osservatorio Aic*, 1/2014, marzo 2014), secondo il quale «semberebbe che le istituzioni parlamentari abbiano dimenticato di essere state delegittimate dalla dichiarazione d'incostituzionalità del Porcellum»; e ribadisce che è «assolutamente inconcepibile che un Parlamento delegittimato possa incidere sulle strutture portanti della nostra democrazia parlamentare»; in tal senso anche SAITTA, *Riforme costituzionali e sorte del costituzionalismo*, in *Giurcost.org*, 28 aprile 2014, che si domanda «a quale modello di costituzionalismo ci si possa rifare per riconoscere alle Camere incostituzionalmente elette la prospettiva del completamento della legislatura, per di più auspicando la modifica profonda dell'impianto organizzativo dei poteri costituzionali»; di diversa opinione GROTANELLI DE' SANTI, *Brevi osservazioni sull'attualità politico-costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, 1/2014, aprile 2014), secondo il quale un Parlamento come quello attuale «è pur sempre il risultato della volontà popolare; quello dal quale ci si attende una attività legislativa. In quanto esiste è sovrano, non può essere "poco sovrano" ed è difficile immaginare un parlamento a competenza limitata».

⁵⁷ Nella sentenza in esame in motivazione si legge che «la decisione che si assume, di annullamento delle norme censurate, avendo modificato *in parte qua* la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale» (così l'*incipit* del punto 7 del *Considerato in diritto*). Nella sent. n. 50 del 1989 invece nel dispositivo espressamente si dichiara che l'illegittimità costituzionale della norma impugnata «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione» della «sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti».

⁵⁸ La *Cour d'arbitrage* belga, infatti, chiamata a sindacare la legge elettorale ha ritenuto che, nonostante il carattere retroattivo delle sentenze di annullamento, le disposizioni dichiarate incostituzionali restassero valide per le elezioni passate, mentre cessassero di avere efficacia per le consultazioni successive (C.A., *arrêt* n. 73/2003, 26-5-2003, B.21, in www.const-court.be/public/f/2003/2003-073f.pdf). Sul punto BOUHON, *Le seuil électoral au seuil de l'égalité*, in *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2008, 647; ROSOUX, *Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "Renouveau" électoral. La Cour d'arbitrage et la suspension*, in *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2003, 1 ss. che si sofferma sugli effetti della sentenza tenuto conto anche che la Corte si muove «sur un terrain non seulement hautement politique et connu de tous, mais également intrinsèquement mouvant».

altri interessi costituzionalmente protetti. Il differimento degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità avrebbe avuto quindi la sua *ratio* nel fatto che la questione di legittimità costituzionale della legge elettorale necessita di una delicata operazione di bilanciamento fra diversi interessi costituzionali, nessuno dei quali deve essere sacrificato in maniera intollerabile: la funzionalità del Parlamento, il diritto di voto, il diritto di elettorato passivo, il principio costituzionale di certezza del diritto⁵⁹.

Se è vero che la Corte ha «il potere di incidere ricostruttivamente su norme giuridiche», ma «non può esserle attribuito il potere implicito di disporre sul modo concreto di tale incidenza» la Corte può tuttavia disporre degli effetti temporali se il suo uso è strettamente funzionale «allo stesso interesse costituzionalmente protetto, che ha dato luogo alla pronuncia di accoglimento»⁶⁰. Tanto più che nel caso di specie la modulazione degli effetti non avrebbe contrastato con il modello di giudizio in via incidentale in quanto «la domanda proposta, pur muovendo dalla considerazione che il diritto non aveva potuto essere esercitato nel passato in modo conforme a Costituzione, era con evidenza rivolta ad ottenere la rimozione del limite rispetto alla futura possibilità di esercizio»⁶¹.

Spostandoci dal caso di specie su di un piano più generale, questa sentenza fa emergere con tutta evidenza l'importanza della delimitazione della nozione di rapporto esaurito e di conseguenza delle cause di esaurimento del rapporto.

⁵⁹ CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento italiano*, in CATELANI-DONATI-GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., 5 ss.

⁶⁰ SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 47 ss. che afferma testualmente: «se alla Corte si riconosce il potere di incidere ricostruttivamente su norme giuridiche, non può esserle attribuito il potere implicito di disporre sul modo concreto di tale incidenza. Con due limiti ben precisi: 1) l'impossibilità di attribuire efficacia ultrattiva alle norme dichiarate incostituzionali, per il chiaro disposto dell'art. 136 Cost.; 2) la stretta funzionalità dell'uso del potere di disporre degli effetti temporali rispetto allo stesso interesse costituzionalmente protetto, che ha dato luogo alla pronuncia di accoglimento». Sottolineano invece, che «non spetta alla decisione della Corte disporre circa le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità: la Corte si occupa della dichiarazione di illegittimità di una disposizione, ma non può gestire gli effetti che ne conseguono, né estendendoli né circoscrivendoli», ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 346, specificando che «nessuno spazio l'art. 136 della Costituzione sembra riconoscere alle esigenze di continuità e completezza dell'ordinamento, neanche attraverso la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze di accoglimento» (347).

⁶¹ SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, cit., 11.

Giustamente, come si è detto, tale questione è da risolvere non alla stregua del diritto che regola il processo costituzionale, ma alla stregua della legislazione, che nei diversi settori dell'ordinamento giuridico determina il consolidamento ossia l'esaurimento dei rapporti giuridici. La questione non è dunque di diritto costituzionale processuale, ma di diritto civile, penale, amministrativo, tributario ecc.⁶².

Tuttavia per cogliere l'incidenza della dichiarazione d'incostituzionalità sul sistema, da una analisi delle cause di esaurimento del rapporto è difficile prescindere, perché altrimenti si corre il rischio di tenere distinti, nel momento della ricaduta della pronuncia, il piano della legalità dal piano della costituzionalità, con i suoi principi di certezza del diritto e di continuità dell'ordinamento. Del resto questi due piani non sono stati tenuti distinti al momento della sollevazione della questione di legittimità costituzionale, della introduzione del giudizio, del per così dire 'dialogo in entrata', come testimonia l'affermarsi dell'obbligo di interpretazione conforme⁶³ e dunque sarebbe logico che non fossero tenuti distinti nemmeno al momento dell'uscita.

L'interrelazione tra piano della legalità e piano della costituzionalità mostra in questo caso, probabilmente estremo, tutta la sua importanza anche nel momento dell'attuazione della sentenza, per i risvolti che l'incidenza delle sentenze di accoglimento possono avere sulla continuità dell'ordinamento, sulla certezza del diritto e in definitiva sulla legittimazione stessa della Corte.

⁶² Cfr. ZAGREBELSKY- MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 351 ss. Anche se non sono mancati importanti riflessioni in tema di cause di esaurimento del rapporto: cfr. BARILE, *La parziale retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale in una pronuncia sul principio di uguaglianza*, in *Giur. it.* 1960, I, 903 ss.; CERVATI, *Gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.; ONIDA, *In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità*, ivi, 1965, 1413 ss.; D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano, 1993; CERRI, *Gli effetti delle decisioni di accoglimento e le preclusioni processuali*, in *Foro it.*, 1993, I, 1206; PADULA, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi applicativi della legge annullata*, in AA. VV., *Il diritto costituzionale come regola e come limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 1493 ss.

⁶³ Come è noto, nella sentenza capostipite si legge, infatti, testualmente che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. n. 356 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3096 ss., con osservazione di LAMARQUE, *Una sentenza interpretativa di inammissibilità*, 3107 ss.). Così come in altre occasioni la Corte ha affermato che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato» di costituzionalità» (sent. n. 219 del 2008, *ivi*, 2008, 2456 ss.).

**PREMIO DI MAGGIORANZA ED EGUAGLIANZA DEL VOTO.
OSSERVAZIONI A MARGINE DELLA
SENTENZA CORTE COST. 1/2014.**

Valeria Piergigli

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Siena

Il contributo ricostruisce il principio di eguaglianza del voto, sancito dall'art. 48 Cost., alla luce sia della più rilevante dottrina giuridica che della giurisprudenza costituzionale. In particolare, viene ripercorsa l'interpretazione offerta sul tema dalla Corte costituzionale, dai suoi esordi fino alla sent. 1/2014. In questa decisione, per la prima volta, la Corte ha giudicato illegittimo il premio di maggioranza, stabilito dalla l. 270/2005, in quanto suscettibile di determinare un divario abnorme e sproporzionato tra peso del voto "in entrata" e "in uscita".

The paper is focused on the principle of equality of vote, enshrined in art. 48 of the Constitution, taking into consideration both the most important legal doctrine and the case-law of the Constitutional Court. More specifically, the Author recalls the interpretation offered by the Constitutional Court on this issue, from its beginnings to the judgment no. 1/2014. For the first time, in this decision the Court ruled that the majority premium, provided in the law no. 270/2005, is inconsistent with the Constitution, because it led to a disproportionate gap between the "incoming" and "outcoming" weight of votes.

Sommario:

1. L'eguaglianza del voto nell'art. 48 Cost. e il punto di vista della dottrina
2. L'eguaglianza del voto nella interpretazione consolidata della Corte costituzionale fino al 2014
3. La svolta interpretativa nella sent. 1/2014: illegittimità del premio di maggioranza e lesione dell'eguale diritto di voto non (più) solo "in entrata", ma anche "in uscita"

1. L'eguaglianza del voto nell'art. 48 Cost. e il punto di vista della dottrina

Tra i caratteri del voto, l'art. 48 Cost. italiana, analogamente a quanto sancito da altre Carte costituzionali vigenti e dai principali documenti internazionali in materia di diritti fondamentali¹, stabilisce quello della eguaglianza².

La dottrina tradizionale ha declinato questo valore alla luce della *capacità elettorale* dei votanti, del *valore numerico*, nonché del *valore efficiente* di ciascun voto e, corrispondentemente, ha individuato tre aspetti della eguaglianza del voto. Il primo si attua con l'adozione del suffragio universale; il secondo costituisce una manifestazione del principio di eguaglianza formale davanti alla legge e della pari dignità di tutti i cittadini; il terzo aspetto, infine, si spinge ad evocare una accezione sostanziale della eguaglianza del voto. Sulla attribuzione dei primi due significati vi è larga concordanza di vedute tanto nella dottrina che nella giurisprudenza costituzionale, mentre la configurazione del terzo profilo parrebbe più problematica, almeno nell'ordinamento italiano³.

L'affermazione del costituzionalismo liberale e dello stato democratico ha progressivamente determinato l'abbandono di qualsiasi forma di suffragio ristretto e subordinato l'accesso all'elettorato, sia attivo che passivo, fondamentalmente soltanto ai requisiti della cittadinanza e dell'età⁴. Inoltre, l'applicazione del principio di eguaglianza formale ha fatto maturare l'idea che i voti si contino e non si pesino, comportando il riconoscimento della corrispondenza una testa-un voto e la previsione della eguale titolarità di espressione del suffragio tra gli aventi diritto. Se è vero, infatti, che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge, deve ritenersi preclusa ogni possibilità di graduare il valore dei voti di singoli cittadini o di categorie di essi⁵. Pertanto,

¹ V., ad es., Legge fondamentale tedesca (art. 38), Cost. spagnola (art. 68), Cost. belga (art. 61), Cost. olandese (art. 4), Cost. portoghese (art. 10), nonché la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 21) e il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 25).

² Ai sensi dell'art. 48, c. 2, Cost.: «*Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è un dovere civico*».

³ Per una analisi comparata, con particolare attenzione al contributo della giurisprudenza costituzionale, si rinvia ai contributi di **ABBIATE** e **MILANI**, in *Ianus*.

⁴ Fatti salvi ulteriori e specifici requisiti richiesti, ad esempio in Italia, per le elezioni regionali e locali. La normativa adottata nelle regioni a statuto speciale subordina l'esercizio del diritto di voto alla residenza nel territorio dell'ente per un periodo minimo di tempo.

⁵ Cfr. **PRETI**, *Diritto elettorale politico*, Milano, 1957, 11 ss.; **PALADIN**, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 304 ss. e bibl. cit. in nota 147; **ROSSANO**, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 503 ss.; **MARTINES**, *Artt. 56-58*, in **BRANCA** (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1984, 78 ss.; **PITRUZZELLA**, *Elezioni, II) Elezioni politiche: elettorato*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma,

a prescindere da fattori soggettivi di differenziazione (quali la razza, la lingua, la religione, il sesso) e dalle condizioni personali e sociali, il peso del voto di ogni elettore, ossia il suo valore aritmetico, deve essere identico e il singolo voto non può essere computato più volte.

Non è stato sempre così; anzi, è noto che in passato alcuni ordinamenti riconoscevano sia il voto multiplo che il voto plurimo. Il primo, utilizzato ad esempio in Gran Bretagna fino al 1951, consisteva nella possibilità per chi ricopriva un grado universitario o prestava la propria attività lavorativa in una sede diversa da quella dell'abitazione di votare, oltre che nel collegio in cui quest'ultima era compresa, anche nel collegio accademico o nel luogo di lavoro. Il secondo meccanismo si fondava, invece, sullo *status* giuridico (capo famiglia) o sul possesso di taluni requisiti da parte dell'elettore (età, censo, titolo di studio, copertura di certi uffici), eventualmente combinati insieme, o sulla appartenenza ad una classe sociale. Così, ad esempio, una legge francese del 1820 attribuiva agli elettori più ricchi un doppio voto, in Unione Sovietica fino al 1936 al voto degli operai era riconosciuto un valore maggiore rispetto a quello dei contadini, in Belgio tra il 1893 e il 1921 il capo famiglia poteva esprimere un numero di voti pari al numero dei figli. L'accezione consolidata del principio egualitario del voto impedisce che gli stessi elettori ripetano il voto in diverse circoscrizioni o che il voto di alcuni individui – per posizione rivestita o altre circostanze professionali, economiche e sociali – possa assumere un peso quantitativamente maggiore di quello espresso da altri. Nell'una e nell'altra ipotesi, infatti, a venire meno sarebbe il “pari peso”, cioè appunto l'eguaglianza che deve riconoscersi al voto di ciascun elettore, perché a nessuno è concesso di godere di privilegi particolari nell'esercizio del suffragio.

Quantunque uguale al momento del deposito della scheda nell'urna (“in entrata”)⁶, il voto potrebbe cessare di esserlo nella fase successiva della

1989, 4; L.A. MAZZAROLLI, *Art. 48*, in CRISAFULLI-PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 324 s.; LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1128 ss. Più recentemente, v. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, 2004, 167 ss.; GROSSO, *Art. 48*, in BIFULCO – CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 969 ss.; STERPA, *Eguaglianza del voto dei cittadini italiani in Italia: diritto di voto attivo ed elezioni regionali*, in AA.VV., *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, 90 ss.

⁶ Peraltro, nella vigenza del sistema elettorale disegnato nella l. 270/2005 – su cui si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. 1/2014 – anche il principio di eguaglianza “in entrata” poteva essere a rischio «per la forza deterrente del voto inutile combinato all'elevata soglia di sbarramento qualora i partiti maggiori respingano alcuni dalla coalizione impedendo

trasformazione in seggi (“in uscita”), operazione questa che dipende dalla formula elettorale prescelta, tanto per le elezioni politiche che per quelle amministrative. Secondo una dottrina minoritaria e piuttosto risalente⁷, la quale peraltro ha trovato conferme anche in epoca più recente⁸, l’eguaglianza del voto dovrebbe interpretarsi non soltanto in senso formale, ma anche in senso sostanziale e trovare garanzia sia nella espressione che nel computo dei singoli voti, in modo che ogni voto possa avere, oltre allo stesso valore numerico, il medesimo valore efficiente⁹. È ovvio che, intesa in questa

loro l’accesso effettivo alla competizione», come osserva CARLASSARE, *Maggioritario*, in www.costituzionalismo.it, 5.

⁷ Cfr. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 871 secondo il quale il principio di eguaglianza del voto «deve essere realizzato in modo da garantire, non solo una *eguaglianza formale degli elettori* nel procedimento elettivo (...); ma altresì una *eguaglianza sostanziale*, reale ed effettiva: coinvolgente i rapporti tecnici e giuridici fra la manifestazione del voto ed i risultati delle votazioni: vale a dire il sistema stesso di voto e di scrutinio», e ancora a p. 872 «... il principio di eguaglianza sostanziale dei voti, per essere rigorosamente attuato, deve vedere attribuito ad ogni elettore, astrattamente considerato, un medesimo *coefficiente individuale*, tale da rendere in tutti identica la *valenza* del proprio voto» (i corsivi sono dell’A.). V. anche FURLANI, *Elettorato attivo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, 451, secondo il quale nei sistemi proporzionali «non è assurda l’affermazione dell’uguaglianza anche del valore efficiente del voto, cosicché è lecita l’estensione del generale principio dell’uguaglianza del voto dal suo valore numerico a quello efficiente».

⁸ Cfr., in particolare, FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo*, in *Dem. e dir.*, 1979, spec. 515 ss.; ID., *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 23 ss.; G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, 221 ss. Gli Autori citati sottolineano il rapporto tra proporzionale ed eguaglianza negli effetti del voto. A quanto consta, le espressioni “in entrata” e “in uscita”, riferite alla eguaglianza del voto, sono state coniate da G.U. Rescigno (op. cit., 221) e in seguito diventate di uso comune nella dottrina fino ad essere parzialmente utilizzate anche dalla Corte costituzionale (sent. 1/2014, su cui v. *infra* §3). Recentemente, COSTANZO, *La giustizia elettorale*, in *ConsultaOnline*, 2/9/2013, passando in rassegna la giurisprudenza della Corte Suprema americana e la giurisprudenza costituzionale di alcune esperienze europee, sensibili al tema della legalità costituzionale elettorale, si domandava se anche la nostra Corte costituzionale potrebbe intervenire «per la tutela (almeno) del nucleo essenziale dell’eguale valenza del voto sul piano sostanziale» (p. 8).

⁹ Di contrario avviso la prevalente dottrina. In proposito, v. PRETI, *Diritto elettorale politico*, cit., 11 ss.; PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, in *Jus.*, 1953, 355, secondo cui nella consultazione elettorale eguaglianza significa «eguaglianza nelle posizioni di partenza, che va valutata “a priori”, al momento dell’espressione del suffragio, e non già “a posteriori” e in modo che i risultati della battaglia politica vengano accertati secondo determinati criteri e non secondo altri»; ROSSANO, *L’eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, cit., 505, secondo cui «ciò che viene assicurato dalla eguaglianza del voto non è il modo in cui i voti, una volta espressi, producono effetti giuridici, ma il modo in cui gli stessi devono essere valutati (cioè in modo aritmeticamente eguale) per l’effetto richiesto dall’elezione». Più recentemente, LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, 36, secondo cui «Il principio di eguaglianza del voto, insomma, richiede che ciascun voto abbia pari peso nel momento in cui si determinano gli

accezione, l'eguaglianza non può essere mai assoluta, perché una perfetta sintonia tra voti espressi e risultati elettorali è praticamente irrealizzabile. Tuttavia, secondo tale orientamento il sistema proporzionale puro, a fronte degli inconvenienti che inevitabilmente presenta soprattutto in termini di stabilità dell'assetto politico, sarebbe in grado di soddisfare, meglio di altri, la rappresentatività delle assemblee legislative. La tesi in questione, prospettata all'epoca della tanto discussa e poi abrogata legge 148/1953, è stata criticata dalla dottrina maggioritaria, perché farebbe discendere dal principio della eguaglianza del voto, interpretato nel modo anzidetto, la costituzionalizzazione del sistema elettorale proporzionale ovvero l'implicito divieto di adozione del sistema maggioritario. In materia, nessuna indicazione espressa si rinviene nel testo della Costituzione, nonostante l'approvazione durante i lavori preparatori dell'ordine del giorno Giolitti, favorevole alla introduzione del sistema proporzionale alla Camera dei deputati, e dell'ordine del giorno Nitti, propenso ad accogliere un sistema maggioritario con collegi uninominali al Senato. Come è noto, infatti, l'Assemblea costituente decise alla fine di astenersi sul punto, rinviando alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta del sistema elettorale più consono al contesto storico-politico e alle specificità della forma di stato e di governo. Analoga fiducia nel ruolo del parlamento sarebbe stata riposta, finché le circostanze lo hanno consentito, anche dalla Corte costituzionale (v. *infra* §§2-3).

Se quelle sinteticamente tratteggiate sono le linee lungo le quali si è sviluppato tradizionalmente e senza troppi ostacoli il confronto dottrinale, non vi è dubbio che l'evoluzione della società occidentale con le dinamiche migratorie e i mutamenti demografici degli ultimi decenni ha contribuito ad arricchire di nuovi spunti l'interpretazione del concetto di eguaglianza del voto. Basti pensare alle operazioni concernenti la delimitazione e il dimensionamento delle circoscrizioni elettorali per i riflessi che pongono, in concreto, sulla configurazione stessa del rapporto rappresentativo¹⁰. A parte l'osservazione secondo cui le circoscrizioni elettorali «peccheranno sempre per eccesso o per difetto» a meno che non si utilizzi il sistema del collegio unico nazionale e pertanto una corrispondenza speculare tra elettori ed eletti è inimmaginabile¹¹, ciò che preme evidenziare è il fatto che quel rapporto numerico all'interno dei collegi può risultare falsato dalla presenza di gruppi minoritari (sociali, etnici, politici, razziali) ovvero dalle caratteristiche degli

inputs elettorali, non invece nel momento in cui se ne producono gli *outputs*»; FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 23 ss.

¹⁰ Cfr. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., 40; LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, cit., 1129; STERPA, *Eguaglianza del voto*, 106 ss.; CHIARA, *Titolarità del voto*, cit., 167 ss.

¹¹ Così, PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 307.

insediamenti territoriali, specialmente nelle zone attraversate da consistenti movimenti migratori. Il problema si è presentato con particolare enfasi, per la peculiare conformazione del tessuto sociale, negli Stati Uniti. Negli anni '60 del secolo scorso, la Corte Suprema avviava una giurisprudenza che, facendo leva sul XIV emendamento (*equal protection clause*) e sulla formula “*one man, one vote*”, ha comportato un ampio processo di ridefinizione dei collegi sia per le elezioni nazionali che statali, in modo che fosse garantito un rapporto approssimativamente paritario tra voti e seggi. Quanto al profilo della rappresentanza dei gruppi razziali o etnici, la stessa Corte Suprema ha ammesso il ritaglio artificioso dei collegi come tecnica di riequilibrio delle minoranze svantaggiate (c.d. *affirmative gerrymandering*) ed ha giudicato illegittime le operazioni di distribuzione territoriale dei seggi che perseguono intenti ed effetti discriminatori¹². Nell'ordinamento italiano, analogamente ad altri sistemi che adottano un atteggiamento di tutela promozionale nei confronti delle comunità minoritarie, la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità delle scelte legislative che, a fini di protezione delle minoranze alloglotte, prevedono forme di rappresentanza politica garantita (riserva di seggi), prescindendo dalla proporzionalità tra voti espressi e seggi conseguiti e derogando quindi alla regola della eguaglianza del valore numerico di ciascun voto¹³.

Per rimanere nell'esperienza italiana, se dalle minoranze linguistiche autoctone l'attenzione si sposta alle comunità composte da immigrati extra UE, stabilmente presenti e integrati nella comunità maggioritaria, gli effetti distorsivi legati alla ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni elettorali sono ancora più evidenti. Come è noto, ai non-cittadini regolarmente censiti è tuttora preclusa in Italia la partecipazione, diretta e indiretta, ai processi decisionali che li riguardano, se non in veste meramente consultiva in sede locale, e tuttavia la loro presenza è computata – ed è dunque suscettibile di assumere un peso anche significativo – ai fini della ripartizione dei seggi parlamentari tra le circoscrizioni o fra le regioni, a seconda che si abbia riguardo alla elezione della Camera dei deputati o del Senato. In base a quanto stabilito dalla Costituzione e fatto salvo il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, infatti, la ripartizione dei seggi fra le circoscrizioni elettorali (art. 56, c. 4, Cost.; artt. 1, 3 e tabella A d.P.R. 361/1957) o fra le regioni (art. 57, c. 4, Cost.; art. 1 d. lgs. 533/1993) deve essere effettuata in

¹² Cfr. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., 41; LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, cit., 1129 e nota 102; CHIARA, *Titolarità del voto*, cit., 186 ss.

¹³ Sulla protezione delle minoranze linguistiche in Italia e la materia elettorale, cfr., per tutti, CHIARA, *Titolarità del voto*, cit., 176 ss. e bibl. ivi; PALERMO - WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, 105 ss.

proporzione agli abitanti di ciascuna circoscrizione o regione quali risultano dall'ultimo censimento generale della popolazione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti. Inutile dire che, per garantire l'eguaglianza del voto sull'intero territorio nazionale, occorrerebbe procedere a revisioni periodiche dei collegi in conformità con le variazioni delle registrazioni demografiche; il che purtroppo non avviene¹⁴.

È comunque dalla popolazione residente e censita che dipende il quantitativo dei seggi da mettere in palio nelle singole circoscrizioni o regioni. Nella "popolazione residente" sono inclusi anche gli immigrati, provenienti da Stati che non appartengono all'Unione europea e regolarmente residenti, i quali contribuiscono alla determinazione del numero dei seggi, peraltro in misura diversa tra nord e sud del paese in ragione della maggiore concentrazione nelle aree settentrionali, e tuttavia, essendo privi dello *status civitatis*, essi non hanno titolo per essere ricompresi nelle categorie, sostanzialmente distinte, del "popolo" e del "corpo elettorale" e sono pertanto esclusi dal voto. Il dato demografico è inoltre tenuto presente nel procedimento elettorale preparatorio, allorché gli elettori iscritti nelle liste elettorali dei comuni compresi nelle circoscrizioni o nelle regioni sono chiamati a sottoscrivere, in misura variabile a seconda del numero di abitanti, la dichiarazione di presentazione delle candidature sia alla Camera dei deputati che al Senato (rispettivamente, art. 18-bis d.P.R. 361/1957 e art. 9 d. lgs. 533/1993).

Senza ripercorrere in questa sede le considerazioni che la dottrina ha opportunamente svolto in ordine alla idoneità del criterio della "popolazione residente" per l'assegnazione dei seggi in luogo, ad esempio, di quello costituito dai voti espressi nelle precedenti elezioni e senza indugiare sulla circostanza che può non esservi coincidenza tra il dato reale delle risultanze anagrafiche e l'esito ufficiale del censimento specialmente se l'intervallo temporale che intercorre tra quest'ultimo e lo svolgimento delle elezioni è esteso¹⁵, l'elemento che vale la pena rilevare, con riguardo alla popolazione immigrata e regolarmente censita, è la distorsione che si realizza, per così dire, "a monte". In quanto presenza stabile sul territorio, gli stranieri censiti esistono e sono considerati nel calcolo delle persone residenti dal cui numero dipenderà la distribuzione dei seggi tra i collegi elettorali. Senonché, agli stessi tocca poi la sorte di diventare evanescenti nel momento della selezione

¹⁴ Non si è infatti (ancora) proceduto alla revisione dei collegi elettorali prevista dall'art. 7, c. 4, l. 276/1993 e dall'art. 7, c. 6, l. 277/1993. Sul punto, v. TARLI BARBIERI, *La spada di Damocle sul Porcellum: alcune note sparse in vista dell'imminente pronuncia della Corte costituzionale sulla l. 270/2005*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2013, 21 ss.

¹⁵ Cfr., per tutti, le osservazioni di LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., 42.

della rappresentanza, in quanto soltanto ai cittadini italiani in possesso dei requisiti previsti dalla legge (d.P.R. 223/1967) è attribuita la legittimazione attiva ad esprimere i propri rappresentanti nelle Camere sulla base numerica che anche gli stranieri hanno contribuito a forgiare¹⁶.

Sebbene, come accennato poc'anzi, il problema possa apparire in larga parte teorico dal momento che l'aggiornamento dei collegi elettorali in base alla popolazione residente è in notevole ritardo, colpiscono non soltanto la sovra-rappresentazione degli appartenenti al popolo in senso classico e la sotto-rappresentazione (o assenza di rappresentazione) degli individui che vengono ricompresi nel concetto tradizionale di popolazione, ma altresì – e ancora prima – la produzione di effetti (selezione della rappresentanza nazionale ed esclusione degli stranieri) che risultano erronei e contraddittori rispetto al dato di partenza (consistenza e variazione della popolazione residente, inclusi gli stranieri). Ne deriva un quadro d'insieme alterato e falsificato, che genera una disparità di trattamento tra cittadini elettori e un *gap* di rappresentanza tra le diverse aree del paese a causa della non omogenea distribuzione della popolazione straniera residente, oltre alla circostanza – paradossale, ma che esula dalla presente riflessione – di continuare ad escludere dal circuito elettorale-democratico coloro che, effettivamente e inconsapevolmente, concorrono alla formazione dei collegi elettorali e alla assegnazione dei seggi.

2. L'eguaglianza del voto nella interpretazione consolidata della Corte costituzionale fino al 2014

Lasciando da parte gli aspetti più peculiari ai quali si è fatto cenno e per tornare all'ambito classico del concetto di eguaglianza del suffragio, va detto che, analogamente alla dottrina maggioritaria, anche la costante giurisprudenza costituzionale ha prediletto, fin dai suoi esordi e per lungo

¹⁶ La sfasatura tra “corpo elettorale” e “popolazione residente” non manca di produrre effetti distorti anche nella dimensione locale e, più limitatamente, regionale. In particolare, è quanto accade nella composizione degli organi rappresentativi ed esecutivi comunali e provinciali (d.lgs. 267/2000 e successive modifiche e integrazioni). Analoghe osservazioni possono svolgersi con riguardo alla elezione dei membri del parlamento europeo; l'assegnazione dei seggi tra le circoscrizioni deve infatti essere effettuata «sulla base dei risultati dell'ultimo censimento della popolazione» (art. 2 l. 18/1979). Su questi aspetti, sia consentito rinviare a PIERGIGLI, *Stranieri censiti: persone o fantasmi?*, in *Gli Stranieri*, 3/2010, 95 ss.

tempo, la salvaguardia del profilo formale del principio in esame. Così, negli anni '60, la Corte costituzionale affermava che il principio di eguaglianza del voto vale ad escludere il voto multiplo o plurimo in dipendenza di situazioni particolari dei titolari del diritto di voto (sentt. 43/1961, 44/1961, 9/1962, 6/1963, 60/1963)¹⁷ e comporta che ciascun voto nella competizione elettorale contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi, senza estendersi al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore, che dipende esclusivamente dal sistema adottato dal legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto nulla al riguardo (sent. 43/1961). Nella fattispecie da ultimo citata, il giudice delle leggi respingeva, in modo esplicito, l'argomentazione che era stata avanzata nella deliberazione di rimessione degli atti alla Corte in base alla quale il principio di eguaglianza del voto «dovrebbe trovare applicazione non soltanto per quanto attiene al diritto di voto, ma, altresì, per ciò che concerne gli effetti concreti che necessariamente si ricollegano all'esercizio del diritto stesso» (*Ritenuto in fatto* e punto 2 *Considerato in diritto*). E ancora, la Corte statuiva che l'importanza della funzione elettorale e le conseguenze che potrebbero derivare dal non corretto esercizio della stessa «postulano – in materia – il più scrupoloso rispetto del principio di eguaglianza, onde assicurare la *par condicio* di tutti gli elettori nel momento in cui, con l'espressione del loro voto, in sostanza, danno concreto contenuto alla sovranità popolare» (sent. 39/1973, punto 2 *Considerato in diritto*). Pertanto, come ribadito più recentemente, il principio di eguaglianza del voto è diretto ad assicurare la parità di condizione dei cittadini nel momento in cui il voto viene espresso e non riguarda fasi anteriori o successive a tale momento (sent. 173/2005).

D'altra parte, il ripudio del voto plurimo non è sempre stato considerato assoluto dalla Consulta che, in diverso contesto, ha escluso che quel meccanismo, previsto dalla l. reg. Sicilia 16/1957 per la elezione dei consigli delle province siciliane, contrastasse con il principio di eguaglianza del voto. Al contrario, esso veniva giudicato «manifestamente preordinato alla più esatta osservanza di quel principio, per una completa salvaguardia dei diritti delle minoranze» (sent. 96/1968, punto 4 *Considerato in diritto*).

Negli anni '90, il giudice costituzionale, nel confermare la propria posizione incline ad una lettura formale della eguaglianza del voto (sentt. 429/1995, 107 e 160/1996, 356/1998), cominciava ad introdurre elementi di novità che avrebbero trovato sviluppo nella giurisprudenza degli anni a venire.

¹⁷ Peraltro, nella sent. 6/1963, la Corte costituzionale riconosceva che l'eguaglianza del voto sarebbe compromessa da un sistema elettorale in base al quale i suffragi dati a chi è risultato ineleggibile risultassero avere «minor valore di quelli dati agli altri» (punto 2 *Considerato in diritto*).

Chiamato a giudicare sulla legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 6, l. 81/1993 nella parte in cui prevede l'attribuzione del premio di maggioranza nei consigli dei comuni con più di 15.000 abitanti a favore delle liste o del gruppo di liste collegate al candidato proclamato sindaco al primo turno, il giudice delle leggi ribadiva, anche alla luce dei propri precedenti, il significato dell'art. 48, c. 2, Cost., il quale «esige che l'esercizio del diritto di elettorato attivo avvenga in condizioni di parità, donde il divieto del voto multiplo o plurimo, ma non anche che il risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettorato sia proporzionale al numero dei consensi espressi, dipendendo questo invece dal concreto atteggiarsi delle singole leggi elettorali ...; fermo restando in ogni caso il controllo di ragionevolezza» (sent. 107/1996, punto 2.1 *Considerato in diritto*). Quest'ultimo passaggio è significativo alla luce di quanto si esporrà più avanti.

In particolare, e muovendo dalla premessa non contestata neppure dal giudice rimettente della legittimità del principio del voto disgiunto al primo turno elettorale, la Consulta osservava che la governabilità dell'ente locale non è un valore assoluto e che la ragionevolezza del sistema elettorale deve valutarsi globalmente e non evidenziando eventuali inconvenienti che potrebbero derivare, di fatto, dalla introduzione di correttivi, quale potrebbe essere il premio di maggioranza. Si tratta, infatti, di inconvenienti di cui lo stesso legislatore si era avveduto nella stesura della l. 81/1993 – come emerge dalla ricostruzione della Corte costituzionale – ma che, alla fine, erano stati ritenuti recessivi, in quanto non suscettibili di inficiare la logica complessiva del sistema elettorale che si andava ad adottare. In conclusione, la Corte ha affermato che spetta alla discrezionalità del legislatore il «delicato bilanciamento tra la previsione (ed il rispetto) del voto disgiunto e la correzione dei suoi effetti mediante un meccanismo di rettifica in senso maggioritario con incidenza variabile a seconda della linea di bilanciamento prescelto» (punto 3 *Considerato in diritto*).

Ossequio alla discrezionalità del parlamento, richiamo alla esigenza del bilanciamento di valori costituzionali, invito alla ragionevolezza delle scelte legislative diventavano da quel momento i capisaldi del ragionamento della Corte nei giudizi concernenti le leggi elettorali. Se nella situazione risolta con la decisione da ultimo citata il dubbio di costituzionalità si era palesato con riguardo alla normativa elettorale introdotta per gli enti locali nel 1993¹⁸, non

¹⁸ Oltre che sulla legittimità della legislazione elettorale degli enti locali, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi sulla anche sulla legislazione elettorale regionale (es. sentt. 45 e 188/2011), sebbene senza che venisse in considerazione il principio della eguaglianza del voto. Come osservato autorevolmente da PIZZORUSSO, *A margine del dibattito sulla riforma elettorale*, in www.astrid-online.it, 3, «Il fatto che la Corte

si poteva escludere che, in futuro, argomentazioni analoghe avrebbero potuto interessare anche la valutazione della legittimità del sistema elettorale previsto per le assemblee parlamentari, dato che – come accennato sopra – nessun meccanismo di calcolo dei voti (varianti comprese) è tale da assicurare che la volontà manifestata dagli elettori trovi esatta conferma al momento della assegnazione dei seggi, tanto che si abbia riguardo a competizioni locali, nazionali, europee.

E allora, una volta ammessa la possibilità di un sindacato sulla ragionevolezza delle scelte legislative in materia elettorale e, precisamente, sul divario tra peso del voto in entrata e in uscita, il passo successivo consisteva nello stabilire quale dovesse essere la misura sostenibile dell'effetto distorsivo o, altrimenti detto, quando l'esercizio della potestà legislativa, così ampia su questi aspetti, diventasse censurabile. La risposta agli interrogativi sarebbe arrivata per gradi, ma senza tentennamenti da parte del giudice costituzionale.

In una pronuncia resa all'inizio degli anni 2000, la Consulta ha rimarcato la propria volontà di astenersi da valutazioni su interventi legislativi ad alto tasso di politicità, come sono quelli relativi al sistema elettorale, a meno che essi non risultino «manifestamente irragionevoli» (ord. 260/2002, e sent. 242/2012). Nel 2008, nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo sulla legislazione elettorale vigente per la Camera dei deputati ed il Senato, come modificata dalla l. 270/2005, la Corte ha ribadito che ogni sistema elettorale implica una sfasatura nella fase conclusiva della attribuzione dei seggi e ciò non contrasta con l'eguaglianza del voto. Il problema semmai potrebbe porsi – aggiungeva quasi preconizzando l'eventualità di un suo futuro intervento nella sede appropriata – circa il «il grado di distorsione in concreto prodotto» che, tuttavia, richiederebbe un sindacato sulla normativa di risulta e, ancor prima, sulla legge elettorale che è estraneo alla natura del giudizio di ammissibilità (sentt. 15 e 16/2008). Nonostante i limiti imposti dalle circostanze, la Corte costituzionale non si sottraeva al dovere di segnalare al parlamento l'esigenza di riconsiderare gli aspetti problematici

costituzionale, con riferimento alle elezioni amministrative, abbia ravvisato la portata del principio di eguaglianza del voto, enunciato nell'art. 48 della Costituzione, come esclusivamente produttiva del divieto del voto plurimo, che era stato talora applicato nei secoli passati, e non come prescrittiva di effetti del voto almeno tendenzialmente proporzionali, non significa che essa perverrebbe alla stessa conclusione con riferimento ad un'applicazione di effetti gravemente sproporzionati con riferimento alle elezioni politiche nazionali, soprattutto quando ciò si traducesse in regole che contraddicano ogni ragionevolezza, come, ad esempio, è da ritenere quella attualmente vigente in Italia [l. 270/2005] la quale, per le elezioni del Senato ... rende possibile l'attribuzione di seggi, a titolo di "premio di maggioranza" ... a candidati appartenenti alla minoranza, dando così luogo ad una evidente incoerenza».

della legge elettorale, quale quello relativo alla attribuzione del premio di maggioranza indipendentemente dal raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi, che si traduce potenzialmente in una «eccessiva sovra-rappresentazione» (punto 6.1 *Considerato in diritto*, sentt. 15 e 16/2008) della lista più votata rispetto alle altre. Il medesimo invito al legislatore, con particolare riguardo alla opportunità di ripensare la disciplina relativa alla assegnazione del premio di maggioranza, veniva successivamente rinnovato nella pronuncia, questa volta di inammissibilità, sulla richiesta di abrogazione integrale della l. 270/2005 (sent. 13/2012, punto 3 *Considerato in diritto*)¹⁹.

Pur nella consapevolezza di non poter anticipare, in sede di valutazione dei quesiti referendari, gli esiti di un giudizio di legittimità costituzionale, era agevole presagire negli *obiter dicta* della Corte ciò che sarebbe potuto accadere sol che si fosse presentata l'occasione giusta.

3. La svolta interpretativa nella sent. 1/2014: illegittimità del premio di maggioranza e lesione dell'eguale diritto di voto non (più) solo “in entrata”, ma anche “in uscita”

L'occasione si è infine offerta allorché alcuni cittadini hanno deciso di lamentare davanti al giudice ordinario la lesione da parte della legislazione elettorale del diritto sancito dall'art. 48 Cost., che è stato quindi invocato come norma-parametro nel giudizio di legittimità costituzionale instaurato in via incidentale. Nel giudizio concluso con la sent. 1/2014, che ha dichiarato la parziale illegittimità della l. 270/2005²⁰, la Corte costituzionale, a distanza di

¹⁹ Cfr. sent. 271/2010, in cui la Corte dichiarava inammissibili le questioni di legittimità sollevate in riferimento alla soglia di sbarramento prevista dalla legge elettorale per il parlamento europeo (l. 18/1979, modif. da l. 10/2009), motivando che spetta al legislatore la disciplina della materia e che «In presenza di una pluralità di soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente obbligata, questa Corte non potrebbe sostituirsi al legislatore in una scelta ad esso riservata ...» (punto 5.2 *Considerato in diritto*). A commento, v. PINELLI, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, in *Giur. cost.*, 4/2010, 3322 ss. e G. FERRI, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo “spostamento” dei seggi da una circoscrizione all'altra*, ivi, 3326 ss. La contestazione della legittimità costituzionale della soglia di sbarramento del 4% per le elezioni europee veniva nuovamente portata all'esame della Consulta nel maggio 2014 dal Tribunale di Venezia.

²⁰ Più precisamente, il giudizio concluso con la sentenza in esame ha avuto ad oggetto alcune disposizioni del d.P.R. 361/1957 e del d. lgs. 533/1993, come modificate dalla l. 270/2005 (c.d. *Porcellum*). La decisione ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 83, c. 1, n. 5, e c. 2 d.P.R. 361/1957, nonché dell'art. 17, c. 2 e 4, d.lgs. 533/1993. L'art. 4, c. 2 e l'art. 59 d.P.R. 361/1957, nonché l'art. 14, c. 1, d. lgs. 533/1993, invece, sono stati dichiarati

pochi anni dalle pronunce sopra riportate, prendeva atto della perdurante inerzia legislativa e, vincendo la ritrosia che aveva manifestato in passato ad occuparsi di questioni politiche come sono quelle implicate dalla legislazione elettorale, si spingeva per la prima volta a sindacare la costituzionalità del sistema elettorale di Camera e Senato.

Tra l'altro, così facendo, la Corte contribuiva a colmare una "zona franca" del sistema di giustizia costituzionale. Nel valutare l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate, la Corte ha ritenuto, infatti, che la tutela del diritto di voto – fondamentale e inviolabile, oltre che essenziale per la connotazione democratica dell'ordinamento – si oppone alla situazione di incertezza che continuerebbe a determinarsi nella vigenza di una normativa elettorale sospetta di incostituzionalità. Il sindacato di costituzionalità era dunque prodromico e necessario alla successiva pronuncia di accertamento del diritto di voto da parte del giudice ordinario²¹.

Nel merito, per quanto qui interessa, veniva riconosciuta l'illegittimità del premio di maggioranza, perché giudicato irragionevolmente lesivo del principio di eguaglianza del voto e distorsivo del rapporto rappresentativo. Interpellata sul punto nella sede appropriata, dunque, la Corte non soltanto ha avuto agio nell'accertare il carattere effettivamente sproporzionato e irragionevole dell'effetto distorsivo che la legge elettorale veniva a creare tra voti espressi e voti computati²², ma lo ha fatto anche introducendo elementi di novità nel proprio *iter* argomentativo e richiamando la giurisprudenza straniera sia pure soltanto per rapidi cenni.

illegittimi nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati. Numerosi sono stati i commenti della dottrina alla sentenza in esame; tra i tanti, v. quelli pubblicati al sito: www.giurcost.org.

²¹ A seguito della sent. 1/2014, la Corte di Cassazione ha proceduto all'accertamento della lesione del diritto di voto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, ha così definito la causa nel merito ai sensi dell'art. 384, c. 2, c.p.c. (Cass., sez. I, 16 aprile 2014, n. 8878).

²² Così dissipando i dubbi che una attenta dottrina si era posta. V., in proposito, GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 5, che si domandava, all'indomani della proposizione del ricorso da parte della Corte di Cassazione alla Corte costituzionale: «Ma quand'è che un effetto distorsivo può considerarsi giuridicamente "abnorme e sproporzionato"? Non vi è chi non avverta, nell'intraprendere questo sentiero, il fastidioso retrogusto dell'opinabile, del discrezionale, financo dell'arbitrario. Appare infatti assai difficile, per un giudice, determinare i confini di tale supposta irragionevolezza, in una materia tanto delicata e "politicamente sensibile" come quella elettorale», e ancora «Non sembra probabile che la Corte costituzionale possa seguire il giudice remittente in questi ragionamenti [sulla ragionevolezza della normativa censurata]» (p. 6). Il corsivo è dell'Autore.

Come è noto, la legge censurata dalla Corte costituzionale prevedeva un sistema elettorale proporzionale con premio di maggioranza, soglie di sbarramento e liste bloccate. Diversa era la disciplina delle modalità di attribuzione del premio nelle due assemblee²³. Alla Camera dei deputati, dopo una ripartizione proporzionale dei seggi in sede nazionale in base ai voti validamente conseguiti, si verificava se fosse stata raggiunta da una lista o coalizione di liste la quota di 340 seggi. In caso negativo, e dunque solo eventualmente, alla compagine vincente venivano assegnati ulteriori seggi fino a raggiungere la quota di 340, cioè la maggioranza assoluta (art. 83 d.P.R. 361/1957). Al Senato, invece, i premi erano applicati regione per regione dopo aver accertato che dalla ripartizione proporzionale per regioni nessuna lista o coalizione di liste avesse raggiunto la quota del 55% dei seggi spettanti alla regione medesima. Soltanto in questo caso scattavano i premi di maggioranza che erano 17, uno per ogni regione, ad eccezione di Valle d'Aosta (costituita in un unico collegio uninominale), Molise (in cui i due seggi in palio erano distribuiti proporzionalmente) e Trentino-Alto Adige (costituito in sei collegi uninominali) (art. 17, c. 2 e 4, d. lgs. 533/1993).

Secondo la Corte di Cassazione che aveva sollevato l'incidente di costituzionalità (ord. n. 12060/2013), l'attribuzione del premio di maggioranza senza la fissazione di una soglia minima di voti era tale, alla Camera, da compromettere la parità di condizione dei cittadini al momento del voto in violazione dell'art. 48, c. 2, Cost., in quanto la distorsione che ne risultava non costituiva «un mero inconveniente di fatto», ma «il risultato di un meccanismo irrazionale normativamente programmato per determinare tale esito». Al Senato, il meccanismo si rivelava addirittura «intrinsecamente irrazionale», perché, essendo il premio diverso per ogni regione, il risultato diventava «una sommatoria casuale di premi regionali»; conseguentemente, i premi potevano elidersi tra loro, rovesciare l'esito ottenuto su scala nazionale e favorire la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nelle due assemblee. Inoltre, l'assegnazione dei premi su base regionale determinava una diversa entità degli stessi a seconda della estensione territoriale e della distribuzione geografica dei cittadini elettori con alterazione del peso del voto «che dovrebbe essere uguale e contare allo stesso modo ai fini della traduzione in seggi», in pregiudizio degli artt. 3 e 48, c. 2, Cost. Ne derivavano, a giudizio della Suprema Corte, una «oggettiva e grave alterazione della rappresentanza democratica» che non soddisfaceva

²³ La previsione di premi di maggioranza per le elezioni politiche è piuttosto rara nel diritto comparato; se ne riscontra l'impiego – peraltro con differenze di presupposti e modalità rispetto alla normativa italiana del 2005 – soltanto negli ordinamenti di Grecia, Malta e San Marino.

l'esigenza della governabilità, né il corretto funzionamento degli equilibri istituzionali.

La Corte costituzionale ha confermato i rilievi svolti dal giudice rimettente e nel richiamare la propria consolidata giurisprudenza sui temi in esame ed i reiterati quanto mai recepiti inviti rivolti al parlamento per una riforma del sistema elettorale, ha fatto ricorso al test di proporzionalità per lo scrutinio della legittimità costituzionale del meccanismo premiale²⁴. Sebbene consapevole che simili valutazioni costituiscono in larga parte l'oggetto di scelte politiche e dovrebbero spettare al legislatore, la Corte ha infine ritenuto ineluttabile «il dovere di verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente, come nel caso di specie, i principi di proporzionalità e ragionevolezza ...» (punto 4 *Considerato in diritto*).

A fronte dell'obiettivo (legittimo) di agevolare la formazione di una maggioranza parlamentare tale da garantire la stabilità del governo del paese, il mezzo individuato dal legislatore è stato considerato irragionevole (e quindi illegittimo), perché il premio, attribuito a prescindere dal raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista o coalizione di liste vincente, poteva trasformare una maggioranza relativa di voti in una maggioranza assoluta di seggi e produrre «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica ... e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto ...» (punto 3.1 *Considerato in diritto*). In altre parole, il premio non costituiva un correttivo, bensì un elemento che rovesciava la *ratio* della formula elettorale, comprimeva la rappresentatività del parlamento, alterava in misura sproporzionata il circuito democratico delineato dalla Costituzione e incideva sulla eguaglianza del voto, provocando un *vulnus*, non soltanto agli artt. 3 e 48, c. 2, ma altresì agli artt. 1 e 67 della Carta costituzionale.

Al Senato, oltre al difetto di proporzionalità, il premio elargito su scala regionale disvelava, in maniera ancora più netta che alla Camera, l'inidoneità a raggiungere l'obiettivo della governabilità. L'attribuzione di premi regionali era infatti suscettibile di produrre esiti disomogenei tra i due rami del parlamento a fronte di una distribuzione omogenea dei voti e rischiava di compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare che l'esercizio della funzione legislativa.

²⁴ Nelle parole della Corte, «Il test di proporzionalità, utilizzato ... spesso insieme con quello di ragionevolezza ... richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi largamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (punto 3.1 *Considerato in diritto*).

Valori costituzionalmente protetti risultavano sottoposti dalla normativa censurata ad una torsione che è stata variamente qualificata – nel dipanarsi del ragionamento della Corte – come eccessiva, illimitata, irragionevole, profonda, sproporzionata e, pertanto, giudicata intollerabile e illegittima. Si tratta di aggettivazioni che la Corte già in passato aveva utilizzato per ammonire il parlamento ed invitarlo, ferma restando la sua discrezionalità, ad una disciplina del sistema elettorale conforme al dettato costituzionale.

In particolare, il premio di maggioranza senza la previsione di una soglia minima produceva una lesione grave all'esercizio del diritto di voto e al principio di eguaglianza che lo connota²⁵. Rispetto alla giurisprudenza consolidata e ripercorsa nelle pagine precedenti, la Corte ha deciso, tuttavia, di compiere un passo ulteriore e di affiancare alla protezione dell'aspetto formale una lettura sostanzialistica del principio egualitario del voto²⁶. Prendendo spunto dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, che ha tendenzialmente sempre assunto un approccio rigoroso nella valutazione della eguaglianza del suffragio²⁷, la Consulta si è avvalsa, anche nella forma linguistica, di espressioni da tempo in uso nella letteratura giuridica italiana per affermare che, in presenza di un sistema proporzionale seppure adottato in modo parziale, si viene a generare nell'elettore «la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto in “uscita”, ai fini della attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare ...» (punto 3.1 *Considerato in diritto*). L'omogeneità degli ordinamenti costituzionali e del metodo elettorale ha offerto alla Corte il destro per una fugace comparazione con il sistema tedesco; questo le ha consentito di (provare a) decodificare l'impiego, da lei stessa praticato nella pregressa giurisprudenza e largamente confermato nell'*iter* argomentativo della decisione che si apprestava ad emanare, di formule indeterminate e di ardua delimitazione sul piano concettuale, come sono quelle utilizzate nel sindacato sulla ragionevolezza delle scelte legislative. La risposta all'interrogativo dianzi profilato – posto che non può mai darsi una

²⁵ Sulla applicazione del premio di maggioranza nell'ordinamento italiano, v. CHIARAMONTE - TARLI BARBIERI (a cura di), *Il premio di maggioranza*, Roma, 2011.

²⁶ Secondo quanto auspicato da COSTANZO, *La giustizia elettorale*, cit., 5.

²⁷ Nella sentenza in esame, la Corte cita *BVerfGE*, sentt. 1 del 5 aprile 1952, 197 del 22 maggio 1979, 3/11 del 15 luglio 2012; ma v. anche sentenza del 29 settembre 1990 sulla clausola di sbarramento in occasione delle prime elezioni politiche tedesche dopo la riunificazione. A fronte dell'orientamento favorevole ad assicurare una certa corrispondenza tra voti espressi e seggi attribuiti, va tenuto presente che l'operatività di meccanismi, come la clausola di sbarramento che impedisce l'accesso in parlamento ai partiti di minori dimensioni, vale a garantire in Germania la stabilità della maggioranza parlamentare e del governo.

perfetta corrispondenza, quale può essere il grado di distorsione accettabile tra voti e seggi in un sistema elettorale proporzionale? – l’ha fornita, infine, la stessa Corte costituzionale nella sentenza in esame traendo ispirazione dalla giurisprudenza costituzionale tedesca. Le norme sottoposte allo scrutinio della Corte sono state giudicate «manifestamente irragionevoli», perché gli obiettivi della stabilità governativa e della efficienza dei processi decisionali sono perseguiti ad un prezzo troppo alto, essendo stato imposto un sacrificio eccessivamente grave ad altri interessi meritevoli di protezione costituzionale, come la funzione rappresentativa delle Camere e l’eguale diritto di voto. Il principio della eguaglianza del suffragio, in particolare, dovrà in futuro valutarsi – ed essere garantito – non più soltanto “in entrata”, ma anche “in uscita”, in modo che l’effetto concreto della attribuzione dei seggi non sia tale da tradire la scelta manifestata dagli elettori al momento del voto e introdurre una sovra-rappresentazione o sotto-rappresentazione di uno o più partiti che risulti abnorme e sproporzionata²⁸. Cosa che, a giudizio della Corte costituzionale, la l. 270/2005, per quanto concerne la disciplina del meccanismo premiale, ha invece consentito, tanto da rendere inevitabile la pronuncia di incostituzionalità.

²⁸ In proposito, di una «netta svolta giurisprudenziale» parla SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 8. Peraltro, la Consulta, in una decisione di poco precedente a quella in commento e avente ad oggetto una disposizione legislativa statale che aveva fissato il numero massimo dei consiglieri e degli assessori regionali (art. 14 d.l. 138/2011, conv. con modif. nella l. 148/2011), aveva osservato, dichiarando l’infondatezza delle questioni di legittimità sollevate da diverse regioni essenzialmente in riferimento all’art. 123 Cost., che «La disposizione censurata, fissando un rapporto tra il numero degli abitanti e quello dei consiglieri, e quindi tra elettori ed eletti (nonché tra abitanti, consiglieri e assessori), mira a garantire proprio il principio in base al quale tutti i cittadini hanno il diritto di essere egualmente rappresentati. In assenza di criteri posti dal legislatore statale, che regolino la composizione degli organi regionali, può verificarsi [...] una marcata disegualianza del rapporto elettori-eletti (e in quello elettori-assessori): i seggi (nel Consiglio e nella Giunta) sono ragguagliati in misura differente alla popolazione e, quindi, il valore del voto degli elettori (e quello di scelta degli assessori) risulta diversamente ponderato da Regione a Regione» (sent. 198/2012, punto 6.1. *Considerato in diritto*).

Sulla interpretazione del principio egualitario del voto e sul bilanciamento tra rappresentanza politica e governabilità nella sent. 1/2014, v. anche PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, ivi; SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull’equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità*, ivi; SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell’annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, ivi, spec. 5 ss.; DEMURO, *La sostenibilità del premio di maggioranza*, ivi.

A questo punto, volendo mantenere il premio di maggioranza, sarà compito del legislatore stabilire una soglia di accesso e determinarne l'entità, affinché lo scollamento tra voti e seggi, che pure inevitabilmente qualsiasi formula elettorale non vale a scongiurare, risulti ragionevolmente congruente rispetto al fine al quale è preordinato²⁹. Altrimenti detto, la garanzia di governabilità e stabilità politica deve rispettare «il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti» (punto 3.1 *Considerato in diritto*) e non trovare realizzazione a scapito della democrazia che è incarnata nella rappresentatività delle Camere³⁰ e nella eguaglianza del voto secondo l'accezione accolta dalla Corte, perché un simile risultato sarebbe incompatibile con il dettato costituzionale.

²⁹ Sul *quantum* di distorsione tollerabile del premio di maggioranza, dopo la sent. 1/2014, in dottrina v. LODATO - PAJNO - SCACCIA, *Quanto può essere distortivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1/2014*, in www.federalismi.it, 22/4/2014, mentre in senso del tutto critico su tale meccanismo, perché «convinto che esso sia in sé scorretto e che quindi non esista un modo per renderlo compatibile con l'uguaglianza del voto», si esprime PINNA, *Il premio di maggioranza inutile e incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 471 ss. e spec. 479.

³⁰ Di diverso avviso è stata la Corte di Strasburgo (Saccomanno v. Italia, 13 marzo 2012), secondo la quale i premi previsti dalla legislazione italiana «non sembrerebbero di natura tale da pregiudicare l'equilibrio tra i principi della giusta rappresentanza e della stabilità di governo» (§74) e, comunque, essi non sono stati giudicati in contrasto con la previsione dell'art. 3, Prot. 1 CEDU. A commento v. DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 29 gennaio 2014.

**POSSIBILI CONSEGUENZE DELLA SENTENZA CORTE COST.
1/2014 SULLA LEGGE ELETTORALE PER IL PARLAMENTO
EUROPEO E SUL DISEGNO DI LEGGE N. 1385**

Nicola Vizioli

Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Siena

Il saggio dapprima inquadra in estrema sintesi il sistema elettorale vigente in Italia a seguito dell'approvazione della l. n. 270/2005 che ha modificato la normativa previgente per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica. Di seguito analizza la sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014 con cui è stata dichiarata l'illegittimità della legge per quel che concerne l'attribuzione del premio di maggioranza sia alla Camera che al Senato e la presenza di liste bloccate dei candidati. Da ultimo compie, alla luce della suddetta giurisprudenza, una prognosi circa la legittimità costituzionale della legge per l'elezione dei membri italiani al Parlamento europeo e del disegno di legge n. 1385 già approvato dalla Camera che introduce un nuovo sistema elettorale per la Camera stessa.

Firstly the paper briefly presents the Italian electoral system introduced by Law no. 270/2005, which modified the previous legislation regarding the Chamber of Deputies and the Senate of the Republic. Secondly, it analyzes judgment no. 1/2014 of the Italian Constitutional Court which declared the unconstitutionality of certain provisions of the electoral system, in particularly the mechanism of the majority bonus in the House of Deputies and in the Senate of the Republic, and the system of closed lists for the selection of members of Parliament. Finally, the paper attempts some predictions regarding the constitutional legitimacy of the law on the electoral system of the Italian representatives to the European Parliament and of the bill no. 1385, already approved by the Chamber of Deputies, which introduces a new electoral system for the Chamber itself.

Sommario:

1. Introduzione
2. I profili processuali della sent. n. 1/2014
3. I profili di merito
 - 3.1. Illegittimità del premio di maggioranza
 - 3.2. Illegittimità delle liste bloccate
4. La legge per l'elezione dei membri italiani al Parlamento europeo
5. Il disegno di legge di riforma della legge elettorale della Camera dei deputati

1. Introduzione

Una sentenza storica è, secondo molti commentatori, quella della Corte costituzionale n. 1/2014 sulle leggi elettorali della Camera e del Senato. Tale opinione dipende sia dall'impatto della sentenza sulle istituzioni politiche, che da profili di carattere processuale e sostanziale. Prima però di affrontarli è opportuno riepilogare brevemente gli aspetti principali del sistema su cui la Corte si è pronunciata.

Nell'autunno del 2005, a pochi mesi dalle elezioni per il rinnovo del Parlamento, la maggioranza di centro-destra ha approvato la legge 21 dicembre 2005, n. 270 recante «Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica». Formalmente si trattava, appunto, di una legge che modificava il d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 riguardante l'elezione della Camera dei deputati e il decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 sull'elezione del Senato della Repubblica; di fatto si trattava di una legge che prevedeva un nuovo sistema elettorale.

La l. n. 270/2005 prevedeva un sistema proporzionale con due distinti meccanismi di correzione (un premio di maggioranza e una serie di soglie di sbarramento) che si articolavano diversamente per i due rami del Parlamento. La singola lista poteva scegliere se coalizzarsi o meno con altre liste e tale scelta svolgeva un ruolo molto rilevante perché influiva su entrambi i meccanismi correttivi.

Per l'elezione della Camera dei deputati, il territorio nazionale era diviso in 26 circoscrizioni che eleggevano 618 deputati mentre i restanti 12 deputati erano eletti in una circoscrizione estero dai cittadini residenti fuori dal territorio nazionale (art. 56, c. 2 Cost.). Le 26 circoscrizioni nazionali coincidevano con il territorio delle singole Regioni, ad eccezione di quelle più popolate divise in due o tre circoscrizioni subregionali.

Mentre nella Regione Valle d'Aosta, che per il ridotto numero di abitanti eleggeva un solo deputato, era previsto un sistema maggioritario uninominale, la ripartizione dei restanti 617 seggi tra le liste avveniva tenendo conto della totalità dei voti raccolti nelle restanti 25 circoscrizioni.

Non erano ammesse alla ripartizione dei seggi: a) le liste non coalizzate che non avessero superato il 4% dei voti validi; b) le coalizioni di liste che non avessero superato il 10% e quelle che, pur avendo superato tale soglia, non contemplassero al proprio interno almeno una lista che avesse ottenuto più del 2% dei voti e c) le liste coalizzate che non avessero superato il 2% ad eccezione di quella più votata all'interno di ogni singola coalizione. Partecipavano comunque alla ripartizione dei seggi le liste coalizzate che avessero superato il 4% dei voti validi anche nell'ipotesi in cui la coalizione

non avesse superato il 10%. Alcune disposizioni speciali erano poi volte a favorire la rappresentanza delle minoranze linguistiche riconosciute dagli statuti speciali.

Alla lista o alla coalizione di liste che avesse ottenuto il maggior numero di voti nella totalità delle 25 circoscrizioni e che non avesse ottenuto almeno 340 seggi veniva attribuito un premio di maggioranza tale da raggiungere il suddetto numero di seggi¹. I restanti 277 seggi venivano divisi proporzionalmente tra le altre liste che, avendo superato le soglie viste sopra, erano state ammesse alla ripartizione dei seggi.

Per il Senato il meccanismo previsto era molto simile. Oltre alla circoscrizione estero – in cui erano eletti sei senatori (art. 57, c. 2 Cost.) – erano previste 20 circoscrizioni coincidenti con le singole Regioni. In Valle d'Aosta veniva eletto un solo senatore con sistema maggioritario. Nel Trentino-Alto Adige venivano eletti 7 senatori; 6 in collegi uninominali con sistema maggioritario mentre il settimo era determinato in base ai voti riportati nei collegi uninominali da cui venivano sottratti quelli necessari all'elezione dei candidati eletti con il metodo uninominale. Nelle altre 18 regioni invece il sistema era di tipo proporzionale. Le principali differenze con la Camera dei deputati riguardavano le soglie di sbarramento e il premio di maggioranza che erano determinati su base regionale². Per quel che riguardava le soglie, venivano escluse dalla ripartizione dei seggi: a) le liste non coalizzate che non avessero superato il 8% dei voti validi; b) le coalizioni di liste che non avessero superato il 20% e quelle che, pur avendo superato tale soglia, non contemplassero al proprio interno almeno una lista che avesse ottenuto più del 3% dei voti e c) le liste coalizzate che non avessero ottenuto il 3%. Per il premio la legge prevedeva che, se nella circoscrizione regionale nessuna lista o coalizione di liste avesse ottenuto almeno il 55% dei seggi, alla lista o coalizione più votata era assegnato il 55% dei seggi. Essendo estremamente improbabile che ad usufruire del premio fosse la stessa lista o coalizione in tutte le 17 Regioni interessate³, ne conseguiva che la maggioranza di governo in Senato fosse più esigua di quella alla Camera e poteva finanche verificarsi il paradosso per cui, a fronte di una identica distribuzione territoriale dei voti,

¹ Nel caso in cui il premio fosse assegnato ad una coalizione (come è sempre successo finora) i 340 seggi erano ripartiti tra le liste appartenenti alla coalizione che avevano superato la soglia prevista per accedere alla rappresentanza.

² Il premio non veniva attribuito in Molise, Regione in cui erano eletti solo due senatori.

³ Nelle elezioni del 2006 la coalizione di centro-sinistra che aveva ottenuto il premio alla Camera dei deputati ottenne il 55% degli eletti al Senato solo in 10 regioni su 17. Nel 2008 la coalizione vincente alla Camera ottenne la maggioranza in 12 regioni su 17. Nel 2013 furono invece 10 su 17.

potevano esservi due diverse maggioranze nei due rami del Parlamento con conseguenza facilmente immaginabili stante la necessità per il Governo di avere la fiducia di entrambe le camere (art. 94, c. 1 Cost.). Del pari, come è effettivamente avvenuto nel 2013, la legge non garantiva ad alcuna lista o coalizione la maggioranza in Senato.

Un altro aspetto della riforma del 2005 che è stata oggetto di critiche e di una crescente insofferenza da parte degli elettori è stata l'assenza del voto di preferenza. Gli eletti di entrambe le camere erano infatti determinati in base all'ordine di lista. Se a questo si aggiunge l'assenza di qualunque limite alle candidature multiple, ne consegue che i partiti avevano il controllo pressoché completo sulla scelta degli eletti. Non è questa la sede per considerazioni politologiche, ma questo sistema ha indubbiamente determinato, tra le altre cose, un allentamento del legame tra eletti ed elettori.

2. I profili processuali della sent. n. 1/2014

Venendo alla sent. n. 1/2014, il primo profilo degno di nota è di carattere processuale, e consiste nel superamento di quella che è stata a lungo considerata una “zona d'ombra” della giustizia costituzionale⁴ visto che, sulla base dell'interpretazione dell'art. 66 Cost. adottata dalle camere, queste si sono riservate la verifica dell'intero procedimento elettorale. Non a caso

⁴ Cfr. Nello specifico del giudizio di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato, v. BRANCATI, *Le questioni della Cassazione sulla legge elettorale: una vicenda “imbarazzante” per la Corte costituzionale? (nota a Cass., I sez. civ., n. 12060/2013 del 17 maggio 2013)*, in *Consulta online*; ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836 ss; REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2013 e gli scritti di LANCHESTER, ANZON DEMMIG, G. AZZARITI, BORRELLO, CARNEVALE, CERRI, GIGLIOTTI, MASSARI, SICLARI e STAIANO pubblicati sul n. 1/2013 di *Nomos*. Per un commento della sentenza n. 1/2014 riguardante il profilo dell'ammissibilità v. DAL CANTO, *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, sul blog *Confronti costituzionali*; ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014; M. BENVENUTI, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2013; v. inoltre le risposte ai primi due quesiti posti nel *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. Cost.*, 2014, 629 ss. a cui hanno partecipato G. AZZARITI, BARTOLE, BIN, BRUNELLI, CAPOTOSTI, CARLASSARE, CERRI, DOGLIANI, GIUPPONI, LANCHESTER, ONIDA, RIMOLI, ROMBOLI, SALERNO, SORRENTINO, STAIANO.

sull'ammissibilità della questione – sorta nel corso di un anomalo giudizio promosso da alcuni cittadini che hanno chiesto al giudice ordinario l'accertamento del loro diritto di voto previsto dall'art. 48 Cost. – la dottrina aveva espresso forti dubbi. La Corte costituzionale invece, nel valutare la rilevanza, dapprima si è limitata a prendere atto delle motivazioni del giudice rimettente e della loro plausibilità, sottolineando come il *petitum* del giudizio *a quo* (che, come detto, consisteva nell'accertamento del diritto di voto) non risulti totalmente assorbito dalla pronuncia del giudice costituzionale e come tale condizione si realizzi in quanto «residuerrebbe [in capo al giudice rimettente] la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto». La Corte però è andata oltre e ha aggiunto altre considerazioni che sembrano costituire «una *ratio decidendi* del tutto nuova che si pone al di fuori della sfera della connessione tra il processo *a quo* e quello di costituzionalità, (...) per fornire invece un fondamento del tutto diverso ed autonomo ad una modalità sostanzialmente inedita di accesso al sindacato della Corte»⁵. In primo luogo, ha sottolineato che oggetto del giudizio è «un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione (...) che ha come connotato essenziale il collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme»; in secondo luogo, ha ritenuto che il diritto di voto sia di quelli per cui «già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante»; in terzo luogo, ha espresso «l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità» che rende imprescindibile affermare il sindacato di legittimità costituzionale in quei casi in cui difficilmente la questione potrebbe giungere alla Corte attraverso altre vie; e poi, a rafforzare quanto appena detto, ha affermato «l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi (...) che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo». Dalla lettura della sentenza emerge chiaramente come non sia necessario che tali elementi coesistano, ma che, anzi, ognuno di essi sia sufficiente a garantire l'ammissibilità della questione. Ne consegue, da un lato, una notevole incertezza nel tracciare i confini dell'ammissibilità, ma, da un altro lato, a meno che la Corte non voglia ritornare sui suoi passi, sembra difficile ipotizzare l'inammissibilità di un'ordinanza di rimessione analoga a quella che ha dato luogo alla pronuncia in commento⁶. Si avrà comunque presto modo di verificare se la sent. n.

⁵ Così ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, cit., 3

⁶ Sul punto, v. PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2014, 7 s. che, da un lato, evidenzia come già in altri casi la Corte

1/2014 costituisca o meno una parentesi nella giurisprudenza della Corte. Ad oggi infatti, sono state sollevate ben tre questioni di legittimità che nascono da altrettante richieste di accertamento del diritto di voto alle elezioni dei membri italiani del Parlamento europeo⁷.

3. I profili di merito

Venendo alle questioni di merito, l'analisi avverrà in due fasi: una prima in cui cercheremo di cogliere le ragioni giuridiche alla base della pronuncia di illegittimità della Corte; una seconda in cui, alla luce di quanto visto nella prima, ipotizzeremo un giudizio prognostico su una delle questioni di legittimità riguardanti la legge elettorale per il Parlamento europeo (a cui si è appena accennato) e sul disegno di legge n. 1385 di modifica della legge elettorale della Camera dei deputati, già approvata dalla Camera stessa e ora all'esame del Senato.

Nell'affrontare il primo passaggio, è opportuno premettere che le motivazioni della sent. n. 1/2014 non sono del tutto lineari e di semplice lettura. Le ragioni sono varie. Da un lato ce n'è una di carattere generale riguardante l'assenza dell'opinione dissenziente. Non è questa la sede per analizzare i pro e i contro di tale assenza⁸; è però evidente che tra le conseguenze vi è «la logica che muove le decisioni della Corte (...) orizzontale, compositiva e includente ogni possibile ragione costituzionale»⁹; una logica che, verrebbe da aggiungere, a volte è fin troppo includente a discapito della chiarezza e della linearità. Una seconda ragione va ricercata

avesse dato un'interpretazione elastica delle regole processuali volta proprio ad evitare le zone d'ombra e, dall'altro, ritiene che la Corte farà un «uso parsimonioso» dei criteri di ammissibilità adoperati nella sent. n. 1/2014.

⁷ Una è sollevata dall'ordinanza n. 1025/2014 della terza sezione civile del Tribunale di Venezia iscritta al n. 136 del registro ordinanze 2014 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 37 del 3 settembre 2014 (su cui v. ARMANNO, *La soglia di sbarramento per l'elezione del Parlamento europeo è incostituzionale? Brevi considerazioni a proposito di una recente ordinanza di rinvio*, in *Quad. cost.*, 2014, 402 ss. e MILANI, *La legge elettorale per il Parlamento europeo di fronte alla Corte costituzionale. Nota a Tribunale di Venezia, ord. 5 maggio 2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014). Le altre due questioni sono state sollevate dai Tribunali di Cagliari (iscritta al n. 173 del registro ordinanze 2014 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 ottobre 2014) e di Trieste e riguardano entrambe le norme speciali valide solo per alcune minoranze linguistiche: quella francese in Valle d'Aosta, quella tedesca in Trentino-Alto Adige e quella slovena in Friuli-Venezia Giulia.

⁸ Sul tema si rimanda, tra gli altri, allo studio monografico di PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli Torino, 1998.

⁹ Così G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 76

nella consapevolezza del Giudice delle leggi di muoversi su un terreno – quello elettorale – che, incidendo direttamente sulla sfera politica, risulta estremamente delicato.

Fatta questa necessaria premessa, di seguito analizziamo brevemente i tre profili di illegittimità affrontati dal giudice delle leggi: il premio di maggioranza nelle elezioni della Camera e del Senato (punti 3 e 4 del considerato in diritto) e le liste bloccate (punto 5).

3.1. Illegittimità del premio di maggioranza

Prima che la Corte rendesse noto l'esito del giudizio con un comunicato stampa del 4 dicembre 2013, i dubbi della dottrina riguardavano soprattutto l'ammissibilità della questione¹⁰. La Corte infatti, aveva in precedenza rivolto ripetuti moniti¹¹ al legislatore proprio in merito all'attribuzione del premio di maggioranza in mancanza «di una soglia minima di voti e/o di seggi». Per quanto tale rilievo non fosse stato qualificato esplicitamente come una ragione di illegittimità – coerentemente con il fatto che si trattava di pronunce sull'ammissibilità referendaria – è evidente che la Corte ritenesse tale aspetto in contrasto con la Carta in quanto, per usare le parole della sent. n. 1/2014, potenzialmente «foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa»¹². Non a caso, la Corte nel richiamare tali moniti, afferma che «gli stessi rilievi, nella perdurante inerzia del legislatore ordinario, non possono che essere ribaditi»¹³.

¹⁰ In senso opposto E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3, 2013, 669 ss. secondo cui, ai seri dubbi di ammissibilità si aggiungevano seri dubbi sulla fondatezza nel merito che, se condivisi dal giudice delle leggi avrebbero potuto rafforzare i dubbi di ammissibilità portando ad un rigetto proprio sotto il profilo dell'ammissibilità.

¹¹ Sentt. nn. 15 e 16/2008 e 13/2012 (in cui la Corte richiama i moniti contenuti nelle sentt. nn. 15 e 16/2008). Per una ricostruzione complessiva che ricorda anche la relazione del 12 aprile 2013 dell'allora Presidente della Corte sulla giurisprudenza del 2012, v. E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti e dall'epilogo incerto*, in *federalismi.it*, n. 12, 2013.

¹² A tal proposito risultano indicativi i dati delle tre elezioni in cui la legge è stata applicata. Il premio 340 deputati su 617 (55,11% dei seggi) è stato assegnato a coalizioni che hanno ottenuto il 49,81% (2006), il 46,81% (2008) e il 29,55% (2013) dei voti.

¹³ A dire il vero, a leggere la sent. n. 1/2014 sembra che i moniti della Corte fossero stati estremamente dettagliati e avessero sottolineato come l'attribuzione del premio ad una lista o a una coalizione di liste che avesse riportato un numero esiguo di voti potesse comportare una distorsione della rappresentanza tale da «comprometterne la compatibilità con il principio di

La Corte – dopo aver ricordato che i padri costituenti, pur avendo manifestato la loro preferenza per un sistema elettorale proporzionale, avevano deciso di non costituzionalizzare tale opzione lasciando libero il legislatore di scegliere la formula e il sistema elettorale – ribadisce che la legislazione elettorale «non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità quando risulti manifestamente irragionevole». Nel caso di specie le disposizioni che prevedono il premio di maggioranza «non superano lo scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza»¹⁴. La Corte individua nello «scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale» un «obiettivo costituzionalmente legittimo» il cui raggiungimento deve però comportare il minor sacrificio per i diritti e, ogni caso, tale sacrificio non deve essere sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito.

Sia che lo si ritenga «obiettivo costituzionalmente legittimo», sia che lo si intenda come un «obiettivo di rilievo costituzionale» (locuzione anch'essa usata dalla Corte) certo non si può affermare che il raggiungimento del c.d. governo di legislatura raggiunto attraverso meccanismi di democrazia immediata sia un obiettivo imposto dalla Costituzione¹⁵. È un obiettivo sì legittimo, ma certo non imposto dalla Carta. Una forma di governo parlamentare quale quella prevista in Costituzione necessita soltanto che l'Esecutivo abbia la fiducia del Parlamento; fiducia che può essere raggiunta anche nell'ambito della c.d. democrazia mediata. Non si può quindi non convenire con la dottrina che ha ritenuto che «tra i legittimi (ma non necessari)

eguaglianza del voto». In realtà i moniti erano estremamente scarni ed anzi la Corte, nelle sentt. nn. 15 e 16 del 2008, aveva ribadito la sua precedente giurisprudenza secondo la quale «il principio di eguaglianza del voto non si estende al risultato delle elezioni, giacché esso opera esclusivamente nella fase in cui viene espresso». Per una ricostruzione sul principio di eguaglianza del voto nella giurisprudenza costituzionale v. PIERGIGLI, *Premio di maggioranza ed eguaglianza del voto. Osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 1/2014*, in questa *Rivista*.

¹⁴ Secondo CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta nella Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola (tenutasi nel Palazzo della Consulta il 24-26 ottobre 2013) «la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro». Sul punto v. anche BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, in questa *Rivista*.

¹⁵ Peraltro, l'esperienza concreta del nostro Paese dimostra che il tentativo di semplificare (artificiosamente) attraverso la legge elettorale il quadro politico si è rivelato inidoneo al raggiungimento dell'obiettivo. La pluralità ricondotta ad unità nell'ambito di una coalizione (o finanche di una lista) è poi fatalmente riemersa durante la legislatura.

obiettivi di rilievo costituzionale e il rispetto dei fondamentali valori costituzionalmente protetti (e di specifiche disposizioni costituzionali) il bilanciamento deve operare in termini “diseguali”, privilegiando i secondi sui primi, rafforzando le ragioni della rappresentanza democratica sulle ragioni delle stabilità dei governi»¹⁶.

Non è del tutto chiaro in che misura l’argomentazione in base alla quale la Corte ritiene non superato il test di proporzionalità e ragionevolezza sia dipendente dal sistema elettorale che la legge autoqualifica come proporzionale (art. 1, c. 2, d.P.R. n. 361/1957). La Corte infatti dapprima, nel parlare della «eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica (...) e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto», sembra ricondurre la composizione del Parlamento al «sistema di democrazia rappresentativa» e alla «forma di governo prefigurati dalla Costituzione». Non solo: la Corte ritiene che la «rappresentatività dell’assemblea parlamentare» non può essere illimitatamente compressa in virtù delle «funzioni fondamentali» ad essa affidate che non sono soltanto «quelle di indirizzo e controllo del governo» ma anche quelle «delicate (...) connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138)».

Successivamente però, parlando del «principio fondamentale di uguaglianza del voto», la Consulta afferma che esso «assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto». In altre parole sembrerebbe che nello stabilire la divaricazione tra la rappresentatività del Parlamento e la volontà dei cittadini, il primo elemento dipende dalle scelte del costituente a favore della democrazia rappresentativa, della forma di governo parlamentare e, non ultimo, dalle «delicate funzioni» di revisione costituzionale affidate al Parlamento. La rappresentatività può quindi essere più o meno accentuata, ma non può essere compressa oltre un certo limite che prescinde dal sistema elettorale prescelto. Il mancato superamento di questo limite non assicura però automaticamente la legittimità della normativa perché occorre altresì valutare se essa si discosti in modo eccessivo (e quindi illegittimo) dal voto in base al sistema elettorale prescelto che incide sull’aspettativa dei cittadini. Detto altrimenti, la legittimità della legge elettorale dipende dalla rappresentatività dell’organo che deve essere maggiore se si opta per un sistema proporzionale rispetto a quanto accade per un sistema maggioritario, ma non può comunque essere inferiore ad un certo minimo. Nel caso di specie la legge elettorale, a causa dei correttivi previsti (premio di maggioranza e soglie di sbarramento, che la Corte precisa non

¹⁶ Così G. AZZARITI, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in www.costituzionalismo.it, 20-1-2014.

essere oggetto della sua pronuncia) non garantisce quella rappresentatività minima che deve avere una legge elettorale proporzionale.

La Corte dichiara quindi illegittimo il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza per la Camera dei deputati a causa dell'assenza di «una ragionevole soglia di voti minima» al di sotto della quale non venga attribuito il premio, perché per contrasto con gli artt. 1, c. 2, 3, 48, c. 2 e 67 Cost.

Per quel che riguarda il premio previsto per il Senato, la Corte richiama quanto già detto a proposito del premio per la Camera ritenendo che la disciplina sia «manifestamente irragionevole» poiché «comprime la rappresentatività dell'assemblea parlamentare, attraverso la quale si esprime la sovranità popolare, in misura sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito (garantire la stabilità di governo e l'efficienza decisionale del sistema), incidendo anche sull'eguaglianza del voto, in violazione degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.». L'attribuzione del premio su base regionale però fornisce anche un'ulteriore ragione di illegittimità; infatti «il test di proporzionalità evidenzia, oltre al difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche l'inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in modo più netto rispetto alla disciplina prevista per l'elezione della Camera dei deputati». Si potrebbe ben dire che il bilanciamento tra obiettivi costituzionalmente legittimi e valori costituzionali non ha ragion d'essere visto che i secondi vengono sacrificati senza che sia assicurato il raggiungimento dei primi.

3.2. Illegittimità delle liste bloccate

Infine la Corte si pronuncia sulla legittimità delle liste bloccate nell'elezione di Camera e Senato. Questo punto della sentenza è quello di più incerta interpretazione¹⁷, ma ci pare fornisca, più ancora dei precedenti, un'importante chiave di lettura di carattere generale in materia elettorale.

Secondo la Corte le disposizioni sulle liste bloccate che «impongono al cittadino, scegliendo una lista, di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a diventare deputati o senatori, rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni

¹⁷ Ne è in un qualche modo dimostrazione la varietà delle posizioni dottrinali circa la legittimità delle liste bloccate corte.

territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)». Da questo passaggio alcuni commentatori hanno dedotto la legittimità costituzionale delle liste bloccate purché esse siano di dimensioni ridotte. Tale passaggio, nel porre l'accento sulla lunghezza delle liste e la conoscibilità dei candidati sembrerebbe infatti limitare l'illegittimità delle liste bloccate a quelle di considerevole lunghezza se non fosse collocato in un contesto di argomentazioni giuridiche, di richiami, di affermazioni che invece ci sembra riguardino indistintamente qualunque lista bloccata. In ragione di questo, ci pare che il passaggio riportato sopra muova soprattutto dalla preoccupazione di minimizzare gli effetti della pronuncia¹⁸ su una materia così delicata. E questo forse spiega anche la svista abbastanza evidente in cui incorre la Consulta trattando le leggi elettorali per la Camera e il Senato come se tutti i deputati e i senatori fossero eletti con il sistema delle liste bloccate mentre, come detto sopra, questo non accade sia pure per un esiguo numero di deputati e senatori.

Ma veniamo alle numerose affermazioni che sembrano smentire la lettura minimale della pronuncia della Corte.

Poco prima del passaggio riportato sopra la Corte aveva affermato che «le disposizioni censurate, nello stabilire che il voto espresso dall'elettore [...] è un voto per la scelta della lista, *escludono ogni facoltà dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti*, la quale dipende, oltre che, ovviamente, dal numero dei seggi ottenuti dalla lista di appartenenza, dall'ordine di presentazione dei candidati nella stessa, ordine di presentazione che è sostanzialmente deciso dai partiti» (enfasi nostra). Non solo: la Corte ha altresì affermato che le norme censurate, impedendo che «il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti (...) si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost. (sentenza n. 16 del 1978)». Il richiamo alla decisione n. 16/1978 ci pare decisamente rilevante per cogliere il significato della dichiarazione di incostituzionalità delle liste bloccate. In quella occasione la Corte aveva ritenuto inammissibili le richieste referendarie eterogenee proprio perché coartano la volontà dell'elettore. In

¹⁸ Si pensi ad esempio alla l. Toscana n. 25/2004 («Norme per l'elezione del consiglio regionale e del presidente del consiglio della giunta regionale») ancora vigente al momento della decisione che prevedeva liste bloccate di piccole dimensioni.

quella sede la Corte aveva analizzato i possibili comportamenti di un ipotetico elettore che si fosse trovato di fronte ad un quesito contenente due distinte questioni non riconducibili ad unità e sulle quali avesse avuto una posizione diversa: favorevole all'abrogazione per una, contraria per l'altra. Sia che l'elettore avesse votato a favore dell'abrogazione, sia che avesse votato contro, sia che si fosse astenuto, il suo comportamento non avrebbe espresso del tutto la sua reale volontà; in altre parole il voto non sarebbe stato libero con conseguente violazione dell'art. 48, c. 2 Cost. A ben vedere la posizione di un elettore di fronte ad una lista bloccata non è dissimile. Un ipotetico elettore che volesse l'elezione del secondo in lista ma non quella del primo vedrebbe coartato il proprio voto, sia se votasse per quella lista con l'intento di contribuire all'elezione del secondo candidato, sia se non lo facesse per evitare di contribuire ad eleggere il capolista.

La Corte però non si limita a questo ed aggiunge ulteriori considerazioni riguardanti il ruolo dei partiti e del corpo elettorale che ci paiono costituire il vero fulcro della pronuncia e un elemento imprescindibile di riflessione per il legislatore che si accinge ad approvare una qualunque legge elettorale.

La Consulta, richiamando l'ord. n. 79/2006 sul ruolo costituzionale dei partiti politici, afferma che le funzioni attribuite dalla legge ordinaria ai partiti devono «essere preordinate ad agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini ed alla realizzazione di linee programmatiche che le formazioni politiche sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati». Nel procedimento elettorale quindi il ruolo dei partiti è strumentale all'espressione, avente i caratteri di cui all'art. 48, c. 2 Cost., della sovranità popolare. Se il ruolo dei partiti si espande troppo si può verificare una illegittima compressione del ruolo che la Costituzione attribuisce ai cittadini. Non è quindi incostituzionale l'attribuzione ai partiti del compito di stabilire l'ordine delle candidature all'interno della lista a condizione che il cittadino sia «pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza»¹⁹. Anche da questo passaggio si potrebbe dedurre, *a contrario*, che stabilire l'ordine delle candidature diventa costituzionalmente illegittimo per il solo fatto che al cittadino è fatto divieto di scegliere il proprio candidato, a prescindere dalla lunghezza delle liste o dal fatto che tale modalità di elezione riguardi solo una parte degli eletti. Che la corretta delimitazione dei compiti dei partiti nella competizione elettorale sia un aspetto qualificante lo si

¹⁹ La citazione, tratta dalla sent. n. 203/1975, è riportata testualmente nella sent. n. 1/2014.

comprende anche dal riferimento che la Corte fa ad un altro aspetto delle leggi elettorali della Camera e del Senato, vale a dire alla possibilità di candidature multiple che contribuiscono a questo illegittimo sbilanciamento a favore dei partiti e a scapito dei cittadini.

Da quanto detto pare che l'argomentare della Corte si possa di fatto leggere come un implicito invito al legislatore affinché restituisca al Parlamento, attraverso un riequilibrio del ruolo svolto dei partiti e del corpo elettorale, quella legittimazione che nel corso degli anni sembra aver sempre più perduto e che non può certo essergli restituita dai soli partiti, nei confronti dei quali il tasso di fiducia dei cittadini è quasi del tutto assente.

4. La legge per l'elezione dei membri italiani al Parlamento europeo

Il recente svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo e la sent. n. 1/2014 hanno determinato una rinnovata attenzione nei confronti della legge n. 18/1979 che disciplina l'elezione dei membri italiani. Da un lato, infatti, i rappresentanti di alcune liste hanno evidenziato una presunta illegittimità riguardante la presentazione delle liste e l'attribuzione dei seggi; dall'altro, alcuni gruppi di elettori, ricalcando la strategia che ha portato alla sentenza n. 1/2014, hanno presentato presso vari Tribunali (Cagliari, Milano, Napoli, Roma, Trieste, Venezia) richieste di accertamento del loro diritto di voto per l'elezione dei membri del Parlamento europeo. Facciamo di seguito un breve elenco dei profili di dubbia legittimità per poi soffermarci sull'unico su cui ci sembra possa incidere la pronuncia n. 1/2014.

Due prime questioni riguardano la presentazione delle liste disciplinata dall'art. 12 della legge n. 18/1979. Tali disposizioni richiedono che per la presentazione delle liste in ognuna delle cinque circoscrizioni in cui è diviso il territorio nazionale sia necessaria, a pena di nullità, la sottoscrizione di un numero di elettori non inferiore a 30.000 e non superiore a 35.000 (c. 2) e di questi almeno un decimo della soglia minima – quindi 3.000 – devono essere iscritti nelle liste elettorali di ciascuna Regione facente parte della circoscrizione (c. 3). Il c. 4 riporta poi una serie di ipotesi in cui le disposizioni appena viste non trovano applicazione²⁰. Una prima questione inerente la

²⁰ L'art. 12, c. 4 recita «nessuna sottoscrizione è richiesta per i partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare nella legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi anche in una sola delle Camere o che nell'ultima elezione abbiano presentato candidature con proprio contrassegno e abbiano ottenuto almeno un seggio in una delle due Camere. Nessuna sottoscrizione è richiesta altresì per i partiti o gruppi politici che nell'ultima elezione della Camera dei deputati abbiano presentato liste per l'attribuzione dei seggi in ragione

presentazione, e di cui non ci risulta sia stata investita l'autorità giudiziaria, riguarda l'art. 12, c. 2 e 3. Queste disposizioni paiono in effetti *icto oculi* viziate in quanto il c. 2 non tiene conto del diverso numero di abitanti delle cinque circoscrizioni²¹ e il c. 3 non tiene conto del diverso numero di abitanti delle varie Regioni²². In ragione della diversa difficoltà che si incontra nella presentazione delle liste tra una circoscrizione e l'altra – per il diverso numero di abitanti sia delle circoscrizioni che delle regioni che ne fanno parte – ne risulterebbe quindi violato non solo l'art. 3 Cost., ma anche l'art. 48 Cost.²³ La seconda questione su cui è stata appuntata l'attenzione riguarda il diverso trattamento previsto per alcune liste dal c. 4. Su questa questione si sono già pronunciati il Tribunale di Cagliari e quello di Trieste nell'ambito di giudizi volti all'accertamento del voto ritenendola carente del requisito della non manifesta infondatezza in quanto in queste ipotesi può ritenersi insussistente la ragione per cui sono previste le norme sulla sottoscrizione, ossia impedire la presentazione di liste che non abbiano un minimo consenso tra gli elettori.

Altre due questioni su cui i giudici di merito hanno ritenuto insussistente il requisito della non manifesta infondatezza riguardano la parità di genere e il cd. slittamento dei seggi, vale a dire una ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni diversa da quella risultante in base alla popolazione residente (art. 21, c. 1, n. 3). Secondo i Tribunali di Trieste e Venezia la prima questione è stata superata dalla l. n. 65/2014 («modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, recante norme per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti

proporzionale con le quali si sia collegato, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, pur sotto un diverso contrassegno, un candidato risultato eletto in un collegio uninominale. Nessuna sottoscrizione è richiesta altresì per i partiti o gruppi politici che nell'ultima elezione abbiano presentato candidature con proprio contrassegno ed abbiano ottenuto almeno un seggio al Parlamento europeo. Nessuna sottoscrizione è richiesta, altresì, nel caso in cui la lista sia contraddistinta da un contrassegno composito, nel quale sia contenuto quello di un partito o gruppo politico esente da tale onere».

²¹ Secondo i dati del Ministero degli interni, nelle recenti elezioni europee la circoscrizione con il maggior numero di elettori è la prima (Italia nord-occidentale) con 12.689.459 elettori residenti in Italia a cui si aggiungono 162.413 residenti in altri paesi dell'Unione. La circoscrizione con il minor numero di elettori è la quinta (Italia insulare) con 5.715.079 elettori residenti in Italia e 397.779 residenti in altri Paesi dell'Unione. Anche tenendo conto degli elettori residenti all'estero – che per ovvi motivi difficilmente possono sottoscrivere le liste – il numero degli elettori della prima circoscrizione è più che doppio di quelli della quinta.

²² La Regione con il maggior numero di elettori è la Lombardia (7.676.180 quelli residenti in Italia) che ne conta oltre 74 volte di più della Valle d'Aosta (102.900).

²³ Il problema è stato evidenziato dai presentatori della lista “L'altra Europa con Tsipras” e da altre forze che non hanno beneficiato dell'esenzione dalla raccolta delle firme per la presentazione delle liste.

all'Italia, in materia di garanzie per la rappresentanza di genere, e relative disposizioni transitorie inerenti alle elezioni da svolgere nell'anno 2014»). Sulla seconda questione i Tribunali di Cagliari e Trieste, richiamando due pronunce del Consiglio di Stato (la n. 2886/2011 resa in sede giurisdizionale e la n. 4748/2013 resa in sede consultiva), hanno ritenuto che essa sia stata superata in seguito all'entrata in vigore della l. n. 61 del 1984. A prescindere dalla presenza o meno del requisito della non manifesta infondatezza, la motivazione dei due giudici di merito risulta fin troppo sbrigativa e per alcuni versi opinabile²⁴.

Saranno invece sottoposte al giudizio della Corte due altre questioni entrambe legate in qualche modo alla soglia di sbarramento del 4% prevista dalla l. 18/1979 a seguito delle modifiche ad essa apportate dalla l. n. 10/2009. I Tribunali di Cagliari e Trento hanno infatti chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 12, c. 9; 21, c. 1, nn. 1 e 3 e 22, c. 2 e 3 della legge 18/1979 che hanno previsto, in deroga alla soglia di sbarramento del 4% dei voti validi ottenuti a livello nazionale necessari per accedere all'assegnazione dei seggi, che le liste espressione di alcune minoranze linguistiche (quella francese della Valle d'Aosta, quella tedesca della provincia di Bolzano e quella slovena del Friuli-Venezia Giulia) possano, in sede di presentazione delle candidature, collegarsi con un'altra lista della stessa circoscrizione presentata da partito o gruppo politico presente in tutte le circoscrizioni con lo stesso contrassegno. I voti di queste distinte liste sono conteggiate, ai fini della distribuzione dei seggi tra le liste e della individuazione degli eletti, come se si trattasse di una sola lista. Inoltre, qualora nessuno dei candidati della lista della singola minoranza linguistica risultasse eletto, l'ultimo posto tra gli eletti spetta comunque al candidato della minoranza linguistica che abbia ottenuto la maggiore cifra individuale purché non inferiore a 50.000. Secondo i giudici rimettenti le disposizioni sopra citate sarebbero in contrasto con gli artt. 2, 3, 48, c. 2 e 51, c. 1 Cost. perché discriminano le altre minoranze linguistiche

²⁴ Sul complesso tema dello slittamento dei seggi alle elezioni europee v. BETZU - CIARLO, *La sottrazione dei seggi europei al Mezzogiorno. Commento all'ordinanza del TAR Lazio n. 1633 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2010, 903 ss.; FUSARO, *Quando il Consiglio di Stato irride alla Corte costituzionale ovvero degli sberleffi di Palazzo Spada alla Consulta (e alla ragione)*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 657 ss.; M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica (Cons. Stato, 13 maggio 2011, n. 2886)*, in *Giur. cost.*, 2011, 2576 ss.; TARLI BARBIERI, *La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni nelle elezioni europee: ovvero quando il Consiglio di Stato «riscrive» una legge elettorale*, in *Quad. cost.*, 2014, 685 e BETZU, *Mezzogiorno e seggi europei quattro anni dopo la sentenza della Corte Costituzionale 271 del 2010*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 28 agosto 2014.

riconosciute e tutelate sia dalla l. 482/1999 che da convenzioni internazionali ratificate dall'Italia.

La seconda questione che sarà oggetto del giudizio della Corte costituzionale riguarda invece la previsione generale dell'esistenza di una soglia di sbarramento per l'attribuzione dei seggi. Sul punto si sono pronunciati sia i Tribunali di Cagliari e Trieste, che hanno deciso di non sollevare la questione, sia il Tribunale di Venezia che, invece, è giunto ad una conclusione opposta. Il Tribunale di Cagliari (e con esso quello di Trieste che ne ricalca in gran parte le motivazioni) conclude per l'inammissibilità anche usando – in modo che ci pare non corretto – le motivazioni della pronuncia n. 1/2014. Prima però di soffermarsi sulle conseguenze della sent. n. 1/2014 è necessario sgombrare il campo da un elemento che ci pare abbia focalizzato troppo l'attenzione sia nei giudizi *a quo* che in alcune ricostruzioni dottrinarie, vale a dire la forma di governo dell'Unione (e il modo in cui essa è mutata dopo il Trattato di Lisbona). Alcuni la avvicinano ad una forma di governo parlamentare e ne ricavano ragioni a sostegno della legittimità della soglia, altri invece non ritengono che il modello ordinamentale dell'Unione possa essere ricondotto a quello parlamentare e questo priverebbe le soglie di una importante ragion d'essere. Forse la ricostruzione più attendibile è quella di considerare la forma di governo dell'Unione come un modello ibrido e quindi non riconducibile alle classiche classificazioni dottrinali²⁵. Che la forma di governo sia un falso problema sembra essere opinione condivisa anche dal Tribunale di Cagliari che evidenzia come la Corte costituzionale motivando la decisione sull'illegittimità del premio di maggioranza per la Camera dei deputati abbia evidenziato che le ragioni non sono solo da cercare nel rapporto di fiducia ma anche nell'«efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare», elemento questo che sicuramente si può riferire anche al Parlamento europeo. Il profilo della sentenza n. 1/2014 che però meglio si presta ad essere utilizzato per la soglia di sbarramento per le elezioni europee non è quello riguardante il premio di maggioranza per la Camera dei deputati bensì quello sul premio per il Senato. Anche per il Parlamento europeo, così come per il Senato, siamo di fronte ad una legge proporzionale che prevede correttivi (e poco importa che in un caso la questione vertesse sul premio di maggioranza e nell'altro sulla soglia di sbarramento). Ciò che rileva è che il correttivo non riguarda l'esito delle elezioni nella sua totalità ma frazioni di esso (le singole Regioni nel caso del Senato, l'Italia nel caso del Parlamento europeo) perché questo elemento rende il correttivo inidoneo a raggiungere lo

²⁵ Cfr. FASONE - LUPO, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 343.

scopo prefisso. Per il Senato questo avviene perché in alcune Regioni il premio può essere ottenuto da un partito o da una coalizione che poi andrà a far parte della minoranza. Per il Parlamento europeo l'inidoneità della soglia dipende dal fatto che essa potrebbe danneggiare forze politiche che in seno al Parlamento europeo avrebbero aderito a gruppi politici di notevole consistenza numerica e invece potrebbe favorire forze politiche i cui eletti potrebbero non iscriversi a nessun gruppo o andare a far parte di gruppi di minori dimensioni. Ammesso e non concesso quindi che per il Parlamento europeo si possano mutuare modelli tipici dei parlamenti nazionali che vedono una netta distinzione tra maggioranza e opposizione, le soglie stabilite dai singoli Stati non sono certo lo strumento idoneo a ridurre la frammentazione e a migliorare l'efficienza decisionale dell'organo ed anzi potrebbero astrattamente determinare conseguenze opposte.

5. Il disegno di legge di riforma della legge elettorale della Camera dei deputati

Restano infine da esaminare le possibili conseguenze sul disegno di legge n. 1385 che, approvato nel marzo 2014 dalla Camera dei deputati, mira a modificare il sistema elettorale della stessa Camera²⁶. Il testo approvato è simile, nella sua impostazione, a quello ritenuto illegittimo dalla Corte: un sistema proporzionale con liste bloccate e corretto sia da un premio di maggioranza che da alcune soglie di sbarramento.

Nelle pagine che seguono ci soffermeremo esclusivamente sui due profili su cui si è pronunciata la Corte con la sent. n. 1/2014 tralasciandone altri (slittamento dei seggi e rappresentanza di genere) su cui pure nel dibattito politico sono stati espressi dubbi di legittimità. Il giudizio prognostico sulla legittimità della riforma ha ovviamente dei margini di incertezza notevoli per un duplice ordine di ragioni. Da un lato questo dipende dal ruolo che nella giurisprudenza della Corte hanno la proporzionalità e la ragionevolezza e dagli inevitabili e spesso ampi margini di discrezionalità che esso comporta e che rendono difficile prevedere l'esito finale di un eventuale giudizio. La seconda ragione è invece legata alla natura stessa delle leggi elettorali che hanno una notevole complessità tecnica e in cui alcuni singoli profili sono spesso strettamente dipendenti da altri e ne possono condizionare anche il giudizio di

²⁶ Non è in discussione una riforma della legge elettorale del Senato perché la maggioranza di governo – appoggiata anche dal principale partito di centro-destra – ritiene di approvare entro la fine della legislatura una riforma costituzionale che, tra le altre cose, trasformerebbe il Senato in una camera elettiva di secondo grado.

legittimità costituzionale. Tale ultima considerazione ci induce a valutare, insieme al premio di maggioranza, altresì le soglie di sbarramento anche se la sentenza della Corte su di esse non si è pronunciata in quanto esulavano dall'oggetto dell'ordinanza di rimessione. Le soglie infatti, al pari del premio di maggioranza, rientrano tra quelle misure «dirette ad agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale» e contribuiscono alla «divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica (...) e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto». Tenere conto di entrambi i correttivi è indispensabile in quanto il loro uso congiunto potrebbe – astrattamente – determinare l'illegittimità della normativa anche nell'ipotesi in cui entrambi i correttivi esaminati singolarmente superassero il vaglio di legittimità.

Per quel che riguarda il premio di maggioranza, il disegno di legge, al contrario di quanto accadeva nella normativa giudicata illegittima dalla Corte, fissa una soglia di sbarramento per l'attribuzione del premio di maggioranza. Infatti, se nessuna lista supera il 37% dei validi su base nazionale²⁷, il premio non viene attribuito e si procede ad un turno di ballottaggio tra le due liste o coalizioni di liste che hanno conseguito il maggior numero di voti validi. Alla lista o alla coalizione di liste che ottiene maggiori consensi nel turno di ballottaggio vengono assegnati 321 seggi su 618. I restanti 297 seggi sono ripartiti in base ai risultati ottenuti nel primo turno tra tutte le altre liste o coalizioni che abbiano superato le soglie di sbarramento. La circostanza che gli elettori siano chiamati nuovamente a pronunciarsi, riallineando così l'esito elettorale alla volontà popolare, rende inapplicabile a questa ipotesi le argomentazioni usate dalla Corte.

Diverso è il caso in cui la lista o la coalizioni di liste più votata abbia superato il 37% dei voti validi. In questo caso se la lista o la coalizione non ha già ottenuto almeno 340 seggi oppure una percentuale di seggi superiore a quella dei voti ottenuti aumentata del 15%²⁸ ad essa viene attribuito come premio di maggioranza un numero ulteriore di seggi pari al massimo al 15%

²⁷ Il disegno di legge prevede che i voti espressi nelle circoscrizioni Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta contribuiscano a determinare le cifre nazionali necessarie per individuare le liste e le coalizioni che hanno superato le soglie di sbarramento, l'eventuale superamento della soglia del 37% e le liste o coalizioni ammesse al ballottaggio; però l'unico deputato della Valle d'Aosta e otto di quelli assegnati al Trentino-Alto Adige vengono eletti in collegi uninominali con sistema maggioritario.

²⁸ Tale sovrarappresentazione è possibile in quanto potrebbero esserci numerose liste e coalizioni di liste che, non avendo superato le soglie di sbarramento previste, non partecipano alla ripartizione dei seggi.

e tale che il numero complessivo non superi i 340. In altre parole, la lista o la coalizione che ottiene più voti e superi il 37% dei voti otterrà, in virtù del premio, un numero di seggi variabile da 321 (52% dei seggi)²⁹ a 340 (55%). Il premio potrebbe non essere attribuito e la lista ottenere comunque un numero di seggi superiore a 340 solo in virtù dell'elevato consenso che ottiene e del numero dei voti ricevuto da liste o coalizioni che, non avendo superato la soglia, non partecipano alla ripartizione dei seggi.

Occorre in questo caso chiedersi se la soglia del 37% possa considerarsi ragionevole. La Corte infatti non si è limitata a censurare la mancanza di una soglia quale che sia, ma di una soglia ragionevole che raggiunga gli obiettivi costituzionalmente legittimi (governabilità, efficienza dei processi decisionali, ecc.) senza sacrificare diritti e valori costituzionali. Essendo, come detto, il giudizio di proporzionalità e ragionevolezza per sua natura sempre abbastanza sfumato, non si può certo affermare con certezza che un premio dell'entità vista sopra sia o meno legittimo. In questa sede possiamo solo constatare che nell'ipotesi peggiore il premio ha un'incidenza considerevole; la lista o la coalizione che ottiene il premio potrebbe eleggere un numero di deputati del 40,5% superiore a quelli che gli sarebbero spettati in sua assenza (cioè il 52% del totale a fronte del 37%): una sovrarappresentazione che ci pare comunque considerevole a fronte di una maggioranza politica che quantitativamente non mette del tutto al sicuro il governo³⁰.

Anche se si possono nutrire dubbi sulla ragionevolezza (e quindi sulla legittimità) dell'entità del premio, il disegno di legge approvato dalla Camera, per il solo fatto di prevedere una percentuale minima per l'attribuzione del premio, costituisce comunque un miglioramento rispetto al testo del 2005. Non altrettanto si può dire delle soglie di sbarramento che nel disegno di legge approvato alla Camera risultano decisamente più alte rispetto a quelle previste dalla l. 270/2005. La soglia per le liste non coalizzate passa infatti dal 4% all'8%; la soglia per le liste coalizzate passa dal 2% al 4,5% e, al contrario di quanto disposto dalla l. n. 270/2005, non è previsto che la lista della coalizione più votata tra quelle che non raggiungono la soglia minima partecipi alla distribuzione dei seggi; la soglia per le coalizioni passa invece dal 10% al 12%. Come per il passato, partecipano alla ripartizione dei seggi anche le liste

²⁹ Tale ipotesi si verifica quando la lista che ottiene più voti raggiunge appena la percentuale del 37% e tutte le liste o coalizioni di liste candidate superano le soglie di sbarramento fissate dalla legge.

³⁰ La lista o la coalizione di maggioranza potrebbe avere una consistenza numerica variabile da un minimo di 321 deputati (50,95%) ad un massimo di 333 (52,86%) a seconda dell'esito del voto nella circoscrizione estero.

coalizzate che abbiano superato la soglia per le liste non coalizzate (che, come si è detto, nel disegno di legge è dell'8%) anche nel caso in cui la coalizione non abbia superato la soglia. Resta sostanzialmente inalterata la disciplina volta a favorire la rappresentanza delle liste espressione minoranze linguistiche riconosciute dagli statuti speciali. Pur in assenza di un pronunciamento della Corte sulle soglie, è evidente che anch'esse debbono superare uno scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza e la loro entità pone più di un dubbio sull'esito positivo di tale giudizio.

Se i dubbi di legittimità sussistono sia in merito al premio che alle soglie, la loro applicazione congiunta ne suscita di ulteriori.

Come è noto, la legge elettorale incide sia sul comportamento dei partiti che su quello degli elettori e quindi risulta abbastanza difficile fare ipotesi realistiche; verificare l'applicazione delle norme in corso di approvazione ai risultati delle precedenti elezioni può però contribuire a dare un'idea di quanto le nuove regole possano incidere sulla rappresentatività dell'organo. Così, applicando le nuove soglie di sbarramento ai risultati delle elezioni svoltesi dopo il 2005 si nota che il numero degli elettori che ha espresso un voto valido e che non si troverebbe rappresentato alla Camera sarebbe più che raddoppiato (e in un caso più che triplicato) rispetto al passato superando stabilmente il 15% dei voti validi³¹. Ma a rendere ancor meno rappresentativo il Parlamento sarebbe l'effetto combinato delle soglie e del premio. Ad esempio, in un contesto tripolare quale quello emerso dalle elezioni del 2013, nessuna lista o coalizione avrebbe superato il 37% e quindi si sarebbe svolto il ballottaggio tra la coalizione di centro-sinistra (29,55%) e la coalizione di centro-destra (29,18%). Nel caso in cui la coalizione di centro-sinistra avesse vinto il ballottaggio, dei 321 seggi 5 sarebbero stati assegnati, in base alle norme sulle minoranze linguistiche, alla "Südtiroler Volkspartei" e 316 al "Partito democratico" che con il 25,4% dei consensi al primo turno avrebbe ottenuto il 51,1% dei 618 seggi. Nel caso in cui avesse vinto la coalizione di centro-destra, i 321 seggi (52% del totale) sarebbero stati assegnati tutti alla lista "Il popolo della libertà" che al primo turno aveva ottenuto il 21,5% dei voti validi. Se si escludono i pochi seggi attribuiti alla "Südtiroler Volkspartei", di fatto si sarebbe trattato non di un ballottaggio tra due coalizioni ma tra due liste

³¹ I voti validi a forze politiche senza rappresentanza alla Camera nel 2006 furono 1.655.406 (pari al 4,34%) mentre con le nuove regole sarebbero stati 5.726.170 (15,01%). Nel 2008 furono 3.653.189 (10,02%) invece con le nuove regole sarebbero stati 7.707.941 (21,14%). Infine nelle elezioni del 2013 si passerebbe da 2.444.167 (7,19%) e 6.364.702 (18,72%). I dati sopra riportati non tengono conto della circoscrizione Valle d'Aosta il cui basso numero di voti validi (meno di 80.000) non incide significativamente sulle percentuali sopra riportate.

(nonostante sulla scheda di ballottaggio è previsto che compaiano i simboli di tutte le liste della coalizione, comprese quelle che in virtù del consenso ottenuto nel primo turno non parteciperanno alla ripartizione dei seggi) che erano la seconda e terza per consensi al primo turno; sarebbe infatti rimasta fuori dal ballottaggio la lista (non coalizzata) che al primo turno aveva preso il maggior numero di voti (25,5%). Il nuovo pronunciamento degli elettori avrebbe dato un'astratta legittimazione al risultato finale, ma c'è da chiedersi se sia ragionevole un sistema che renda astrattamente possibile tali esiti.

Il disegno di legge conserva anche le liste bloccate e si limita a diminuire drasticamente l'ampiezza dei collegi prevedendo che il numero dei deputati da eleggere nel singolo collegio vari da un minimo di tre ad un massimo di sei³². Inoltre viene posto un limite alle candidature multiple, fissato nel numero di otto. Se si ritiene che la ragione della dichiarazione di illegittimità risieda esclusivamente nella lunghezza delle liste il disegno di legge sarebbe verosimilmente legittimo poiché le liste sarebbero composte al massimo da otto candidati (sei effettivi e due supplenti). Se però si aderisce alla diversa interpretazione sostenuta nelle pagine precedenti è evidente che tutti i profili di illegittimità restano immutati. Il voto infatti resterebbe deficitario sotto il profilo della libertà. Non solo: a prescindere dalla lunghezza delle liste, alcuni altri aspetti del disegno di legge – preferenze multiple, ripartizione dei seggi su base nazionale³³ – confermerebbero che «anche l'aspettativa relativa all'elezione in riferimento allo stesso ordine di lista può essere delusa» (sent. n. 1/2014) riproponendo così quello squilibrio tra il ruolo delle forze politiche e quello del corpo elettorale che la Corte ha stigmatizzato.

³² In gran parte dei collegi verranno però eletti 5 o 6 deputati. La delega al Governo fissa infatti in 120 il numero massimo dei collegi plurinominali in cui dovranno essere eletti 609 deputati.

³³ Sottolineano l'influenza che la ripartizione dei seggi su base nazionale G. AZZARITI, *La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura*, in *Nomos*, n. 3, 2013, 4 e F. BILANCIA, *“Ri-porcellum” e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2013, 7 s.

GIURISPRUDENZE COSTITUZIONALI E SISTEMI ELETTORALI: SPUNTI DI COMPARAZIONE

Giammaria Milani

Dottorando in Istituzioni e diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Siena

La sentenza n. 1/2014, con la quale sono state dichiarate incostituzionali alcune disposizioni dei sistemi elettorali per la Camera e il Senato, presenta diversi profili di interesse che la rendono senz'altro una delle decisioni più importanti della Corte costituzionale italiana. Il sistema elettorale è la tipica espressione della discrezionalità del legislatore; la decisione della Corte, imponendo riflessioni su temi come la politicità della scelta in materia elettorale e i rapporti tra circuito della decisione politica e circuito delle garanzie che sono tipici della forma di Stato costituzionale, si presta ad essere analizzato in chiave comparatistica.

The decision 1/2014, in which some provisions of the electoral systems regarding the Senate and the Chamber of Deputies have been declared unconstitutional, offers several elements of interest, making it one of the most important rulings of the Italian Constitutional Court. The electoral system is typically the expression of the legislator's discretion; the Court's decision, by imposing considerations about topics such as the political character of the electoral law and the relationship between the course of political decision and that of constitutional guarantees, which are typical of the constitutional State form, is therefore worth being evaluated in comparative perspective.

Sommario:

1. Introduzione
2. Correttivi al sistema proporzionale e uguaglianza del voto
3. Liste bloccate e libertà del voto
4. Gli effetti delle sentenze sui sistemi elettorali
5. Conclusioni

1. Introduzione

La sentenza n. 1/2014, con la quale sono state dichiarate incostituzionali alcune disposizioni delle leggi elettorali per la Camera e il Senato¹, presenta diversi profili di interesse che la rendono senz'altro una delle decisioni più importanti della Corte costituzionale italiana. La pronuncia rappresenta l'epilogo di una vicenda che ha coinvolto a più riprese il nostro giudice delle leggi, che in passato aveva segnalato gli aspetti problematici che interessavano diverse norme delle leggi elettorali per la Camera e il Senato².

Non era peraltro scontato che la Corte effettivamente giungesse, una volta adita, ad una pronuncia di incostituzionalità: come ravvisato da gran parte

¹ Alla Camera il sistema elettorale è contenuto nel d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati); per il Senato la normativa vigente è invece quella prevista dal d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica); le norme censurate sono state introdotte dalla l. 21 dicembre 2005, n. 270 (Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica).

² In occasione di tre decisioni sull'ammissibilità di referendum abrogativi della legge elettorale (che non hanno poi avuto esiti, in un caso perché non è stato raggiunto il quorum di partecipazione, nell'altro perché i quesiti sono stati dichiarati inammissibili), la Corte aveva infatti affermato che «l'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi». Corte costituzionale, sentenze n. 15/2008, 6.1 considerato in diritto; n. 16/2008, 6.1 considerato in diritto; n. 13/2012, 5.3 considerato in diritto. Nella relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2012, il presidente Gallo aveva esplicitamente denunciato la difficoltà di dialogo con il legislatore proprio sul tema della legge elettorale, ribadendo i dubbi sulla normativa in vigore. *Corte costituzionale, Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2012*, Roma, 12-4-2013, disponibile su www.cortecostituzionale.it, 6-8: «Il dialogo ... si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità ... È appena il caso di menzionare, poi, l'altra raccomandazione – tanto spesso richiamata nelle più diverse sedi politiche – a modificare la vigente legge elettorale».

della dottrina, infatti, rimanevano dubbi relativi sia all'ammissibilità³ che al merito⁴ della questione.

Per quanto riguarda, in particolare, i profili di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, era stato rilevato da gran parte della dottrina come la materia costituisse una “zona d'ombra”⁵ del nostro sistema di giustizia costituzionale, ovvero un ambito in cui è complicato, per la Corte costituzionale, intervenire a tutela dei principi costituzionali eventualmente violati; alcuni autori avevano addirittura parlato di “zona franca”⁶, laddove più che di complessità si può parlare di impossibilità vera e propria per il giudice delle leggi di compiere la sua funzione.

³ Ciò che difettava, secondo la maggioranza dei commentatori, era proprio l'incidentalità della questione (ciò che avrebbe fatto, di essa, una *factio litis*), elemento necessario in un giudizio, appunto in via incidentale, come quello che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità del sistema elettorale. Vedi, tra gli altri, E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti e dall'epilogo incerto*, in *Federalismi*, 2013, 5; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di “supplenza” alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivista Aic*, 2013, 1; ANZON-DEMMING, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una “zona franca” del giudizio di costituzionalità)*, in *Rivista Aic*, 2013, 2-3; CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, 2013, 2-3; BORRELLO, *Due problemi contrapposti: ammissibilità e “zona franca”*, in *Nomos*, 2013, 2-3; GIGLIOTTI, *Violata la “zona d'ombra”?* *La quaestio legitimitatis della legge elettorale*, in *Nomos*, 2013, 2-3.

⁴ Era forte il dubbio che le disposizioni contestate, relative alla disciplina del premio di maggioranza e delle liste bloccate, ancorché politicamente inopportune, fossero costituzionalmente illegittime, per lo meno nei termini secondo in cui la questione era stata sollevata dalla Corte di Cassazione. Cfr. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale*, cit., 2-3; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria?*, cit., 1; MORRONE, *La legge elettorale davanti alla Corte costituzionale: une pomme empoisonnée o una “favola” a lieto fine?*, disponibile su www.confronticostituzionali.eu; GUZZETTA, *È incostituzionale la legge elettorale?*, disponibile su www.confronticostituzionali.eu.

⁵ Sulle zone d'ombra della giustizia costituzionale vedi i diversi saggi contenuti in BALDUZZI - COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007 e PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007.

⁶ Sulla qualificazione della materia elettorale come “zona franca” vedi, *ex multis*, PIZZORUSSO, *“Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss., MESSERINI, *La materia elettorale*, in ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 533 ss., SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in BALDUZZI - COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra*, cit., 25; F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in BALDUZZI - COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra*, cit., 90.

Alle “strette”⁷ di carattere processuale all'accesso si sommano ragioni legate alla materia. Il sistema elettorale è infatti la tipica espressione della discrezionalità del legislatore. La stessa Corte, nelle sue sentenze, aveva più volte ricordato la politicità della scelta⁸, fatto che renderebbe sconsigliabile, per lo stesso giudice costituzionale, intervenire, con il rischio di rompere i delicati equilibri sui quali si fonda la sua legittimazione⁹.

Se il primo dei profili che si sono sottolineati, quello delle vie d'accesso, è strettamente legato ai caratteri che definiscono il nostro sistema di giustizia costituzionale, il secondo, relativo alla discrezionalità del legislatore e alla politicità del sistema elettorale, è un problema che, a livello globale, rientra nei rapporti tra circuito della decisione politica e circuito delle garanzie nei diversi ordinamenti e quindi può essere inserito ed analizzato in un panorama più ampio di quello nazionale; tale esigenza è del resto confermata dalla lettura della stessa sentenza n. 1/2014 dove, in maniera certo non ricorrente per il nostro giudice delle leggi¹⁰, si cita la giurisprudenza straniera (peraltro, limitandosi a quella tedesca)¹¹ per rafforzare l'argomentazione alla base della decisione.

Sembra quindi utile analizzare le giurisprudenze costituzionali straniere sui sistemi elettorali per rilevarne profili di “sintonia” nel panorama

⁷ Vedi GROPPI, *Corte costituzionale e principio di effettività*, in *Rassegna Parlamentare*, 2004, 194.

⁸ Vedi, a titolo di esempio, Corte costituzionale, sentenze n. 107/1996; n. 260/2002; n. 242/2012.

⁹ Vedi G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 273 ss.

¹⁰ Vedi, su questo aspetto, PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007; RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ALPA, (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2006. Per un'analisi comparata dell'utilizzo dei precedenti stranieri vedi GROPPI – PONTTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 3.1 considerato in diritto. Le sentenze citate sono BVerfGE, sentenze n. 3/11 del 25 luglio 2012, n. 197 del 22 maggio 1979 e n. 1 del 5 aprile 1952. Il fatto che la Corte citi soltanto la giurisprudenza tedesca può dipendere da molteplici fattori, legati soprattutto alla somiglianza di contesti e sistemi elettorali che caratterizza i due Paesi. Si tratta, per utilizzare le parole della Corte costituzionale italiana, di «ordinamenti costituzionali omogenei»; inoltre, sia la Costituzione italiana che la Legge fondamentale tedesca non prevedono esplicite preferenze per un particolare sistema elettorale; infine, in entrambi i casi il sistema adottato è di tipo misto, con base proporzionale e correttivi maggioritari. Vi è poi un altro fattore che ha probabilmente inciso sulla scelta – operata dal nostro giudice costituzionale – di limitare la citazione alle sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, che è la copiosa giurisprudenza di quest'ultima Corte sui sistemi elettorali.

comparato¹². Il percorso sarà articolato secondo i diversi punti che compongono la sentenza della Corte costituzionale italiana. Saranno in primo luogo approfondite le argomentazioni alla base delle sentenze che riguardano i correttivi ai sistemi proporzionali. Verranno poi analizzate le sentenze sul sistema delle c.d. “liste bloccate” e sugli altri meccanismi che possano scontrarsi con il carattere libero e diretto del voto. Un ultimo profilo che sarà oggetto della nostra analisi sarà quello degli effetti delle decisioni in questa materia, sia per quanto riguarda gli organi eletti con leggi elettorali dichiarate incostituzionali, sia per ciò che concerne le leggi elettorali stesse.

2. Correttivi al sistema proporzionale e uguaglianza del voto

Il primo punto che si può analizzare in chiave comparata è quello del premio di maggioranza. La Corte italiana si è pronunciata sulle disposizioni che regolavano lo strumento sia alla Camera che al Senato; tale meccanismo, occorre subito precisarlo, è abbastanza inusuale nel panorama comparato¹³.

Uno dei casi in cui una Corte si è espressa sulla sua legittimità costituzionale riguarda il Messico e in particolare il sistema elettorale di uno dei suoi Stati federati, Quintana Roo¹⁴. In questo caso, il sistema elettorale prevedeva che una parte dei seggi del Parlamento fosse assegnata con un sistema maggioritario e che per l'altra parte fosse invece utilizzato il sistema proporzionale. Il legislatore aveva disposto che per la parte proporzionale potesse essere previsto un premio di maggioranza, del 52% dei seggi, qualora il primo partito avesse ottenuto la maggioranza dei seggi assegnati con il sistema maggioritario e almeno il 40% dei voti validi. Pur ammettendo che il legislatore è libero di decidere la formula da adottare per attuare il sistema

¹² Non sarà analizzata, in questo articolo, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, più nota e già più volte analizzata anche dalla dottrina italiana. Vedi, tra gli altri, M.D. POLI, *La clausola di sbarramento nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: tra uguaglianza elettorale e stabilità politica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1257 e ss; DE PETRIS, *Il Tribunale costituzionale federale e lo spirito delle leggi...elettorali*, in *Federalismi*, 2012, 1-20.

¹³ Per rimanere nel continente europeo, oltre all'Italia, soltanto tre Stati hanno introdotto nel proprio sistema elettorale per le elezioni del Parlamento un premio di maggioranza: Grecia, San Marino e Malta. Ciò non toglie che altri meccanismi di correzione del sistema proporzionale, legati ad esempio all'ampiezza delle circoscrizioni elettorali, all'utilizzo di soglie di sbarramento per la ripartizione dei seggi e all'applicazione di formule matematiche più o meno favorevoli ai partiti maggiori, possano di fatto produrre effetti “premiali” simili a quelli causati dall'istituto del premio strettamente inteso. Vedi PASSAGLIA, I “*premi di maggioranza*”, disponibile su www.cortecostituzionale.it, 2014, 2-9.

¹⁴ Acción de inconstitucionalidad 6/98, 23-9-1998, Cons. 13.

proporzionale, la Corte suprema messicana ha affermato che il premio di maggioranza, anche alla luce di alcune simulazioni effettuate dallo stesso giudice, sovrastimava il partito di maggioranza relativa, contraddicendo il principio della rappresentanza proporzionale richiesto dalla Costituzione per l'elezione dei Parlamenti statali (art. 116)¹⁵. Sembra si possa individuare un legame tra questa pronuncia di incostituzionalità e la sentenza italiana, nel fatto in cui entrambe le Corti sottolineano la mancanza di sintonia tra il principio su cui si fonda il sistema elettorale, quello proporzionale, e gli strumenti adottati per attuare tale principio.

Questo della difformità tra *ratio* del sistema elettorale e reale funzionamento dello stesso è uno dei profili di irragionevolezza individuabili dalla lettura della sentenza 1/2014 della Corte costituzionale¹⁶. Sulla stessa linea sembra collocarsi anche la Corte costituzionale ceca; il riferimento, in questo caso, è a una decisione che riguarda l'ampiezza delle circoscrizioni e le soglie di sbarramento naturali¹⁷, aspetti che, pur non essendo stati sottoposti al controllo di costituzionalità della Corte italiana, sono compresi nel tema generale dei correttivi maggioritari al sistema proporzionale¹⁸. Nel caso ceco, occorre premetterlo, la stessa Costituzione prevede che la Camera debba essere eletta secondo un sistema che garantisca la rappresentanza proporzionale (art. 18)¹⁹. La sentenza, del 2001, riguarda alcune modifiche alla legislazione elettorale che aumentavano il numero delle circoscrizioni elettorali per le elezioni della Camera ceca, che sarebbero passate da 10 a 35²⁰. Questo ha importantissimi effetti sul funzionamento del sistema elettorale, dal momento che diminuisce il numero di deputati da eleggere in ogni circoscrizione e aumenta, di conseguenza, la soglia di sbarramento naturale per accedere alla ripartizione dei seggi; peraltro questa decisione era

¹⁵ Vedi REYNOSO NÚÑEZ, *El tratamiento jurisdiccional del sistema electoral en perspectiva comparada. Representación proporcional y mayoría en sistemas electorales combinados*, disponibile su www.te.gob.mx, 2011, 29-30.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 3.1 considerato in diritto.

¹⁷ Per “soglia di sbarramento naturale” (o “informale”), espressione non particolarmente diffusa nella dottrina italiana, si intende la quantità di voti necessaria per ottenere la rappresentanza in un organo (a prescindere da espresse disposizioni che prevedono una soglia minima di voti per ottenere rappresentanza, le quali costituiscono la “soglia di sbarramento legale” o, semplicemente, “soglia di sbarramento”). Questa soglia è determinata dalle caratteristiche del sistema, e in particolare dall'ampiezza dei collegi elettorali.

¹⁸ Vedi OLIVIERO, *I sistemi elettorali*, in OLIVIERO - VOLPI (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Torino, 2007, 18-19.

¹⁹ Il sistema elettorale per la Camera dei rappresentanti è di tipo proporzionale. I 200 seggi sono assegnati, attualmente, sulla base di 14 circoscrizioni, con applicazione del metodo d'Hondt e soglia di sbarramento del 5%.

²⁰ Constitutional Court, Pl. ÚS 42/00, 24-1-2000, VII, 1.

combinata con l'utilizzo del metodo d'Hondt per l'assegnazione dei seggi, che penalizza i partiti di piccole dimensioni. Il giudice, nella sua decisione, ha affermato come alcuni correttivi maggioritari al sistema elettorale, di base proporzionale, non solo fossero consentiti, ma addirittura necessari per permettere la formazione di maggioranze parlamentari stabili e di governi efficienti. Tuttavia, e qui si trova la continuità di questa sentenza con la decisione italiana, questi correttivi non dovevano snaturare la *ratio* del sistema elettorale scelto, quello proporzionale, essendo richiesta almeno una approssimazione degli aspetti fondamentali di tale tipo di rappresentanza. Per questi motivi, la Corte ceca ha dichiarato incostituzionali le modifiche apportate dal legislatore alle norme in materia²¹.

Dalla motivazione della decisione della Corte italiana, quello dell'incoerenza tra *ratio* e funzionamento del sistema è soltanto uno dei profili di irragionevolezza della normativa impugnata ad emergere; un altro profilo individuabile è quello della sproporzione tra il mezzo utilizzato ed il fine perseguito²². Questo tipo di argomentazione trova spazio, ad esempio, nel ragionamento della Corte costituzionale del Belgio. Bisogna anche in questo caso premettere che la Costituzione stessa prevede l'adozione di un sistema proporzionale per l'elezione della Camera e del Senato (artt. 62 e 68)²³. Nel 2003 la Corte costituzionale si è trovata a giudicare sull'introduzione, nel sistema elettorale, di una soglia di sbarramento del 5% per concorrere alla ripartizione dei seggi²⁴. In maniera analoga al nostro giudice costituzionale, la Corte belga ha riconosciuto che tale meccanismo genera effetti distorsivi sul sistema elettorale proporzionale; tuttavia, essa ha anche affermato come le disposizioni censurate fossero state adottate per combattere la frammentazione del panorama politico e favorire la formazione di maggioranze stabili che possano sostenere il Governo. Occorre infatti, secondo il giudice, valutare se gli inconvenienti creati dalle soglie di sbarramento fossero ragionevoli, ovvero, secondo uno dei profili individuati anche dalla Corte italiana per intendere la ragionevolezza, se essi fossero

²¹ Vedi BIRCH, *Electoral Systems and Party Systems in Europe East and West*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2001, 372; SOVINSKY, *The reforms of the electoral system in the mirror of constitutional principles (considerations in the Czech Republic)*, disponibile su www.juridicas.unam.mx, 2010, 10.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 3.1 considerato in diritto.

²³ I 150 seggi della Camera dei rappresentanti belga, ramo del Parlamento che interessa in questa sede, vengono eletti con un sistema proporzionale; l'assegnazione dei seggi avviene sulla base delle 11 circoscrizioni (su base provinciale, ad eccezione della provincia del Brabante fiammingo che è diviso in due circoscrizioni), con l'applicazione del metodo d'Hondt e di una soglia di sbarramento del 5%.

²⁴ C.A., arrêt n. 30/2003, 26-2-2003, B.22.8; C.A., arrêt n. 73/2003, 26-5-2003, B.19.8.

proporzionati al fine da raggiungere, quello del buon funzionamento delle istituzioni democratiche; per questa via, la Corte ha ritenuto che la soglia di sbarramento rispettasse la Costituzione, ma affermando come una soglia del 5% non fosse da considerare sproporzionata sembra anche implicitamente ammettere come un eventuale innalzamento di questa soglia avrebbe potuto essere dichiarato illegittimo; peraltro il giudice belga ha aggiunto che la sua decisione era dettata anche dal fatto che un contestuale allargamento delle circoscrizioni elettorali, con conseguente abbassamento della soglia di sbarramento naturale, favorisse la tendenza alla rappresentanza proporzionale richiesta dalla Costituzione, attenuando in qualche modo gli effetti distorsivi della soglia di sbarramento legale²⁵.

3. Liste bloccate e libertà del voto

Anche la possibilità di presentare liste bloccate è stata oggetto di pronunce da parte di diverse Corti costituzionali. Analogamente alla sentenza n. 1/2014, in questo caso il parametro più ricorrente è quello della libertà del voto²⁶.

La Sala costituzionale della Corte suprema di El Salvador, per esempio, ha considerato che la libertà del voto, caratteristica fondamentale del suffragio democratico stabilito dalla Costituzione²⁷, possa essere pienamente garantita solo se esiste l'effettiva possibilità di scelta del candidato²⁸. La disciplina delle liste bloccate era stata introdotta per rafforzare il ruolo dei partiti nell'ambito della vita politica salvadoregna; tuttavia il fine, legittimamente perseguibile, non era realizzato in maniera effettiva dalle norme che prevedevano la presentazione alla competizione elettorale di liste bloccate. D'altro canto, il diritto fondamentale di voto, e in particolare del suo carattere libero, veniva limitato da quella disciplina, che permetteva all'elettore di scegliere soltanto il partito e non il candidato. In definitiva, secondo il giudizio di ponderazione della Corte, la realizzazione soltanto parziale di un fine legittimo non

²⁵ F. BOUHON, *Le seuil électoral au seuil de l'égalité*, in *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2008, 647; G. ROSOUX, *Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "Renouveau" électoral. La Cour d'arbitrage et la suspension*, in *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2003, 52.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 5.1 considerato in diritto.

²⁷ L'Assemblea legislativa di El Salvador è composta da 84 membri eletti con sistema proporzionale; 20 di questi sono eletti nel collegio nazionale, gli altri 64 in 14 circoscrizioni plurinominali.

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 61/2009.

giustificava la limitazione effettiva di un diritto fondamentale, per cui la disciplina delle liste bloccate era stata dichiarata incostituzionale²⁹.

Ancora più abnorme era l'ingerenza dei partiti nell'assegnazione dei seggi parlamentari in Serbia, anche se recentemente il legislatore ha riformato gli aspetti più controversi della disciplina elettorale³⁰. Il Parlamento serbo era eletto con voto di lista e al fine dell'assegnazione dei seggi non rilevava l'ordine dei candidati nelle liste stesse; infatti, ad elezioni avvenute, i partiti disponevano liberamente dei seggi conquistati e potevano indicare, tra i candidati presenti nella lista, coloro che sarebbero diventati parlamentari. A questo si aggiungeva il meccanismo che prevedeva le dimissioni dal mandato parlamentare in caso di interruzione del rapporto tra il partito e il deputato, per scelta di quest'ultimo o del partito stesso³¹. Se questo secondo aspetto era stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale già nel 2003³², il primo aspetto, quello delle liste bloccate, non era mai stato censurato direttamente dal giudice serbo, che pure in diverse pronunce aveva avuto occasione di esprimere una posizione contraria a tale disciplina, ad esempio annullando, nel 2007, lo stesso meccanismo in vigore per le elezioni locali³³.

4. Gli effetti delle sentenze sui sistemi elettorali

La Corte costituzionale italiana si è soffermata anche, nella parte conclusiva della sentenza, sugli effetti che la sua decisione avrebbe prodotto sul sistema elettorale e sul Parlamento eletto con la normativa dichiarata incostituzionale.

Il giudice italiano afferma, in particolare, che la sua sentenza produrrà effetti soltanto in occasione della successiva consultazione elettorale, dal momento che la retroattività dell'annullamento trova un limite nei rapporti esauriti, quali possono essere qualificati le elezioni dei deputati e dei senatori a seguito della loro proclamazione³⁴.

²⁹ Vedi, su questa pronuncia, FUSADES, *Una de las más importantes sentencias de nuestra historia*, in *Boletín de estudios legales*, 2010, 1 ss.

³⁰ Il sistema elettorale per l'Assemblea nazionale è di tipo proporzionale. I 250 seggi sono assegnati in un'unica circoscrizione nazionale, con scrutinio di lista, applicazione del metodo d'Hondt e soglia di sbarramento del 5%.

³¹ Su questi aspetti si era espressa in maniera negativa anche la Commissione di Venezia. Vedi Venice Commission, *Joint Opinion on the Draft Law on "Altering and Amending the Law on Election of Members of Parliament"*, disponibile su www.coe.int, 2011, 2 ss.

³² IU, 197/02, 27-5-2003.

³³ IU 52/2008, 3-7-2010.

³⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 7 considerato in diritto.

In maniera simile al giudice costituzionale italiano, la Corte costituzionale belga afferma che, nonostante il carattere retroattivo delle sentenze di annullamento, le disposizioni dichiarate incostituzionali restano valide per le elezioni passate, mentre cesseranno di avere efficacia per le consultazioni successive³⁵.

La Corte suprema del Giappone, invece, pur riconoscendo, in varie occasioni, che alcune disposizioni della legge elettorale (relative alla suddivisione del territorio per la ripartizione dei seggi) si trovavano in uno “stato di incostituzionalità”, non le ha mai annullate per non creare discontinuità nel funzionamento delle istituzioni democratiche³⁶.

Diversamente, la Corte suprema della Corea del Sud, pur considerando che possano sorgere conseguenze problematiche a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della normativa elettorale (anche in questo caso riguardante la distribuzione geografica dei seggi), come il rischio dello svolgimento di eventuali elezioni suppletive in mancanza di una disciplina valida e vigente, ha deciso di annullare le disposizioni censurate ma di differire gli effetti della sua sentenza a una data successiva, entro la quale il legislatore avrebbe dovuto modificare la normativa³⁷.

Per quanto invece riguarda gli effetti della decisione sulla normativa di risulta, la Corte costituzionale italiana afferma come eventuali apparenti inconvenienti debbano essere risolti mediante l'impiego degli ordinari criteri di interpretazione, ovvero con interventi normativi secondari, lasciando sempre aperta la strada per un successivo intervento del legislatore in materia per correggere, integrare o modificare la normativa³⁸. Pure su questi aspetti alcune Corti si sono soffermate, e in particolare qui si può segnalare una sentenza del giudice ceco: esso afferma infatti che, essendo consapevole del rischio che la sua pronuncia dia luogo a difficoltà di interpretazioni sulla normativa di risulta, è necessario un intervento attivo del legislatore, nello

³⁵ C.A., arrêt n. 73/2003, 26-5-2003, B.21. Nonostante, come si è detto, la Corte belga non considerasse incostituzionale una soglia di sbarramento del 5%, l'ha comunque annullata, limitatamente alle circoscrizioni di Bruxelles-Hal-Vilvorde, Louvain et Nivelles in quanto le norme censurate erano parte di una riforma che complessivamente, per altri profili, veniva dichiarata incostituzionale. Vedi F. Bouhon, *Le seuil électoral au seuil de l'égalité*, cit., 647.

³⁶ Kurokawa v. Chiba Election Commission (1976). Vedi, H. Hata, *Malapportionment of representation in the national diet*, in *Law and contemporary problems*, 1990, 164.

³⁷ 13-2 KCCR 502, 2000 Hun-Ma 92, 25-10-2001. Vedi W.S. Hong, *The Electoral system and constitutional Principles in Korea*, disponibile su www.juridicas.unam.mx, 2010, 4.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014, 6 considerato in diritto.

spirito della decisione della Corte, affinché sia possibile applicare la normativa elettorale alle successive consultazioni³⁹.

5. Conclusioni

Qualche rapida conclusione è a questo punto necessaria. Dall'analisi che si è cercato di compiere, e che ha avuto come oggetto la giurisprudenza di giudici costituzionali stranieri sui sistemi elettorali, è emerso chiaramente che la sentenza n. 1/2014 non è isolata nel panorama comparato, trovando sicuramente precedenti nell'attività delle altre Corti.

I riferimenti ad altre Corti costituzionali sono limitati, come si è detto, alle sentenze tedesche⁴⁰, ma ciò non incide sul risultato di questa ricerca, che ha dimostrato come, a livello comparato, il giudizio sulla costituzionalità dei sistemi elettorali rientri tra le normali attività dei giudici delle leggi; essi – pur partendo dal presupposto che la scelta del sistema elettorale sia caratterizzata dalla più ampia discrezionalità del legislatore – sono chiamati a verificare che l'esercizio discrezionale di tale scelta sia ragionevole e sempre conforme alla Costituzione.

Profili di “sintonia” si riscontrano su tutti i punti di cui si compone la recente decisione della Corte costituzionale, sia per quanto riguarda la possibilità di introdurre correttivi maggioritari a un sistema proporzionale senza rendere questo sistema irragionevole sotto diversi profili (Messico, Repubblica Ceca, Belgio), sia per ciò che concerne la disciplina delle liste bloccate, con riflessi più generali sulla libertà del voto e sul ruolo dei partiti (El Salvador, Serbia), per concludere con gli effetti della decisione (Belgio, Giappone, Corea del Sud, Repubblica Ceca).

L'analisi comparata della giurisprudenza riguardante i sistemi elettorali mostra, in ultima analisi, che il clamore provocato dalla sentenza n. 1/2014 sembra sia attribuibile non tanto ai diversi punti che si sono analizzati, quanto al fatto che la natura estremamente “stretta” delle vie di accesso per attivare il giudizio del nostro giudice costituzionale sembrava, fino a questa decisione, rendere improbabile un intervento della Corte in materia, rilegando tale

³⁹ Constitutional Court, Pl. ÚS 42/00, 24-1-2000, VII. BIRCH, *Electoral Systems and Party Systems in Europe East and West*, cit., 372; SOVINSKY, *The reforms of the electoral system in the mirror of constitutional principles*, cit., 10.

⁴⁰ Ciò può dipendere da molteplici fattori, legati soprattutto alla somiglianza di contesti e sistemi elettorali che caratterizza i due Paesi. Si tratta, per utilizzare le parole della Corte costituzionale italiana, di «ordinamenti costituzionali omogenei».

materia nell'ambito delle “zone d'ombra” o, per alcuni, addirittura delle “zone franche” del nostro sistema di giustizia costituzionale⁴¹.

⁴¹ Vedi *supra*, note 5 e 6.

ALTRI SAGGI

LA PARASOCIALITÀ COME MOMENTO DI ADEGUAMENTO DELLA STRUTTURA ORGANIZZATIVA DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI E FENOMENO DI INTEGRAZIONE INFORMATIVA

Dario Scarpa

Ricercatore in Diritto Commerciale nell'Università Milano Bicocca

La norma di legge, in tema di società per azioni, disciplina i patti in qualunque forma stipulati che, al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano. Si tratta di una prescrizione che consente di utilizzare il patto parasociale per adeguare la struttura della società alle esigenze dei soci.

The company law on corporations provides that any agreements made to stabilize the ownership structure of the company or the corporate governance, deal with the exercise of the right of vote in the corporation or in their parent companies. It is a prescription that allows us to use the shareholders' agreements to adjust the structure of the company to the needs of the members.

Sommario:

1. Struttura del patto parasociale nella *governance* societaria
2. Influenza dei patti parasociali sul procedimento assembleare: espressione del voto in assemblea e patto parasociale
3. (*segue*) ... Patti parasociali e associazioni di azionisti
4. Strumenti alternativi alla stipula di patti parasociali e protezione e dell'integrità del capitale e del patrimonio sociale
5. Clausole di trascinarsi di partecipazione sociale: *tag* e *drag along*

1. Struttura del patto parasociale nella *governance* societaria

La disciplina dei patti parasociali risulta contenuta nel codice civile, negli artt. 2341-bis e 2341-ter. Ad una attenta lettura del dato codicistico, si evidenzia come siamo di fronte a norme che ricalcano, nelle forme e nei contenuti, quanto già previsto dal d.lgs. n. 58/1998, attesi gli aggiustamenti, necessari od opportuni, conseguenti al diverso tipo di società cui esse sono destinate ad operare.

In tema di tipologia degli accordi presi in considerazione dal legislatore, viene in rilievo l'art. 2341-bis, c. 1, il quale, con affermazione di principio, fa riferimento ai patti parasociali che hanno il fine di stabilizzare gli assetti proprietari o di governo della società. In particolare poi, nel contesto di tali finalità, i patti espressamente presi in considerazione sono: *a)* quelli che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; *b)* quelli che pongono limiti al trasferimento delle azioni o delle partecipazioni in società che le controllano; *e)* quelli che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società (art. 2341-bis, c. 1). Di guisa, appare corretto ritenere che il legislatore abbia voluto fare chiaro riferimento alle categorie dei sindacati di voto e, rispettivamente, dei sindacati di blocco¹.

La prescrizione di legge si riferisce anche ai c.d. "patti di concertazione" e può considerarsi norma di chiusura, che consente di allargare l'area di applicabilità della disciplina della norma ad accordi di tipo vario, uniti dal minimo comune determinatore di avere per oggetto o per effetto l'esercizio di un'influenza dominante nella società. Si tratta di disposizione che richiama, quindi, il concetto di «influenza dominante» di cui all'art. 2359 c.c., con le difficoltà ed i dubbi conseguenti relativi alla sua esatta delimitazione giuridica e applicativa.

Esempio utile è rappresentato dai patti che hanno per oggetto l'esercizio di un'influenza dominante in una società, ovvero, il caso di più soggetti che concordino l'acquisto di partecipazioni in una società, in modo tale da evitare che ciascuno di loro possa ottenere il controllo della società e, al contempo,

¹ In tema RAGUSA MAGGIORE, *Convenzioni parasociali e contratto a favore di terzi*, in *Dir. fall.*, 1959, II, 133; ID., *Obbligazioni sociali contenute un contratto (meramente) parasociale*, in *Dir. fall.*, 1960, II, 515; OPPO, *Contratto parasociale a favore di terzo*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 704; SANTINI, *Esecuzione specifica di accordi parasociali?*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, CLXXIV, 1968, 482; RAGUSA MAGGIORE, *Contratto parasociale sostitutivo della procedura di scioglimento della società*, in *Dir. fall.*, 1970, II, 457; ALPA, *Patto parasociale a favore della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 407; SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985; FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987.

che solo attraverso la somma delle partecipazioni acquistate e l'esercizio congiunto dei diritti che esse attribuiscono, si possa influire sulla gestione della società. Ancora, patti che, stipulati tra soci e terzi, consentano ad un soggetto estraneo alla società, a fronte di obblighi od oneri finanziari assunti, di condizionare le scelte più importanti per la vita della società; patti che hanno per effetto l'esercizio di un'influenza dominante in una società, attraverso l'acquisto congiunto di partecipazioni di una società da parte di due altre società, delle quali una controllante e l'altra controllata; in questo caso, pure in assenza di un espresso accordo fra le due società acquirenti, è ragionevole presumere che i diritti derivanti dalle partecipazioni acquistate saranno comunque esercitati in maniera concertata.

L'ultimo comma dell'art. 2341-bis dispone la non applicabilità della disciplina del codice ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo. Nelle *joint venture* i patti fra aziende realizzano un determinato progetto, in tempi limitati, con divisione dei rischi e degli utili. Queste convenzioni possono assumere anche la veste giuridica di società per azioni e, in questo caso, è frequente che ad esse si affianchino pattuizioni che fungono da complemento necessario e valgono a piegare lo strumento societario allo scopo di perseguire le finalità connesse alla *joint venture*.

L'applicazione della disciplina in tema di durata dei patti parasociali non vale per tali tipi di convenzioni, per non creare un ostacolo alla stipulazione delle *joint venture*, attraverso la fissazione di un termine massimo di durata. Limitare temporalmente a cinque anni la durata delle pattuizioni determina un danno, atteso che alcune collaborazioni industriali o commerciali richiedono, per essere realmente convenienti ed utili, una programmazione di durata superiore a soli cinque anni².

Per le società che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio non vi è, dunque, alcun obbligo di pubblicità. Resta, però, da chiedersi, rispetto a queste ultime, quali siano le sorti dei patti parasociali segreti, ossia se sia valida la clausola dell'accordo che obbliga gli aderenti a non divulgarlo a terzi. Attenta dottrina ha ritenuto che l'impegno di segretezza *vitiatur et vitiat*, per cui l'intero accordo parasociale sarebbe nullo. Il problema, va osservato, è più

² In tema si veda OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, 517; CERONI, *Simulazione e patti parasociali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1990, 1111; CAPRIGLIONE, *Convenzioni parasociali e "permanenza del controllo pubblico" nelle società bancarie disciplinate dalla legge "Amato"*, in *Riv. soc.*, 1991, 1398; PERNAZZA, *Brevi riflessioni in tema di convenzioni parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 163; AA. VV., *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993, 24 e ss.

ampio e non coinvolge solo i patti parasociali direttamente considerati dall'art. 2341-bis c.c., ma gli accordi parasociali in genere.

L'art. 2341 *bis* c.c., in tema di società per azioni, disciplina i patti in qualunque forma stipulati che, al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano. Si tratta dei cosiddetti sindacati di voto che si traducono spesso, in realtà, in accordi che consentono la gestione della stessa società, pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano. Si tratta dei cosiddetti sindacati di blocco, hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di una influenza dominante su tali società³.

I patti non possono avere durata superiore a cinque anni. Tuttavia sono rinnovabili alla scadenza. Se stipulati a tempo indeterminato, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi; nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, i patti parasociali debbano essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea. La dichiarazione deve essere trascritta nel verbale e questo deve essere depositato presso l'Ufficio del Registro delle imprese. In difetto di dichiarazione i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le delibere adottate col loro voto determinante sono impugnabili ai sensi dell'art. 2377 c.c. Ancora, sia nelle società quotate, che in quelle non quotate i patti parasociali acquistano un valore sociale nel momento in cui non vengono rispettati gli obblighi di pubblicità. In tal caso, infatti, i patti perdono il carattere parasociale obbligatorio e costituiscono motivo di impugnazione della delibera.

In tema di patti parasociali all'interno delle società aperte al mercato del capitale di rischio, con delibera n. 15029 del 10 maggio 2005, è stata infatti accertata dalla Commissione l'avvenuta stipulazione, tra la Banca Popolare di Lodi ed altri, varie società e persone fisiche, di un patto parasociale per l'acquisto concertato di azioni della Banca Antoniana Popolare Veneta (quotata in borsa), patto non comunicato né pubblicato a norma dell'art. 122 TUF.

La Consob ha formalmente accertato l'esistenza di un patto parasociale occulto avente ad oggetto sia l'acquisto, concertato tra gli aderenti al patto, di azioni Antonveneta sia l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla Banca stessa; il patto così accertato non era stato comunicato alla

³ Cfr. CARIELLO, *Tutela delle minoranze e accordi parasociali nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 1999, 718 ss.; M. PINTO, *Sulla validità dei sindacati di voto a tempo indeterminato nelle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 1999, 1362 ss.; STESURI, *I patti parasociali nello Schema Draghi*, in *Rev. cont.*, 1999, 30, 36 ss.

Consob, né pubblicato per estratto sulla stampa, né depositato presso il Registro delle imprese (obblighi stabiliti dall'art. 122 TUF, dalla cui inosservanza deriva, anzitutto, la nullità del patto); essendo la Banca quotata in borsa, l'accertamento del concerto ha costituito il presupposto per imporre agli aderenti al patto l'OPA obbligatoria sulla totalità delle azioni della quotata, in quanto il patto stesso ha determinato il superamento della soglia del 30% del capitale (a norma dell'art. 106, c. 1, TUF); sono infatti tenuti a promuovere l'OPA obbligatoria totalitaria, quando raggiungano la soglia (nel caso in esame) del 30% di cui sopra, «*gli aderenti a un patto, anche nullo, previsto dall'art. 122*» innanzi citato, in base a quanto disposto dall'art. 109 TUF (rubricato, appunto, come «*Acquisto di concerto*»). A dire il vero, tale ultima norma non è espressamente richiamata nella delibera Consob, ma, avendo la Commissione accertato l'acquisto concertato, ne costituisce necessariamente un presupposto fondamentale.

La delibera non prevede espressamente altre conseguenze dell'accertamento del patto, tra cui la sospensione dei diritti di voto delle azioni acquistate dai "pattisti", che comunque è conseguenza necessaria dell'inosservanza degli obblighi di pubblicità, a norma dell'art. 122, c. 4, TUF (nonché, in generale per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in caso di mancata dichiarazione del patto in assemblea, ex art. 2341 ter, c. 2, c.c.).

La Consob è intervenuta nell'esercizio della sua funzione istituzionale di vigilanza sui mercati finanziari, che è specificamente rivolta anche ad assicurare la trasparenza del mercato del controllo delle società quotate. I compiti di vigilanza ai fini della trasparenza e della regolarità dei mercati di borsa sono attribuiti alla Consob a norma dell'art. 74 TUF. Secondo l'art. 91 TUF, inoltre, ai fini specifici dell'efficienza e della trasparenza del mercato del controllo societario, la Consob esercita i poteri previsti dalla parte IV del TUF (Disciplina degli emittenti), tra cui quelli in materia di OPA obbligatoria, di patti parasociali e di assetti proprietari in generale. La funzione di vigilanza e i poteri d'intervento della Consob sono stati ampliati con la recente disciplina c.d. *market abuse* introdotta dalla Legge comunitaria, che ha, in particolare, sia allargato il campo dei soggetti destinatari degli obblighi informativi verso la Consob e il mercato e quindi passibili di sanzioni in caso di violazione, sia reso più incisivi gli strumenti di indagine messi a disposizione della Consob per accertare i comportamenti illeciti.

Ex art. 109 TUF, c. 1, («Acquisto di concerto»): «Sono solidalmente tenuti agli obblighi previsti dagli artt. 106 e 108, quando vengano a detenere, a seguito di acquisti a titolo oneroso effettuati anche da uno solo di essi, una partecipazione complessiva superiore alle percentuali indicate nei predetti

articoli: a) gli aderenti a un patto, anche nullo, previsto dall'art. 122 (...)». Secondo l'art. 106 TUF, che interessa nel caso in esame [8] chiunque, a seguito di acquisti di azioni, superi la soglia del 30% del capitale di una società quotata ha l'obbligo di promuovere l'OPA c.d. totalitaria sulle azioni con diritto di voto della stessa società.

Gli aderenti ad un patto parasociale, anche nullo, se superano la soglia del 30% mediante acquisti di concerto, sono tenuti all'OPA obbligatoria. Inoltre, a norma dell'art. 45 Regolamento Consob n. 11971/1999, l'acquisto «*anche di concerto*» è rilevante ai fini del superamento della soglia del 30% anche come acquisto indiretto.

La disciplina normativa in tema di acquisto di concerto rappresenta una significativa novità del TUF, non essendo prevista dalla legge n. 149/1992 tale fattispecie come autonomamente rilevante ai fini dell'obbligo di OPA. Peraltro, un precedente è rappresentato dalla normativa sulle privatizzazioni e precisamente dall'art. 8 L. n. 474/1994, che impone l'obbligo di OPA ai partecipanti a un patto, concluso in qualsiasi forma «*desumibile anche dal comportamento concertato*», che apportino al patto stesso le azioni della "privatizzata" entro due anni dal collocamento per offerta pubblica di vendita. Non si fornisce alcuna definizione dell'acquisto di concerto, ma ci si limita a imporre l'obbligo di OPA a carico di certi soggetti al verificarsi del superamento delle anzidette soglie di capitale per effetto di acquisti a titolo oneroso di azioni⁴.

Sono rilevanti ai fini del concerto i patti che sono nulli perché in violazione degli obblighi pubblicitari previsti dal citato art. 122 TUF o anche quelli eventualmente nulli per violazione di norme imperative (senza entrare qui nel merito della questione dei possibili casi di invalidità rimasti anche dopo la disciplina dei patti introdotta dalla riforma del diritto societario). L'art. 109 impone "solidalmente" a tutti gli aderenti al patto di promuovere l'OPA. Ciascun pattista è quindi soggetto all'obbligo e lo è integralmente nei confronti dei beneficiari dell'OPA, salva ogni convenzione interna tra i pattisti, anche non proporzionale alle rispettive partecipazioni. L'OPA può comunque essere promossa da tutti o da più pattisti congiuntamente, salva

⁴ Cfr. FUMAGALLI, *Le partecipazioni rilevanti e reciproche e i patti parasociali*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario e dell'intermediazione finanziaria*, Padova, 1999, 429 ss., 450 ss.; LISANTI, *La nuova disciplina sui patti parasociali di società quotate dopo il regolamento Consob*, in *Le società*, 1999, 911 ss.; VALENTINO, *L'informativa societaria. La disciplina informativa degli emittenti dopo il Testo Unico della Finanza*, Milano, 1999, 151 ss.; PICCIAU, *Commento agli artt. 122-124 e 207*, in AA. VV., *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*. Commentario, Milano, 1999, 822 ss., 2052 ss.

sempre la ripartizione interna tra essi dei relativi oneri, che però non è opponibile ai destinatari dell'OPA⁵.

La mera stipulazione del patto, in sé considerata, non è condizione sufficiente per far sorgere l'obbligo dell'OPA, essendo necessario anche l'acquisto di azioni della quotata con il conseguente superamento della soglia: l'obbligo sorge anche se gli acquisti sono contestuali alla stipulazione del patto o effettuati nei dodici mesi che la precedono. Quindi è rilevante ogni acquisto effettuato nell'anno precedente, contestualmente o a seguito della conclusione del patto, in qualunque forma. Ai fini del superamento della soglia del 30% devono sommarsi le azioni dei soggetti aderenti al patto di concerto: tutte le loro azioni, comprese anche quelle che i pattisti eventualmente non abbiano conferito al patto, come ha precisato la Consob, essenzialmente in chiave anti-elusiva, con la Comunicazione n. 99024712 del 31 marzo 1999 e ha confermato con le Comunicazioni 38036 del 18 maggio 2000 e 4073976 del 6 agosto 2004.

Ancora, non assume rilevanza la posizione interna al patto di ciascun "concertista", in quanto solo la partecipazione collettiva deve essere considerata per il calcolo della soglia. Ciò premesso, restano comunque controverse (ancor più lo erano con la legge OPA previgente) alcune questioni connesse alle modificazioni all'interno del patto, con l'uscita di alcuni soci e l'ingresso di altri o comunque col passaggio di azioni tra di loro, soprattutto se ciò influisce sul superamento della soglia rilevante.

Viene disposto l'obbligo di OPA se la soglia viene superata a seguito di acquisti effettuati anche da uno solo degli azionisti; la norma non distingue, ai fini del calcolo delle azioni sindacate rilevanti per il superamento della soglia, tra acquisto solitario del singolo pattista e acquisto di tutti o più concertisti. Si pongono tuttavia questioni delicate, nell'applicazione del predetto obbligo solidale, in caso di acquisti fatti da un singolo pattista indipendentemente dalla volontà degli altri.

Il deposito dei patti parasociali eseguito ai sensi dell'art. 14 d.P.R. n. 581 del 1995 presso il Registro delle Imprese in omaggio all'art. 122 TUF deve

⁵ Cfr. PINNARÒ, *I patti parasociali*, in PATRONI GRIFFI, SANDULLI, SANTORO (a cura di), *Intermediari finanziari mercati e società quotate*, Torino, 1999, 771 ss; SANTONI, Commento agli artt. 122-124 e 207, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo Unico della Finanza*, II, Torino, 2002, 1001 ss.; ID., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 195 ss.; COCCIA, *Sindacati azionari: tipologie e obblighi di comunicazione*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, 6, 22 ss.; BASSI, *Nullità sanabile dei patti parasociali viziati da tardivo adempimento* (nota a Trib. Como 31 gennaio 2000), in *Dir. prat. soc.*, 2000, 7, 65 ss.; FAUCEGLIA, *Società con azioni quotate in borsa*, in *Digesto. Sez. Dir. Domm.*, IV, Torino, 2000, 656 ss., 680 ss.; ID., *Patti parasociali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2001, 810 ss., 822 ss.

essere considerato quale mero fatto giuridico, in relazione al quale non è configurabile alcun provvedimento di cancellazione. L'eventuale nullità dei patti parasociali a causa della mancata osservanza del termine di 15 giorni previsto all'art. 122 TUF (che risulta sanabile in esito ad una tardiva effettuazione delle formalità pubblicitarie) risulta insindacabile da parte del conservatore del Registro delle Imprese ed inconferente rispetto ad un provvedimento inteso ad espungere il deposito di detti patti presso il Registro delle Imprese. (Tribunale Como, 31 gennaio 2000)

L'informazione societaria è concetto latamente diverso da quello di previsione, quale evoluzione insuscettiva di fornire dati ed elementi numerici concreti di raffronto e capace di rappresentare modifiche di scarsa importanza ed attendibilità⁶. Per le società quotate la *soft information* acquisisce un ruolo determinante in quanto destinata a rappresentare, in tutto o in parte, all'esterno la situazione economico-finanziaria della società e, di guisa, influenzare le scelte degli investitori. I dati previsionali contenuti negli eventuali piani strategici di cui all'art. 2381, terzo comma, c.c. si collocano in un quadro di riferimento di studi di mercato e di *budget* per essere attentamente analizzati dagli *stakeholders*, al contrario, l'informazione di natura previsionale risulta priva di attualità⁷.

Il ruolo dell'informazione all'interno delle dinamiche sociali è connesso alla concentrazione proprietaria, alla nascita di un mercato per il controllo del capitale e al conseguente fenomeno della contendibilità del controllo. La contendibilità del controllo e il contesto competitivo che essa genera hanno importanti riflessi sulle *performance* dell'impresa. Il controllo sul capitale infatti si ottiene e si perde sul mercato, ed è il mercato appunto a determinare anche il successo o il crollo di una società. La non contendibilità, ovvero la scarsa apertura all'apporto di capitale di rischio da parte di terzi, costituisce un freno alla crescita dimensionale, ma la crescita dimensionale è indispensabile al raggiungimento di economie di scala senza le quali l'economicità della gestione non è più garantita⁸.

⁶ Al riguardo si legga DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 39 e GUIDANTONI, *La riforma societaria e i nuovi obblighi di informativa: le comunicazioni infrannuali*, in *Società*, 2004, 1352.

⁷ Si veda FAUCEGLIA, *Note in tema di rappresentanza nelle società per azioni* (nota a Cass. civ. 9 novembre 1983, n. 6621), in *Giur. comm.*, 1985, II, 482; ID., *Profili del potere degli amministratori in tema di aumento del capitale sociale* (nota a Trib. Palermo 11 ottobre 1983), in *Giur. merito*, 1985, 626; FERRARI, *Opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza* (nota a Cass. 8 novembre 2000, n. 14509), in *Le Società*, 4/3001, 418

⁸ In tema JAEGER, *Dell'obbligo degli amministratori di dichiarare alla CONSOB le proprie partecipazioni*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 635; LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 189; SALAFIA,

I possibili comportamenti scorretti degli amministratori (i c.d. *agent* secondo la teoria dell'agenzia), gli abusi a danno degli azionisti di minoranza, i conflitti tra azionisti di riferimento rappresentano ostacoli al corretto funzionamento degli organi societari e costituiscono intralci alla crescita economica della società⁹.

Raggiunti certi livelli dimensionali, il reperimento di risorse non può più avvenire attraverso l'autofinanziamento o il ricorso al capitale di debito, perciò si impone che la società si rivolga al mercato per attirare i mezzi di cui necessita¹⁰. Gli investitori decidono di acquistare azioni di una società quotata sulla base dei profitti futuri che da questa si aspettano di ottenere¹¹.

L'informazione costituisce nei confronti dei finanziatori una delle garanzie che gli imprenditori possono negoziare per riuscire ad ottenere crediti, evitando forme di ingerenza diretta nel controllo societario; viene a crearsi un evidente nesso di causalità tra esercizio trasparente dell'attività d'impresa ed acquisizione di finanziamenti. Le società quotate saranno incentivate a offrire informazioni che siano chiare e veritiere¹², avvalorate da certificazioni esterne che rafforzano la reputazione aziendale, avendo in cambio di potere minimizzare il costo e i tempi di erogazione del finanziamento.

La divulgazione di informazioni sui progetti che la società ha intenzione di portare a compimento consente di recuperare lo svantaggio nella ricerca dell'equilibrio finanziario migliore, riducendo le asimmetrie informative¹³ per

Durata dell'incarico amministrativo difforme dallo statuto (nota a Trib. Milano 6 marzo 1986), in *Le Società*, 1986, 616 e ID., *L'amministrazione delle società di capitali*, in *Le Società*, 1998, 129; SANTINI, *Proposte per un'assicurazione "all risks" degli amministratori di società*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 465.

⁹ Cfr. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Giuffrè, Milano, 2003, 33; NOVAK - MC CABE, *Information Costs and the Role of the Independent Corporate Director*, in *Corp. Gov. Eur. Rev.*, 2003, 301; ONADO, *Mercati e intermediari finanziari-economia e regolamentazione*, Bologna, 2000, 14.

¹⁰ Per un maggior approfondimento si legga BLANDINI, *Società quotate e società diffuse. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da PERLINGIERI, Napoli, 10 e ss.; TONELLO, *Corporate governance e tutela del risparmio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXV, Padova, 2006, 81 e ss.

¹¹ In argomento si veda COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 1995, 3 e ss.; EASTERBROOK - FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996, 10 e ss.

¹² In tema BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, 20.

¹³ Con l'espressione asimmetria informativa si fa riferimento al fatto che le informazioni sono distribuite in modo e quantità diverse tra i vari soggetti che operano in un determinato contesto. La presenza di asimmetrie informative ostacola il raggiungimento di un ottimo sociale attraverso la libera contrattazione tra le parti. L'asimmetria informativa genera due problemi:

potenziali futuri finanziatori e creditori sociali di guisa che questi vengano indotti a richiedere forme di garanzie sempre minori¹⁴.

Informazione e previsione sono concetti diversi essendo la previsione sganciabile da elementi numerici concreti e tesa a rappresentare evoluzioni di modesta attendibilità, dettate dalla finalità di giustificare al consiglio gli scarsi risultati della gestione fino a quel momento condotta.

l'azzardo morale (*moral hazard*) e la selezione avversa (*adverse selection*). L'azzardo morale si ha quando l'*agent* abusa della mancanza di informazioni del *principal*. Se il *principal* può disporre di informazioni dettagliate sul comportamento dell'*agent*, quest'ultimo farà attenzione a mettere in atto comportamenti scorretti per la paura di essere scoperto. Nel caso dell'azzardo morale, l'*agent* si lascia andare a comportamenti scorretti perché sa che il *principal* non può disporre di abbastanza informazioni per scoprire tali scorrettezze. La selezione avversa si ha quando il *principal*, nello scegliere l'*agent*, non può fare una scelta ottimale perché non dispone di abbastanza informazioni per valutare con precisione le capacità effettive di ogni candidato. La scelta che viene fatta non è ottimale perché esclude, da un lato la scelta peggiore, ma dall'altro anche quella migliore.

¹⁴ A livello comparatistico, Marsh suddivide la *soft information* in tre principali sottocategorie: proiezioni di guadagni futuri (*projections of future earnings*); valutazioni dei cespiti diverse dai valori di bilancio (*appraisals of assets*); giudizi sulla capacità e rispettabilità del management (*evaluations of management*). SCHNEIDER sottolinea il fatto che la *soft information* non è agevolmente definibile e che tra essa esistono molte categorie di informazioni che non esauriscono il genere, tra di esse egli ricorda: proiezioni e previsioni contenute nei piani e nei *budget* della società emittente (proiezioni di vendite, incidenza dei costi operativi in relazione al livello di fatturato, oneri finanziari previsti in relazione agli investimenti futuri, etc...); informazioni relative all'attività futura della compagnia in relazione al suo mercato, dati statistici sui suoi concorrenti (utili per valutare la quota e la forza di mercato della compagnia in esame); valutazioni riguardanti la competenza e l'integrità del *management*; stime sul valore dei beni patrimoniali differenti dai valori ufficiali di bilancio; asserzioni della dirigenza relative alle motivazioni che hanno portato il *management* a prendere determinate decisioni, come l'approvvigionamento di fattori produttivi da altro fornitore o l'interruzione della collaborazione con un consulente esterno, il tutto per fornire al lettore dell'informazione elementi di verifica oggettiva dei comportamenti aziendali. Kripke definisce la politica di trasparenza della SEC una *backward-oriented disclosure* cioè orientata al passato: in essa si trattano solo i fatti che sono solo la base ragionevole su cui effettuare le previsioni del futuro necessarie per determinare il dato di sintesi consistente nel valore della *security*. La conseguenza di tutto ciò significa la soppressione della chiave assoluta dell'informazione di ogni investitore potenziale di valori mobiliari che è rappresentata dalle proiezioni del *management*. Nel normale corso della gestione il *management* oltre a preparare *budget* e formulare proiezioni concernenti risultati economico-finanziari (come vendite, spese e profitti) spesso sviluppa o ha a disposizione molti altri tipi di informazioni prospettiche non riferite specificamente a risultati economico-finanziari ma riguardanti materie come: a) piani per i suoi prodotti, programmi di *marketing*, metodi di finanziamento del personale, strategie generali del *business*; b) piani di espansione, contrazione o ridirezione degli affari; c) piani di acquisizione di altre compagnie; d) informazioni sui beni patrimoniali esistenti che includono proiezioni ragionevoli sul reale valore di essi rispetto a quello iscritto nei libri contabili (*book value*).

L'atteggiamento degli organi delegati, nella prospettiva di stipulazione di patti parasociali, dovrà dunque conformarsi a prudenza, cercando di osservare e rappresentare la prospettiva dell'attività gestionale in termini di probabilità, vale a dire ancorare le previsioni sull'evoluzione gestionale a elementi radicati nella realtà.

Non a caso la norma circoscrive le previsioni degli organi delegati unicamente alla evoluzione prevedibile, a quegli sviluppi cioè che, secondo *l'id quod plerumque accidit* conseguono a un determinato complesso di circostanze di fatto, secondo un metodo che si fonda su elementi gravi, precisi e concordanti e non su astratte e generali considerazioni di natura economica. La norma sembra qui richiamare la proiezione dell'attività gestionale a un postulato intrinseco di razionalità¹⁵.

Il tema in esame è di particolare delicatezza per le società quotate, in quanto la *soft information*¹⁶ è destinata a riversarsi, in tutto o in parte,

¹⁵ ROVELLI, *Limiti alla delega di poteri amministrativi* (nota a Trib. Bologna 10 ottobre 1989 - decr.), in *Le Società*, 12/1989, 1319; SALAFIA, *Durata dell'incarico amministrativo difforme dallo statuto* (nota a Trib. Milano 6 marzo 1986), in *Le Società*, 6/1986, 616; ID., *L'amministrazione delle società di capitali*, in *Le Società*, 2/1998, 129; SANTINI, *Proposte per un'assicurazione "all risks" degli amministratori di società*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 465.

¹⁶ La SEC, in un suo rapporto del 1969, affermava: "Un reale pericolo emerge, dai casi studiati e passati in rassegna dalla Commissione, ed è che alle proiezioni che appaiono nei prospetti e negli altri documenti obbligatori previsti dalla legge sulle *securities* sia accordata una grande misura di validità, rispetto a quella che realmente meritano, dagli *unsophisticated investors*". Da ciò emerge che la SEC nel decidere il proprio orientamento fu influenzata, principalmente, dalla paura che gli investitori potessero dare troppa credibilità alle informazioni *forward-looking*. Schneider critica tale approccio e pone in evidenza il fatto che la Commissione sottovalutò le capacità dei risparmiatori, i quali sono abituati a trattare con la *soft information* attraverso i normali meccanismi dei mercati. Attraverso un'analisi costi/benefici, il beneficio derivante da un maggior grado di informazioni rilevanti nel documento istituzionale adibito alla sollecitazione del pubblico risparmio giustifica il rischio, definito minimo, che alcuni risparmiatori attribuiscono un'alta credibilità alle informazioni *soft*. Quindi in considerazione del fatto che i risparmiatori si rivolgeranno ai *professional* è necessario che il *prospectus* contenga le informazioni rilevanti affinché gli *experts* compiano le valutazioni opportune, anche e soprattutto, per conto dei piccoli investitori. Pur partendo da posizioni dottrinali differenti Kripke e Schneider concordano sul fatto che il *prospectus* debba contenere tutta l'informazione rilevante, così come previsto dal *Securities Act* del '33, e che tra le informazioni rilevanti non possono non essere comprese le rilevazioni *soft* contenute in gran parte nelle previsioni effettuate dal *management*. Su posizioni diametralmente opposte si situa Marsh il quale ritiene che le cosiddette proiezioni del *management* non contengono un giudizio realistico ed imparziale ma rappresentano piuttosto la speranza della gestione, dopo avere scontato tutti gli effetti sfavorevoli. L'autore risulta pertanto essere in sintonia con la posizione della SEC, che ritenne l'inclusione delle proiezioni nel *prospectus* pericolosa per l'investitore che in considerazione della loro obbligatorietà sarebbe portato ad accordare ad esse un elevato livello di autenticità. Altro elemento che influenzò la linea adottata dalla SEC fu quello indicato nel punto sub 2) e

all'esterno della società e a influenzare conseguentemente le scelte degli investitori. Vi sono, da un lato, i dati previsionali contenuti negli eventuali piani strategici di cui all'art. 2381, c. 3, c.c., che si inseriscono in un quadro di riferimento preciso fatto di studi di mercato e di *budget* e che possono essere attentamente analizzati, dall'altro vi è una informazione previsionale non corredata di un supporto fattuale preciso.

2. Influenza dei patti parasociali sul procedimento assembleare: espressione del voto in assemblea e patto parasociale

I sindacati di voto, anche a maggioranza, sono contratti atipici diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, in quanto non contrastino con norme fondamentali societarie; il diritto di voto, infatti, è validamente negoziabile se ed in quanto tale negoziabilità mantenga una mera efficacia parasociale (obbligatoria tra i paciscenti) e non incida in alcun modo sulle regole di funzionamento della società; i patti di sindacato sono vincolanti tra le parti, ma del tutto inefficaci nei confronti dei terzi. Presupposto per affermare la validità dei patti parasociali, quindi, è che il voto espresso in sede assembleare in eventuale violazione del patto non incida in alcun modo sulla validità dell'assemblea stessa; infatti, si devono tenere distinti i patti parasociali, e in particolare le convenzioni sul voto, dalla disciplina legale e statutaria societaria, atteso che i due ordini di disciplina sono reciprocamente indipendenti e ininfluenti¹⁷.

cioè la potenziale responsabilità prevista dal Par. 11 e dalla rule 10b-5 antifrode del *Securities Act* del '33, alla quale sarebbero sottoposti gli emittenti per l'eventuale falsità delle informazioni riportate nel documento informativo. Il Par. 11 del *Securities Act* del 1933 impone responsabilità civile (*civil liability*) sugli emittenti (*issuer*), gli ufficiali e i direttori, gli *underwriters*, i contabili, gli ingegneri e in genere agli altri esperti che hanno contribuito alla redazione del prospetto, nel caso che il *registration statement* contenga informazioni non rispondenti alla verità oppure ometta fatti rilevanti necessari per non dare alle informazioni un significato ingannevole. Qualsiasi persona che ha acquistato una *security*, coperta dal *registration statement*, può chiamare in giudizio l'emittente (e gli esperti che hanno partecipato alla redazione del *prospectus* per le parti da loro curate) per recuperare la differenza tra il prezzo pagato per la *security* (ma non più del prezzo di offerta pubblica) ed il prezzo al quale il possessore può smobilizzare l'investimento (se ancora lo possiede), o il suo valore al tempo in cui lo ha venduto. Sotto il Par. 11 una richiesta fatta da un acquirente può essere rigettata, se l'imputato è in grado di dimostrare che l'acquirente (attore) conosceva la falsità della notizia, o l'omissione all'epoca in cui ha acquistato la *security*.

¹⁷ In arg. Cass. 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 485; Trib. Roma (ord.) 20 dicembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 119, il quale afferma che i patti parasociali «hanno efficacia solo obbligatoria fra i contraenti ed esterna alla società di cui non alterino la struttura

Il formante giurisprudenziale non tende ad ammettere incondizionatamente la validità di pattuizioni che vincolano il libero esercizio del diritto di voto in assemblea da parte del socio, in base alla concezione dell'assemblea di società come luogo nel quale il socio, libero da condizionamenti esterni, deve poter formare la propria volontà, anche in conseguenza della discussione che si sviluppa tra i soci in tale sede; quindi luogo dove i soci non possono presentarsi con maggioranze precostituite, e dove il socio è libero di poter cambiare idea in merito alla decisione da adottare. Pertanto, il socio deve poter non adempiere all'obbligo assunto contrattualmente e nessuno, nemmeno un giudice in via d'urgenza, può impedirgli di conformarsi all'obbligo preventivamente e validamente assunto, non essendo possibile ottenere una esecuzione in forma specifica degli obblighi assunti con le convenzioni di voto¹⁸.

Sulla base del principio di libera ed incondizionata formazione della volontà sociale in sede assembleare, l'illiceità dei sindacati di voto era ricondotta al principio generale secondo cui tutte le norme relative al funzionamento dell'assemblea sociale venivano considerate norme di ordine

ed ordinamento istituzionali»; quindi essi sono validi atteso che «se disattesi, non incidono negativamente sulla validità delle delibere assembleari»; Trib. Napoli 18 febbraio 1997, in *Le società*, 1997, 935, il quale ha affermato non essere ammissibile l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo assunto dai soci con un patto parasociale (occorre peraltro considerare che la decisione in esame si occupa dell'inefficacia - e pertanto della inapplicabilità dell'azione di adempimento in forma specifica dei patti parasociali - non già in termini generali, bensì in relazione ad una fattispecie particolare, nella quale l'attore chiedeva la declaratoria di efficacia del patto, con conseguente azione in forma specifica, nei confronti di un socio che non era parte del suddetto patto. Il principio cardine della decisione, quindi, non è tanto il principio dell'efficacia "obbligatoria" dei patti parasociali, quanto l'incontestato principio dell'inefficacia di un contratto nei confronti di soggetti che ne sono estranei); Trib. Torino 28 aprile 1998, in *Le società*, 1999, 326; App. Milano 24 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1998, c. 2336; Trib. Varese 1 marzo 1999, in *Le società*, 1999, 864, il quale afferma che il patto parasociale deve considerarsi, alternativamente, nullo ovvero valido ma, comunque, «del tutto ininfluenza sul piano assembleare e societario, in quanto afferente al diverso profilo dell'inadempimento di un socio all'obbligo assunto nei confronti di altri soggetti, di esprimere in un determinato modo il proprio voto in assemblea».

¹⁸Si veda RIOLFO, *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione della validità dei patti di sindacato*, in *Contr. impr.*, 2000, 55 ss., 89 ss.; ID., *I patti parasociali*, cit., 195 ss.; TUCCI, *Contratti di collocamento, patti parasociali e nullità sopravvenuta per omessa pubblicità*, in *Le società*, 2000, 860 ss.; MINUSSI, *I patti parasociali nelle società quotate* (nota a Trib. Como 31 gennaio 2000), in *Riv. not.*, 2000, 449 ss.; D'ERRICO, *Commento all'art. 122-124*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, 71 ss.; SEMINO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla disciplina sulla disclosure dei patti parasociali nelle società quotate (deposito dei patti presso il registro delle imprese, regime sanzionatorio di cui all'art. 122 T.U.I.F. e accordi di lock-up)* (nota a Trib. Como 31 gennaio 2000), in *Giur. comm.*, 2002, II, 269 ss.

pubblico economico, e come tali assolutamente inderogabili tra le parti; successivamente, ma lentamente, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la validità dei patti parasociali, in quanto il vincolo del socio opera su un terreno esterno all'organizzazione sociale e non impedisce, perciò, al socio di determinarsi liberamente nell'esercizio del voto in assemblea.

La separazione tra parasociale e sociale rappresenta il fondamento per il riconoscimento della validità dei patti parasociali: in tanto si afferma che i patti parasociali sono validi e meritevoli di tutela, in quanto questi non incidono sul funzionamento della società; ne consegue che non è possibile ottenere alcuna tutela giudiziaria che imponga al parasocio di votare in assemblea secondo quanto previsto a livello parasociale. Infatti, se presupposto per affermare che un sindacato di voto sia valido è affermare la libertà del socio di votare diversamente in assemblea, è chiaro che si è già eliminato in origine il problema di una eventuale tutela reale dei patti parasociali¹⁹.

Il funzionamento assembleare richiede specifiche regole affinché un socio esprima il voto in assemblea: che il socio voti perché si sia liberamente determinato di far ciò in sede assembleare, ovvero che il socio voti perché sia obbligato da un preventivo impegno da lui assunto verso terzi o da un ordine di un giudice, in conformità ad un precedente impegno (volontariamente assunto), non viene meno il funzionamento dell'organo assembleare: un conto è riconoscere il potere dell'assemblea, come organo collegiale, di deliberare sugli oggetti di sua competenza, altro è pretendere che la volontà individuale di coloro che sono chiamati a votare in assemblea si determini incoercibilmente nel momento in cui il voto viene espresso, indipendentemente da eventuali pregressi condizionamenti.

Il diritto di voto nelle assemblee societarie è espressione di un potere finalizzato al perseguimento di interessi personali del socio di carattere economico, di cui il socio può disporre come vuole e se vuole. Il socio può decidere se votare, come votare, se non votare, se astenersi, se disinteressarsi del tutto degli affari societari; nulla di tutto ciò è vietato né esistono norme che vietino al socio di vincolarsi preventivamente all'esercizio del voto in una determinata maniera. Il socio può votare per l'interesse sociale, il socio può decidere di non votare, ovvero di votare a caso; unico limite che ha il socio è quello di non votare per un interesse antisociale.

¹⁹ Cfr. SCHLESINGER, *La disciplina dei patti parasociali nel Testo Unico della finanza*, in AA. VV., *Il governo delle società dopo il d.lgs. 24.2.1998 n. 58*, cit., 190 ss.; RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 840 ss.; CAMPOBASSO, *Voto di lista e patti parasociali nelle società quotate*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2003, 125 ss.

L'art. 2377 c.c. stabilisce che sono legittimati ad impugnare le deliberazioni della società i «*soci assenti o dissenzienti*», ma non precisa se lo sono anche i soci astenuti. I precedenti specifici non sono molti, ma l'opzione recepita nella massima è stata ancora di recente ribadita dai giudici di legittimità. La Corte di cassazione ha affermato che per socio dissenziente deve intendersi, in conformità della *ratio* dell'art. 2377, il socio che abbia negato, in qualsiasi forma manifestata in assemblea, il proprio contributo all'approvazione della deliberazione attraverso il voto contrario o l'astensione, senza che rilevi la motivazione di tali comportamenti, la quale può consistere indifferentemente in una diversa valutazione sul merito della deliberazione rispetto alla maggioranza, ma anche in una mera contestazione della legittimità dell'operato di questa. L'art. 2377 non dà, infatti, alcun rilievo, di per sé, ai motivi del dissenso, ma unicamente alla sua manifestazione. La motivazione svolta dalla Corte è emblematica, in quanto contiene l'esplicito riconoscimento che la lettera della norma non permette di enunciare il principio, ricavato implicitamente, identificando quale scopo della disposizione quello di precludere l'impugnativa soltanto a chi, votando favorevolmente e concorrendo a formare la volontà sociale, non può vantare un interesse all'azione di annullamento²⁰.

La norma che circoscrive la legittimazione ai soli soci assenti o dissenzienti, in una con l'asserito suo carattere eccezionale e con la conseguente impossibilità di farne oggetto di applicazione analogica, giustifica infatti almeno il dubbio che essa possa essere riconosciuta al socio astenuto, data l'impossibilità di ricondurla ad una delle categorie espressamente previste.

I motivi dell'astensione sono infatti giuridicamente irrilevanti e l'astensione, per definizione, manifesta soltanto la volontà di non prendere posizione, dato che, se il socio intende opporsi alla deliberazione, ha a sua disposizione lo strumento del dissenso espresso con il voto contrario. La tesi che afferma la legittimazione del socio astenuto attraverso una piena assimilazione dell'astensione all'assenza è più affidante, ma, in talune configurazioni, incontra significativi ostacoli. Ritenere che il concetto di

²⁰ Cfr. RESCIO, *Dei patti parasociali*, in AA. VV., *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto interno e internazionale*, in *Riv. soc.*, 2002, 1452 ss., ivi, 1458 ss.; ID., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*. Manuale breve, Milano, 2003, 97 ss., ivi, 119 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, XXIX, Padova, 2003, 82 ss.; ID., *Diritto commerciale. L'imprenditore - Le società*, II, Bologna, 2003, 228 ss.; SANTONI, *Commento agli artt. 2341 bis e 2341 ter c.c.*, 223 *undecies att. trans.*, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.*, Torino, 2003, 84 ss.

assenza esprime non soltanto la mancata partecipazione all'adunanza, ma anche l'intervento in assemblea al quale segue l'astensione, implica qualcosa di più di una mera interpretazione estensiva, tenuto conto della diversità del significato dei termini nel linguaggio comune ed in quello giuridico.

Il negozio parasociale è in realtà autonomo, benché collegato secondo un rapporto di accessorietà univoca rispetto al negozio sociale. Mentre il negozio parasociale subisce gli effetti delle vicende sociali - ad esempio non assume efficacia fin tanto che la società non venga in essere e vien meno con il suo scioglimento - non può affermarsi il reciproco.

Il negozio sociale non risente, tranne che in casi particolari, degli effetti del negozio parasociale, poiché la società è soggetto giuridico autonomo rispetto ai propri soci e presenta un meccanismo di formazione della volontà che, quantomeno per le società di capitali, è disciplinato per legge ed è, per certi aspetti, non disponibile.

È proprio tale peculiarità del rapporto tra negozio sociale e parasociale che, a prescindere dalla validità dei secondi, mina la possibilità di una esecuzione forzata degli stessi quando essa presupponga una manifestazione di volontà della società o dei suoi organi. La fattispecie in esame appartiene ad uno di tali casi ed infatti l'attuazione del patto necessitava addirittura una modifica statutaria e quindi, secondo l'art. 2252 c.c., il consenso di tutti i soci, se non convenuto diversamente.

Altra è l'ipotesi in cui il patto parasociale si risolva in impegni rimessi alla sola disponibilità dei soci coinvolti, ad esempio investendo il regime di circolazione delle partecipazioni, nel qual caso non si pone il problema di un riflesso sulla struttura organizzativa della società né di un'efficacia *erga omnes* del vincolo, se non secondo il modello canonico della tutela del contraente di buona fede, e conseguentemente sono esperibili anche azioni per l'esecuzione forzata delle obbligazioni assunte dalle parti²¹.

Si riconosce la piena validità di un patto con cui i soci si impegnino a votare in un determinato modo in relazione alle future assemblee della società (nella specie con riferimento alle nomine delle cariche sociali) confermando che non è rinvenibile nel sistema del diritto societario un principio di indisponibilità del voto al di fuori della sede assembleare; ancora, si disattende

²¹ In tema RIOLFO, *I patti parasociali*, Padova, 2003, 268 ss.; MANFEROCE, *Commento agli artt. 2341 bis e 2341 ter c.c.*, in BERTUZZI - MANFEROCE - PLATANIA (a cura di), *Società per azioni. Costituzione, Patti parasociali, Conferimenti* (artt. 2325-2345 c.c.), Milano, 2003, 130 ss.; a cura di OLIVIERI - PRESTI - VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, Associazione Disiano Preite, Bologna, 2003, 37 ss.; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e 6*, Milano, 2003, 44 ss.

il noto argomento, secondo il quale i patti parasociali - sindacati di voto comporterebbero il permanente svuotamento dell'assemblea: al riguardo la sentenza ha ritenuto che il vincolo nascente dal patto di sindacato opera su un terreno che è esterno a quello dell'organizzazione sociale (dove, appunto il carattere parasociale del patto) e non impedisce in alcun modo al socio di determinarsi all'esercizio del voto in assemblea, come meglio egli creda, sicché il funzionamento dell'organo assembleare non è in questione.

Si rileva che la tesi di una incompatibilità di principio tra l'ordinamento societario e gli accordi parasociali destinati a disciplinare l'esercizio del diritto di voto in assemblea è ormai davvero improponibile alla luce della più recente legislazione che allude ormai con tale e tanta frequenza al caso di patti di sindacato aventi ad oggetto l'esercizio del voto in assemblea. Non si rinviene un momento finale del patto parasociale nel termine finale della società, stante l'eccedenza della prevista durata della società rispetto alla vita fisica dei firmatari dell'accordo.

Il diritto di voto è espressione di un diritto patrimoniale del socio: caduto il dogma della non negoziabilità del voto, poiché si riconosce che il voto è un diritto personale del socio attribuitogli dalla legge per il perseguimento del suo esclusivo interesse, si è osservato che non è più possibile capire perché mai non dovrebbe valere, non già una supposta incoercibile libertà di voto, comportante l'inammissibilità di qualsiasi vincolo preventivo all'esercizio del voto, bensì, il principio generale che riconosce al singolo piena libertà negoziale²².

Se si riconosce il principio che il voto è in funzione di un interesse personale e patrimoniale del socio (più precisamente quello di tutelare e gestire la sua partecipazione purché non in conflitto con l'interesse della società), ne discende che, nell'esplicazione della sua libertà negoziale, il socio può disporre liberamente dell'esercizio del voto e ai patti dispositivi di tale diritto si applicheranno i principi generali in tema di obbligazioni e contratti. Altro fondamento alla tesi della disponibilità del voto è offerto dalle norme in tema di pegno e usufrutto (art. 2352 c.c.) e di contratto di riporto (art. 1550 c.c.).

²² In tema OPPO, *I patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 215 ss.; ANDREOLI, *Recesso dai patti parasociali in caso di lancio di un'Opzione su società quotata e utilizzo del Trust*, in ANDREOLI (a cura di), *Il governo delle società dopo il d.lgs 24.2.1998 n. 58*, Padova, 2002, 3 ss.; ATELLI, *Commento agli artt. 122-124 e 207*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1998, 661 ss., 1115 ss.; BALZANO - FIORE, *I patti parasociali*, in *Lavori preparatori per il testo unico della finanza. Diritto societario*, in *Quaderni di finanza Consob. Studi e ricerche*, 29, Roma, 1998, 28 ss.

Atteso che il patto parasociale è un vincolo obbligatorio valido in quanto su un piano diverso, esterno rispetto all'organizzazione sociale, fuori dall'assemblea può formarsi la volontà dei soci sindacati, non quella della società che è espressione del congegno assembleare. Ciò che interessa al sistema del diritto societario è che il procedimento assembleare si svolga secondo le regole codicistiche, a norma delle quali la volontà individuale dei soci sia espressa (personalmente o a mezzo di rappresentante) nell'assemblea, quale strumento per formazione della volontà sociale; l'assemblea è infatti il luogo dove i voti e le maggioranze si esprimono, non quello dove ciascun socio debba necessariamente maturare il suo orientamento sull'esercizio del voto. Perché possa dirsi legittimamente formata la volontà della società è cioè necessario e sufficiente che le regole della disciplina formale delle assemblee siano state rigorosamente osservate.

Il principio maggioritario, non presuppone quindi che la volontà maggioritaria debba formarsi esclusivamente nella sede assembleare. Diversamente, sarebbero invalidi i voti espressi nel caso di azioni in comunione o possedute da una *holding*. Ed invero anche nel caso di azioni in comunione, il voto unitario espresso dal rappresentante comune per tutti i comunisti potrebbe rappresentare il risultato di una deliberazione dei comunisti stessi²³.

3. (segue) ... Patti parasociali e associazioni di azionisti

In tema di patti parasociali e fenomeno dell'associazionismo degli azionisti, l'art. 136, c. 1, lett. e), TUF definisce raccolta di deleghe la richiesta di deleghe di voto effettuata dall'associazione ed indirizzata esclusivamente ai membri dell'associazione stessa. Al contrario della sollecitazione delle deleghe, la quale, attraverso la contemporanea opera di un committente e di un intermediario, si rivolge alla generalità degli azionisti, la raccolta mira ad agevolare l'esercizio del diritto di voto da parte dei piccoli azionisti che si siano già coalizzati.

Lo scopo delle associazioni è, quindi, in assoluta coerenza con i principi contenuti nella legge delega, quello di incentivare l'aggregazione degli azionisti-risparmiatori e incrementare gli strumenti di garanzia, e di controllo della gestione, a disposizione delle minoranze.

²³ Cfr. MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 3 ss.; RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Le società*, 2003, 19 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*. II, Padova, 2003, 97 ss.

La disciplina applicabile alle associazioni di azionisti è contenuta essenzialmente negli artt. 141 ss. TUF e negli artt. 17 e 18 Reg. Viene disposto che la raccolta di deleghe può essere effettuata solo dalle associazioni che: sono costituite attraverso scrittura privata autenticata; non esercitano alcuna attività di impresa, salvo quelle direttamente strumentali al raggiungimento dello scopo associativo; e sono composte da almeno cinquanta persone fisiche (sono quindi esclusi gli investitori istituzionali), ciascuna delle quali deve essere proprietaria di un quantitativo di azioni non superiore allo 0,1% del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto. Le deleghe di voto possono [68] essere conferite dagli azionisti attraverso la compilazione di un modulo di delega che viene diffuso tra gli associati. La delega viene rilasciata ai legali rappresentanti dell'associazione, i quali devono esercitare il voto secondo le indicazioni fornite dall'associato nel modulo. È infatti previsto che l'associazione possa votare in assemblea in modo divergente²⁴.

L'art. 141, c. 2, dispone che alle associazioni di azionisti che svolgano la raccolta delle deleghe non si applicano i commi 3 e 4 dell'art. 122 TUF, i quali prevedono, rispettivamente, la nullità dei patti parasociali «*non pubblicizzati*» e la sterilizzazione dei diritti di voto inerenti alle azioni quotate per cui non sono stati adempiuti gli obblighi pubblicitari previsti nel comma 1 dell'art. 122; le associazioni di azionisti ex art. 141 TUF, che non comportano l'esistenza di un patto parasociale tra gli associati, devono pubblicare, secondo le modalità previste dall'art. 14 Reg., un estratto contenente alcune informazioni essenziali sull'associazione (nome della società i cui azionisti aderiscono all'associazione; numero degli associati e percentuale di capitale rappresentata dalle azioni dagli stessi possedute; scopo, modalità di funzionamento e durata dell'associazione; requisiti e modalità per aderire all'associazione). Inoltre, a scadenza annuale, ossia entro sette giorni dalla pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea di bilancio della società, le associazioni devono trasmettere alla società stessa un elenco contenente l'indicazione aggiornata delle generalità degli associati, del numero delle azioni da essi possedute e delle percentuali di capitale da queste rappresentata.

²⁴ Cfr. FAUCEGLIA, *Società con azioni quotate in borsa*, in *Digesto. Sez. Dir. Domm.*, IV, Torino, 2000, 656 ss., 680 ss.; ID., *Patti parasociali*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2001, 810 ss., 822 ss.; RIOLFO, *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione della validità dei patti di sindacato*, in *Contr. impr.*, 2000, 55 ss., 89 ss.; ID., *I patti parasociali*, cit., 195 ss.; TUCCI, *Contratti di collocamento, patti parasociali e nullità sopravvenuta per omessa pubblicità*, in *Le società*, 2000, 860 ss.; MINUSSI, *I patti parasociali nelle società quotate* (nota a Trib. Como 31 gennaio 2000), in *Riv. not.*, 2000, 449 ss.; D'ERRICO, *Commento all'art. 122-124*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, 71 ss.

L'unico adempimento che non viene richiesto rispetto ai patti parasociali è, quindi, il deposito presso il registro delle imprese. Per il resto, anche le associazioni di azionisti saranno soggette a precisi obblighi di *disclosure*, il cui rispetto consentirà la conoscibilità di queste forme di coalizione da parte del pubblico degli investitori oltre che da parte degli organi di vigilanza del mercato (Consob e società di gestione del mercato). Appare singolare che si prevedano obblighi senza fissare delle sanzioni che possano funzionare da deterrente e, quindi, favorire il rispetto delle prescrizioni in materia di pubblicità. L'analisi della disciplina in materia di associazioni di azionisti evidenzia, dunque, un trattamento normativo più mite rispetto a quanto accade per i patti parasociali. Questa osservazione rende quanto mai decisivo tracciare una linea di confine fra i due istituti.

Occorre stabilire quando un'associazione comporta l'esistenza di un patto. Secondo autorevole dottrina, la libertà degli associati di conferire la delega e la previsione del voto divergente escludono che l'associazione di azionisti possa essere configurata come un sindacato di voto a maggioranza. Si riconosce che si è pur sempre in presenza di accordi aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di voto e che, quindi, le associazioni andrebbero sottoposte agli obblighi di pubblicità fissati per i sindacati di voto.

Il conferimento delle deleghe non incide in maniera rilevante sugli assetti di potere all'interno della società, così come può accadere per un sindacato di voto; il socio-associato conserva la facoltà di non conferire la delega (e quindi, ad esempio, di recarsi personalmente in assemblea per votare o di non votare affatto); inoltre, come già sottolineato in precedenza, una norma imperativa richiede che l'associazione eserciti il voto nel senso indicato dal socio nel modulo di delega.

4. Strumenti alternativi alla stipula di patti parasociali e protezione e dell'integrità del capitale e del patrimonio sociale

In tema di applicazione di strumenti giuridici alternativi per produrre i più rilevanti e diffusi effetti tipici dei patti ed in particolare la possibilità di governare l'assemblea, la possibilità di controllare la gestione attraverso l'approvazione dei bilanci annuali, la possibilità di nominare e revocare a piacimento l'organo amministrativo, di certo, il più semplice strumento per la formazione di un efficace vincolo per una gestione parasociale di titoli di partecipazione è rappresentato dalla costituzione di un pegno sul pacchetto di

titoli che permetta il controllo della società obiettivo, a favore di un soggetto terzo rispetto agli originari proprietari, o possessori, dei titoli stessi.

Il pegno di titoli consiste in un contratto di garanzia ad efficacia reale, comportando lo spossessamento del proprietario delle azioni a favore del soggetto a cui favore è costituito il pegno; in pratica esso si attua con l'iscrizione del pegno sul titolo e nel libro soci. Inoltre rappresenta un contratto che può essere sottoposto a condizione ed a termine. Il pegno di azioni è uno strumento abbondantemente utilizzato nella prassi ed ha ricevuto una disciplina legislativa dall'art. 2352 c.c. che ne regola gli aspetti più eclatanti: in particolare il codice stabilisce che il diritto di voto sulle azioni date in pegno spetta al prenditore del pegno, mentre i diritti e gli obblighi a contenuto prettamente patrimoniale rimangono in capo al socio datore del pegno.

Nella strutturazione del tipo, il soggetto che riceve in pegno i titoli potrebbe essere una società di capitali costituita dai soci della società *target* con percentuali di partecipazione che non necessariamente devono rispettare le percentuali di possesso nel capitale della società *target*. I risultati immediati dell'utilizzo del modello del pegno su titoli sono: la durata del vincolo può essere sottoposta alla scadenza di un termine ovvero ad una condizione risolutiva; il pegno può essere costituito in modo che non incida sull'aspetto patrimoniale della proprietà delle azioni; il pegno, con l'effettuazione dell'iscrizione sul titolo e nel libro soci, avrebbe efficacia reale; il costo globale dell'operazione potrebbe essere limitato²⁵.

Simile allo strumento del pegno di azioni, si configura l'usufrutto sui titoli. Anch'esso è esplicitamente considerato dal legislatore (cfr. art. 2352 c.c.) e frequentemente utilizzato nella prassi. L'usufrutto è un diritto di godimento su beni che permette di godere della cosa altrui con l'obbligo di rispettarne la destinazione economica. Si può costituire mediante un contratto ed ha necessariamente durata limitata nel tempo. L'utilizzazione dello strumento, ai fini di cui qui si tratta, si estrinsecerebbe nella concessione in usufrutto del pacchetto di controllo dei titoli della società *target* da parte dei soci di questa ad una società veicolo all'uopo costituita. Per la struttura e la gestione della società veicolo varrebbero le considerazioni svolte per quanto riguarda il pegno e così anche per quanto riguarda le considerazioni finali; tuttavia, a differenza del pegno, la costituzione dell'usufrutto potrebbe rivelarsi più onerosa.

²⁵ In tal senso cfr., la risalente dottrina: BONELLI, *Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 142; VIVANTE, *Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 173; LA LUMIA, *La cessione ed il vincolo del diritto di voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 68.

Ancora, altro strumento alternativo è il contratto di riporto, in cui il proprietario trasferisce ad un altro soggetto la proprietà di una data quantità di titoli per ottenerne in corrispettivo un prezzo; contestualmente il soggetto che acquista la proprietà di detti titoli si impegna a ritrasferire all'originario proprietario altrettanti titoli del medesimo genere alla scadenza di un termine. Il contratto di riporto è un contratto tipico del mercato mobiliare, con fini che originariamente sono o speculativi (vendita/acquisto a termine, autofinanziamento mediante concessione di garanzia reale), o strategici (assunzione temporanea di un certo numero di diritti di voto o del controllo); il modello del riporto potrebbe configurare la seguente fattispecie: i soci, interessati all'accordo extrasociale allo scopo di controllare la società obiettivo, stipulerebbero con una società veicolo un contratto di riporto avente ad oggetto i titoli che garantiscono il controllo della società obiettivo; il prezzo iniziale e finale del riporto sarebbero identici se il termine del riporto fosse inferiore ad un esercizio sociale o vi fosse un accordo tra i partecipanti alla non distribuzione di dividendi per la durata del contratto di riporto.

La disciplina della comunione, per espressa disciplina legislativa, è ampiamente dispositiva, con la sola eccezione del divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.) che, pur dettato con riferimento alla società, è ritenuto divieto di ordine generale, e dell'obbligo della determinazione delle quote (art. 1101 c.c.). L'applicazione dell'istituto della comunione alle azioni è previsto esplicitamente dallo stesso legislatore con l'art. 2347 c.c., che disciplina il caso particolare della comunione su una azione, e si ritrova in diversi precedenti giurisprudenziali. Per il suo carattere largamente dispositivo, lo strumento della comunione sul bene, rappresentato dal pacchetto azionario di controllo (di diritto o di fatto) dell'assemblea della società obiettivo, potrebbe dunque rivelarsi una valida alternativa sia al patto parasociale che agli strumenti alternativi sopra indicati. All'atto della costituzione della comunione, effettuata la ripartizione delle quote, potrebbe essere formato un regolamento di amministrazione (più elastico di quello tipico della struttura societaria) ovvero potrebbe essere creata la figura dell'amministratore della comunione determinandone i poteri e gli obblighi ai sensi dell'art. 1106 c.c.

In termini di modalità di esercizio del controllo societario, nella visione del fenomeno parasociale, sussistono varie ipotesi in cui si ottiene acquisizione del controllo. La possibilità di esercizio di controllo si può verificare mediante l'acquisto di partecipazioni di minoranza, situazione questa che non può di per sé conferire il controllo su un'impresa, tuttavia, la situazione di controllo si potrebbe verificare laddove la partecipazione di minoranza conferisca diritti di voto maggioritari. Altre ipotesi di controllo societario possono verificarsi mediante l'acquisto di partecipazioni paritetiche

o di maggioranza, ovvero mediante acquisto di partecipazioni incrociate tra imprese concorrenti²⁶.

L'acquisizione del controllo avviene anche mediante contratti, vale a dire attraverso i contratti di fornitura, di finanziamento, come ad esempio il conferimento al finanziatore della possibilità di esercitare un potere di controllo, ossia di approvare certe attività, o il diritto di nomina di alcuni consiglieri di amministrazione; attraverso contratti di licenza o di *franchising*, attraverso i patti parasociali, o mediante i contratti di affitto o di usufrutto d'azienda, i contratti di pegno. Infine, il controllo può verificarsi attraverso altri rapporti giuridici e mediante qualsiasi altro mezzo, ovvero allorché viene esercitato un tipo di controllo di fatto, che possa influenzare in modo determinante l'attività di un'impresa²⁷.

In merito ai soggetti che acquisiscono il controllo, il dato normativo appare alquanto lato, comprendendo i soggetti che siano titolari di diritti o beneficiari di contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici oppure coloro che, pure non essendo titolari, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano. Si evidenzia la finalità di individuare i collegamenti tra società pregiudizievoli ad un funzionamento normale dell'impresa societaria. Di guisa, la nozione di controllo rappresenta una categoria finalizzata alla protezione dell'integrità del capitale e a mantenere l'alterità tra gli amministratori e l'assemblea. Attraverso la definizione del controllo nell'ordinamento, si intende conciliare la tutela dei diritti del controllante con le garanzie dei soggetti che hanno relazioni con l'impresa. Si è ampliato il concetto di controllo societario, passando dal mero legame partecipativo

²⁶ La codificazione del quarantadue, attesa la preoccupazione di evitare che dell'organizzazione di gruppo si abusasse per realizzare alterazioni dell'integrità patrimoniale della società controllante, si era limitata a precisare il concetto di controllo societario, per poter così vietare la sottoscrizione e introdurre limiti all'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata. Il vuoto normativo relativo agli altri aspetti del fenomeno non ha però impedito il farsi strada dell'idea che anche nel nostro ordinamento, così come in quello tedesco, il mero controllo societario non fosse sufficiente a creare un gruppo entro il quale l'azione delle singole imprese potesse essere coordinata in funzione della realizzazione del superiore interesse comune. A tal fine sarebbe stato necessario il raggiungimento, finanche *per facta concludentia*, di un accordo avente ad oggetto l'attribuzione alla controllante di un potere di direzione unitaria sulle società controllate.

²⁷ Ancora, sempre con accuratezza e profondità di indagine, SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 195 ss.; ID., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in ABBADESSA – PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 945; SPADA, *Diritto commerciale, II, Elementi*, Padova, 2006, 162.

diretto a quello indiretto e introducendo gli obblighi di comunicazione di partecipazioni rilevanti, attraverso un regime di trasparenza sulle relazioni di controllo²⁸.

Attesa l'improponibilità dell'ammissibilità dei *Beherrschungsverträge* di diritto tedesco, con l'introduzione della specificazione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento sono presenti elementi dai quali si può dedurre la validità dei contratti di dominio debole, *rectius*, contratti di direzione e coordinamento di gruppo.

Occorre, allora, rilevare che la direzione unitaria può imputarsi esclusivamente a società o enti, non a persone fisiche. Attesa l'imputabilità a enti che esercitino l'attività di direzione per fini non imprenditoriali (fondazioni, enti pubblici, enti territoriali), si deve sottolineare che il legislatore ha inteso circoscrivere i soggetti di imputazione dell'attività di direzione ad organizzazioni, con esclusione delle persone fisiche. La volontà del legislatore è confermata dal decreto legislativo di coordinamento e di modifica (d.lgs. n. 37/2004), che ha sostituito, al primo comma dell'art. 2497-*bis*, la proposizione *la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento* con la proposizione *la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta*.

²⁸ La riforma societaria, anche senza dare un'esplicita definizione del fenomeno del gruppo e per lo più preferendo a tale espressione la locuzione «attività di direzione e coordinamento», per la prima volta ne ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina dotata di qualche sistematicità. Il Capo IX del titolo V del libro V del codice civile regola oggi il regime di pubblicità al quale sono soggette le società appartenenti al gruppo (art. 2497-*bis* c.c.), sancisce l'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dalla direzione unitaria (art. 2497-*ter* c.c.), fissa le ipotesi in cui al socio di società eterodiretta è consentito recedere (art. 2497-*quater* c.c.), disciplina la sorte dei finanziamenti intragruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.), costruisce un sistema di presunzioni circa l'esistenza del gruppo (art. 2497-*sexies* c.c.), ma anzitutto regola la responsabilità della capogruppo per abuso di direzione unitaria. L'art. 2497 c.c., precisamente, *i*) impone alla capogruppo di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società controllate; *ii*) sanziona la violazione di queste regole di condotta con la responsabilità risarcitoria nei confronti dei soci e dei creditori della società eterodiretta; *iii*) e tuttavia esclude tale responsabilità «quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Che la stipulazione di contratti che impongano agli amministratori delle controllate di eseguire ogni disposizione proveniente dalla capogruppo, incluse quelle destinate ad arrecare un danno in alcun modo neutralizzabile, sia inammissibile è fuor di dubbio. Ciò dipende dal fatto che l'art. 2497 c.c., diversamente dai §§ 300 e ss. *AktG*, non riconosce alla capogruppo il potere di disporre della causa lucrativa delle controllate né, conseguentemente, modifica il regime di responsabilità degli amministratori di società soggette all'altrui direzione unitaria, sottraendo questi ultimi all'applicazione delle regole di cui agli artt. 2392 ss. c.c.

Si consideri come anche il termine *chi* del secondo comma dell'art. 2497-*sexies*, ora traslato nel nuovo art. 2497-*septies*, è stato sostituito dalla formula *società o all'ente* che esercitano attività di direzione e coordinamento di società. Appare, di guisa, chiara la tendenza normativa indirizzata nel senso di circoscrivere alle società (e agli enti) la rosa dei soggetti a cui può essere imputata l'attività di direzione unitaria, anche se, il generico *chi* è rimasto nel testo dell'art. 2497-*quinquies*, che disciplina i finanziamenti intragrupo. La persona fisica poi potrebbe essere chiamata in responsabilità da concorso (art. 2497, c. 2, c.c.)²⁹.

Ma, allora, se la strada ermeneutica intrapresa è corretta, laddove il dato normativo si riferisce genericamente a società, possono configurarsi come soggetti di imputazione dell'attività di direzione unitaria: (i) società di persone commerciali regolari; (ii) società di persone commerciali di fatto o occulte; (iii) società semplici, a meno che si ritenga, ma il punto è controvertibile, che l'attività di direzione debba configurarsi non solo come attività d'impresa ma anche come attività d'impresa commerciale³⁰.

Atteso che nell'ambito di uno stesso gruppo possano esistere più attività di direzione e coordinamento³¹, con diversi centri di imputazione, ma pur

²⁹ Cfr. DI MAJO, *Direzione e coordinamento qualificano le holding. Gruppo "responsabile"*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 agosto 2006, 41; ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 247 ss.; FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 1197 ss.; FERRO LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. not.*, 2002, I, 276; FIGÀ TALAMANCA-GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1189 ss.

³⁰ Cfr. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229 ss.; ID., in NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Commentario delle società di capitali*, vol. 3, Napoli, 2004, 1853 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 154 ss.; CENSONI, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in BONFATTI-FALCONE (a cura di), *Il rapporto Banca-Impresa nel nuovo diritto societario. Atti del convegno di Lanciano 9-10/5/03, Quaderni di Giur. comm.*, 2004, 233 ss.; CERA, *Capogruppo bancaria e nuovo diritto societario. Prime valutazioni*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2004, 176 ss.; COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 379; COVELLI-SIMONETTI-CAPPIELLO, *sub art. 2497 ss.*, in BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, , 1199; DACCÒ-TATOZZI, *sub art. 2497*, in CIAN – TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, 2939 ss.; D'ALESSANDRO, *Società per azioni: linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario. Atti del Convegno di Courmayeur del 27 settembre 2002*, Milano, 2003, 42.

³¹ In tema si veda GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, vol. 29, Padova, CEDAM, 2003, 163 ss.; GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 1, Torino, UTET, 2006, 50.

sempre, almeno in via di presunzione, unisoggettivi, le norme che si riferiscono al soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, impiegano sempre l'espressione *la società o l'ente* che esercita attività di direzione e coordinamento [cfr. art. 2497, c. 3; art. 2497-bis, c. 1; art. 2497-bis, c.4; art. 2497-quater, c.1, lett. a); art. 2497-sexies; art. 2497-septies].

Si rifletta: la formula linguistica utilizzata - *le società o gli enti* - sembra, correttamente, impiegata ove, effettivamente, si intende individuare la categoria dei soggetti controllanti. Ne deriva, a modo di corollario giuridico, che il principio di imputazione unisoggettiva della direzione unitaria pare operare soltanto come presunzione *juris tantum*. Atteso che il corpo normativo in materia di controllo societario risulta ancorato ad elementi di fatto, oltre che, come detto, a presunzioni, occorre notare come in tema possono rilevare i patti parasociali. La disciplina ad essi riservata, sia nel TUF. [art. 122, c. 5, lett. b)] sia nella riforma del diritto societario [art. 2341-bis, c.1, lett. c)], contempla, oltre alle altre ipotesi, l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante.

5. Clausole di trascinamento di partecipazione sociale: *tag e drag along*

Attraverso la clausola di *tag along* (*take along* o *piggy back*), ad alcuni soci, usualmente di minoranza, viene riconosciuto il diritto di cedere una quota della propria partecipazione proporzionalmente uguale a quella posta in vendita dal socio di maggioranza, alle stesse condizioni pattuite con l'acquirente.

Di norma, si prevede che il diritto di covendita possa essere esercitato in alternativa a quello di prelazione, e che, qualora il diritto di covendita sia esercitato, il socio di maggioranza sia tenuto a che il terzo acquirente acquisti, allo stesso prezzo offerto *pro quota*, anche le partecipazioni dei soci che abbiano esercitato il diritto. Altresì, si prevede che, qualora ciò non sia possibile, il socio di maggioranza sia tenuto, alternativamente, a ridurre la partecipazione oggetto del trasferimento al terzo in misura tale da permettere agli altri soci di partecipare alla vendita, oppure di acquistare egli stesso le partecipazioni dei soci che abbiano esercitato il diritto, oppure, come ultima *ratio*, di astenersi dal porre in essere il trasferimento prospettato³².

³² In tal senso cfr., la risalente dottrina: G. BONELLI, *Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 142; VIVANTE, *Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 173; LA LUMIA, *La cessione ed il vincolo del diritto di voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 68.

Invece, la clausola di *drag along* (*come along, bring along* o patto di trascinamento) attribuisce il diritto ad un socio, generalmente, anche se non necessariamente, di maggioranza, di negoziare la vendita non solo della propria partecipazione, ma anche di quella di altri soci, i quali, per contro, si obbligano a cedere le proprie partecipazioni al terzo con il quale il socio venditore abbia raggiunto l'accordo, alle medesime condizioni contrattuali ed al medesimo prezzo *pro quota*, attesa la possibilità per i soci di esercitare il diritto di prelazione sulla partecipazione del socio di riferimento, laddove tale diritto sia previsto a livello statutario ovvero parasociale. Tale clausola è presente laddove venga effettuata una acquisizione per effetto della quale risulti una società partecipata da una pluralità di investitori. La funzione della clausola di *drag along* consente, in definitiva, al socio finanziario, anche se detentore di una partecipazione di minoranza, di monetizzare la propria quota del premio di maggioranza e, di guisa, di ottenere migliori condizioni nella negoziazione, stante la possibilità per l'acquirente di ottenere l'intero capitale sociale³³.

Come afferma la recente giurisprudenza, la clausola di covendita (cd. *drag along*, in base alla quale il socio ha il diritto di procurare la vendita al terzo delle azioni dell'altro socio) i) non viola il principio di eguaglianza delle azioni appartenenti alla stessa categoria; ii) non è assimilabile al diritto di riscatto e non deve pertanto assicurare *ex ante* la certezza di una valutazione equa o non inferiore a quella garantita dalla norma sulla liquidazione delle azioni dei recedenti.

Di risulta, il recepimento a livello statutario di una clausola di *drag along* non contrasta con il carattere capitalistico delle s.p.a. per il fatto di costituire attribuzione di un diritto speciale ad un singolo azionista, purché il diritto di trascinamento possa spettare a chiunque si trovi a raggiungere una determinata soglia di partecipazione al capitale sociale. Ed, allora, condizione primaria di validità della clausola statutaria di *drag along* è che questa sia compatibile con il principio di un'equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa, dunque che non determini in concreto un effetto espropriativo della

³³ CARBONETTI, *I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo unico della Finanza*, in *Riv. soc.*, 1998, 909 ss.; CHIAPPETTA, *I patti parasociali nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1998, 988 ss.; KUSTERMANN, *Osservazioni sui patti parasociali dopo la riforma Draghi*, in *Le società*, 1998, 910 ss.; FICO, *I patti parasociali dopo la "riforma Draghi"*, in *Dir. prat. soc.*, 1998, 3, 15 ss.; SALAFIA, *I patti parasociali nella disciplina contenuta nel d.lgs. 58/1998*, in *Le società*, 1999, 261 ss.; CARIELLO, *Tutela delle minoranze e accordi parasociali nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 1999, 718 ss.; PINTO, *Sulla validità dei sindacati di voto a tempo indeterminato nelle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 1999, 1362 ss.

differenza tra il valore effettivo della partecipazione e il valore convenzionalmente fissato per il trasferimento. Ciò implica che, in concreto, essa dovrebbe garantire che sia offerto al socio costretto alla dismissione almeno il valore che gli sarebbe spettato in caso di recesso determinato secondo quanto stabilito nell'art. 2437 ter, commi 2 e 4 c.c.

CLAUSOLA *CLAIMS MADE*: CIRCOLAZIONE PARZIALE DI UN MODELLO NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ITALIANA

Andrea Borroni

Ricercatore in Diritto privato comparato nella Seconda Università di Napoli

Il presente saggio si occupa della recezione nel nostro sistema giuridico della clausola “claims made”-tipica dei contratti di assicurazione - che, formulata nell’alveo del “Common Law” e specificatamente nella prassi statunitense, è circolata raggiungendo anche gli ordinamenti di Civil Law.

L’adozione di tale clausola ha rappresentato una rivoluzione nel tradizionale sistema di responsabilità civile caratterizzato dal principio fissato dall’articolo 1917 c.c. di loss occurrence.

Quindi, il saggio, dopo aver analizzato la genesi e le differenze operative dei due modelli, ripercorre le reazioni dei formanti a tale tentativo di innesto riscontrando una certa apertura della dottrina ed un atteggiamento più prudente della giurisprudenza che ne ha limitato il pieno accoglimento.

The present essay deals with the incorporation of the ‘claims made’ clause into Italian laws; such clause, which traditionally belongs to the domain of insurance contracts, has been developed by the Common Law tradition, and specifically by the U.S. legal praxis, and, subsequently, has circulated among the various legal systems, until it has reached also Civil Law systems.

The adoption of this clause has subverted the traditional pattern of civil liability which was characterized by the principle of ‘loss occurrence’ set forth in art. 1917 of the Civil Code.

So, this essay, after having examined the genesis and the operational differences between the two models, recalls the reactions of the legal formants to the transplant attempt and underlines that the legal theory has shown a more open attitude towards it, whereas, the case law has taken a more prudent stance which in the end has restricted the clause’s full acceptance.

Sommario:

1. Premessa
2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile tradizionale o *loss occurrence*
3. Origine della clausola e modifica dell’oggetto del contratto
 - 3.1 Ipotesi di clausole *claims made*
 - 3.2 Vessatorietà e non vessatorietà della clausola *claims made*
4. Utilità e garanzia della clausola *claims made*

4.1 L'ottica dell'assicurato

4.2 L'ottica dell'assicuratore

5. La clausola *claims made*: l'interpretazione della giurisprudenza

6. Conclusioni

1. Premessa

Con l'approvazione della legge n. 148/2011, si è introdotto, nel nostro ordinamento, l'obbligo per i professionisti di stipulare un'assicurazione «*per i rischi derivanti dall'attività professionale e comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale*»¹. Ciò ha provocato prevedibili reazioni tra commentatori e ordini professionali che, ad oggi, sembrano non trovare un punto di incontro². Da un lato, infatti, la novità legislativa è stata oggetto di grande apprezzamento, in quanto conferirebbe, almeno teoricamente, una maggiore tutela agli assicurati in caso di negligenza³; d'altro lato, questo giudizio deve fronteggiare la prassi vigente nel mercato assicurativo⁴ che opera ancora principalmente con polizze “pre-confezionate” sbilanciate a favore dell'istituto proponente⁵.

¹ L'art. 3, d.l. n. 138/2011, c. 5, lett. e, convertito in l. n.148/2011, sancisce l'obbligo per i professionisti di dotarsi di «*idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale e a comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale*». Sulla stessa scia della precedente, si colloca la legge 31.12.2012 che recita: «*l'avvocato, l'associazione o la società tra professionisti devono stipulare, autonomamente o anche per il tramite di convenzioni sottoscritte dal CNF, da ordini territoriali, associazioni ed enti previdenziali forensi, polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione (...)*».

² Si veda MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013, 701.

³ Tra gli altri, CESARANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2, ricorda che «le garanzie prestate in regime *claims made* ormai da decenni costituiscono la prassi negoziale per assicurare i rischi professionali e di impresa che, manifestandosi in modo graduale nel tempo o addirittura per il loro carattere lungolatente producono una sinistralità tardiva difficilmente prevedibile in termini certi sia di frequenza che di magnitudo».

Il meccanismo di attivazione della garanzia prevista nelle polizze consentirebbe di contenere l'esigenza, sentita dalla società di assicurazioni, di ponderare l'esposizione finanziaria entro limiti temporali circoscritti ed i bisogni degli assicurati, di tutela che altrimenti «rimarrebbero disattesi o troverebbero soddisfazione a prezzi elevatissimi e con coperture spesso inadeguate a causa del fenomeno inflativo connesso al notevole iato temporale intercorrente tra il periodo di vigenza della garanzia operante al momento del fatto dannoso e d il momento in cui interviene la richiesta risarcitoria del danneggiato».

⁴ Secondo GORGONI, *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, il contratto assicurativo è assimilabile a quello di intermediazione finanziaria sia per l'utilizzazione di condizioni contrattuali uniformi che per la rilevanza pubblicistica. Inoltre, lo stesso autore sottolinea come non sia una novità «che il macrosettore del credito in senso lato sia accostato a quello assicurativo per una crescente 'antipatia' di impronta consumeristica».

⁵ MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 1, nota 1.

Le osservazioni che seguono non possono, quindi, ignorare che sul professionista gravano gli oneri e della copertura assicurativa e, di conseguenza, una forma, seppur edulcorata ed a-tecnica, di obbligo a contrarre⁶.

Altro aspetto controverso inerisce l'applicabilità degli articoli 33 e ss. del Codice di Consumo per il professionista assicurato, il quale, poiché sprovvisto dello *status* di consumatore, non sarebbe autorizzato a ricorrere a tale strumento di tutela, pur trovandosi, alla stregua d'un consumatore, in una posizione di debolezza negoziale verso la compagnia assicurativa.

Tali perplessità, sembrano addirittura enfatizzarsi quando, ai modelli tipici previsti dall'art.1917⁷, si sostituiscono progressivamente nuovi prototipi, quali, ad esempio, le clausole "*claims made*"⁸.

Stante la loro difformità rispetto al modello "ordinario" previsto dal codice civile, è necessaria un'analisi costi – benefici conseguenti all'adozione delle "*claims made*" per l'assicurato, ma, soprattutto, della meritevolezza e della

⁶ Seguendo un'impostazione di scuola, se il professionista non trovasse una piattaforma contrattuale a sé gradita, sarebbe, per ragioni non solo di opportunità ma anche legali, obbligato in ogni caso a contrarre un accordo a tutela della propria responsabilità professionale.

⁷ L'art 1917, c. 1, c.c. recita che:

«Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.

L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede.

Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziarie si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse».

L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore».

⁸ Sulle origini della clausola *claims made*, CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, 799 ss. Le ragioni che hanno spinto le imprese assicurative, a partire dalla metà degli anni '80, le formule *loss occurrence* a quelle *claims made* sono ben evidenziate in dottrina. Ad esempio, LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005, 1084 sostiene che: «tutto il comparto assicurativo è stato oggetto, infatti, di una profonda crisi dovuta al riconoscimento giudiziale di fattispecie di danni completamente nuove, quali il danno da esposizione a sostanze tossiche come l'amianto o il danno ambientale e da inquinamento».

I tribunali, dunque, per fronteggiare la significativa mole di richieste caratterizzate da una lontananza temporale rispetto al momento originario del verificarsi del danno e gli effetti negativi sulle parti del contratto in termini di certezza del diritto e diritto all'indennizzo, hanno reinterpretato il termine *occurrence* nel senso di evento determinante per attivare gli effetti della copertura assicurativa.

legittimità di queste ultime disposizioni in relazione ai limiti previsti dal nostro ordinamento.

2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile tradizionale o *loss occurrence*

Così come previsto dall'ordinamento italiano, il contratto di assicurazione della responsabilità civile contempla, all'art. 1917 c.c., la facoltà per l'assicuratore di indennizzare l'assicurato di quanto costui di trovi a dover pagare a terzi per i danni arrecati, in conseguenza di un fatto espressamente deducibile nel contratto e che si sia verificato nell'arco temporale di vigenza della copertura assicurativa.

L'assicurazione della responsabilità civile va ricompresa nell'ambito dell'assicurazione del patrimonio, posto che il suo obiettivo primario è quello di scongiurare un depauperamento dei beni dell'assicurato, in conseguenza all'azione risarcitoria esperita da un terzo. Come oggetto del contratto sarà dunque opportuno considerare il rischio, qualificato come effetto negativo del sinistro i cui effetti si riverberano sul patrimonio dell'assicurato.

L'impostazione tradizionale, stabilita dalla prassi assicurativa, prende il nome di *loss occurrence* (ovvero insorgenza del danno). Secondo quest'approccio, l'operatività della garanzia è circoscritta agli avvenimenti che verificano durante la vigenza della polizza, indipendentemente dalla data di richiesta di risarcimento e di denuncia⁹ del sinistro¹⁰; in altri termini, il diritto

⁹ In tal senso l'ordinamento giuridico francese, nel *Code des Assurances* l'art. L 124 -1 recita: «*Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé*».

¹⁰ Attuale e molto intenso è il dibattito dottrinale avente ad oggetto l'interpretazione del significato da assegnare al termine "sinistro". Trattandosi di un fenomeno particolarmente articolato, si rilevano almeno quattro diverse sfumature interpretative; esso, infatti: i) può identificarsi con il fatto dannoso; ii) può coincidere con la richiesta di risarcimento del danno; iii) può rispecchiarsi nella fattispecie identificativa del riconoscimento giudiziale del diritto al risarcimento e iv) può manifestarsi tramite il pagamento del medesimo. L'operazione di riconoscimento incontra maggiori difficoltà allorché si faccia riferimento alle c.d. "professioni protette", in quanto le conseguenze generate dal danno possono essere particolarmente lontane dal fatto produttivo del sinistro stesso. Cfr., sul punto, DURANTE, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964, 260; DONATI – VOLPE POTZOLU *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000, 173 e ss. Ad esempio per FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2006, 184 il sinistro altro non è che la concretizzazione del rischio per cui la polizza è stata stipulata e va individuata non tanto nel momento in cui è accaduto il fatto ma, piuttosto, nel momento della richiesta di risarcimento del terzo danneggiato. Sulla stessa linea

dell'assicurato alla garanzia, ex art. 1917 c. 1 c.c., vige anche in una fase posteriore allo scadere del rapporto contrattuale.

3. Origine della clausola e modifica dell'oggetto del contratto

La clausola *claims made* (ovvero *a richiesta fatta*) è stata per la prima volta formulata nell'alveo del *Common Law* e specificatamente nella prassi statunitense; da qui, a partire dagli anni '80, tale previsione contrattuale viene clausola d'uso nei contratti assicurativi inerenti la responsabilità civile,

anche VOLPE POTZOLU, *La clausola «claims made»: rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, 6; e BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, fasc.3, che ritiene legittimo parlare di sinistro solo nella fase in cui avviene la concreta richiesta risarcitoria in quanto l'art. 2952 c.c., c. 3. «fa decorrere la prescrizione dei diritti dell'assicurato per la r.c. dal momento in cui il terzo gli ha richiesto il risarcimento». Questo, come sostenuto da, BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Assicurazioni*, 2009, 474, deriva dal fatto che «il rischio di responsabilità civile non può esistere prima della formulazione di una richiesta da parte del danneggiato in quanto qualsiasi condotta è potenzialmente lesiva ma la sua offensività, e dunque la sua rilevanza in termini assicurativi, sorge allorché essa viene percepita come tale dal danneggiato e contestata al danneggiante». Tesi differente è, invece, quella sostenuta da CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 292 secondo il quale il concetto di sinistro non deve ravvisarsi nella richiesta di risarcimento (poiché essa resta un fatto estraneo al sinistro) ma al momento in cui la condotta illecita si trasforma in danno. Afferma, infatti, «se il rischio assicurato è quello normale dell'assicurazione della responsabilità civile, cioè il rischio che per l'accadimento di un fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente sorga in capo a lui l'obbligazione di risarcimento del danno e/o riparazione, anche il sinistro non può non coinvolgere l'accadimento del fatto fonte di responsabilità, appunto perché il sinistro è l'attuazione del rischio assicurato». Un'ultima posizione è riscontrabile nello studio di POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori, Diritto ed Economia dell'Assicurazione (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)*, 2013, 1 ss. dove si legge che «La nozione di sinistro evidenziata dall'art. 1917 c.c. fa dunque riferimento al fatto dell'assicurato o meglio al suo comportamento dal quale origina la sua responsabilità senza alcun riferimento al momento di manifestazione del danno od a quello in cui viene poi chiesto il relativo risarcimento».

Il formante giurisprudenziale, invece, non si discosta da una risalente pronuncia che in realtà non sembra chiarire completamente i dubbi ermeneutici appena evidenziati. Nella sentenza 71/1941 si parla, infatti, di sinistro come «qualsiasi evento che non attenga alla vita dell'assicurato o di una terza persona, espressamente indicata in polizza, e che sia produttivo di una diminuzione o di un mancato incremento del patrimonio dell'assicurato». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2012, 2389.

in particolare professionale.¹¹ Successivamente, tale prassi è circolata raggiungendo anche gli ordinamenti di *civil law*, e si è trapiantata, con gli adattamenti del caso, anche in Italia. Come si evince dal tenore letterale dell'articolo 1917 c.c., ai sensi del quale l'assicuratore è obbligato al risarcimento in *toto* dei danni causati dal sinistro che sia occorso nel periodo di efficacia del contratto o successivamente alla scadenza della garanzia¹², tale clausola rappresenta una deroga al sistema originariamente tipizzato dal legislatore italiano nel 1942.

Infatti, l'attenzione viene posta non sul momento in cui un sinistro si verifica, quanto piuttosto sul momento in cui il terzo danneggiato inoltra richiesta di risarcimento¹³ nei confronti dell'assicurato¹⁴. Proprio in relazione alla

¹¹ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, in *Resp. Civ.*, 2009, 6. Per una più specifica ricostruzione delle regole operazionali degli ordinamenti di matrice anglosassone si rimanda a ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, Londra, 1996, 3023, il quale precisa: «the insurer may offer to write the professional indemnity policy on an “occurrence” basis or an “a claims made” basis. An “occurrence basis” policy has its core a promise by the insurer to indemnify the insured for any loss, arising out of a defined event, occurrence circumstance or accident». Continua poi: «the professional indemnity insurer will be unlikely to offer an “occurrence basis” policy, but it is likely that its offer will be a “claims made” policy”. The core of this policy is promise by the insurer to the insured that it will indemnify for any claim that is made by a third party against the insurer within the duration of the policy, no matter, subject, to the provisions in relation to the time within which notice must be given, when the defined event affecting the third party occurred». Come emerge chiaramente, vi è una sostanziale identità, almeno di principi, con il sistema di *civil law*.

¹² MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Inoltre, si confronti, sul punto, FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, voce del *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, Torino, 1996, XII, 401; CARBONETTI, *La formazione ed il perfezionamento del contratto*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità ed assicurazione*, (a cura di), Milano, 2007, 82; SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno Resp.*, 2005, 1079 ss.; DE STROBEL, *Le vicende del “claims made”*, in *Dir. Econ. Ass.*, 2006, 531; CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., 290 e ss.; LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1084 e ss.; LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. Civ.*, 2005, 12, 1030.

¹³ Sulla identificazione del sinistro col momento in cui viene inoltrata la richiesta di risarcimento si vedano PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 175; DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *L'assicurazione di responsabilità civile. Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, 166; GABASIO, *Modalità di validità della clausola in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medicina e Diritto*, 2010, 44.

¹⁴ Come afferma BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contribuito approvato dai referee claims made*, cit.: «Non vi è dubbio, allora, che la transizione dai modelli tradizionali di assicurazione della r.c., c.d. *loss occurrence* (insorgenza del danno), verso quelli strutturati secondo il modello *claims made*, sia avvenuta proprio in conseguenza dell'emersione delle nuove figure

grande versatilità dimostrata dalle *claims* e dalla loro idoneità a monitorare danni derivanti da eventi anche risalenti nel tempo, le compagnie assicuratrici hanno adottato tale strumento in misura sempre crescente¹⁵. In virtù di tale clausola, la copertura assicurativa opera per quei sinistri il cui risarcimento sia richiesto durante la vigenza del contratto, non rilevando il momento in cui si sia verificato l'evento dannoso.

Ci si trova, dunque, in presenza di una clausola che, quando prevista dal contratto di assicurazione, ne dilata gli effetti, posto che l'oggetto del negozio giuridico medesimo, non si identificherà più con la garanzia di un rischio (letto come ripercussione negativa di un evento generatore del danno), bensì con la richiesta di risarcimento¹⁶.

di danno». In base alla ricostruzione ivi operata, infatti, il comma 1 dell'art. 1917 c.c. (i) incorpora una nozione di sinistro inteso come fatto dannoso, e (ii) individua il fatto generatore dell'obbligazione assicurativa nel comportamento colposo posto in essere dall'assicurato durante il periodo di efficacia della polizza e produttivo di un danno al terzo.

In altri termini, il momento in cui sorge l'obbligo indennitario dell'assicuratore coincide con il verificarsi della condotta lesiva dell'assicurato, senza che rilevi l'effettivo manifestarsi delle conseguenze dannose di quella condotta ovvero il momento in cui viene rivolta la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato; quindi, affinché l'assicurato sia coperto, la condotta lesiva dell'assicurato deve verificarsi nell'intervallo temporale in cui è in vigore il contratto.

¹⁵ Diversamente, secondo MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 3 il vantaggio sostanziale per le compagnie assicurative risiederebbe nel fatto che la clausola *claims made* «nel legare la copertura alla vigenza della polizza al momento della denuncia del sinistro, contribuisce in misura decisiva alla fidelizzazione del cliente, il quale sarà portato a rinnovare il contratto di anno in anno per evitare di incorrere in pericolosi 'buchi di copertura' nel passaggio da una polizza all'altra». Prosegue, poi, affermando che «tale profilo, benché incida su questioni di ordine pubblico economico e sia stato segnalato adeguatamente da taluna dottrina, quantomeno, ad oggi, non è stato affatto preso in considerazione dalla giurisprudenza». Anche GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente, in Responsabilità Civile e previdenza*, 2011, fasc. 2, afferma che «si tratta di una clausola il cui obbiettivo è da un lato quello di limitare rigorosamente dal punto di vista temporale l'esposizione debitoria della compagnia, dall'altro quello di indurre l'assicurato a rinnovare la polizza di anno in anno e persino successivamente alla cessazione della sua attività, sino a quando cioè non si esaurisce il rischio di richieste risarcitorie, e quindi, per le polizze a copertura dei rischi professionali, per i dieci anni occorrenti ai fini della prescrizione». Come precisa CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, fasc. 2, è però possibile in alcuni casi «prevedere una estensione della garanzia, oltre i termini di vigenza temporale del contratto, sempre subordinandola alla comunicazione all'assicuratore della richiesta risarcitoria, in questo caso intervenuta a contratto ormai scaduto, ma facente riferimento ad un debito da illecito in-sorto durante la sua efficacia».

¹⁶ Cfr. TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, in atti e contributi del simposio scientifico internazionale, palazzo reale di Caserta, 16-17 novembre 2007, *Justice, Cooperation, Peace*. La cooperazione di giustizia per lo sviluppo e la pace nel

3.1. Ipotesi di clausole *claims made*

La prassi assicurativa conferma la presenza di tre diverse tipologie di clausole *claims*:

i) “*classica*”, in cui è contemplata la retroattività a carattere illimitato della copertura assicurativa, con il risultato che l’assicurato riceve indennizzo in riferimento a qualsiasi fatto dannoso verificatosi precedentemente alla data di stipulazione della polizza, purchè la richiesta di risarcimento venga avanzata per la prima volta nel corso del periodo di vigenza del contratto assicurativo¹⁷;

ii) “*limitata*”, con la copertura della garanzia assicurativa circoscritta solo ad un determinato lasso di tempo – il c.d. “*prior acts coverage*” – precedente alla stipulazione della polizza (due, tre o cinque anni);

iii) “*irretroattiva*”, con la copertura della garanzia assicurativa prevista esclusivamente per il periodo di vigenza della polizza. In tale ultima ipotesi, poiché la copertura assicurativa sia operante, è necessario che avvenga durante il periodo di vigenza, sia il fatto che ha cagionato il sinistro, sia la prima richiesta di risarcimento dello stesso da parte del danneggiato e la denuncia di sinistro dell’assicurato¹⁸.

La prassi assicurativa si arricchisce di un’ulteriore tipologia di clausola da leggersi in combinazione con le formule *testè* citate; si tratta delle c.d. clausole di *responsabilità civile postuma* o di *ultra attività*, in base alle quali la garanzia assicurativa si estende per un periodo di tempo determinato successivo alla scadenza della polizza. La *ratio* di tali clausole è quella di tutelare l’assicurato da danni eventualmente provocati mentre aveva corso il contratto assicurativo

mediterraneo, dedicati a Gaetano Liccardo nel suo ottantesimo compleanno, Vol. I, Prospettive e modelli della cooperazione di giustizia nel Mediterraneo, Napoli, ESI, 2010, 442.

¹⁷ Si tratta, in realtà, di una possibilità solo teorica, poiché estendere il diritto all’indennizzo con le modalità di cui al testo creerebbe evidenti incertezze circa l’ampiezza degli obblighi assunti dalla compagnia assicuratrice.

¹⁸ Va ricordato che L’art 1910 prevede l’obbligo di avviso in capo all’assicurato oltre che al momento della denuncia del sinistro, anche al momento della stipula del contratto. In questo caso, non c’è alcun limite temporale per l’inoltro dell’avviso ma, in caso di inadempimento doloso di tale obbligo, l’assicuratore sarà esonerato dal pagamento dell’indennità. L’assicurato è, infatti, obbligato ad inoltrare l’avviso appena abbia concluso una nuova polizza per la copertura dello stesso rischio o venga a conoscenza dell’esistenza di una nuova polizza stipulata per suo conto da soggetti terzi. È chiaro, però, che la perdita del diritto all’indennizzo “*non potrà conseguire alla mera circostanza che la polizza, predisposta dall’assicuratore, contenga una clausola che escluda l’esistenza di altre assicurazioni concorrenti qualora ricorrano altri elementi che spieghino tale fatto in termini di negligenza dell’assicurato nella lettura del testo del contratto anziché di raggiro nel senso specificato*” POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, cit., 2.

anche nei casi in cui la richiesta di risarcimento dovesse pervenire dopo la data di scadenza della polizza.

3.2. Vessatorietà e non vessatorietà della clausola *claims made*

Le clausole *claims made*, stante la loro natura atipica e derogatoria del sistema di protezione predisposto dal Codice Civile per l'assicurato (tradizionalmente contraente debole), devono essere sottoposte al vaglio di vessatorietà¹⁹.

Secondo la dottrina, le clausole previste nei contratti d'assicurazione possono essere assimilate alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto mentre il vaglio circa la vessatorietà della clausola *claims made* ha visto il formante giurisprudenziale manifestare orientamenti talvolta non uniformi²⁰: in alcuni momenti, la giurisprudenza ne ha sostenuto la vessatorietà senza distinzione, in quanto comportanti una indebita limitazione di responsabilità²¹; in altri momenti, la giurisprudenza ha adottato un metodo più analitico.

¹⁹ Sul tema si consideri, CHIERICI, *Vessatorietà delle pattuizioni limitative del rischio assicurato e criterio della "determinazione del rischio garantito"*, in *Contratti*, 2013, 3, 269. L'interpretazione che viene data dalla dottrina del contratto di assicurazione come rappresentazione di condizioni generali di contratto, porterebbe alla conseguenza della inefficacia per la clausola *claims made* qualora la stessa non fosse approvata per iscritto (e sempre che la fenomenologia della clausola *claims made* venga, nel caso di specie, inquadrata nella categoria delle clausole vessatorie). Per approfondimenti ulteriori, si veda GAGGERO, *Validità ed efficacia della assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2.

²⁰ Secondo BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, *cit*, la compresenza di una molteplicità di interpretazioni rappresenta «anche un indice del persistente movimento tra tipicità e atipicità che da alcuni anni a questa parte si registra presso la giurisprudenza e la dottrina, impegnate a rivisitare, spesso con valorizzazione del ruolo centrale della buona fede, consolidate impostazioni in tema di disciplina del contratto di assicurazione ed a indagare il rapporto intercorrente tra i nuovi modelli contrattuali, consegnatici dalla prassi o dalla legislazione settoriale, e la funzione causale del contratto racchiusa nell'art. 1882 c.c.». Sull'impiego della buona fede per ottenere un bilanciamento tra vantaggi e svantaggi cfr. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000 cit., 17 ss.; 329; CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. com. cit.*, passim; in una certa misura anche CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, Torino, 1988, 19.

²¹ La Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993 n. 93/13 relativa alle clausole abusive ha precisato che nel campo dei contratti di assicurazione «*le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicurato*» non possono considerarsi vessatorie se «*i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato al consumatore*».

A tale indirizzo appartiene la distinzione tra clausole *claims made* pure e *claims made* miste²².

Nella clausola *claims made* pura²³ l'assicurazione tiene indenne l'assicurato dalle richieste di risarcimento pervenute nel periodo di vigenza del contratto. In tal caso, la clausola non è considerata vessatoria se la copertura termina nel momento in cui matura la prescrizione del diritto al risarcimento in capo al terzo danneggiato²⁴.

Nel caso di *claims made* mista, la vessatorietà è, invece, giustificata dal fatto che tale previsione venga inserita in un sistema misto (in altre parole, in un contesto che veda contemporaneamente presenti elementi di un sistema *loss occurrence* e *act committed*): per i sinistri avvenuti durante la vigenza di una copertura *claims made*, ma manifestatisi nei loro effetti, solo nella vigenza di

²²Sul tema anche MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 5 che le distingue in *claims made* pura e *claims made* impura.

²³Alla specie di clausola *claims* è attribuita natura ibrida con retroattività di copertura; per questo, sia il mercato assicurativo internazionale sia le corti di common law sono solite definirla *Retroactive period clause; Prior Acts Coverage*. Inoltre, essa è classificata dal *droit française* come regime «*base réclamation avec reprise du passé inconnu*».

Si veda sul punto BOGLIONE, cit., 471, che riprende la dottrina inglese di CLARKE, secondo cui «The interval of time between event and claim can vary considerably and this has led to hybrid policies». Stessa considerazione sulla natura derogatoria della estensione del periodo di retroattività della clausola rispetto al contratto standard è attribuita da LANZANI, *Clausole claims made: legittime ma vessatorie*, cit., 1085. Inoltre la Loi n. 2002-1577 du 30 décembre 2002, c.d. *Loi About*, sancisce una garanzia "base réclamation" per i casi di assicurazione di responsabilità sanitaria con obbligo di retroattività illimitata e garanzia postuma non inferiore a 5 anni. La nascita e il progressivo affermarsi della clausola *claims made* è adeguatamente tratteggiata da CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Danno e resp.*, 2007, 799 e ss. Un cenno alle origini della clausola è dedicato anche da LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1084.

²⁴ È bene precisare che una limitazione di responsabilità potrebbe verificarsi anche nel caso di polizze con retroattività decennale. È, infatti, da considerare (i) la possibilità che l'illecito rimanga lungolattente per un periodo superiore ai dieci anni e (ii) che il decorso della prescrizione decennale inizierebbe comunque dal momento, eventualmente successivo, in cui il danneggiato acquisisca piena consapevolezza del carattere illecito del pregiudizio subito. In assenza delle tutele previste dalla *loss occurrence*, come ha dimostrato l'esperienza del mercato assicurativo statunitense, sarebbero molto gravi gli oneri economici provenienti dalla lungolattenza dei casi di responsabilità civile dovute anche alla individuazione della garanzia effettivamente colpita dall'evento di danno con sviluppo graduale nel tempo. Contrariamente si avrà una riduzione nel tempo degli indennizzi concessi alle vittime dato il decremento dei massimali di copertura conseguente al fenomeno inflattivo.

un sistema *loss occurrence*, l'assicurato sarebbe "scoperto" da tutela assicurativa, pur senza avere interrotto nel tempo la sottoscrizione di contratti a tutela della responsabilità civile²⁵.

In tal caso, per non privare l'assicurato di una copertura assicurativa efficace, la soluzione ottimale pare essere quella che considera vessatoria una tale clausola, in modo che la stessa sia ricondotta alle condizioni di operatività di una clausola *claims made* pura²⁶.

Tale impostazione ben si attaglia alle soluzioni adottate nel trattare la tradizionale dicotomia tra parti forti e deboli del contratto e, quindi, alle tutele poste a salvaguardia dell'assicurato/consumatore.

Nel caso, invece, di una clausola *claims made* inserita in contratti a tutela di azioni di responsabilità civile sottoscritti tra la compagnia assicuratrice e professionisti (soprattutto se qualificati) emergono incertezze circa l'impostazione da adottare. In altre parole, si introduce un elemento nuovo ed ulteriore per vagliare la validità della clausola: le caratteristiche soggettive delle parti²⁷.

Ben rappresenta questa criticità una recente pronuncia di merito del Tribunale di Catanzaro che, nella sentenza del 1° aprile 2011 n. 962, non riconosceva la vessatorietà della clausola, in quanto il soggetto coinvolto (nel caso di specie, un direttore generale) possedeva il bagaglio tecnico per comprendere che, in base alle clausole previste dal contratto, non vi era operatività della copertura²⁸. La *ratio decidendi* del caso concreto, dunque, non riconosceva un livello di asimmetria informativa tale per cui potessero operare le

²⁵ In questi casi, il trattamento potrebbe essere assimilato a quello di una clausola vessatoria non sottoscritta specificatamente.

²⁶ Stante il carattere fortemente atipico della clausola *claims made* e dalla possibilità di declinarne il contenuto in varie forme, ai fini di un giudizio di vessatorietà non è sufficiente constatare una semplice deroga all'articolo 1917, bensì è necessario accertare, in base al contenuto della stessa, se la clausola operi o meno una limitazione di responsabilità dell'assicuratore. Dunque, secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, devono ritenersi limitative della responsabilità, "*solo quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto (...) le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito.*" Cass. Civ. Sez. III, Sentenza, 26 giugno 2012, n. 10619.

²⁷ TASSONE, *Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto"*, in *Danno e Resp.*, 2012, 7, 717.

²⁸ Il caso aveva ad oggetto un contratto di assicurazione per la responsabilità civile patrimoniale sottoscritto dal direttore di un'azienda sanitaria, con pattuizioni specifiche circa l'operatività temporale della copertura. Nello specifico, l'assicurazione si impegnava a tenere indenne il professionista per richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante la vigenza del contratto a patto che tali richieste originassero da comportamenti colposi dell'assicurato avvenuti nei due anni precedenti la stipula del contratto ma anche per richieste presentate nei cinque anni successivi alla scadenza dello stesso purché riferite a fatti avvenuti durante la vigenza della polizza.

garanzie tipiche del rapporto di assicurazione stipulato con un consumatore²⁹; questo campo del diritto si apriva, in tal modo, alla nozione del c.d. “terzo contratto”³⁰, ossia quel contratto «negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo»³¹.

²⁹Secondo una certa dottrina, nel concetto di consumatore possono rientrare anche le piccole imprese e le persone fisiche che svolgono attività professionali, reputate anch'esse idonee a beneficiare della tutela accordata ai consumatori. Quest'assunto si basa su una distinzione tra il c.d. atto della professione (che si distanzia dal concetto di atto di consumo) e atti relativi alla professione (che vengono realizzati nello svolgimento dell'attività professionale ma al di fuori della competenza specifica del professionista). PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti*, in *Danno e resp.*, 2005, 933 e ss.; SCODITTI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione: il consumatore ha diritto al risarcimento del danno?*, in *Danno e resp.*, 2005, 941 e ss.

³⁰Come sostenuto da BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, fasc. 1: «il terzo contratto dovrebbe contrassegnare l'ipotesi di un fenomeno prospetticamente residuale, che va definito per sottrazione degli ambiti occupati dal primo e dal secondo, rispettivamente il contratto di diritto comune, creato intorno alla disciplina generale consegnataci in origine dal Titolo II del Libro IV del Codice ed il contratto del consumatore, modello costruito progressivamente attraverso una serie di interventi e culminati nella disciplina oggi binaria, dettata dall'art. 1469-bis c.c., attraverso il richiamo alle disposizioni generali, in quanto non derogate dalle norme del Codice del consumo».

La figura qui analizzata nasce come ipotesi di studio ma, sin da subito, si è mostrata come «strumento valido agli interpreti, al fine di compensare un vuoto normativo, ascrivibile alla tutela dell'imprenditore debole e garantire in tal modo il raggiungimento delle finalità solidaristiche e di uguaglianza valorizzate dal nostro ordinamento — volte alla tutela dei soggetti deboli — in una visione costituzionalmente orientata». GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, cit. ha, invece, posto l'attenzione, non tanto sull'aspetto riguardante l'asimmetria informativa quanto, piuttosto, sulla forza contrattuale delle parti. Malgrado, infatti, molti professionisti siano dotati di competenze atte a riconoscere le clausole abusive nei contratti, «ben difficilmente riusciranno a reperire sul mercato una polizza diversa e tanto meno a negoziare l'espunzione della clausola sgradita dal regolamento contrattuale».

³¹ PARDOLESI, *Introduzione a COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti - Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004. L'autore contrappone tale contratto a quello con i consumatori. Contrariamente, GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, cit., «tra l'estensione della tutela consumeristica anche a quella «parte di contratto» concluso per scopi professionali, e la negazione completa di essa, è da ritenersi preferibile la prima».

4. Utilità e garanzia della clausola *claims made*

4.1. L'ottica dell'assicurato

In linea di principio, le c.d. polizze *claims* garantiscono all'assicurato una maggiore estensione della garanzia di indennizzo, in quanto forniscono protezione retroattiva nei confronti di fatti e danni antecedenti la data di stipulazione del contratto.

In altre parole, sottolinea la dottrina, che tale contratto concederebbe all'assicurato il vantaggio di stipulare una polizza anche in un periodo successivo al compimento dell'attività generatrice del danno, sempre che l'assicurato non sia a conoscenza di tale situazione dannosa³². In tutti i tipi di *claims made*, infatti, «viene di norma chiesto all'assicurato di dichiarare la presenza di precedenti richieste o comunque di situazioni dalle quali possa derivare la presenza di sinistri»³³. Quindi, nel caso in cui l'assicurato fosse a conoscenza

³² Sul punto, si vedano LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1085 e TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 447.

³³ POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, cit., 3. Nell'ordinamento inglese, attraverso la "*English law and practice*", il contratto di assicurazione viene definito come un contratto "*utmost good faith*" (l'espressione è stata coniata da Lord Mansfield nella sentenza *Carter vs Boehm* 1766 e codificata successivamente nel *Marine Insurance Act* del 1906) vale a dire un rapporto giuridico che richiede la massima buona fede. Tale dovere è valido per tutte le fasi del rapporto assicurativo e, in riferimento alla fase pre-contrattuale, si concretizza nell'obbligo «di informare l'assicuratore di ogni circostanza rilevante per il rischio da assicurare che sia a sua diretta conoscenza o che, per ragione dell'attività svolta, si presume essere a sua conoscenza» e dell'obbligo «di non rappresentare in modo non veritiero e corretto le circostanze rilevanti sul rischio» la cui violazione prevede la nullità del contratto. Un deroga a tale normativa è prevista solo nei casi in cui: (i) i fatti a conoscenza dell'assicurato sono tali da comportare semplicemente una riduzione del rischio, (ii) l'assicuratore è a conoscenza di tali fatti o si presume la stessa; (iii) per fatti noti; o, infine, (iv) in di rinuncia (*waiver*) dell'assicuratore di avvalersi di quest'obbligo di cooperazione da parte dell'assicurato. È da sottolineare che l'approccio giurisprudenziale è mitigato dal *Financial Ombudsman Service (FOS)* che non approva la nullità del contratto in ogni caso di violazione e differenzia la "sanzione" in base alle condizioni psicologiche dei soggetti distinguendoli in *deliberate* (quando il soggetto adotta un comportamento deliberatamente ingannevole) *reckless*: (quando il soggetto renda dichiarazioni od ometta circostanze con colpa grave); *inadvertent*: (quando il soggetto renda dichiarazioni od ometta circostanze con colpa lieve); *innocent*: (quando il soggetto tenga condotta del tutto innocente). In quest'ultimo caso il FOS respingerà ogni richiesta di nullità e l'assicuratore dovrà pagare integralmente l'indennizzo. In riferimento, invece, alle clausole c.d. *warranties*, l'eventuale deroga nei rapporti di *insurance contract* comporterà la «risoluzione del contratto con la conseguente liberazione dell'assicuratore da ogni obbligazione indennitaria a far data dall'avvenuta loro violazione». Le *warranties*, infatti, «svolgono la funzione di delimitare il rischio contrattuale attraverso statuizioni circa situazioni di fatto passate o presenti (*affirmative*

dell'evento dannoso o dell'eventualità che lo stesso potesse verificarsi si rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 1892 c.c. in tema di dichiarazioni inesatte e reticenza.

In tal senso la Cassazione, con la sentenza n. 86/7418, ribadisce che «perché la menzogna o la reticenza poste in essere dall'assicurato con dolo o colpa grave, diano luogo all'annullamento del contratto, è necessario che esse influiscano sul rischio assicurato secondo un collegamento oggettivo, nel senso cioè che in via di normalità la reale situazione celata dia luogo ad una maggiore probabilità del verificarsi dell'evento dannoso assicurato, con il conseguente verificarsi di una alterazione del rischio reale rispetto a quello desumibile dalla dichiarazione dell'assicurato che si riflette sulla prestazione del consenso o sulle condizioni si questo da parte dell'assicuratore»³⁴.

warranty) oppure mediante promesse di comportamenti futuri (*promissory warranty*) che, provenendo dall'assicurato, vengono formalmente inserite in polizza quali pattuizioni contrattuali». Diversamente dispongono la disciplina australiana e quella neozelandese. La prima opta per una maggiore tutela dell'assicurato tramite la *section 54* dell'ICA la quale non permette all'assicuratore di contestare l'indennizzabilità del sinistro per *breach of warranty* qualora non dimostri che essa sia causa del sinistro. Inoltre, nel caso in cui l'inadempimento abbia favorito solo parzialmente l'evento dannoso, prescrive una riduzione dell'indennizzo proporzionalmente al pregiudizio subito. La seconda, invece, vieta agli assicuratori di ricorrere al "*basis of contract clauses*" al fine di eludere l'obbligo di indennizzo quando in sede precontrattuale la *misrepresentation non abbia alcun rapporto con il rischio assicurato*. Negli U. S. A, sebbene esista una legislazione federale in materia assicurativa, la Corte Suprema ha dichiarato prevalente il ruolo delle leggi statali. La giurisprudenza canadese, dal canto suo, ha sottolineato il diritto dell'assicuratore a ricorrere alla *breach of warranty* solo quando è rilevante in rapporto al rischio garantito e quando ha favorito il verificarsi del sinistro. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. Econ. Ass. (dal 2012 Dir. E Fiscalità Assic.)* Fascicolo. I, 2009. In Francia invece il tema è regolato dalla *Loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992, Art. 5. Obligation de déclaration* che afferma «*Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître. Les données génétiques ne peuvent pas être communiquées. S'il n'est point répondu à certaines questions écrites de l'assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission*». Negli U.S.A, infine, sebbene esista una legislazione federale in materia assicurativa, la Corte Suprema ha dichiarato prevalente il ruolo delle leggi statali.

³⁴ In CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, Padova, 2012, 2399. Come è stato ben evidenziato da CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., il dovere dell'assicurato e la sua buona fede (*fiduciary duty*) divengono fondamentali poiché nell'ambito del contratto di assicurazione (che per sua natura è aleatorio), l'assicuratore affronterà un rischio e, in base alle probabilità statistiche di accadimento, definirà l'ammontare del premio di assicurazione in relazione a «tutta

una serie di fattori che rientrano nella sfera di conoscenza e controllo propria dell'assicurato». Per tale motivo è intuibile che «senza un suo coinvolgimento attivo in una fedele rappresentazione contrattuale del rischio, non sarebbe possibile all'assicuratore determinarne le condizioni di assicurabilità». In questo contesto è importante distinguere i casi in cui le false dichiarazioni sono prive o meno di dolo o colpa grave. Nel primo caso, l'assicuratore avrà diritto di recedere dal contratto (entro tre mesi dalla scoperta della difformità tra dichiarazioni dell'assicuratore e rischio reale) e, in caso di sinistro beneficerà di una riduzione dell'indennizzo dovuto all'assicurato in proporzione alla differenza tra premio pattuito durante la fase di contrattazione e quello effettivamente dovuto. *Ibidem*. Nel secondo caso, invece, il contratto sarà annullabile. Va precisato, però, riprendendo la sentenza 98/10086 della Cassazione, che: «Affinché un contr. di ass. possa ritenersi annullabile a norma dell'art. 1892 c.c. non è sufficiente una qualsiasi inesattezza o reticenza dell'assicurato, circa i dati che lo riguardano, in sede di formazione del contratto richiedendosi che le dichiarazioni non veritiere rese dall'assicurato con dolo o colpa grave abbiano, secondo l'apprezzamento istituzionalmente rivestito dal giudice di merito, un'effettiva influenza sul rischio, cosicché esse possano ritenersi avere inciso sul consenso dell'assicuratore». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2399. Inoltre, nonostante «la partecipazione di fatto dell'assicuratore all'esame della situazione del rischio e delle sue componenti oggettive non esonera l'assicurato dall'obbligo di esattezza della dichiarazioni» (Cass.80/4326) la Cassazione con la sentenza 00/15939 sottolinea che «le inesattezze e le reticenze dell'assicurato su circostanze che l'assicuratore conosce o avrebbe dovuto conoscere, perché notorie, non comportano una violazione dell'obbligo di collaborazione previsto dall'art. 1892 e 1893 c.c. a carico dell'assicurato bensì vanno imputate all'assicuratore con la conseguenza che non possono giustificare la riduzione dell'indennizzo in proporzione della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2399- 2400. Lo stesso concetto è stato riportato in VAZZANA, *Reticenza dell'assicurato resa con dolo o colpa grave? Allora il contratto può essere annullato!*, in *Dir. e giustizia*, 2013, fasc. 0, dove si sottolinea che «in tema di contratto di assicurazione, la reticenza dell'assicurato è causa di annullamento negoziale quando si verificano cumulativamente tre condizioni: a) che la dichiarazione sia inesatta o reticente; b) che la dichiarazione sia stata resa con dolo o colpa grave; c) che la reticenza sia stata determinante nella formazione del consenso dell'assicuratore». Sulla stessa linea interpretativa della Cassazione si colloca una sentenza emanata dalle corti di Common Law [*Certain Underwriters at Lloyd's, London v. Inlet Fisheries Inc., 2008 DJDAR 2181 (9th Cir.2008)*] la quale, come indicato da CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., nota 103, ha applicato il principio di *uberrima fides* quale "*established federal admiralty rule*" in una vertenza in cui una Società proprietaria di navi, dopo essersi vista rifiutare una serie di polizze per pregressa sinistrosità, si era rivolta ai Lloyd's per assicurare le sue navi senza esplicitare le cattive condizioni delle navi, lo stato di insolvenza della Società nonché i danni pregressi (affondamento di una nave in Alaska con un carico di 3.000 galloni di petrolio; altra nave in riparazione dopo incidente marittimo; recente incidente di altra nave della flotta, sempre in Alaska con dispersione in mare di 55 galloni di petrolio. In virtù di ciò la corte statunitense, ha assecondato la richiesta dei Lloyd's di nullità della polizza non avendo la società assicurata rispettato il *duty to disclose*).

Di converso, espletato il *duty to disclose*³⁵, pare lecito dedurre che il premio della polizza rappresenti il corrispettivo per la piena copertura di quanto stabilito nel contratto: il premio sarà plausibilmente maggiorato, ma l'assicurato risulterà garantito anche in relazione a quanto si è dichiarato³⁶.

³⁵ Il *duty to disclose* ha generato ampio dibattito in dottrina. Premesso che tale dovere può essere visto come un obbligo autonomo dell'assicurato, in quanto non prevede alcuna obbligazione da parte dell'assicuratore di porre quesiti sia in sede di proposta assicurativa, sia nel caso di rinnovo di polizza, si discute, soprattutto nei Paesi anglosassoni, sull'adeguatezza di tale obbligo nei rapporti assicurativi. Ad esempio, una proposta avanzata in Inghilterra dalla *Law Commission* del 2006 in collaborazione con la *Scottish Law Commission* prevedeva l'eliminazione del *duty to disclose* nell'ambito della *consumer insurance*, dal momento che, l'assicurato, nella fase pre-contrattuale, avrebbe avuto notevoli difficoltà nell'individuare i rischi da rappresentare all'assicuratore. Quest'ultimo, inoltre, adottando sistemi di tassazione del rischio che facevano riferimento a parametri generali relativi a determinate classi di rischi, era capace di acquisire tali dati in maniera differente potendo contare su innovativi strumenti informativi e di gestione dei dati³⁷. Il *duty to disclose* poteva addirittura «operare come trappola per l'assicurato, in quanto, soprattutto se consumatore, può non essere in grado di conoscere quali siano le informazioni rilevanti per la valutazione del rischio da parte dell'assicuratore». In CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit. Anche in Italia sul concetto di buona fede quale strumento sbilanciato a favore dell'assicuratore MONTI, *La buona fede nel contratto di assicurazione*, in ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, Milano, 2006, I, 1103 ss.; *Id.*, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002 e GORGONI, *op. cit.* che evidenzia come l'*uberrimae fidei* (che in Inghilterra fu elaborata per la prima volta da Lord Mansfield nel XVIII secolo) in Italia sia stato visto sempre «in senso unilaterale, cioè esclusivamente a favore dell'assicuratore, rappresentato come parte debole (unica parte debole) del contratto». Opinione differente è invece quella di SOYER, *Reforming Pre-Contractual Duty of Utmost Good Faith in Insurance Contracts - An Economic Perspective, A paper submitted to the Canadian Law and Economics Association Annual Meeting held at Toronto University*, Settembre 2007, 5 che sottolinea, invece, come una idonea valutazione dell'effettivo rischio non può prescindere da una collaborazione dell'assicurato, in assenza della quale si innescherebbero conseguenze distorsive. Infine, MUSY, *Disclosure of Information in the Pre-contractual Bargaining*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1995 conduce un'analisi in termini più estesi evidenziando come «The disclosure problem gives birth to two possible solutions, on one hand we have the moral and economic grounds asking for a certain amount of disclosure which let people feel free to decide which kind of contract they want to agree with; on the other hand we almost have a deterministic approach to decision making, not ruled by the law yet, where the wills of the parties are contained in a form contract and the influence of the choice is made only on the basis of a satisfactory and often erroneous search (mostly ruled by a kind of physical impossibility to process information in more effective way)».

³⁶ Non va dimenticato che oggi «La tutela contrattuale dell'assicurato e la tenuta del mercato assicurativo contano su una legislazione votata alla solvibilità dell'impresa, verificata costantemente con strumenti che, non essendo determinati dall'adozione dei criteri suggeriti dagli studi matematico-attuariali per ottenere una proporzione premi-rischi vantaggiosa per l'impresa, implicano tanto il rigetto delle ricostruzioni che penalizzano l'assicurato perché concedono all'impresa un ingiustificato privilegio quanto l'adozione di meccanismi che preservino l'equilibrio sinallagmatico tra le attribuzioni e, quindi, l'equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti». GORGONI, *op. cit.*

Dunque, la polizza *claims* soddisfa, in maniera più efficiente, i bisogni di quegli assicurati esposti ad una sinistrosità così detta tardiva³⁷; tale situazione è ben rappresentata dai casi di *long-tail liability*³⁸, cioè di sinistri i cui effetti dannosi non si manifestino in maniera immediata rispetto alla condotta lesiva. In tale contesto, la clausola *claims* consente di ovviare alla difficoltà di intercettare il preciso momento in cui è stata tenuta la condotta generatrice del danno nonché l'ulteriore incertezza di individuare materialmente il contratto di assicurazione operativo al momento dell'avvenuto danno. Come sottolineato in dottrina, infatti, la copertura assicurativa è effettiva per le richieste pervenute durante il periodo di vigenza del contratto «indipendentemente sia dal momento in cui si è verificato il rischio dedotto nel contratto, sia dal momento in cui si è prodotto il danno in capo al terzo»³⁹.

Per completezza, si rileva che uno dei campi in cui le clausole *claims made* si sono rivelate maggiormente efficaci, è quello relativo alle imprese produttrici di beni, le quali sarebbero sprovviste di garanzia per numerosi casi di sinistro nel momento in cui si fossero affidate a contratti *loss occurrence oriented*⁴⁰.

4.2. L'ottica dell'assicuratore

In via di prassi, l'estensione della copertura assicurativa e, soprattutto, la retroattività della stessa, non ha però registrato, in concreto, una attuazione sempre coerente da parte delle compagnie assicuratrici; queste ultime, infatti, hanno introdotto numerosi correttivi al momento della redazione delle polizze, caratterizzate da clausola *claims*, con i quali si è drasticamente circoscritta l'operatività delle coperture per accadimenti precedenti alla loro sottoscrizione. Si richiede, in via di prassi che l'azione o l'omissione generatrice del

³⁷ Per i sinistri c.d. tardivi, si confronti, il punto 33 del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 173, attuativo della dir. 91/674 CEE, il quale prevede che: «*le imprese hanno l'obbligo di costituire una riserva anche per i sinistri avvenuti ma non denunciati alla data di chiusura dell'esercizio*».

³⁸ La *long-tail liability* ha generato uno spostamento del momento di decorrenza dell'obbligo di risarcimento dal momento in cui si è verificato il danno al momento in cui si sono manifestati gli effetti della condotta lesiva. Di conseguenza, anche il concetto di sinistro subisce delle variazioni di significato, identificandosi con il momento di richiesta di risarcimento e non più con il verificarsi della condotta dannosa.

³⁹ POLOTTI DI ZUMAGLIA *Coperture presso diversi assicuratori*, cit.

⁴⁰ L'evidenza empirica di tale affermazione è di facile intuizione; si pensi, ai casi di danno da prodotto fabbricato e distribuito precedentemente alla stipula della polizza ma le cui conseguenze si siano manifestate solo trascorso un determinato lasso di tempo.

danno debbano avere avuto luogo in uno specifico e delimitato spazio temporale raramente superiore a 3-5 anni ed, in aggiunta, si è adottata un'interpretazione particolarmente estesa del concetto di «*sinistro dichiarato per la prima volta*»⁴¹.

Parte della dottrina sottolinea, tuttavia, anche alcune criticità inerenti le modalità con cui la clausola *claims made* opera. Infatti, la differenza dalla struttura caratterizzata dalla struttura *loss occurrence* è evidente, stante il fatto che la copertura assicurativa per fatti accaduti nel corso della vigenza della polizza è sempre garantita all'assicurato; in tali casi, quindi, la clausola è qualificabile come ultrattiva e sussiste anche successivamente alla cessazione del contratto. Al contrario, la clausola *claims* non garantisce copertura nel caso in cui ci sia un passaggio da un sistema *claims* ad uno *loss occurrence*⁴².

Un ulteriore periodo di latenza di garanzia si potrebbe verificare nel caso in cui la compagnia assicuratrice esercitasse il diritto di recesso, ipotesi normalmente contemplata dalla regolamentazione contrattuale; recesso che può essere unilateralmente esercitato dall'impresa assicurativa in conseguenza di una prima denuncia di sinistro. In tale circostanza, diversamente dal contratto *loss*, la fattispecie che si delinea è che gli ulteriori eventuali sinistri, cagionati durante i tempi di validità della polizza, non conosceranno alcuna copertura, essendo la loro denuncia successiva al recesso e quindi estranea al periodo di validità della polizza.

Sempre in riferimento alle clausole *claims*, si presentano ulteriori criticità di natura interpretativa in merito all'operatività della garanzia in fase di sinistro, allorché l'assicuratore realizzi che la clausola è stata stipulata dall'assicurato in modo colposo e/o doloso ovvero in maniera consapevole di un rischio già avvenuto ed in attesa dell'eventuale pretesa risarcitoria del terzo danneggiato⁴³.

Per scongiurare l'evenienza che una clausola *claims made* in situazioni di tal genere perda i requisiti di aleatorietà necessari affinché la stessa sia ritenuta ancora valida si prevedono, nel testo contrattuale, una serie di specificazioni

⁴¹ TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 449, sottolinea acutamente come, alla costante diminuzione delle garanzie previste in polizza, non è corrisposta una diminuzione dei premi relativi i quali, statisticamente, sono sensibilmente aumentati negli ultimi anni.

⁴² Nel caso in cui un assicurato sia garantito da una polizza *claims* dal primo gennaio 2012 al 31 dicembre 2012 e passi ad una assicurazione *loss occurrence* dal primo gennaio 2013 fino al 31 dicembre 2013, il sottoscrittore non sarà indennizzato per i danni avvenuti nel 2012 ma la cui domanda di risarcimento giunga nel 2013.

⁴³ Con riguardo alle potenziali problematiche che le clausole *claims* possono produrre, si rinvia a CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 595.

volte a determinare in quali circostanze il rischio di sinistro possa considerarsi “*in essere*” e, normalmente, si suole includere un elenco esemplificativo, ma non tassativo, di ipotesi che integrano, già di per sé, casi in cui una domanda di risarcimento, solo ipotetica, si consideri effettivamente concretizzata.

In ogni caso, poi, le imprese possono avvalersi, in generale, delle disposizioni del codice civile relative alla fase precontrattuale del rapporto e, nello specifico, degli articoli 1892-1893 c.c. in base ai quali, la dichiarazione fallace resa con colpa dall'assicurato può determinare una riduzione dell'indennizzo dovuto, proporzionale alla differenza tra il premio stabilito e il premio applicabile se fosse stato conosciuto dall'impresa assicuratrice il vero stato del rischio (art. 1893 c.c.); inoltre, nel caso di dichiarazione in veritiera fatta con dolo o colpa grave, l'impresa può, come *extrema ratio*, richiedere l'annullamento del contratto e la reiezione del sinistro.

5. La clausola *claims made*: l'interpretazione della giurisprudenza

L'articolato dibattito emerso in dottrina circa l'efficacia della clausola *claims made*, si è trasferito in giurisprudenza; ed anche in tale sede i risultati non sono né pacifici né uniformi.

Se, da un lato, la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza del 15 marzo 2005 n. 5624⁴⁴ ha parzialmente risolto le divergenze ermeneutiche inerenti la

⁴⁴ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. La vicenda giudiziale sulla quale la Corte si è pronunciata riguarda un caso di responsabilità professionale di un curatore fallimentare. Quest'ultimo aveva citato la compagnia con la quale aveva stipulato una polizza assicurativa al fine di tutelarsi da eventuali rischi, conseguenti la propria attività professionale. In prima battuta, il giudice condannava il curatore al risarcimento del danno e l'assicurazione a indennizzare il medesimo dall'obbligo del pagamento. Successivamente, la compagnia assicurativa appellava la sentenza, in base al fatto che la clausola *claims made* operasse squisitamente a favore di quei sinistri le cui richieste di risarcimento abbiano avuto luogo nel periodo di efficacia del contratto assicurativo. (Cfr. Cass., 15.3.2005, n. 5624, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 722 ss). La Corte di Appello di Napoli, con decisione del 28.2.2011, n. 503, rigettò tale interpretazione, ritenendo oggetto dell'assicurazione il danno causato dall'esercizio dell'attività professionale nel periodo di tempo in cui la garanzia ha validità. (Cfr. App. Napoli 28.2.2011, n. 503, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 719 s.; App. Napoli 28.2.2011, n. 503, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 720). Quindi, la Corte di Appello ha sostenuto che: «opinando diversamente nel senso prospettato dall'ente assicuratore, si perverrebbe a conclusioni che mal si conciliano con la natura di contratto aleatorio del contratto di assicurazione», specificando, poi, che è rimessa alle parti la facoltà di determinare se, all'interno di una piattaforma contrattuale, una data circostanza, «vi sarebbe o sarebbe esclusa, in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo e dal periodo in cui esso ebbe a verificarsi». Per avvalorare ancor più la propria posizione, la Corte ha statuito che «una evidente limitazione di responsabilità che avrebbe dovuto quantomeno essere approvata specificamente per iscritto al

liceità di tale clausola, dall'altro lato le sentenze di merito riflettono una perdurante disomogeneità di interpretazione⁴⁵.

Si distinguono, quindi, vari filoni interpretativi; una parte della giurisprudenza ritiene che tali clausole siano lecite poiché non contrarie a norme imperative ma, al tempo stesso, vessatorie;⁴⁶ altra parte ne ha sostenuto *tout court* l'illegittimità⁴⁷; infine, parte della giurisprudenza ne ha riconosciuta la piena validità⁴⁸.

fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale».

⁴⁵ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2., Il caso specifico inerisce la responsabilità civile di un medico dentista. Quest'ultimo, con lo scopo di tutelarsi da potenziali rischi, aveva chiamato in causa la compagnia di assicurazione che si era da contratto obbligata a tenerlo indenne in base ad una clausola *claims made*. Poiché l'assicurato aveva denunciato il fatto avvenuto al termine della scadenza del contratto, la compagnia contestava la non operatività della garanzia secondo l'articolo 18 delle condizioni di polizza. Sostenendo, quindi, la natura dell'articolo 1917 c.c. di «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione», il giudice si pronunciava per la nullità del patto stabilendo che la norma suddetta «deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti, in sostituzione della clausola difforme». La Corte di Cassazione evidenzia che l'art. 18 previsto nelle condizioni di polizza sarebbe idoneo «(...) ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo, così venire meno la stessa causa del contratto qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del proprio diritto, il risarcimento dai danni subiti (...)».

⁴⁶ Si esprime, in tal senso, la Corte App. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 531

⁴⁷ Trib. Bologna 2 ottobre 2002 n. 3318. MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Il caso specifico inerisce la responsabilità civile di un medico dentista. Quest'ultimo, con lo scopo di tutelarsi da potenziali rischi, aveva citato la compagnia assicurativa con la quale aveva concluso un contratto assicurativo in cui compariva un riferimento alla clausola *claims made*. Poiché l'assicurato aveva denunciato il fatto avvenuto al termine della scadenza del contratto assicurativo, la compagnia contestava la non operatività della garanzia secondo l'art. 18 compreso tra le condizioni di polizza. Sostenendo, quindi, la natura dell'art. 1917 c.c. di «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione», il giudice si pronuncia in favore della nullità del patto e stabilisce che la norma suddetta «deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti, in sostituzione della clausola difforme». A sostegno della propria tesi il Giudice evidenzia che l'art. 18 previsto nelle condizioni di polizza sarebbe idoneo «(...) ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo, così venire meno la stessa causa del contratto qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del proprio diritto, il risarcimento dai danni subiti (...)».

⁴⁸ Si veda, sul punto, Trib. Crotone 8.10.2004, n.478. Analogamente al caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Bologna, anche la vicenda sulla quale si è pronunciato il Tribunale di Crotone ha per oggetto responsabilità derivante da attività medica. Nel caso di specie, l'impresa sosteneva l'inoperatività della clausola (disciplinata dall'art 6 delle condizioni di polizza), la quale stabiliva che le garanzie predisposte a tutela dell'assicurato producono i propri

A tale congerie di posizioni ha provato a dare ordine la Suprema Corte di Cassazione poc' anzi richiamata che ha confermato la liceità della clausola *claims made*. La Corte ha, infatti, stabilito il principio che «il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c. ma costituisce un contratto atipico da ritenersi in generale lecito ex art. 1322 c.c.»⁴⁹.

In tale pronuncia, la Cassazione ha ritenuto che l'articolo 1917 c.c. sia inderogabile per ciò che attiene al comma 3 (con riferimento alle spese processuali necessarie per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato) e al comma 4 (in merito alla possibilità dell'assicurato di chiamare in causa l'assicuratore); mentre, è derogabile quanto espresso dal primo comma del medesimo articolo.

Contestualmente, la Corte ribadisce la vessatorietà della clausola, la quale, per essere efficace, abbisogna di specifica approvazione scritta dell'assicurato, allo scopo di palesare lo spostamento del rischio.

La *ratio* di tale pronuncia si fonda sulla necessità di tutelare la parte debole del contratto (*i.e.* l'assicurato), cui non può essere negato il diritto di avere una effettiva conoscenza delle limitazioni alla propria copertura assicurativa. Per tali motivi, la mancata sottoscrizione della clausola, ne comporterebbe la nullità e una integrazione di diritto di quanto previsto dall'articolo 1917c.c..

effetti esclusivamente quando la richiesta di risarcimento sia presentata durante il periodo di validità del contratto. In relazione a quanto detto finora, il giudice stabiliva che la clausola rappresenta una deroga all'articolo 1917 comma 1 (norma derogabile ai sensi dell'art. 1322 c.c.) sostenendo, inoltre, il carattere non vessatorio della stessa dal momento che il contraente non è insignito dello *status* di consumatore, e che il contratto era stato stipulato sulla base di un'approvazione volontaria delle parti. Infine, il Tribunale accolse il difetto di legittimazione passiva e si pronunciò in favore della validità della clausola (cfr., Trib. Bologna 2.10. 2002, n. 3318, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 715 s; Trib. Crotone 8.11.2004, n.478, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 737.) Opinioni in tal senso si registrano anche in dottrina. Per esempio BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, cit., vede nella compatibilità della clausola con il nostro ordinamento «una conferma di quella tendenziale «elasticità» del tipo assicurativo, evidenziata dalla dottrina, che si caratterizza quindi, al di là della solo apparente esaustività della disciplina positiva (soprattutto di codice civile), per essere un contratto «a bassa definizione del tipo», stante la esiguità degli elementi dei quali è richiesta la compresenza affinché si permanga entro la fattispecie tipica». Molto più estrema è la tesi di CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., che afferma che «non intervenendo sulla nozione di sinistro, così come accolta nell'art. 1917 c.c., la clausola *claims made* dà luogo ad un negozio assicurativo tipico, rientrante nello schema legale, mediante il quale si opera il trasferimento finanziario del rischio di responsabilità civile dall'assicurato all'assicuratore».

⁴⁹ Cfr. Cass., 15.3.2005 n. 5624 in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 722 ss.

Tuttavia, la ricostruzione elaborata dalla Cassazione non è stata unanimemente accolta nelle successive pronunce dei Tribunali di merito.

Tra le varie decisioni di merito, in contrasto con quanto statuito dalla Corte di Cassazione, si segnala la decisione del Tribunale di Genova⁵⁰ che, con sentenza datata 8 aprile 2008, sosteneva nuovamente la natura imperativa dell'art. 1917, c. 1.

Pertanto, posto che il fine ultimo del contratto di assicurazione è quello di garantire apposita tutela patrimoniale all'assicurato⁵¹, il Tribunale di Genova ha ritenuto che la clausola *claims made* trasformasse il contratto in '*non assicurativo*', poiché escluderebbe la copertura per i danni successivi al periodo di validità della polizza assicurativa.

Inoltre, la nullità di una clausola *claims made* è stata rilevata anche dal Tribunale di Roma che, con sentenza del 12 gennaio 2006, considerava tale clausola rappresentativa di un rischio putativo⁵².

Il dibattito scaturito da questo fenomeno di *legal transplant* non fa altro che evidenziare, in maniera chiara, le difficoltà della nostra giurisprudenza, la quale si è mantenuta su posizioni di ostracismo e chiusura. In particolare, si è registrata una «incapacità di cogliere, nei suoi aspetti più tecnici, la originale

⁵⁰ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Secondo il Tribunale di Genova, la decadenza potenziale della causa del contratto dipenderebbe, stante un negozio provvisto di clausola *claims made*, dalla connessione tra la validità della garanzia ed il periodo temporale di richiesta di risarcimento. Dalla sentenza si evince che il primo comma: «non ha per sua natura necessità di essere dichiarato inderogabile, essa rappresenta l'essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di un'attività professionale dall'agente all'assicuratore». In conclusione, quindi, il Tribunale di Genova, sostenuta la nullità della clausola del contratto, ne stabiliva la sostituzione con quanto statuito dall'art. 1917, c. 1, sulla base dell'art. 1419, c. 2. (Cfr. Trib. Genova 8.4.2008, in danno e responsabilità, 2009, 103). In altri termini, poiché l'elemento essenziale del contratto assicurativo è il rischio sia la sua assenza (art. 1895 c.c.) che la sua cessazione con scioglimento (art. 1896 c.c.) causano la nullità del contratto e dato il suo carattere essenziale, il rischio deve sussistere anteriormente alla stipula del contratto stesso.

⁵¹ Infatti, come previsto dalla sentenza della Cassazione n. 93/79711'interesse dell'assicurato «consiste nel cautelarsi contro il rischio di alterazione negativa del proprio patrimonio complessivamente considerato ed esposto a responsabilità illimitata per eventuali comportamenti colposi, anche gravi, con la sua reintegrazione attraverso il pagamento da parte dell'assicuratore, di una somma di danaro pari all'esborso dovuto dall'assicurato, nell'ambito per lo più di un tetto massimo detto massimale». CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2425.

⁵² Nel caso di specie, la controversia verteva sulla responsabilità civile di un medico chirurgo il quale aveva citato la compagnia assicurativa per essere indennizzato dell'eventuale quota risarcitoria al cui esborso era tenuto. L'assicurazione, dal canto suo, si rifiutava di corrispondere l'indennizzo poiché la richiesta di risarcimento era pervenuta successivamente alla data di scadenza della polizza.

soluzione creata dalla prassi assicurativa internazionale» nonché di recepire soluzioni idonee «alla copertura dei nuovi rischi di responsabilità civile a carattere lungolatente»⁵³.

Per ovviare a tali criticità la prassi ha implementato la clausola in commento elaborano la versione denominata *claims made and reported già diffusa a livello internazionale, accolta dai tribunali di Common Law e disciplinata dal formante legislativo in Australia*⁵⁴.

⁵³ CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit.

L'elaborazione del concetto di trapianto giuridico si deve a Alan Watson. Cfr. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974. Si vedano dello stesso autore anche WATSON, *Society and Legal Change*, 1978, "Comparative Law and Legal Change", Cambridge L. J., 313 e *The Evolution of Law*, 1985. Questi elenca nove fattori rilevanti per il compimento di un trapianto, che riportiamo nella versione linguistica originale: *pressure force, opposition force, transplant bias, discretion factor, generality factor, societal inertia, felt-needs, source of law e law-shaping lawyers*. Si veda WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge L.J., 1978, 322. Il concetto di trapianto rappresenta una forma di recezione parziale di una o più parti del "diritto" di uno stato terzo da parte di un diverso ordinamento giuridico. Tale forma di recezione, frutto di un trapianto di norma, è diretta conseguenza del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici (circolazione e recezione possono essere inclusi nell'unica nozione di flusso giuridico. Si veda a tal proposito LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, *passim*). La giustificazione dei trapianti di norme si basa sulla oggettiva omogeneità del mercato ed è tanto più facile tanto più si discute di norme considerate neutre o tecniche (AJANI, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, 2006, 37). In altre parole, gli interpreti, sulla spinta di fattori sia esogeni che endogeni, confrontano i prodotti giuridici a loro disposizione e cercano quindi di individuare le regole migliori per disciplinare una certa fattispecie giuridica. L'analisi economica del diritto, nel giustificare tale fenomeno, offre la soluzione utilizzando, come sempre, il concetto di efficienza (Watson utilizzava, invece, il concetto di "prestigio" *id est* il modello imitato è quello più prestigioso). L'efficienza comparativa, ben spiega AJANI, op. cit., 31, si verifica quando: «una regola N, di cui si valuti l'adozione o si discuta l'utilità, può anche apparire come imperfetta, se confrontata con una situazione ideale e astratta, ma sarà la migliore possibile se considerata alla luce del contesto istituzionale e dalle scelte del passato (path dependency theory, appunto) induce a pensare storicamente alle modalità di funzionamento del diritto». A. Watson (*Legal transplants and European Private Law Ius Comune Lectures on European Private Law, 2 (electronic version) Dutch Institute of Comparative Law*) descrive il fenomeno del legal transplant nei seguenti termini: «As the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another»; «Rules—not just statutory rules—institutions, legal concepts and structures that are borrowed, not the spirit of the legal system»).

⁵⁴ Sugli orientamenti della giurisprudenza di common law, CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle coverage trigger disputes*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 87 e ss. La normativa australiana si basa sulla *Section 40 dell'Insurance Contract Act (ICA) 1984*.

Dal punto di vista operativo, tale clausola si caratterizza per l'obbligo in capo all'assicurato notificare immediatamente all'assicuratore ogni circostanza che, in termini di correttezza oggettiva, possa costituire ragionevolmente presupposto per fondare una successiva ed eventuale richiesta indennitaria (*reporting requirement*).

Adempiendo a tale onere, il futuro *claim* che dovesse colpire l'assicurato e che si originasse anche posticipatamente rispetto alla scadenza dell'annualità di polizza si considererebbe come notificato nella precedente annualità assicurativa, garantendo l'assicurato di poter fruire del massimale di polizza operante nel momento in cui il fatto originatore dell'indennità è stato notificato (*deeming provision*).

In altre parole, le elaborazioni della prassi possono modulare le garanzie *claims made* come «soddisfacenti bilanciamenti dei reciproci interessi, salvaguardando nello stesso tempo l'esigenza precipua dell'assicuratore per una prevedibile e contenuta, sotto il profilo temporale, esposizione economica e quella dell'assicurato per un valore della copertura indennitaria il più possibile allineato con i parametri monetari della richiesta risarcitoria»⁵⁵.

6. Conclusioni

Le clausole *claims made* conferiscono carattere atipico al contratto di assicurazione; allo stesso tempo, come sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione, si tratta di un contratto lecito ai sensi dell'art. 1322 c.c., poiché la causa del contratto non è illegittima e tale da provocarne la nullità integrale.

La clausola *claims made* ridimensiona esclusivamente la responsabilità delle imprese assicuratrici in un'ottica quantitativa o temporale (senza incidere sull'oggetto stesso del contratto di assicurazione)⁵⁶.

⁵⁵ L'elaborazione tecnica sottesa a queste inusuali architetture della garanzia di responsabilità civile richiede però che la situazione di asimmetria informativa in cui può versare il contraente/assicurato venga colmata, in fase di negoziazione dei termini contrattuali, con l'ausilio di qualificati servizi di intermediazione e consulenza assicurativa che sappiano valorizzare i concreti bisogni assicurativi, traducendoli nelle più opportune soluzioni di copertura ed esigendo in sede di stesura del contratto normativi di polizza chiari e trasparenti con particolare riguardo alla interazione tra diritti ed obblighi delle parti, al fine di non incorrere in inconsapevoli decadenze dalla garanzia.

⁵⁶ Afferma TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 458, che ciò «avviene sia quando la limitazione della prestazione della garanzia rimane determinata nel tempo che normalmente è quello di vigenza del contratto, sia quando viene previsto il diritto dell'impresa di recedere dal contratto a cui segue, per l'assicurato, la perdita dell'obbligazione di garanzia».

Inoltre, le clausole *claims made* ricadono nell'ambito di applicabilità dell'art. 1229, c. 2, c.c. il quale sancisce la nullità dei contratti che escludono o attenuano la responsabilità di una delle parti, ovvero abbiano natura vessatoria. Tale opinione è confortata dalla sentenza n. 5624 del 2005 della Suprema Corte di Cassazione, la quale, come specificato nel corso della presente trattazione, ritiene inefficace la clausola qualora la stessa non sia specificatamente approvata dall'assicurato: tali clausole sono ricondotte a limitazioni di responsabilità secondo la disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto previste dall'art. 1341, c. 2, c.c.⁵⁷.

Quest'ultimo articolo impone la necessità di specifica approvazione scritta, al fine di riequilibrare le condizioni di parità delle parti nel rapporto assicurativo⁵⁸.

Tuttavia, tali esigenze di controllo non possono ritenersi soddisfatte dalla mera approvazione per iscritto; nella pratica, si tratta di una tutela solo formale del contraente debole. Ciò che si richiede, in conclusione, al formante giurisprudenziale, è quello di procedere ad una sostanziale valutazione circa la vessatorietà delle specifiche clausole *claims made*⁵⁹, così, peraltro, mostrandosi aperta all'adozione di esperienze e soluzioni elaborate con successo nell'ambito di altri ordinamenti.

Infatti, come esaminato nel corso dell'articolo, la clausola, nata in seno ai sistemi di *common law* e trapiantata, fra gli altri, anche in Italia, è stata, in larga misura, accettata dalla dottrina, che ha adottato un approccio possibilista,

⁵⁷ Nello specifico, il comma 2 recita: «*in ogni caso, non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospendere l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*».

⁵⁸ Come confermato dalla Cassazione nella sentenza 86/3407 «il requisito della specifica approvazione delle clausole onerose è necessario anche quando dette clausole sono predisposte dal contraente più debole, in quanto la norma, oltre a tutelare quest'ultimo, impedendo che sia sopraffatto dalla parte che si trova in posizione di supremazia, mira anche e soprattutto a garantire che le clausole onerose costituiscano l'oggetto di una vera e propria contrattazione fra le parti», in CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 1469.

Allo scopo di ridimensionare tale disomogeneità, vengono in soccorso le pratiche di coordinamento e indirizzo promosse dall'Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici (ANIA).

⁵⁹ Sarà ulteriore onere della dottrina e della giurisprudenza, quello di elaborare un modello unanime in relazione alla protezione del contraente debole, tenendo presente che l'illegittimità della clausola non riguarda esclusivamente l'assicurato ma anche il terzo danneggiato.

concentrandosi sugli elementi critici già evidenziati pure dai giuristi di lingua inglese.

Per converso, sul piano della prassi, si è assistito ad uno scontro fra compagnie d'assicurazione e giurisprudenza, con i giudici che, investiti da cause riguardanti tali clausole, le hanno frequentemente – ancorché non unanimemente – cassate.

Per tale ragione, la circolazione della prassi in commento è rimasta circoscritta e la contaminazione del sistema con soluzioni innovative, che meglio potrebbero rispondere alle esigenze degli operatori, è stata limitata.

GIURISPRUDENZA

**USUCAPIONE DELLA SERVITÙ DI VEDUTA: È SUFFICIENTE
CHE L'OPERA DALLA QUALE SI "GUARDA" SIA
OGGETTIVAMENTE VISIBILE.**

Giovanni Bruni

Avvocato

Cassazione Civile, Sezione III, 17 novembre 2014 n. 24401 Pres. Piccialli,
Rel. Manna

Con la pronuncia n. 24401 del 17 novembre 2014, la seconda Sezione della Corte di Cassazione interviene in tema di acquisto per usucapione di una servitù di veduta. Secondo l'orientamento espresso, le opere permanenti destinate al relativo esercizio devono essere, ai sensi dell'art. 1601, c. 1, c.c., visibili in maniera tale da escludere la clandestinità del possesso e da far presumere che il proprietario del fondo servente abbia contezza della situazione di obiettivo asservimento della sua proprietà, per il vantaggio del fondo dominante. La Corte ha altresì precisato che il requisito di visibilità può far capo ad un punto d'osservazione non necessariamente coincidente col fondo servente, purché il proprietario di questo possa accedervi liberamente, come nel caso in cui le opere siano visibili da una vicina via pubblica.

La pronuncia in esame merita di essere segnalata per la sua portata chiarificatrice rispetto alla corrente giurisprudenziale creatasi in materia di usucapione del diritto di servitù.

Il legislatore, nel disciplinare le modalità di la costituzione delle servitù, ha posto come presupposto imprescindibile il criterio discrezionale tra servitù apparenti e non apparenti, stabilendo che solo le prime sono suscettibili di essere acquistate per usucapione (o per destinazione del padre di famiglia). Il concetto di apparenza, definito come la presenza di opere che siano visibili, permanenti e destinate all'esercizio delle servitù, risponde alla necessità di escludere che possano considerarsi servitù quelle facoltà esercitate clandestinamente o per mera tolleranza e dunque in violazione delle regole dell'acquisto *ad usucapionem*.

Essendo infatti possibile acquistare il diritto di servitù tramite situazioni di fatto derivanti dal mero possesso, è necessario che l'esistenza di tali servitù sia resa chiara e certa al proprietario del fondo servente per mezzo di opere

visibili e permanenti, impiegate in modo univoco al loro esercizio¹. Per quanto riguarda in particolare la servitù di veduta e prospetto essa è configurabile ogniqualvolta sussistano opere che, per ubicazione e struttura, risultino destinate in modo permanente a rendere possibile l'affaccio sul fondo del vicino e ciò in maniera tale da consentire a chi le utilizza quell'*inspicere e prospicere in alienum* tale da limitare la riservatezza del fondo vicino.

Il caso di specie, che ha richiesto l'intervento della Suprema Corte, ha origine dalla pronuncia del giudice di prime cure lucchese secondo il quale la richiesta di parte attrice, volta all'accertamento dell'acquisto per usucapione di una servitù di veduta sull'immobile adiacente la sua proprietà, doveva essere respinta per l'assenza di prova che le opere strumentali all'esercizio della suddetta servitù fossero state visibili dalla proprietà del fondo servente. Deve osservarsi come il Tribunale adito non abbia fatto null'altro che conformarsi al consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale può dirsi apparente, e dunque suscettibile di acquisto per usucapione, solamente quella servitù al cui esercizio risultino destinate opere permanenti che possano essere percepite come tali "dal fondo servente"².

La Corte d'Appello di Firenze, solo apparentemente in disaccordo con il predetto orientamento, ribaltava la pronuncia di primo grado affermando che la visibilità delle opere dalle quali l'attore pretendeva aver esercitato, negli anni, la servitù di veduta doveva ritenersi implicitamente provata dalla circostanza che dette opere (in particolare una finestra e due parapetti) erano ben visibili da chiunque percorresse la pubblica via sottostante i due edifici de quo e, dunque, anche dal proprietario dell'immobile del fondo servente.

Per la cassazione di tale pronuncia il convenuto sconfitto ricorreva alla Suprema Corte denunciando l'illogicità della motivazione del giudice d'appello fiorentino per avere lo stesso considerato come visibile da una imprecisata via pubblica (nella specie un lungomare) la finestra sita nell'immobile del fondo dominante, senza considerare la visibilità della stessa dalla prospettiva del fondo servente, unico punto di osservazione (secondo il ricorrente) dal quale poteva essere correttamente valutata la strumentalità dell'opera rispetto all'utilità ricevuta dal fondo dominante.

Le considerazioni di parte ricorrente hanno costretto i giudici della Cassazione a rivedere il proprio orientamento in materia. E ciò per la necessità

¹ In dottrina si vedano tra gli altri, TAMBURRINO - GRATAGLIANO, *Le servitù*, in *Giur. sist.*, diretto da Bigiavi, Torino, 2003, 172; COMPORI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. Rescigno*, 8, *Proprietà*, II, Torino, 2002, 205.

² Cass. 26 novembre 2004, n. 22290, in *Foro it.*, 2005, I, 2086; Id., 16 gennaio 1998, n. 321 in *Corr. Giur.*, 1998, 1056 con nota di Cesare; Id., 21 luglio 1989, n. 4472 in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 57.

di precisare la nozione del concetto di apparenza così da evitare che una lettura troppo rigorosa dei principi di diritto precedentemente enunciati in tema di usucapione di servitù prediali potesse condurre a decisioni inique rispetto a quanto previsto dal legislatore.

È proprio nella ratio che ha ispirato il legislatore che gli ermellini incardinano il ragionamento culminante nel principio di diritto sopraenunciato. Nell'affermare che sono apparenti solo quelle opere permanenti che siano visibili dal fondo servente (si dice) la giurisprudenza di legittimità non ha mai inteso limitare il concetto di apparenza alle sole opere che fossero osservabili solo da chi si trovasse nel fondo servente. Tale assunto, seppur più volte ribadito, è stato negli anni utilizzato al solo fine di esemplificare il principio per il quale una servitù può definirsi apparente ogniqualvolta il proprietario del fondo servente abbia piena coscienza del peso che grava sulla sua proprietà, conoscenza che sarà certamente presunta quando le opere strumentali all'esercizio della servitù possano essere osservate dal fondo di quest'ultimo. Ciò trova pacifico riscontro dalla lettura di quelle pronunce³ nelle quali si riconoscono come apparenti non solo quelle opere che si trovano sul fondo dominante ma anche quelle collocate sul fondo servente oppure sul fondo di proprietà di terzi (si pensi al caso della servitù di passaggio esercitata attraverso un portone che si trova all'interno del fondo ritenuto servente).

Dunque è irrilevante la collocazione geografica dell'opera rispetto al fondo servente posto che ciò che la norma mira a garantire è che il proprietario di detto fondo sia messo in condizione di ben conoscere il peso che grava sul suo diritto, e ciò al fine di poter verificare se ai fini dell'usucapione il possesso sia stato correttamente esercitato e non sia da ritenersi clandestino⁴.

L'argomentazione appena enunciata trova poi benevolo riscontro anche nella disposizione di cui all'art. 905, c. 1, c.c.; tale norma (argomenta la Corte), nel prevedere il divieto dell'apertura di vedute sul fondo e sul tetto del vicino riconosce implicitamente come anche il fatto di affacciarsi sul tetto del vicino, costituendo comunque un peso sull'altrui proprietà, debba essere assistito da un corrispondente diritto di servitù⁵.

In tale ipotesi è evidente l'impossibilità di definire le specifiche porzioni sensibili all'*inspicere e prospicere in alienum* del proprietario del fondo dominante, con la conseguenza che il peso della veduta deve ritenersi gravante

³ Cass. 4 aprile 2006, n. 7817 in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 4; Id., 14 gennaio 1997, n. 6357 in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 48; Id., 17 dicembre 1996, n. 11254 in *Giur. it.* 1997, I, 1, 1614; Id., 18 dicembre 1991, n. 11020, in *Riv. Giur. edilizia*, 1992, I, 319

⁴ Cass. 17 febbraio 2004, n. 2994, in *Dir. e giust.*, 2004, 13, 40

⁵ Cass. 7 febbraio 1987, n. 1256, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 2

su tutto l'immobile indistintamente⁶. Pertanto in simili casi non occorrerà verificare se tale peso sia più o meno avvertibile da quelle zone del fondo servente maggiormente sensibili alla limitazione della riservatezza ma sarà sufficiente che esso sia oggettivamente percepibile dal proprietario del fondo servente, indipendentemente dal suo punto di osservazione.

A ciò si aggiunga come la giurisprudenza di legittimità, in materia di servitù di veduta, ha altresì affermato che le finestre che dal muro perimetrale di confine si aprono verso il fondo vicino debbano considerarsi obiettivamente visibili ogni qual volta si ravvisi una situazione di fatto tale che il proprietario del fondo servente sia stato comunque in condizione di vederle, tenendo conto di tutti i possibili punti di osservazione⁷.

Dall'analisi ragionata delle pronunce giurisprudenziali in materia, dunque, emerge con chiarezza come la ratio alla base della regola sancita all'art. 1061, c. 1, c.c. sia quella di subordinare l'acquisto per usucapione di una servitù alla circostanza che chi l'abbia subita nel corso del tempo fosse ben conscio del peso che gravava sulla sua proprietà, senza che rilevino le specifiche modalità attraverso le quali detta coscienza si sia formata. Una diversa interpretazione della norma finirebbe per snaturarne la logica ispiratrice. Se infatti si concedesse al proprietario del fondo servente la possibilità di subordinare l'esercizio di qualsivoglia servitù alla circostanza che le opere destinate all'esercizio della stessa siano visibili dalla sola prospettiva del proprio fondo, si finirebbe per soggettivizzare il concetto di visibilità avallando possibili utilizzi strumentali della norma al fine di escludere l'usucapibilità di tutte quelle servitù la cui percezione, per ragioni meramente strutturali, avviene in maniera solo indiretta.

Nel caso di specie la veduta in contestazione, pur non direttamente visibile dal fabbricato sito nel fondo servente, era esposta verso una via pubblica (un lungomare abitualmente transitabile da chiunque) e, dunque l'*utilitas* che la stessa attribuiva al fondo dominante poteva considerarsi senz'altro percepibile dal proprietario del fondo servente.

⁶ Cass. 27 gennaio 1995, n. 988, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 201

⁷ Cass. n. 5671/77 cit.

TRASFORMAZIONE DELLA DOMANDA DI RESTITUZIONE IN RIVENDICA: LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE

Giovanni Bruni

Avvocato

Cassazione Civile Sezioni Unite, 11 febbraio 2014, n. 7305 – Pres. Rovelli, Est. Bucciante

Con la pronuncia che si commenta, le Sezioni Unite, a composizione di contrasto, hanno enunciato il principio per cui le difese di carattere petitorio opposte ad un'azione di rilascio o consegna non determinano la trasformazione in reale della domanda proposta e mantenuta ferma dall'attore come personale, la quale, peraltro, è destinata ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire un bene già trasmesso alla controparte in forza di un negozio come il comodato o la locazione e non può surrogare, eludendo il relativo rigoroso onere probatorio, l'azione di rivendicazione che deve essere proposta quando la domanda sia diretta ad ottenere la riconsegna da chi dispone del bene sine titolo.

Le Sezioni Unite con tale pronuncia pongono il punto su una annosa questione che negli ultimi anni aveva impegnato a più riprese i Giudici di legittimità.

Posto che nessuna remora può essere mossa verso colui che agisce in rivendica dimostrando l'esistenza del proprio diritto di proprietà (e che dunque potrà chiedere ed ottenere, oltre all'accertamento del proprio diritto anche la restituzione del proprio bene), ci si chiedeva se le difese del convenuto tese ad accertare il diritto di proprietà dello stesso potessero trasformare la domanda di restituzione dell'attore in una domanda di rivendica¹.

Parte della giurisprudenza aveva elaborato la tesi secondo la quale le difese petitorie sollevate dal convenuto determinavano il sorgere in capo al giudice del dovere di decidere sulla sussistenza del diritto di proprietà vantato da una parte e negato dall'altra e dunque l'intera azione (nata come restitutoria) si trasformava in petitoria, con il rilevante effetto di costringere l'attore a fornire la c.d. *probatio diabolica* del sussistere del proprio diritto di proprietà².

¹ Sui rapporti fra azioni di rivendica e di restituzione, si veda in dottrina FERRERI, *Azioni petitorie*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 50 ss.

² Si vedano Cass. 19 maggio 2006 n. 11774; 30 giugno 1998 n. 5397; 26 settembre n. 10073

Alla soluzione diametralmente opposta era giunto invece un diverso filone giurisprudenziale, per il quale alle difese del convenuto non può essere accordato un siffatto potere³. In accoglimento di quest'ultimo orientamento, le Sezioni Unite con la pronuncia in esame affermano (riteniamo a ragione) che in nessun modo il convenuto, tramite le proprie difese, eccezioni o domande riconvenzionali, possa giungere a trasformare la domanda di restituzione dell'attore in domanda di rivendica. A ben vedere la diversa tesi trova pacifica e pronta confutazione nei principi base che conformano il nostro diritto processuale civile. Il giudice chiamato a decidere sulla sussistenza dei presupposti dell'azione di restituzione non potrà certamente per il solo effetto della contro-domanda del convenuto decidere su un qualcosa di diverso da ciò che l'attore gli ha richiesto. Diversamente si finirebbe col consentire al convenuto non solo di compiere una *mutatio libelli* sulla domanda dell'attore (quando un simile potere viene invece negato all'attore stesso, salvo quanto previsto dall'art. 183 c.p.c.) ma anche di scaricare sulla parte attrice un pesante onere probatorio che la stessa non avrebbe dovuto sopportare. A ben vedere solamente l'eccezione o la domanda riconvenzionale del convenuto hanno natura reale ed assoluta e solo quest'ultimo, poiché pretende di opporre il proprio diritto di proprietà sul bene conteso, dovrà dare la prova che tale diritto sussiste. Ciò posto, la questione più rilevante, generatrice di altrettanti contrasti interpretativi, è quella squisitamente sostanziale e inerente la corretta qualificazione giuridica della fattispecie (frequente nella prassi) in cui l'attore agisca in giudizio per sentir condannare il convenuto alla restituzione di un bene denunciando semplicemente l'assenza di un titolo giustificativo della disponibilità materiale dello stesso. In particolare secondo un primo (e più risalente) orientamento la totale assenza di un titolo legittimante la disponibilità del bene rientra tra i presupposti per esperire l'azione di restituzione⁴; mentre secondo un diverso orientamento la mera denuncia dell'illegittima disponibilità, senza dedurre il venire meno del rapporto giuridico che giustificava la consegna della cosa, equivarrebbe alla richiesta di accertamento del diritto di proprietà del denunciante sulla cosa stessa⁵.

³ Si vedano Cass. 17 gennaio 2011 n. 884, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 5, 1, 1207 con nota di DE TILLA; Id. 27 gennaio 2009 n. 1929, in *Mass. giust. civ.*, 2009, I, 122; Id., 26 febbraio 2007 n. 4416, *ibid.*, 2007, 2; Id., 27 febbraio 2001 n. 2908, *ibid.*, 2001, 339; Id., 12 ottobre 2000 n. 13605, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 190.

⁴ Così Cass. 24 luglio 2013 n. 17941, in *Mass.* 2013; Id., 10 dicembre 2004 n. 23086, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 1; Id., 27 febbraio 2001 n. 2908, *cit.*; Id., 12 ottobre 2000 n. 13605, *cit.*

⁵ In questo senso Cass. 14 gennaio 2013 n. 705, in *Mass.* 2013; Id., 4 luglio 2005 n. 14135, in *Mass. Giust. civ.*; Id., 19 febbraio 2002 n. 2392, *ibid.*, 2002, 257; Id., 19 luglio 1996 n. 6522, *ibid.*, 1996, 1019.

È aderendo al secondo orientamento che la Suprema Corte ha risolto la predetta questione controversa. Invero, tale pronuncia non fa altro che “costruire” la soluzione della problematica de quo partendo dalla base etimologica dei concetti in esame. È il termine stesso “restituzione” che sta ad indicare la riconsegna di un qualcosa che si è in precedenza ricevuto e che dunque implica il venir meno della ragione che ha spinto il *tradens* a trasmettere la cosa all'*accipiens*: ovvero il titolo⁶.

L'azione di restituzione, infatti, ha come presupposto il venir meno del rapporto obbligatorio in base al quale l'attore ha consegnato la cosa al convenuto (es. una contratto di locazione, comodato, ecc.). Diversamente, colui che agisce in giudizio per ottenere la restituzione del bene, senza fondare la propria pretesa sull'invalidità o l'avvenuto esaurimento del negozio giuridico per il quale è avvenuta la *traditio*, ma limitandosi a denunciare l'altrui detenzione *sine titulo*, sta evidentemente chiedendo al giudice che gli venga riconsegnato un bene di cui egli si reputa proprietario e dunque dovrà fornire la prova del proprio del proprio diritto. Se così non fosse, precisa la Corte, sarebbe del tutto vanificata la portata applicativa dell'azione di restituzione poiché chiunque potrebbe agire in restituzione nei confronti del detentore *sine titulo*.

⁶ CICA, *Sull'azione di rivendicazione e di restituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 1147 ss.

PRIME CONSIDERAZIONI SU CASS. 46137/14**Duccio Zanchi***Professore a contratto nell'Università di Siena***Cassazione Penale, Sezione V, 7 novembre 2014, n. 46137 – Pres. Marasca – Rel. Bevere**

1. **Il fatto.** La sentenza in epigrafe si segnala per più motivi, sia di carattere più strettamente processuale che per una serie di statuizioni in materia di trust che offrono lo spunto per una serie di considerazioni. Tralasciando gli aspetti più squisitamente processuali, si ricava, dalla sentenza, che l'atto istitutivo era stato dichiarato incidentalmente nullo dal Gip in quanto trattavasi di uno *sham* trust, "come tale improduttivo dell'effetto segregativo connesso all'istituto, alla luce della qualifica di trustee e di beneficiario (insieme ai familiari) rivestito dall'imputato unitamente alla madre, entrambi titolari originari dei beni conferiti". Il ricorso promosso dal disponente avverso la decisione contestava inoltre la declaratoria di nullità allegando il fatto a) che erano stati sottoposti a sequestro beni aventi a oggetto reati ad essi non collegati, a tutela di crediti dello Stato; b) non nei confronti del trust, ma dell'imputato, allegando fra l'altro la circostanza per cui c) i beni erano stati conferiti in trust da oltre sei anni e quindi ben al di là del termine (quinquennale) previsto ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c.. Altro motivo di doglianza riguardava l'asserita d) violazione di legge, con riferimento all'art.2 della Convenzione, avendo i giudici ritenuto incidentalmente il trust invalido in ragione di una coincidenza tra disponente e beneficiario del trust medesimo. Osservavano i ricorrenti che, pur non essendo contestata la circostanza, ciò non si poneva in contrasto col disposto dell'art. 2 della Convenzione, secondo cui "il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà, o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario, non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del trust".

2. **La sentenza della Corte di Cassazione.** A giudizio del Supremo Collegio, sgombrata la tesi che assumeva la necessità dell'esperimento vittorioso, in via preliminare, di un'azione volta ad accertare e dichiarare la simulazione del trust, il ricorso non merita accoglimento perché risulta la piena trasparenza della finalità elusiva della costituzione del trust, rivelatosi mero espediente per creare un diaframma fra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie dei terzi, comprese

quelle erariali. Risultavano infatti accertati, prosegue la sentenza, i seguenti punti:

- il trust era stato istituito con atto depositato presso l'Ufficio delle Entrate di Parma. Disponenti risultavano il sig. M e la di lui madre. Gli stessi assumevano anche la qualifica di trustees;
- il trust è stato istituito quando le società fallite delle quali il disponente era amministratore si trovavano in una situazione di dissesto occultato dallo stesso amministratore in concorso con altre persone;
- i beneficiari del trust erano indicati nella famiglia della signora SMTP e GA e i suoi componenti anche se residenti in luoghi diversi ed i loro discendenti in linea retta;
- la durata era determinata a partire dalla data di istituzione del trust fino alla morte di tutti i beneficiari nominati con il presente atto istitutivo e comunque per un periodo non superiore a cinquanta anni da oggi, ovvero, se antecedente, la durata massima prevista dalla legge regolatrice;
- i beni immobili sono stati apportati al trust con atto in data 7 marzo 2008 dal disponente e dalla di lui madre;
- in data 21 dicembre 2012, il trust è stato trasferito in Romania.

La Corte fa derivare la legittimità del provvedimento assunto dal giudice della cautela, alla luce del consolidato orientamento interpretativo¹, secondo cui il trust “si sostanzia nell'affidamento a un terzo di determinati beni perché questi li amministri e li gestisca quale proprietario (nel senso di titolare dei diritti ceduti) per poi restituirli alla fine del periodo di durata del trust ai soggetti indicati dal disponente”. Aggiungeva poi che “presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (*sham*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio.

Tale situazione di mera apparenza era stata valutata dal giudice della cautela per concludere che, “al di là delle forme, il G, trustee egli stesso, continuava ad amministrare i beni conservandone la piena disponibilità oltre a essere, insieme alla madre e ai familiari, beneficiario”.

Si osserva preliminarmente come il fatto di non disporre dell'atto istitutivo e delle clausole ivi contenute, di non conoscere quindi quali siano i poteri riservati al disponente, quelli del guardiano (ove sia previsto), i diritti spettanti ai beneficiari, nonché la legge regolatrice del trust, impongono di dover fare

¹ Cass. 24 ottobre 2011, n. 13276, in *Guida al dir.*, 2011, 24, 88

riferimento solo ai dati che si possono trarre dalla sentenza in ordine alle circostanze di fatto riferite. Pertanto le conclusioni potrebbero risentirne quanto a esattezza.

Non ci soffermiamo sulla contestazione relativa all'errore di ritenere che il sequestro avrebbe dovuto essere effettuato nei confronti del trust e non del trustee, essendo pacificamente riconosciuto che il trust non gode di un'autonoma personalità giuridica.

Orbene, la sentenza condivide la tesi del giudice della cautela circa la natura meramente elusiva del trust sulla base di alcuni elementi che sono analiticamente indicati.

Elementi dell'analisi: il trust autodichiarato

Il primo tratto caratteristico del trust è quello di essere un trust autodichiarato, vale a dire un trust in cui coincidono le figure del disponente e quella del trustee.

La legittimità di questa categoria è stata per qualche tempo messa in discussione dalla dottrina (e anche in qualche risalente sentenza di merito) affermando che tale possibilità, quella cioè che coincidessero le figure del disponente e del trustee, esulava da quanto previsto dall'art. 2 della Convenzione laddove si prevede che un trust presuppone che certi beni siano posti sotto il controllo di un trustee, ipotizzando quindi la necessaria terzietà di questo soggetto rispetto al disponente. Tale interpretazione restrittiva è stata poi superata e oggi la possibilità di dar vita a un trust autodichiarato non è ritenuta in dubbio per cui non vi sono più incertezze circa la legittimità di questa modalità di creazione di un trust. Se questo è vero, questa circostanza, da sola considerata, non è di per sé motivo dal quale si possa derivare una finalità elusiva.

3. ***Il dissesto societario*** Aggiunge poi la sentenza che il trust è stato istituito quando le società di cui il disponente era amministratore, poi fallite, si trovavano in uno stato di dissesto nascosto dallo stesso amministratore.

Questa circostanza appare senza dubbio rilevante al fine dell'imputazione contestata al disponente, nonché al fine di trarre elementi in ordine all'intento fraudolento del disponente dal momento che, stante l'imputazione contestata, i beni apportati al trust sarebbero stati travolti dal fallimento del disponente. Il conferimento in trust configura dunque un goffo tentativo di sottrarre i beni stessi al soddisfacimento dei creditori.

4. **I beneficiari.** Risulta poi che i beneficiari sono indicati nella persona dei disponenti e dei loro familiari anche se residenti in luoghi diversi² ed i loro discendenti in linea retta.

Questo elemento introduce, *prima facie* un significativo e ulteriore elemento di squilibrio all'interno di un quadro che denota una situazione patologica (l'occultamento). A ben vedere invece si tratta di un dato neutro, non necessariamente indice di simulazione. Infatti, se si trattasse di un trust fisso, un trust cioè in cui il trustee non è titolare di poteri discrezionali per quanto riguarda la sua posizione di beneficiario, ma questi sono predeterminati nell'atto istitutivo, la coincidenza non spiegherebbe negativo effetto. Non conoscendo quali siano le utilità riservate al disponente -trustee - beneficiario, né se questi sia beneficiario del reddito o del capitale né in qual misura, è difficile esprimerci. È noto, infatti, che di per sé l'inserimento in una categoria non comporta automaticamente il riconoscimento di alcuna utilità. Peraltro dobbiamo dare per acquisito, dalla lettura della sentenza, che la posizione di beneficiario non sia soltanto onorifica, ma lo veda in qualche modo destinatario, in base alle scelte effettuate nell'atto, dei beni conferiti in trust, ed è questo "modo" che ci fa capire se il trust si muove nel campo della legittimità o no.

5. **Profili giuridici.** La sentenza in commento offre lo spunto per una serie di riflessioni sul tema degli *sham* trust e di alcune questioni connesse. Il punto da cui prendere le mosse è rappresentato dall'art. 2 della Convenzione³ laddove - nel delineare le caratteristiche che un trust deve avere per essere da questa riconosciuto e poter quindi godere di quegli effetti (essenzialmente la

² Non si comprende il perché della sottolineatura di questa circostanza che appare inconferente.

³ Art. 2:

«Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il trust presenta le seguenti caratteristiche:

a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;

b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;

c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust».

segregazione) che allo stesso vengono ricondotti - si precisa che si ha trust “quando dei beni vengono posti sotto il controllo⁴ di un trustee”. La stessa norma precisa che “il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust”.

A. Quanto al primo punto, il riferimento alla nozione di “controllo”, apre una possibilità che non è mai stata sfruttata, se così si può dire, per estendere il concetto di trust a fattispecie che non fossero caratterizzate dall'effettivo trasferimento di uno o più beni da un soggetto a un altro. Del resto, la stessa Cassazione, come ricordato nella sentenza in commento, aveva precisato come il trust si sostanzia nell'*affidamento* a un terzo di determinati beni⁵ e quindi in un *trasferimento* giuridicamente rilevante e non nel riconoscimento della validità di una situazione di fatto (il controllo) che è nozione più ampia e generica, ma meno pregnante di quella di trasferimento o di affidamento.

B. La fattispecie in esame presenta un caso di trust autodichiarato - argomento questo sufficientemente arato perché debba essere ulteriormente discusso - che comunque ha portato a concludere per la ammissibilità di questa modalità di creazione di un trust. Di per sé quindi il quadro esaminato non si iscrive in una situazione di anomalia o comunque non è sintomatico di una patologia del negozio.

C. La sentenza osserva poi, sottolineandone la criticità, che il disponente “continuava ad amministrare i beni conservandone la piena disponibilità”.

Ci sia consentito rilevare come tale affermazione di per sé non rappresenta indice certo di anomalia laddove si consideri che il fatto di amministrare i beni e di conservarne “la piena disponibilità”, non denuncia di per sé una situazione patologica in quanto conseguenza inerente al fatto che il disponente è anche trustee. Ma allora la dimensione patologica deriva dal fatto che il disponente - trustee gestiva i beni *nel proprio esclusivo interesse* - valutazione di fatto che evidentemente è tale da spostare i termini del problema - andando a incidere sul “modo”evidenziando, così, una seria anomalia⁶. Tale criticità avrebbe potuto - la mancanza dell'atto istitutivo ci impone di formulare delle

⁴ È stato a suo tempo rilevato come l'espressione usata sia molto più comprensiva rispetto al trasferimento di proprietà da disponente a trustee, in cui si sostanzia il trust. Infatti da un lato l'espressione può comprendere molte situazioni che non danno vita a un trust, e dall'altro è poco verificabile.

⁵ Cass. 24 ottobre 2011, n. 13276 cit.

⁶ Sul filo del paradosso, ci dovremmo chiedere perché questo comportamento sia indice di anomalia. Infatti il disponente-trustee è anche beneficiario, e quindi è inevitabile che il trustee gestisca il trust nell'interesse dei beneficiari. Anomalo sarebbe se il trustee avesse privilegiato sé stesso a danno degli altri. Un'altra anomalia, come vedremo, risiede oltre che nel comportamento, nella mancanza di causa.

ipotesi - anche essere più chiaramente individuabile nel caso in cui i poteri astrattamente attribuiti in atto al disponente fossero stati tali da violare il principio della effettività dell'attribuzione al trustee. Quanto poi ai poteri che possa ritenere il disponente in un trust autodichiarato è problema davvero insolubile, in teoria, che può essere risolto solo caso per caso⁷.

D. La sentenza in esame fa, come abbiamo visto, riferimento esplicito allo *sham trust*, individua in quello sottoposto al suo sindacato un classico esempio di questa categoria, condividendo le conclusioni del giudice della cautela, in particolare per quanto riguarda la sanzione della nullità del trust, e quindi rigetta il ricorso inoltrato dal disponente del trust.

*Lo sham trust*⁸. Per quanto riguarda lo *sham trust*, le posizioni della dottrina, e della giurisprudenza, non sono del tutto omogenee, e pervengono, in quest'ultimo caso, a conclusioni diverse nel Regno Unito e in Jersey.

Premesso che, in linea generale, si usa il termine *sham* per indicare quei casi in cui la manifestazione di volontà non corrisponda alla situazione reale sottostante, secondo alcune sentenze rese in Jersey, dunque, vi possono essere più situazioni che danno origine a un trust *sham*, in particolare quando il disponente⁹:

a) esercita, di fatto, un controllo pieno sui beni conferiti indipendentemente da quanto risultante dall'atto, e

b) quando si riserva una serie di poteri tali da violare la massima, ora recepita anche nel testo della Trust Jersey Law, secondo la quale *donner et retenir ne vaut*¹⁰.

Ma uno *sham trust* si ha anche quando¹¹

- il disponente e il trustee hanno posto in essere un'operazione (simulata) che non riflette le loro intenzioni, oppure quando

⁷ MURITANO, *Il trust nullo (sham)*, in ZANCHI (a cura di), *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 143 ss.

⁸ Per una puntuale analisi sul tema si rinvia a BRAUN, *Quando un trust è "sham": brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts*, 2006, 346. Sul tema vedi anche LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts*, 2011, 469.

⁹ *Abdel Rahman v Chase Bank Trust Co. Ltd* [1991], in *Trusts*, 2004, 296.

¹⁰ A seguito della modifica introdotta nella Trusts (Jersey Law) 1984, nel 2006, tale regola non trova più applicazione. Infatti, secondo l'art. 9, c. 5, "La regola "*donner et retenir ne vaut*" non deve essere applicata ad una qualsiasi questione che riguardi la validità, l'efficacia o la gestione di un trust, oppure la devoluzione od altra disposizione di beni ad un trusts" (traduzione di PIGHI in *La legge di Jersey sul trust*, Quaderni IPSOA, 2007).

¹¹ *Esteem Settlement* [2003], in *Trusts*, 2004, 414.

- il disponente ha avuto quella intenzione (di porre in essere un'azione simulata) e il trustee non sapeva o non si è preoccupato di sapere quello che aveva sottoscritto ponendo in essere una condotta tipicamente *dishonest*¹².

Quest'ultimo punto è però più controverso perché, in un altro caso¹³ per riconoscere una situazione *sham*, il giudice di Jersey ha richiesto la presenza di un accordo tra disponente e trustee volto a trarre in inganno i terzi, non essendo sufficiente la sola intenzione del disponente unitamente alla indifferenza del trustee.

La giurisprudenza inglese appare meno rigida perché non richiede, per aversi uno *sham trust*, la prova dell'intenzione di ingannare i terzi, e si presenta inoltre più oscillante sulla presenza del comune intento ingannatore la cui presenza talune sentenze richiedono, mentre per altre è sufficiente che il trustee mantenga una condotta passiva e non indaghi troppo, seguendo il disponente nella sua condotta. Secondo una storica sentenza della Court of Appeal del 16 gennaio 1967¹⁴ resa a proposito di un negozio bilaterale, si era stabilito: «Può esser dichiarato *sham*, e quindi nullo, l'atto o il documento che le parti abbiano compiuto o sottoscritto con il comune intento di ingenerare in altri il convincimento che esse desiderassero creare un particolare diritto o obbligo, intendendo, in realtà, farne sorgere uno differente». Secondo questa definizione sono dunque *sham* atti e documenti con i quali si intende “ingenerare in terze persone o nel giudice il convincimento che sia sorto tra di esse un diritto o un'obbligazione differenti da quelli realmente intesi” e che inoltre, “indipendentemente dalle conseguenze che esso può produrre, tutte le parti contrattuali intervenute abbiano avuto una comune intenzione simulatoria”.

¹² La nozione di *dishonesty*, che per l'art. 1 del *Theft Act* 1968 equivale a mala fede, si caratterizza, nella pronuncia del *Privy Council*, per la sua oggettività e per il fatto che non importa che cosa un soggetto ritenga sia onesto o doveroso, né quali un soggetto ritenga essere i criteri di comportamento di una persona *honest*. Per esempio, in *Barlow Clowes International Ltd v Eurotrust International Ltd* [2005] UKPC 37, il *Privy Council* rilevò che, nel complesso delle circostanze, avere da parte di una delle parti evitato di chiedere chiarimenti sugli ordini di bonifico che gli pervenivano e il suo pedissequo ottemperare alle disposizioni che gli venivano impartite – formalmente ineccepibili – configuravano un comportamento *dishonest*.

¹³ *Shalson v Russo* [2005] EWHC Ch 281, in *Trusts*, 2006,275 e *Mac Kinmon v The Regent Trust Co.Ltd.* [2004] RC 211, in *Trusts*, 2006, 268, mentre in *Minwalla v Minwalla* [2005] 1 FLR 771 (FD), in *Trusts*, 2006,230, la *Family Division* aveva ritenuto che fosse sufficiente la sola intenzione del disponente a condizione che il trustee si fosse dimostrato disponibile a non frapporre ostacoli.

¹⁴ *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, in *Trusts*, 2006, 286.

Fatte queste premesse, è chiaro come nel caso del trust autodichiarato gran parte dei concetti richiamati non trovino spazio non potendosi infatti far ricorso alla verifica della presenza di un'intesa fra disponente e trustee.

Quindi, seguendo il filo del ragionamento che ci deriva dalla giurisprudenza di Jersey, il cui testo legislativo sembrerebbe essere stato scelto come legge regolatrice, dalla lettura delle motivazioni della sentenza della Corte, il trust è *sham* “perché il G, trustee (cioè amministratore) egli stesso, continuava ad amministrare i beni conservandone la piena disponibilità (oltre a essere, insieme alla madre e ai familiari, beneficiario)”.

Non è per eccesso di pignoleria che sottolineiamo, ritornando su quanto aveva già attratto la nostra attenzione, che in questo caso, l'aspetto patologico che determina la nullità non può essere individuato nel fatto di continuare ad amministrare i beni conservandone la piena disponibilità, essendo questa cosa in astratto naturale, derivante dalla identità soggettiva fra disponente e trustee. Altrimenti tutti i trust autodichiarati potrebbero essere considerati *sham*, e quindi, la situazione diventa patologica se e al momento in cui l'amministrazione dei beni in trust viene tenuta in modo difforme rispetto a quanto previsto dall'atto istitutivo, nel senso cioè che i poteri vengono esercitati per un interesse personale del disponente. E questo non ci è possibile verificare. In questo caso non possiamo però neppure affermare che la patologia derivi dal fatto che il disponente si sia riservato troppi poteri, venendo a vanificare l'effettività dell'affidamento, e così violando il principio *donner et rétenir ne vaut*¹⁵ perché, a tacer d'altro, non sappiamo quale sia l'estensione dei poteri che il disponente si è, in concreto, riservato¹⁶.

Peraltro non può dirsi che nel trust in esame facesse difetto la *certezza della volontà* del disponente di dar vita a un trust, perché è proprio l'effetto segregativo che si voleva chiaramente realizzare.¹⁷ Quindi decisiva diventa, a

¹⁵ A seguito della modifica introdotta nella Trusts (Jersey Law) 1984, nel 2006, tale regola non trova più applicazione. Infatti, secondo l'art. 9, c. 5, “La regola “*donner et retenir ne vaut*” non deve essere applicata ad una qualsiasi questione che riguardi la validità, l'efficacia o la gestione di un trust, oppure la devoluzione od altra disposizione di beni ad un trusts” (traduzione di F. PIGHI in La legge di Jersey sul trust, Quaderni IPSOA, ...). In tema si segnala un recentissimo provvedimento del Tribunale di Reggio Emilia dell'8 ottobre 2014, Giudice Fanticini secondo cui «l'atto istitutivo è privo di effetti poiché un trust riconoscibile nell'ordinamento italiano non può soggiacere integralmente al volere dei disponenti, pena la violazione del principio *donner et retenir ne vaut*, tutelato dalla legge di Jersey».

¹⁶ In proposito è stato rilevato (MURITANO, *op. cit.*, 150) che quelle dello *sham* trust e quella in cui il disponente ritiene troppi poteri, integrano due situazioni ontologicamente diverse.

¹⁷ Mancando questa *certezza*, il trust non è necessariamente nullo, semplicemente non sarà un trust, ma un'altra cosa, un mandato per esempio.

questo proposito l'indagine sulla reale effettività dell'affidamento, perché questo, se realmente attuato, implica un sostanziale spossessamento del disponente, cosa che, nel caso di specie, non sembra essersi attuata. Quanto poi al fatto di riservarsi, come disponente, troppi poteri, non si può fare a meno di osservare che anche questo principio di diritto consuetudinario normanno ha perso molta della sua valenza dopo che la modifica introdotta nella legge di Jersey sul trust ne ha ridimensionato la portata¹⁸ e dopo che non solo la legge di Jersey, ma anche Bermuda, per citare il caso più recente, hanno reso possibile che il disponente si riservi una serie di poteri particolarmente ampia e qualitativamente significativa¹⁹.

¹⁸ (5) «*The rule donner et retenir ne vaut shall not apply to any question concerning the validity, effect or administration of a trust, or a transfer or other disposition of property to a trust*».

¹⁹ 9A Powers reserved by settlor

«(1) *he reservation or grant by a settlor of a trust of-*

(a) *any beneficial interest in the trust property; or*

(b) *any of the powers mentioned in paragraph (2),*

shall not affect the validity of the trust nor delay the trust taking effect.

(2) *The powers are-*

(a) *to revoke, vary or amend the terms of a trust or any trusts or powers arising wholly or partly under it;*

(b) *to advance, appoint, pay or apply income or capital of the trust property or to give directions for the making of such advancement, appointment, payment or application;*

(c) *to act as, or give binding directions as to the appointment or removal of, a director or officer of any corporation wholly or partly owned by the trust;*

(d) *to give binding directions to the trustee in connection with the purchase, retention, sale, management, lending, pledging or charging of the trust property or the exercise of any powers or rights arising from such property;*

(e) *to appoint or remove any trustee, enforcer or beneficiary, or any other person who holds a power, discretion or right in connection with the trust or in relation to trust property;*

(f) *to appoint or remove an investment manager or investment adviser;*

(g) *to change the proper law of the trust;*

(h) *to restrict the exercise of any powers or discretions of a trustee by requiring that they shall only be exercisable with the consent of the settlor or any other person specified in the terms of the trust.*

(3) *Where a power mentioned in paragraph (2) has been reserved or granted by the settlor, a trustee who acts in accordance with the exercise of the power is not acting in breach of trust.*

(4) *The States may make Regulations amending paragraph (2)*».

Questa delle legislazioni di paesi trust di estendere i poteri del disponente rappresenta una tendenza dettata da ragioni economiche, per attrarre cioè nella propria giurisdizione quanti più trust possibile. Dal punto di vista interno, un atto di trust può certamente prevedere di riconoscere al disponente tutti i poteri che la legge regolatrice consente che gli siano riconosciuti. Un trust di questo tipo difficilmente però potrebbe essere ricompreso all'interno del perimetro tracciato dalla Convenzione dell'Aja.

In questo caso è però il fatto che il disponente oltre che trustee sia anche beneficiario che evidenzia la patologia che fa emergere la volontà simulatoria, non disgiunta, ad avviso di chi scrive, dalla mancanza di causa e dal difetto di meritevolezza la cui valutazione la giurisprudenza chiede di valutare concretamente attraverso l'accesso diretto alla causa del programma negoziale del trust. Infatti, se la causa è da ricercarsi non nella funzione economico sociale, ma nella funzione economico individuale di un determinato atto, si devono verificare quali sono gli effettivi interessi che si vogliono perseguire con un determinato atto, al fine di valutarne la meritevolezza. Ed è proprio su questo terreno che la costruzione immaginata e realizzata non regge. Infatti, e sembra proprio questo l'elemento dirimente, il disponente – trustee gestiva il trust “nel proprio esclusivo interesse” facendo chiaramente intendere che l'ampiezza del suo potere discrezionale non era compatibile con la sovrapposizione identitaria dei soggetti del trust. Quanto al trust poi non si può più affermare, come si diceva in ossequio alla teoria oggettiva della causa, che questa coincide con la segregazione, perché questo non è più sufficiente se il raggiungimento di quell'effetto non si lega al conseguimento di finalità meritevoli di tutela, che nel caso in esame difettano palesemente, stante la presenza di una volontà simulatoria neppure abilmente dissimulata.

E. Gli altri elementi che vengono indicati in sentenza come indici di anomalia, non appaiono in realtà apportare ulteriori e decisivi argomenti alla tesi dello *sham*.

Quanto ai *beneficiari* abbiamo visto che l'identità di disponente - trustee e beneficiari (almeno parziali) è l'elemento decisivo ai fini della declaratoria di nullità, mentre il fatto che parte di essi risieda in luoghi diversi non rileva sotto nessun profilo.

Anche la *durata* non rivela niente di anormale, e neppure il fatto che i beni siano stati apportati dal marzo 2008 incide in qualche modo. A questo proposito la tesi del ricorrente non appare condivisibile, perché qui non si è in presenza dell'esercizio di un'azione revocatoria, ma di una declaratoria di nullità come tale non soggetta a prescrizione.


Quanto al *trasferimento* del trust in Romania, tale circostanza apparentemente non sembra poter incidere, perché nel trust sono stati apportati beni immobili che non si possono spostare. In realtà questo potrebbe rappresentare un indizio di un disegno fraudolento – beninteso ci si muove sul terreno delle ipotesi – perché il trustee potrebbe vendere gli immobili e trasferire il ricavato presso quella che è la nuova sede del trust. Laddove poi

tutti i beneficiari siano maggiorenni e fra loro d'accordo, potrebbero chiedere al trustee la liquidazione delle rispettive quote²⁰.

Riassumendo dunque, riteniamo che le conclusioni rassegnate dal giudice della cautela che ha dichiarato la nullità dell'atto di trust in quanto simulato (*sham*) siano perfettamente condivisibili, e di conseguenza condivisibile la statuizione del Supremo Collegio che ha respinto le argomentazioni del ricorrente.

Riteniamo d'altra parte che gli indizi di anomalia ravvisati dal giudice, se analiticamente considerati, non siano da ritenersi decisivi e che invece la ragione vera della nullità sia essenzialmente da individuare, nella farsesca costruzione messa in piedi che vede gli stessi soggetti essere al tempo stesso disponenti, trustee e beneficiari e il disponente agire nel proprio esclusivo interesse e quindi, come già detto, oltre che nella simulazione posta in essere, nella mancanza di causa che ne deriva non essendo le finalità che si vogliono perseguire meritevoli di tutela. Non c'è dubbio che il compito del giudice sarebbe stato più difficile se gli autori di questa costruzione avessero usato una maggiore accortezza nella redazione dell'atto e delle sue clausole, evitando di dar vita a una struttura così grossolana.

²⁰ Trattasi della c.d. regola in *Saunders v Vautier*, riprodotta anche nella s.43 della legge di Jersey.



Ianus - Diritto e finanza
Rivista semestrale di studi giuridici
N. 10 - giugno 2014
Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena
Direttore responsabile: Angelo Barba
<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805