

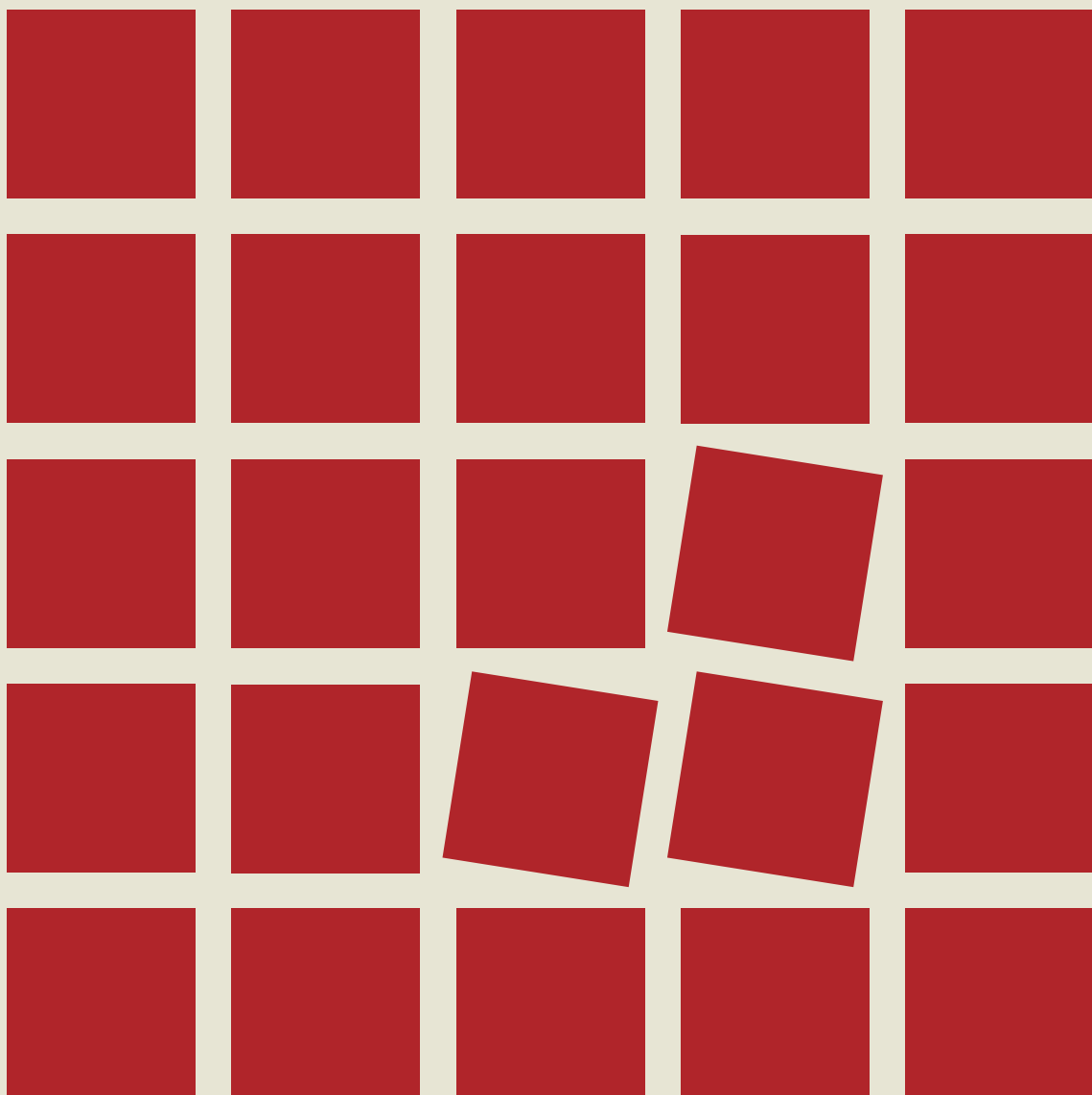
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 4 – Num. 1
Giugno 2015



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing
Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

<http://www.edizionicafoscari.unive.it/riv/exp/25/RicercheGiuridiche>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Capriglione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato Scientifico Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Ilenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

Comitato scientifico per la valutazione Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobbano (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia)
Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia.

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

Nils Jul Clausen
An Overview of a New Regulatory Regime in EU Financial Market Regulation, 2015 5

Alberto Urbani
Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari 25

Luigi Benvenuti
Per una introduzione al diritto degli animali 31

Cristina De Benetti
Caccia e ambiente
Il riparto di potestà legislativa tra “diritto” alla tutela della fauna selvatica ed “interesse” all’esercizio dell’attività venatoria 37

Roberta Agnoletto
Caccia e ambiente nella prospettiva delle politiche europee 67

PAPERS

Alberto Barbazza
Vecchie e nuove prove tipiche, atipiche ed illecite (e la loro valutazione da parte del Giudice) nei procedimenti di famiglia 83

Carlo Masieri
La responsabilità civile dell’«esercitante la professione sanitaria» 103

Chiara Angiolini
About The Commons
The Case Study of Mondeggi 137

Akaharu Koyama, María Katia García Landaburu, Alberto Mattei,
Francesca Marinelli, Quentin Detienne, Gaye Burcu Yildiz,
Evelina Zurauskaite
Multilevel Tools for Protection of Social Rights: a Hypothesis 145

OSSERVATORIO

CASSAZIONE CIVILE, III Sezione, 31 ottobre 2014, n. 23142
Amatucci Presidente – Carleo Estensore
L'ermeneutica contrattuale tra diritto civile e diritto commerciale
Paolo Fraulini 167

TRIBUNALE DI VICENZA, 7 marzo 2014
Brunello Giudice Delegato
La natura del concordato preventivo e il c.d. concordato chiuso
Mattia Esposito 179

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

F. Addis, M. Bianca, E. Bindi, E. Camilleri, M.T. Carinci, R. Del Punta, L. Di Brina, G. Di Rosa,
G. Giannelli, V. Lemma, M. Lobuono, A. Pisaneschi, D. Poletti, M. Schauer

Saggi

An Overview of a New Regulatory Regime in EU Financial Market Regulation, 2015

Nils Jul Clausen
(Syddansk Universitet, København, Danmark)

Abstract The regulation of financial markets in the European Union has over the last fifteen years undergone tremendous changes. Following the financial crises a tsunami of regulation has been seen. This article outlines and discusses the development in the EU regulatory and supervisory regime from the Lamfalussy Report of 2001 to the Larosiére Report of 2009. It is concluded the new system and the regulatory methods applied have laid out a road map for the creation of one Single Rulebook for the regulation of financial markets in the EU. However, the question is has the regulation gone too far?

Summary 1. Introduction. – 2. From Lamfalussy to Larosiére. – 2.1. The Lamfalussy Process. – 2.2. The Lisbon Treaty. – 2.3. The Larosiére Report. – 3. Concluding Remarks.

1 Introduction

The creation of a single financial market in Europe has for more than half a century had high priority on the agenda of the European Union. The first initiative was the Segré Report of 1966¹. Initially financial markets in Europe were characterised by a national orientation and approach including national barriers directly or indirectly to protect national markets and market participants in each Member State. Facilitated among other things by a technological revolution in the financial services industry investments and trade now a day are global, worldwide and no longer taking national boundaries into account.

In the same period regulating financial market and the market participants has been problematic and a challenge for the European regulators. Existing laws and new regulatory initiatives have a tendency to lack behind the development in the market and having difficulties keeping up with the pace and creativity of the market and among its participants. To

1 *The development of a European capital market. Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission*, November 1966.

overcome or at least to limit the gap between the actual market situation and the regulation regulators have over time applied different law-making methods and instruments.

The first European regulatory initiative regarding financial markets was the Commission's Recommendation for a European Code of Conduct Relating to Transferable Securities of 1977².

The next step was a number of directives in the late 70's and early 80's primarily related to listing and prospectus requirements for official listing of securities at stock exchanges. These directives aimed at the creation of a single security market for issuers wanting to raise capital in Europe³. Even though these directives were minimum directives requiring national implementation in the Member States a certain level of harmonisation and common rule was purposed and achieved as the directives contained rather detailed rules.

However, it turned out that this regulatory approach became too slow and falling behind the evolution in the market. The Commission's White Paper on the Internal Market of 1985⁴ initiated a change in the regulation of financial markets. In the late 80's and the mid 90's new regulatory tools were introduced. The concept of European passport, homeland control and mutual recognition was applied and at the same time the directives became minimum directives leaving room for different standards and rules to be implemented by the Member States. The most predominant examples are the Investment Service Directive⁵ and the Capital Adequacy Directive⁶ of 1993. This new regulatory approach created room for regulatory competition between the Member States and the different market places and ignited the debate on a race to the bottom/a race to the top.

By the end of the 90's «[T]he European Union's current regulatory framework [was considered] too slow, too rigid, complex and ill-adapted to the pace of global financial market changes. Moreover, almost everyone agrees that existing rules and regulations are implemented differently and that therefore inconsistencies occur in the treatment of the same type of

2 Recommendation 77/534/EEC [1977] OJ L212/37.

3 See e.g. Directive 79/279/EEC coordinating the Conditions for the Admission of Securities to Official Stock Exchange Listing, [1979] OJ L66/21 and Directive 80/390/EEC coordinating the Requirements for the Drawing-up, Scrutiny and Distribution and the Listing Particulars to be published for the Admission of Securities to official Stock Exchange Listing, [1980] OJ L100/1.

4 COM(85) 310 final.

5 Directive 93/227/EEC on Investment Services in the Securities Field, [1993] OJ L141/27.

6 Directive 93/6/EEC on the Capital Adequacy of Investment Firms and Credit Institutions, [1993] OJ L141/1.

business, which threatens to violate the pre-requisite of the competitive neutrality of supervision»⁷.

The response from the EU was The Financial Service Action Plan of 1999 (FSAP)⁸ followed by the Lamfalussy Report of 2001⁹. Most of the 42 reform measures suggested in the FSAP were adopted by the EU within less than five years including a Market Abuse Directive (MAD I) of 2003¹⁰ and a Directive on Markets in Financial Instruments (MiFID I) of 2004¹¹, the latter to replace the Investment Service Directive. Further, a new law-making mechanism as suggested in the Lamfalussy Report was employed. The Lamfalussy regulatory model involves a levelling of the law-making. In short, a level 1 with framework principles to be decided by normal EU legislative procedure, a level 2 with detailed rules and technical standards to be set by the Commission to fill in level 1 measures, and a level 3 including cooperation among EU securities regulators to ensure consistent and equivalent transposition of level 1 and 2 legislation and level 4 related to enforcement. To assist the Commission two new committees (EU Securities Committee and EU Regulators Committee) were set up. This levelling of the law-making process should enable the Commission assisted by the two committees to respond quicker and more flexible to developments and changes in the financial market by setting technical standards and detailed rules responding to the actual market situation. This new law-making process in combination with the use of regulations and detailed directives and full harmonisation directives at level 2 caused an increase in the level of harmonisation of the European regulation of financial markets.

The levelling of the law-making process and the level of harmonisation has been even further strengthened by additional initiatives and new regulation post FASP and not least after the financial crisis.

A general response to the financial crisis is found in the Larosière Report of 2009¹² stating: «[T]he world's monetary authorities and its regulatory and supervisory financial authorities can and must do much better in the future to reduce the chances of events like these happening again». «A profound review of regulatory policy is therefore needed. A consensus... needs to be developed on which financial services regulatory measures

7 Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets of 15 February 2001, p. 7.

8 COM(1999) 232 final.

9 Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets of 15 February 2001.

10 Directive 2003/6/EC on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse), [2003] OJ L96/16.

11 Directive 2004/39 EC [2004] OJ L145/1.

12 Report from The High-level Group on Financial Supervision in the EU, 25 February 2009.

are needed for the protection of customers, the safeguarding of financial stability, and the sustainability of economic growth».

Next to focusing on weaknesses in the national and European supervision of financial markets the Larosi re Report in particular criticised the effectiveness of level 3 of the Lamfalussy process. New committees have been established and they are contrary to the previous committees granted law-making power. The levelling in the law-making process is now reflected in the Lisbon Treaty Article 290 and Article 291 (TFEU). Regarding harmonisation a great number of the recent level 1 measures are now in form of regulations and being supplemented by numerous technical standards at level 2. The goal of the new regulation is to create a Single Rule Book for financial market and financial activity.

Among the cornerstones in the new post FSAP regulation are a new generation of extensive rules on markets for financial instruments and on market abuse replacing MiFID I and MAD I. At level 1 the new regulation includes a regulation on markets in financial instruments (MiFIR)¹³, and a directive on markets in financial instruments (MiFID II)¹⁴. Market abuse is regulated in a market abuse regulation (MAR)¹⁵ and a market abuse directive on criminal sanctions (MAD II)¹⁶. These regulatory measures were all enacted by the EU in 2014.

The following section II will more detailed discuss the development in the regulatory and supervisory regime from Lamfalussy to Larosi re and some concluding remarks are found in section III.

2 From Lamfalussy to Larosi re

The Lamfalussy process is a legislative process that was introduced in 2001 with a view to making the legislative process in the financial sector more effective. Much water has flowed under the bridge since then. The Lisbon Treaty entered into force in 2009, and the financial crisis prompted the setting up of a new European supervisory system entering into effect in 2011. Both these factors have had an influence on the Lamfalussy process.

13 Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council on Markets in Financial Instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012, [2014] OJ L 173/84.

14 Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, [2014] OJ L 173/349.

15 Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, [2014] OJ L173/1.

16 Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), [2014] OJ L173/179.

2.1 The Lamfalussy Process

As mentioned the seeds for the Lamfalussy process were sown in 1999 in connection with the Commission's adoption of the Financial Services Action Plan (FSAP)¹⁷. FSAP listed a large number of areas in which there was found to be a need to bring the legislation up to date. In relation to the implementation of the Plan the Commission pointed out that there would be a need to change and optimise the legislative process for financial sector legislation, and that the co-decision procedure pursuant to Article 251 of the Treaty establishing the European Community (EC Treaty), now the ordinary legislative process in Article 289 of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU), was not suitable for parts of such legislation¹⁸.

In July 2000 a Committee of Wise Men was appointed under the chairmanship of Alexandre Lamfalussy. The Committee was given the task of developing a new and more adaptable and effective legislative process in the area of securities. In February 2001 the Committee issued a report with a proposal for a special procedure for drafting legislation in this area – the Lamfalussy process¹⁹.

a. The Law-making Process

The Lamfalussy process applicable to the legislation of the financial sector in general²⁰ consists of four levels. The first two concern EU legislation and the second two concern implementation of the EU legislation²¹.

Level 1 Framework Legislation

Upon a proposal from the Commission and pursuant to the ordinary legislative process in Article 289 TFEU, the European Parliament and the Council adopt framework directives or regulations which lay down a number of

¹⁷ *Communication from the Commission – Implementing the framework for financial markets: action plan*, COM (1999) 232 final.

¹⁸ COM (1999) 232 final, p. 13.

¹⁹ Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets of 15 February 2001.

²⁰ In December 2002 ECOFIN (the European Economic and Financial Affairs Council) decided that the Lamfalussy process should not only as originally apply to securities regulation but also to legislation for other parts of the financial sector.

²¹ For further details of the Lamfalussy process, see among others N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*³, 2015, p. 862 with further references.

principles reflecting the political choices on which the specific legislative act is intended to regulate. By only making the main principles subject to the ordinary (and somewhat heavy) legislative process, and not the more technical details, this should speed up the legislative process and make it easier continuously to adjust the regulation to the needs and development in the market.

Level 2 Implementing Measures

These regulatory measures lay down the detailed and technical rules to flesh out the framework legislation at level 1. At this stage of the process the Commission consults the relevant financial regulatory committee(s) - Committee of European Securities Regulators (CESR), Committee of European Banking Supervisors (CEBS) and Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS) - which in turn consults market participants and then submit recommendations to the Commission for technical implementing measures. On the basis of this the Commission drafts a proposal for a legislative act which is then submitted to the relevant committee(s) with a view to obtaining approval. Upon approval by the committee(s) the legislative act is adopted by the Commission.

Level 3 Cooperation

At this level the national supervisory authorities cooperate in committees with a view to ensuring common and uniform implementation, application and enforcement of the Union legislation in each Member State. This is done by drawing up common standards, guidelines and recommendations (soft law) on the application and interpretation of level 1 and 2 legislative acts. Cooperation between the national supervisory authorities gives a basis for comparing the individual Member States' legislative and supervisory practice and thus for drawing up best practice.

Level 4 Enforcement

The Commission monitors whether the Member States' legislation complies with Union legislation and takes the necessary measures if this is not the case.

b. The Organisational Structure

The introduction of the Lamfalussy process made a new organisational structure necessary, since the tasks at levels 2 and 3 required the setting up of new financial committees and new financial supervisory committees. For this purpose, Directive 2005/1/EC on the establishment of a new organisational structure for financial services committees was adopted^{22 23}.

The European Securities Committee (ESC), the European Banking Committee (EBC) and the European Insurance and Occupational Pensions Committee (EIOPC) were set up for the purposes of level 2²⁴. These committees primarily have a regulatory function and, as stated above they must approve the Commission's proposals for implementing measures. However, upon request the committees could advise the Commission on the drawing up of proposals for level 1 legislation and on the mandates of the supervisory authorities at level 2²⁵. The committees consisted of high level representatives of the Member States with a representative of the Commission as chairman²⁶.

In addition to these three committees, the Committee of European Securities Regulators (CESR), the Committee of European Banking Supervisors (CEBS) and Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS) were also set up²⁷. These committees have tasks at two levels. At level 2 contributing to effective Union legislation by giving advice (either on their own initiative or upon request) about technical details in implementing legislation. At level 3 working to establish a consis-

²² Directive 2005/1 of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 73/239/EEC, 85/611/EEC, 91/675/EEC, 92/49/EEC and 93/6/EEC and Directives 94/19/EC, 98/78/EC, 2000/12/EC, 2001/34/EC, 2002/83/EC and 2002/87/EC in order to establish a new organizational structure for financial services committees, OJ [2005] L 79/9. The Directive entered into force on 1 April 2005.

²³ See further among others, N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*³, 2015, p. 951.

²⁴ Commission Decision 2001/528/EC establishing the European Securities Committee, [2001] OJ L 191/45; Commission Decision 2004/10/EC establishing the European Banking Committee, OJ [2004] OJ L 3/36; and Commission Decision 2004/9/EC establishing the European Insurance and Occupational Pensions Committee, [2004] OJ L 280/12.

²⁵ *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, 2001, p. 29; Article 2 of Commission Decision 2001/528/EC; Article 2 of Commission Decision 2004/10/EC; and Article 2 of Commission Decision 2004/9/EC.

²⁶ Article 3 of Commission Decision 2001/528/EC; Article 3 of Commission Decision 2004/10/EC; and Article 3 of Commission Decision 2004/9/EC.

²⁷ Commission Decision 2001/527/EC establishing the Committee of European Securities Regulators; Commission Decision 2004/5/EC establishing the Committee of European Banking Supervisors; and Commission Decision 2004/6/EC establishing the Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors.

tent view of supervision and supervisory practice in the Union by drawing up guidelines etc., as well as establishing cooperation and exchange of information between the supervisory authorities of the Member States²⁸. The committees consist of high level representatives of the competent national supervisory authorities²⁹. In contrast to the financial committees, the supervisory committees were independent of the Commission.

2.2 The Lisbon Treaty

When the Lamfalussy process was adopted it based levels 3 and 4 on the general comitology system which meant that the more technical aspects of a legislative act were not determined by the Council or the European Parliament but by the Commission under authority laid down in a basic legislative act with consultation of a number of advisory committees (whence the name 'comitology'). The authority for using the comitology procedure was in Article 202 of the EC Treaty³⁰.

The Lisbon Treaty, which entered into force on 1 December 2009, changed the comitology procedure. The Commission now has powers to adopt delegated legislative acts pursuant to Article 290 TFEU or implementing legislative acts pursuant to Article 291 TFEU. Both delegated legislative acts and implementing legislative acts are directly binding on the Member States, but only implementing legislative acts must be adopted by means of comitology, i.e. in cooperation with committees consisting of representatives from the Member States. The procedure for implementing legislative acts is used when uniform conditions for implementing legally binding Union acts are needed³¹. Delegated legislative acts can be used to supplement or amend certain non-essential elements of a legislative act adopted by ordinary legislative process³².

In basic legislation adopted by the ordinary legislative process (level 1 legislation) the Council and the European Parliament can mandate the Commission to adopt delegated legislative acts as mentioned in Article 290 TFEU. The text of the Treaty does not contain any requirement for the Commission to include third parties in the preparatory work, but in Com-

28 Article 2 of Commission Decision 2001/527/EC; Article 2 of Commission Decision 2004/5/EC; and Article 2 of Commission Decision 2004/6/EC.

29 Article 3 of Commission Decision 2001/527/EC; Article 3 of Commission Decision 2004/5/EC; and Article 3 of Commission Decision 2004/6/EC.

30 For further on comitology, see e.g. see among others N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*³, 2015, p. 854.

31 See Article 291(2) TFEU.

32 See Article 290(1) TFEU.

munication on the implementation of Article 290 TFEU, the Commission has stated that it intends systematically to consult experts from the national authorities of all the Member States which will be responsible for implementing the delegated acts once they have been adopted. For this purpose the Commission may form new groups of experts or use existing groups³³. However, this can take place informally, outside the normal comitology system, i.e. without involving committees. The monitoring of the Commission's issuing of delegated legislative acts primarily takes the form of the possibility of *ex post* sanctions, e.g. the Council or Parliament may revoke the delegation or make objections to the Commission's proposals and thereby preventing their entry into force.

As stated, implementing legislative acts pursuant to Article 291 TFEU must still be adopted using comitology. Under the former comitology system, as set out in the Comitology Decision (Decision 1999/468/EC)³⁴, there were four different procedures which the Commission could use for the adoption of legislative acts: the management procedure, the regulatory procedure, the advisory procedure and the safeguard procedure. Originally the regulatory procedure was the basis for the Lamfalussy process, but following an amendment to the Comitology Decision by Decision 2006/512/EC, the Lamfalussy process came to be based on the safeguard procedure, which meant that the Parliament had a veto right over legislation adopted by the Commission if it did not agree with the content of a legislative act. The Comitology Regulation (No 182/2011)³⁵ lays down the rules and general principles for mechanisms for control of the Commission's exercise of implementing powers by Member States³⁶. There are two procedures for the adoption of implementing legislation: The examination procedure and the advisory procedure³⁷. The examination procedure can be used in the case of general measures or measures that are of general scope, or which relate to the common agricultural and common fisheries policies, the environment, security and safety, or protection of the health or safety, of humans, animals or plants or the common commercial policy. In other

33 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Implementation of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union (COM (2009) 673 final).

34 [1999] OJ L184/23.

35 Regulation (EU) No 182/2011, [2011] OJ L 55/13.

36 The Regulation repealed and replaced the Comitology Decision (Decision 1999/468/EC), as amended by Decision 2006/512/EC, [2006] OJ L 200/11.

37 The advisory procedure corresponds largely to the previous advisory procedure, while the examination procedure replaces the management procedure and the regulatory procedure. The safeguard procedure is largely replaced by delegated legislative acts; see Article 290 TFEU.

cases the advisory procedure applies³⁸. When the examination procedure is used, the relevant committee votes on the Commission's proposal for implementing legislation, while in the case of the advisory procedure the committee only gives the Commission a non-binding recommendation. The ESC, EBC and EIOPC are examples of such committees.

2.3 The Larosi re Report

A new European supervisory structure entered into force on 1 January 2011. The new structure is based on a number of recommendations made by the Larosi re Group, chaired by Jacques de Larosi re³⁹. The groups report on the future of financial supervision in the EU was presented in February 2009⁴⁰. The appointment of the Group was one of the many initiatives which the EU took in the wake of the financial crisis which had revealed the lack of cooperation, coordination, uniformity and trust between the national supervisors, and which did not take account of the fact that many financial undertakings today carry on business across national borders⁴¹.

a. The New Organisational Structure

The new supervisory structure is based on the two pillars of macro-prudential supervision and micro-prudential supervision. Macro-prudential supervision is undertaken by the European Systemic Risk Board (ESRB), which has responsibility for the macro-prudential oversight of the financial system within the Union in order to contribute to the prevention or mitigation of systemic risks to financial stability in the Union, i.e. the risks of serious negative consequences for the whole of the financial sector or the financial system as a result of a weakening of parts of the sector or system⁴².

³⁸ See Article 2(2) and Article 2(3) of the Comitology Regulation.

³⁹ For details, see among others N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*³, 2015, p. 880 with further references.

⁴⁰ *Report from The High-level Group on Financial Supervision in the EU*, 25 February 2009.

⁴¹ Communication from the Commission - European financial supervision, COM(2009) 252 final.

⁴² The basis for establishing the ESRB is set out in Regulation (EU) No 1092/2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, [2010] OJ L 331/1 and Council Regulation (EU) No 1096/2010 conferring specific tasks upon the European Central Bank concerning the functioning of the European Systemic Risk Board, [2010] OJ L 331/162.

The ESRB is an independent body covering all financial sectors. The Board does not have legal personality and it does not have legally binding powers.

Micro-prudential supervision, i.e. supervision of individual undertakings, is carried out by a new financial supervisory system consisting of national supervisory authorities and three newly established European supervisory authorities (ESAs). One for the securities market (The European Securities and Markets Authority – ESMA), one for banks (The European Banking Authority – EBA), and one insurance and pensions (The European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA), all of which have legal personality. The bases for the establishment of the ESAs are in three regulations which are more or less identical⁴³.

These supervisory authorities replaced three previous committees: ESMA replaced CERS; EBA replaced CEBS; and EIOPA replaced CEIOPS. The ESAs carry out the same functions as the supervisory committees they replace, but they have a number of additional tasks and powers.

The term ‘supervisory authority’ can to some extent be misleading about the roles of the three authorities. They do not, as their names might indicate, actually directly supervise individual financial undertakings. This task is still performed by the national supervisory authorities⁴⁴. However, ESAs have a superior role in relation to supervision. Thus, according to Article 8 of each of the three regulations, in their areas of responsibility the ESAs must, among other things: 1. Contribute to the establishment of high-quality common regulatory and supervisory standards and practices, contribute to the consistent application of legally binding EU acts, in particular by contributing to a common supervisory culture, ensuring consistent, efficient and effective application of specified legislative acts; 2. Prevent regulatory arbitrage, mediating and settling disagreements between competent authorities, ensuring effective and consistent supervision of financial institutions, ensuring a coherent functioning of colleges of supervisors and taking actions; 3. Stimulate and facilitate the delegation of tasks and responsibilities among competent authorities; and 4. Issue guidelines and recommendations and identify best practices, in order to strengthen consistency in supervisory outcomes.

These tasks primarily concern level 3 of the Lamfalussy process. In addition, the authorities have regulatory tasks linked to level 2 of the Lamfalussy process, as they must contribute to the establishment of high-quality

43 Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), [2010] OJ L 331/12; Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), [2010] OJ L 331/48; and Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), [2010] OJ L 331/84.

44 There is an exception to this in Regulation (EU) No 513/2011 on credit rating agencies, [2011] OJ L 145/30.

common regulatory and supervisory standards and practices, contribute to the consistent application of legally binding Union acts, in particular by contributing to a common supervisory culture, ensuring consistent, efficient and effective application of specified legislative acts.

b. The law-making process – the role of the ESAs

The new supervisory authorities (ESAs) have been given greater and more influential roles in the Lamfalussy process than the three previous committees. While the previous committees only operated at two levels (levels 2 and 3), of which level 2 was only of an advisory nature, the ESAs have tasks at three levels (levels 2, 3 and 4).

Level 2 – regulatory tasks and powers

As stated above, following the entry into force of the Lisbon Treaty, legislation at level 2 is adopted either as delegated legislative acts (Article 290 TFEU) or as implementing legislative acts (Article 291 TFEU). The ESAs can be involved in both procedures if there is authority for this in the basic legislative act at level 1⁴⁵. According to Article 10(1) of each of the three ESA regulations, where the European Parliament and the Council delegate power to the Commission to adopt *regulatory technical standards* by means of delegated acts pursuant to Article 290 TFEU, the relevant ESA may develop draft regulatory technical standards⁴⁶. Likewise, under Article 15(1) of each of the ESA regulations, the authorities may develop *implementing technical standards*, by means of implementing acts pursuant to Article 291 TFEU⁴⁷.

According to Article 1(3) of each of the three ESA regulations, the supervisory authorities can not only act as drafters of technical standards. They can also act as advisers to and make recommendations to the Commission.

The ESAs submit drafts for technical standards to the Commission with a view to their approval and final adoption. The Commission's approval of the ESAs' drafts for binding technical standards is necessary in order

⁴⁵ Delegation to the Commission will state whether the process which the Commission must follow in drawing up level 2 rules will involve the ESAs or not.

⁴⁶ Regulatory technical standards are standards that are technical and do not imply strategic or political choices, and their content is limited to the basic legislative acts on which they are based; see the ESA regulations, Article 10(1).

⁴⁷ Implementing technical standards are standards that are technical and do not imply strategic or political choices, and their content is limited to the basic legislative acts on which they are based; see the ESA regulations, Article 15(1).

to comply with the *Meroni* doctrine on the delegation of powers⁴⁸. The Commission is not obliged to accept the proposals of an ESA, and can thus amend or reject them. However, according to the preambles to the ESA regulations, draft legislative acts submitted by the ESAs should be subject to amendment only in very restricted and extraordinary circumstances, for example if draft regulatory technical standards do not respect the principle of proportionality, since the ESAs are the actors in close contact with and knowing best the daily functioning of financial markets⁴⁹. The Commission must decide, within three months of their receipt, whether to endorse or amend draft regulatory technical standards or implementing technical standards. If the Commission does not endorse draft standards, it must give the ESAs six weeks in which to submit new proposals⁵⁰.

Further, if so provided in basic legislation (a level 1 legislative act) the Commission must involve the ESAs in drafting the technical standards. Only if an ESA does not submit a draft for technical standards within the period provided for in the basic legislation can the Commission adopt its own technical standards, either in the form of a delegated legislative act or an implementing legislative act without a prior proposal from the relevant ESA⁵¹. However, even in this situation an ESA must be consulted.

Compared with the previous committees (CERS, CEBS and CEIOPS), the ESAs have been given considerably more influence at level 2 of the Lamfalussy process. While the previous committees only had advisory powers, the ESAs have competence to draw up proposals for level 2 legislative acts. Even though the ESAs do not have direct regulatory competence, this possibility of them selves laying down and formulating the content of the technical standards, together with the Commission's limited scope for amending such standards, gives the ESAs considerable influence.

48 See the decision by Court of Justice in Case 9/56, according to which delegation must be limited to implementing powers clearly defined and entirely supervised by the delegating institution on the basis of specific and objective criteria. On the other hand, discretionary powers cannot be delegated by the Union's institutions. Thus the creation of legislative acts pursuant to Articles 290 and 291 TFEU cannot be delegated to the ESAs, and they thus only have competence to make proposals for regulation which are then adopted in their final form by the Commission. Further on the *Meroni* doctrine and its significance for the regulatory powers of the supervisory authorities and the also in that respect important *Short Selling* case C-270/12 *UK v Council and Parliament*, see e.g. N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*³, 2015, p. 880 with further references.

49 See recital 23 of Regulation (EU) No 1093/2010; recital 23 of Regulation (EU) No 1094/2010; and recital 22 of Regulation (EU) No 1095/2010.

50 See Article 10(1) and Article 15(1) of the ESA regulations.

51 See Article 10(3) and Article 15(3) of the ESA regulations.

Level 3 supervisory tasks and powers

With a view to establishing consistent, efficient and effective supervisory practices within the Union, and to ensuring the common, uniform and consistent application of EU law, the ESAs have powers to issue guidelines and recommendations addressed to competent (national) authorities or financial institutions. As in the case of the precious committees' guidelines and recommendations, the ESAs' level 3 guidelines and recommendations are only non-binding soft law. However, the competent authorities and financial institutions must make every effort to comply with those guidelines and recommendations⁵², and national compliance is further backed by a comply-or-explain principle and a naming-and-shaming procedure.

The national competent authorities are subject to the comply-or-explain principle, which means that within two months after an ESA has issued a guideline or recommendation, each competent authority must confirm whether it complies or intends to comply with that guideline or recommendation. If a competent authority does not comply or does not intend to comply, it must inform the supervisory authority, stating its reasons. The ESA then publish that a competent authority does not comply or intend to comply with the guideline or recommendation (naming-and-shaming)⁵³.

Finally, the previously the committees' guidelines and recommendations were formulated by consensus while the ESAs' guidelines and recommendations are adopted by a qualified majority⁵⁴, making the ESAs more effective and progressive level 3 actors.

Level 4 enforcement tasks and powers

In contrast to the previous committees, the ESAs have also been given powers at level 4. The supervisory authorities have the possibility of intervening if a competent (national) authority has not applied legislative acts within the areas in which it has authority, or if it has applied them in a way which appears to be a breach of Union law, including regulatory technical standards and implementing technical standards, in particular by failing to ensure that a financial institution satisfies the requirements laid down in those acts.

Upon a request or on its own initiative, a supervisory authority may investigate an alleged breach or non-application of EU law. An ESA supervisory authority may address a recommendation to the competent authority

⁵² See Article 16 of the ESA regulations.

⁵³ See Article 16(3) of the ESA regulations.

⁵⁴ See Article 44(1) of the ESA regulations.

concerned setting out the action necessary to comply with EU law. If the competent authority has not complied with Union law as mentioned in the recommendation, the Commission may issue a formal opinion requiring the competent authority to take the action necessary to comply with Union law. If a competent authority does not comply with the Commission's formal opinion, and if it is necessary to remedy such non-compliance in order to maintain or restore neutral conditions of competition in the market or ensure the orderly functioning and integrity of the financial system, the ESA may adopt an individual decision addressed to a financial institution. In this decision the ESA may require the financial institution to take the necessary action to comply with its obligations under EU law including the cessation of any practice. If the financial institution does not comply with a decision of an ESA, the national competent authority will have to take action against it.

In their annual reports the ESAs must state which national competent authorities have not complied with the formal opinions of the Commission, and which financial institutions have not complied with the ESAs' decisions. This use of naming-and-shaming at level 4 must be assumed to have a disciplinary effect on the competent authorities and financial institutions⁵⁵.

3 Concluding Remarks

The Lisbon Treaty and the adoption of the recommendations of the Larosi re Report on a new European supervisory and regulatory structure have made important changes to the Lamfalussy regulatory process, and in particular the roles of associated committees/authorities.

While CESR, CEBS and CEIOPS only had competences at two levels of the Lamfalussy process, ESMA, EBA and EIOPA have powers at levels 2, 3 and 4. In principle the latter committees could also be relevant for level 1 since, pursuant to Article 34 of the ESA regulations, a supervisory authority may, upon a request from the European Parliament, the Council or the Commission, or on its own initiative, provide opinions to the European Parliament, the Council and the Commission on all issues related to its area of competence. As pointed out above, the ESAs' influence at the different levels has been considerably increased compared with the previous committees, as the ESAs have been given other and additional powers. In particular the right to draft proposals for binding technical standards at level 2, and to make decisions directly applicable to financial institutions at level 4, should be emphasised.

⁵⁵ See Article 17 of the ESA regulations. Article 17 is in part supplemented by Article 18 of the ESA regulations, on action in emergency situations.

In addition to powers directly linked to the Lamfalussy process, the ESAs have been given many additional powers. For example, they can settle disagreements between competent authorities in cross-border or cross-sectoral situations (Articles 19 and 20 of the ESA regulations), participate in colleges of supervisors (Article 21), issue warnings against or prohibit or restrict certain financial activities (Article 9), and ESMA can also undertake the direct supervision of credit rating agencies (Title III, Chapter II of Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies). One of the explanations for this difference between the tasks of the previous committees and the supervisory authorities is the context in which these committees and authorities were established. Even though one of the goals of the work of the Lamfalussy Group was to ensure the convergence of the supervisory practices of the national authorities and a uniform interpretation and application of Union rules, the Lamfalussy process in connection with the which the committees were set up (CESR, CEBS and CEIOPS) was not concerned with such prudential supervision of the financial markets and institutions. In contrast, the supervisory authorities (ESMA, EBA and EIOPA) have been created as part of the establishment of a new European supervisory culture. The previous committees had a relatively passive role, and particularly at the start of the financial crisis lacked the capacities and legal authority to decide and implement quick and necessary decisions, the ESAs appear as proactive European authorities with a key role in both legislation and supervision of the financial sector. Even though the ESAs do not have an institutional basis, they must be considered powerful actors in this area.

There is no doubt that the new structure and regulatory set up regarding the securities financial market in the EU aim at and facilitate the creation regulation of a Single Rulebook for financial markets. Clear evidence is the preferred and extensive use of regulations at level 1 as well as at level 2. To the extent directives are used they seem for the most to contain detailed rules and full harmonisation provisions leaving little or no room for the Member States in the implementation process. Even though guidelines at level 3 still are not legally binding the introduction of the comply and explain and naming and shaming principles will put additional pressure on the national competent authorities of the Member States when considering whether and how to implement guidelines into national law. Further, the regulatory power of the ESAs will play an important role in the regulatory process. Figures comparing the MiFID I- and MiFID II/MiFIR-regulation show e.g. that MiFID I contained 71 recitals and 66 articles whereas MiFID II/MiFIR have a total of 226 recitals and 152 articles, and in MiFID I 18 provisions granted legal basis for level 2 measures whereas MiFID II/MiFIR contained 81 such provisions.

The new system and the regulatory methods and mechanism applica-

ble have laid out a road map for the creation of one Single Rulebook for the regulation of financial markets in the EU and the work is in progress. However, during the working process concerns and questions have been raised. Is harmonisation going too far? Is the regulation going to be too far reaching, too detailed and too inflexible to facilitate the needs of the market? Most recently the principle of proportionality has been added to the discussion, see EBAs workshop: «The application of the principle of proportionality in the context of Institutional and Regulatory Reforms» held on 3 July 2015.

Thus, the degree of harmonisation to be found in the Single Rulebook for the European financial market still has to be seen.

Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari

Alberto Urbani
(Professore associato di Diritto dell'economia
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The paper puts forward some critical notes on one provision out of the set of new rules amending the Italian Consolidated Banking Law (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) regarding “Popular Banks”. According to provision at issue, in case of withdrawal or exclusion of a shareholder (and, originally, also of death) the redemption of shares may be suspended, for reasons of financial stability of the bank, by virtue of an act issued by the Bank of Italy.

Sommario 1. Il “nuovo” comma 2-ter dell’art. 28 t.u.b. aggiunto dal decreto-legge di riforma delle banche popolari: vizi marginali di carattere formale. – 2. (Segue) ... ed altri, più significativi, d’ordine sostanziale. – 3. Postilla: la modifica introdotta in sede di conversione in legge del d.l. n. 3/2015.

1 Il “nuovo” comma 2-ter dell’art. 28 t.u.b. aggiunto dal decreto-legge di riforma delle banche popolari: vizi marginali di carattere formale

Il decreto legge di riforma delle banche popolari si apre con una disposizione tesa ad aggiungere all’art. 28 del Testo unico bancario un comma 2-ter del seguente tenore: «*Nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione, morte o esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d’Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d’Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi*».

Il presente contributo costituisce una comunicazione presentata nell’ambito del convegno su *La riforma delle banche popolari* organizzato presso la LUISS il 17 febbraio 2015 ed è destinato alla pubblicazione anche nel volume che raccoglie i relativi atti, a cura di F. Capriglione, ed. Cedam.

A me sembra che la norma presenti alcuni vizi – certo, marginali – di carattere formale, ma soprattutto dia adito a talune perplessità, invece, d’ordine sostanziale e di più ampia portata.

Relativamente ai primi, noto innanzitutto come ancora una volta – già nello stesso art. 28 t.u.b., infatti, la stessa via era stata percorsa poco più di una decina d’anni fa per aggiungere il comma 2-*bis* in tema di mutualità prevalente delle banche di credito cooperativo – anziché ricorrere al «3», come sarebbe stato naturale, si sia adottata una numerazione ordinale («2-*ter*», appunto) per aggiungere un comma al termine di un articolo esistente: insomma, un piccolo esempio di sciatteria redazionale alla quale, purtroppo, a quanto pare (e non solo qui) siamo costretti a fare l’abitudine.

In secondo luogo, francamente lascia perplessi il ricorso – se non cado in errore, per la prima volta nel Testo unico – alla locuzione «*patrimonio di vigilanza*». Sin qui, infatti, nel d.lgs. n. 385/1993 si era parlato o di «*patrimonio*» senza ulteriori attributi o al più, nelle modifiche più recenti, di computabilità nel patrimonio di determinati elementi «*a fini di vigilanza*». Come noto, però, l’attuale legislazione europea (e di riflesso, ovviamente, nel nostro Paese anche la regolamentazione secondaria della Banca d’Italia, come ad esempio nel cap. 1 della Parte Seconda della circ. n. 285 del 17 dicembre 2013 e successivi aggiornamenti) incentra l’intera disciplina prudenziale delle banche sul lemma «*fondi propri*» (si veda, in particolare, il Regolamento dell’Unione Europea n. 575/2013, c.d. CRR, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento), sicché, valutata nel contesto dell’ordinamento nazionale nel quale si inserisce, sotto il profilo lessicale la norma di nuova introduzione nasce obsoleta.

2 (Segue) ...ed altri, più significativi, d’ordine sostanziale

Potremmo forse rilevare anche qualche altra imprecisione formale, ma mette conto invece di incentrare ora l’attenzione sul merito delle innovazioni che, attraverso il comma in questione, sono state introdotte.

La norma è evidentemente tesa a sterilizzare gli effetti negativi sui fondi propri della banca che possano conseguire allo scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio, in relazione alla variabilità del capitale tipica delle società cooperative: di fronte pertanto a richieste di cessazione di tale rapporto non già isolate bensì diffuse e magari anche pressoché contestuali tra loro, in grado di depauperare pericolosamente l’assetto patrimoniale della società bancaria, l’ordinamento si cautela in via preventiva riconoscendo alla Banca d’Italia il potere di limitare le conseguenze derivanti da una situazione siffatta, al dichiarato fine di preservare la «*computabilità delle azioni*» (*rectius*, del patrimonio corrispondente alle azioni) tra i fondi propri dell’ente.

Riguardata dal punto di vista dell'ausilio alla stabilità della banca, la previsione non può che essere valutata favorevolmente, trovando tra l'altro fondamento nella direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013, c.d. CRD IV, ancora in fase di trasposizione nella nostra legislazione domestica, la quale, *mutatis mutandis*, all'art. 141 impone agli Stati membri di vietare «una distribuzione in relazione al capitale primario di classe 1 ad un livello che non consenta più di soddisfare il requisito combinato di riserva di capitale».

Senonché, se si considera viceversa il nuovo comma 2-bis dell'art. 28 t.u.b. dalla prospettiva del diritto societario, specie con riferimento alla posizione individuale del singolo socio, la norma ingenera più di qualche interrogativo.

In primo luogo, c'è da chiedersi se abbia o meno ragion d'essere, nella materia che ci occupa, l'equiparazione tra le tre tradizionali cause di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio, ossia il recesso, la morte e l'esclusione.

A me pare, francamente, che al più solo per il caso di recesso possa aver senso comprimere il diritto individuale del socio di una banca popolare a vedersi rimborsato il conferimento a suo tempo effettuato. Se infatti la *ratio* della nuova disposizione, come abbiamo appena osservato, è quella di evitare repentine riduzioni del capitale sociale dell'ente e dunque del suo patrimonio, essendo le banche popolari delle società cooperative per azioni caratterizzate per legge da un elevato livello di frazionamento della compagine sociale (cfr. art. 30, co. 2, t.u.b.) l'evenienza negativa che si vuole scongiurare può verificarsi soltanto qualora un numero rilevante di azionisti chieda, pressoché contestualmente, di recedere dalla cooperativa di credito. Il rischio non sussiste invece né nel caso di morte (a meno di non voler prefigurare scenari apocalittici alquanto improbabili, per di più seguiti da richieste di rimborso generalizzate da parte degli aventi causa dai soci defunti), né a maggior ragione in ipotesi di esclusione, discendendo quest'ultima, *in re ipsa*, da una decisione dai competenti organi sociali.

Non è un caso, d'altronde, che in sede di elaborazione del decreto-legge di cui stiamo discutendo lo stesso Esecutivo abbia menzionato espressamente (anche se certo non quale ipotesi esclusiva, come attesta l'«*anche*» che subito precede) il caso del recesso a seguito di trasformazione: in tutta evidenza, il contestuale obbligo per le banche popolari di maggiori dimensioni di trasformarsi in società per azioni ha suggerito al Governo di prevenire in radice che tali operazioni di trasformazione potessero tralignare in situazioni di deterioramento delle coordinate patrimoniali della banca per effetto dell'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci contrari all'operazione. Senonché il legislatore si è fatto, per così dire, prendere la mano e comprensibili timori contingenti hanno finito per originare una norma di portata applicativa generalizzata, a mio avviso assai meno giustificata.

Quanto poi, più nello specifico, all'ipotesi di esclusione del socio, il *vulnus* al diritto al rimborso appare tanto più discutibile qualora si pensi che questa potrebbe venir disposta dall'organo amministrativo della banca popolare anche a breve distanza dall'ammissione del socio in questione, magari in base a motivazioni che potrebbero presentare profili di prete-stuosità e già nell'operatività del provvedimento dell'Organo di Vigilanza che inibisce il rimborso.

V'è allora da chiedersi, in sostanza, se la tutela di rango costituzionale del pubblico risparmio, sulla quale si fonda questa come tutte le altre prescrizioni dell'ordinamento del credito e della finanza tese a preservare la sana e prudente gestione degli intermediari, sia atta a comprimere, nel caso specifico, i diritti patrimoniali dei singoli soci, anch'essi protetti dai principi della nostra carta fondamentale. La risposta, che esula ovviamente dalle finalità proprie di questa breve comunicazione, potrà forse avvalersi anche degli spunti offerti nel corso del tempo dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, che in più occasioni ha evidenziato come la restrizione o addirittura l'elisione del diritto di proprietà possa trovare giustificazione soltanto in presenza di un interesse pubblico evidente, prevalente e dimostrato (si vedano in particolare, al riguardo, la sent. n. 30417/96, Olczak/Poland, e la sent. n. 34940/10, Grainger).

Certo, tali riflessioni devono anche tener conto di un importante dato testuale, giacché per ben due volte il comma in questione ricorre al verbo «*limitare*». Orbene, limitare non vuol dire escludere: pertanto, pur nell'attesa di vedere a quali concrete determinazioni perverrà la Banca d'Italia nel delineare più nello specifico, attraverso le proprie disposizioni attuative, le condizioni in presenza delle quali si riserverà di incidere sui diritti dei soci delle banche popolari, appare evidente che l'intervento dell'Organo di Vigilanza non potrà spingersi sino al punto dall'escludere *tout court* il rimborso, ma dovrà essere circoscritto in funzione delle esigenze, contingenti, del singolo caso, ad esempio congelando il rimborso in parola per un periodo di tempo sufficiente per superare le temporanee tensioni sul piano dell'adeguatezza dei fondi propri della banca che deriverebbero dagli effetti dello scioglimento dei rapporti sociali individuali coinvolti.

Sempre sulla scorta del tenore letterale della disposizione, resta parimenti pacifico che l'intervento dell'Autorità di settore, lungi dal poter debordare in una sorta di "revoca" coatta del recesso (almeno quando questa sia la causa del venir meno del rapporto che lega il socio alla società), potrà incidere unicamente sul rimborso della quota di limitazione, mentre per quanto qui non disposto la disciplina del recesso, della morte e della morte del socio resta quella di diritto comune.

Sotto altro profilo, inoltre, può constatarsi come in conseguenza della nuova disposizione si sia prodotta un'ulteriore differenziazione tra le due tipologie di banche cooperative, dal momento che il comma 2-*bis* dell'art. 28 t.u.b. riguarda soltanto le banche popolari (di tal ché, for-

se, sarebbe stato più opportuno il suo inserimento non nell'articolo che apre il Capo dedicato a tutte le banche cooperative, bensì nella Sezione del d.lgs. n. 385/1993 specificamente dedicata alle popolari). Se davvero, però, le ragioni dell'intervento di riforma non erano solo quelle contingenti poc'anzi evidenziate, riesce difficile comprendere (se non alla luce dell'annunciato intendimento di innovare in parallelo anche l'ambito delle banche di credito cooperativo) perché si sia deciso di comprimere i diritti individuali dei soci delle sole banche popolari e non anche di quelli delle altre banche aventi forma di cooperativa, per le quali sussistono analoghe esigenze di solidità patrimoniale e una disciplina dello scioglimento del rapporto sociale in conseguenza del suo recesso, della sua morte o della sua esclusione conforme. Sembra dunque auspicabile che tale discrasia venga quanto prima rimossa.

Osservo, infine, che l'estensione della limitazione del diritto al rimborso anche agli altri strumenti di capitale, diversi dalle azioni, emessi da una banca popolare, secondo quanto previsto dall'ultimo periodo del comma in argomento, finisce per porre i titolari di tali strumenti - che sono in buona sostanza, ricordiamo, dei soci di capitale - in posizione identica a quella dei soci cooperatori, quando invece, proprio in punto di recesso, l'art. 2526, co. 3, c.c. (applicabile alle banche popolari in quanto non rientrante tra quelli menzionati dall'art. 150-bis t.u.b.) li equipara, se gli strumenti finanziari sono forniti di diritto di voto, ai soci della società per azioni. Ma poiché alle banche aventi forma di società per azioni la norma ora introdotta per le banche popolari non trova applicazione, viene a determinarsi un (inconsapevole, ma non per questo meno inopportuno) affievolimento dell'appetibilità degli strumenti finanziari diversi dalle azioni emessi dalle banche popolari rispetto ai medesimi strumenti emessi da banche di tipo diverso.

Insomma, qualche attenzione in più non sarebbe forse guastata.

3 Postilla: la modifica introdotta in sede di conversione in legge del d.l. n. 3/2015

A seguito dell'*iter* di conversione del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, la l. 24 marzo 2015, n. 33 ha modificato l'art. 28, co. 2-bis, t.u.b. (emendamento n. 1.316 presentato dall'on. Ginato il 5 marzo 2015 durante i lavori in sede referente delle Commissioni riunite Finanze e Attività produttive) espungendo il caso della morte del socio di banca popolare da quelli al cui ricorrere la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso della quota di liquidazione per esigenze di tutela patrimoniale dell'ente.

È vero, come recita un vecchio adagio, che mezzo passo in avanti è pur sempre preferibile al rimanere fermi: fuor di metafora, a quanto pare il

legislatore si è opportunamente reso conto che prospettare l'eventualità che il rimborso del conferimento effettuato per divenire socio di una banca popolare possa incorrere in limitazioni per esigenze di patrimonializzazione dell'ente persino nel caso di morte del socio avrebbe potuto rendere poco appetibile la partecipazione al capitale di una banca di questa categoria. Al contempo, non può mancarsi di rilevare come, tuttavia, si sia di tal modo venuto a determinare un disallineamento tra le tre ipotesi di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio difficile da motivare, quando invece, come si è cercato di argomentare poc'anzi, il solo caso del recesso avrebbe meritato il trattamento peculiare che la norma in questione ha mantenuto, inopinatamente, anche per l'esclusione.

Per una introduzione al diritto degli animali

Luigi Benvenuti
(Professore ordinario di Diritto amministrativo
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Qualche parola sul significato di questo Convegno intitolato a “Caccia e Ambiente”, che vede dialogare competenze diverse, dal diritto all'antropologia, dall'etica ambientale all'economia.

Oltretutto con una particolare attenzione per l'esperienza di altri paesi, perché la questione è globale, e presuppone una interdisciplinarietà che va al di là degli strumenti tipici di questa o quella legislazione.

Mi limito, in questa sede, a brevi spunti di inquadramento generale, ponendomi qualche domanda che terrà conto specie del linguaggio dei diritti non umani.

La prima considerazione riguarda il rapporto uomo-animale, che rappresenta una declinazione particolare del rapporto uomo-natura che investe, vorrei dire da sempre, la riflessione della filosofia.

E qui mi azzardo a percorrere un primo itinerario, dedicato al pensiero più antico.

Inizio dall'insegnamento di Pitagora, del quale è ben nota la tesi dei numeri come sostanza delle cose, ma che pur ammoniva «che tutti gli esseri viventi hanno uguali diritti», proclamando che «pene inespugnabili sovrastano a coloro che rechino offesa a un vivente» (cfr. Cicerone, *De Re Publica*, III 1, 19; ma vedi pure per il rifiuto da parte di Pitagora di cibarsi di animali, consuetudine reputata inutile causa di stragi, Ovidio, *Metamorfosi*, Libro XV)¹.

Su posizione opposta, in quanto fondata su una concezione radicalmente antropocentrica, si colloca evidentemente Aristotele, che sottolinea e argomenta la superiorità della specie umana².

Avendo come riferimento proprio Aristotele, San Tommaso d'Aquino sosterrà infine la legittimità dell'uccisione degli animali, sulla base della

1 Sul punto, MANNUCCI, *La cena di Pitagora*, Roma, 2008.

2 E. BERTI, *L'origine dell'anima intellettuale secondo Aristotele*, in F. ALESSE - F. ARONADIO - M.C. DALFINO - L. SIMEONI - E. SPINELLI (a cura di), *Anthropine Sophia, Studi di filologia e storiografia filosofica*, in memoria di Gabriele Giannantoni, Napoli, 2008, p. 295 ss.

struttura gerarchica della natura, richiamandosi a presunti doveri indiretti, in quanto comunque filtrati dalla figura dell'uomo³.

Altro possibile itinerario può farsi iniziare dall'età moderna.

E qui si va dalla classica chiusura cartesiana, tutta dedotta dalla realtà prima ed autonoma che è il soggetto pensante, alla voce *Bêtes* di Voltaire, il primo e più pungente dei critici di Cartesio, che ritiene una banalità l'aver detto «che le bestie sono macchine prive di coscienza e sentimento che compiono sempre i loro atti nello stesso modo, senza imparare o perfezionare niente»⁴.

Al centro del secondo percorso campeggia, come sempre, la grande lezione kantiana, secondo cui gli animali, pur privi di coscienza di sé, posseggono una natura analoga a quella degli uomini, e pertanto osservando dei doveri verso di essi osserviamo dei doveri verso l'umanità, promuovendo con ciò i doveri che la riguardano⁵.

L'uomo dunque avrebbe dei doveri nei confronti degli animali, ma essendo il rapporto deontico un rapporto esclusivamente umano, il loro adempimento diviene uno strumento per promuovere i doveri verso l'umanità.

Passiamo ad un terzo itinerario.

Esso finalmente considera gli animali come soggetti, di tal che la "liberazione animale" viene proclamata proprio a partire dai diritti.

A parte il riferimento all'utilitarismo benthamiano, qui la rivoluzione a partire dai diritti trova una piena espressione in un ben noto libro di Peter Singer, *Animal liberation* (1975), che contempla lo status di persona anche per alcuni animali non umani (come gli scimpanzé).

Inoltre l'animale sarebbe degno di autonoma rilevanza perché capace di soffrire⁶.

Osservo come gli Autori appena citati, aprendo alla tematica dei diritti, tirano in ballo il ruolo dei giuristi, che, ovviamente, entrano in gioco con le loro domande.

E ad esempio viene da chiedersi – se lo chiede il richiamato stimolante

3 Sul punto S. CASTIGNONE, *Animali (Diritti degli) - Parte etica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, diretta da Sgreccia e Tarantino, Napoli, 2009, p. 495 ss.

4 VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, 1764, ed. it. *Dizionario filosofico*, Milano, 1968, p. 108, su cui vedi ora A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, p. 29.

5 KANT, Lezione tenuta presso la Università di Königsberg, dal titolo *Dei doveri verso gli animali e gli spiriti*, ora in *Lezioni di etica*, Roma-Bari, 1998, p. 273 ss.

6 P. SINGER, *Liberazione animale. Il movimento di un manifesto diffuso in tutto il mondo*, ed. it. a cura di P. Cavalieri, Milano, 2003; similmente, ma in chiave antiutilitaristica, vedi T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, 1983, ed. it., *I diritti animali*, Milano, 1990; in senso diverso è invece R. SCRUTON, *Animal Rights and Wrongs*, 1996, trad. it. *Gli animali hanno diritti?*, Milano, 2008. Secondo quest'ultimo autore non bisognerebbe rifarsi alla legge morale, ma a tre fonti del sentimento morale: virtù, simpatia, rispetto.

contributo di Attilio Pisanò⁷: l'apertura del concetto di diritto soggettivo a soggetti diversi dall'uomo, con il conseguente sganciamento dei diritti da quest'ultimo, apporta qualche progresso?

E ancora, le teorizzazioni relative ai diritti degli animali e ai diritti ambientali si pongono in continuità con il vissuto dei diritti umani, o, al contrario, rappresentano un momento di cesura?

La risposta a tali domande non pare scontata e presupporrebbe altrettanti discorsi che in questa sede non è possibile fare.

Quel che si può aggiungere, toccando allora il piano delle normative fondamentali, è che sussiste senz'altro un legame tra la dichiarazione dei diritti dell'uomo e documenti sui nuovi diritti quali la dichiarazione universale dei diritti degli animali nel 1978, quella dei diritti umani delle generazioni future del 1994, ovvero dei diritti della Madre Terra del 2010.

Ma un dubbio permane in ordine all'utilità di estendere un linguaggio nato per tutelare l'uomo, agli animali.

E non è forse vero, come ancora afferma Pisanò, che sdoganando il linguaggio dei diritti per entità non umane, il dibattito sui diritti soggettivi potrebbe correre il rischio di regredire a posizioni antecedenti addirittura alla grande soggettivazione groziana?

Vi è un'ulteriore questione, più attuale che mai, che questa volta riguarda il possibile approccio del giurista alla normativa riguardante gli animali.

In questo caso si tratta di capire se valgano normali criteri ermeneutici, o se, in ipotesi, occorra adattarli alle nuove esigenze.

Al proposito mi soccorrono alcuni spunti di Lombardi Vallauri, fautore di un "diritto animale animalista", che considera gli animali in sé come singoli e non in quanto tutelati in base ad altri valori come la minaccia di estinzione, il valore della biodiversità, ecc. ecc.

Indipendentemente dalla condivisione o meno di una posizione così marcatamente animalista, penso sia da prendere sul serio il paradigma adoperato, caratterizzato come è dal tentativo di gettare un ponte tra diritto e filosofia.

Il punto di partenza è senz'altro quello della casistica concreta, che viene messa al servizio di una analisi della legislazione, cercando di individuare "tendenze, testimonianze, tensioni del diritto vigente".

In tal modo, di una certa legislazione (penale, amministrativa, ecc.) si viene a sottolineare l'orientamento di fondo, talora implicito, talaltra esplicito, rispetto al mondo animale.

Ne deriva un elenco dettagliato dei moti e degli umori di un legislatore, che in realtà, pur in modo non sempre lineare, fa mostra di guardare con favore al riconoscimento della soggettività degli animali.

Per la legislazione italiana, infatti, gli animali non sono meri oggetti della

7 A. PISANÒ, *ibidem*.

normativa, bensì vengono considerati veri e propri soggetti da tutelare in modo peculiare.

La conclusione del ragionamento di Lombardi Vallauri appare allora la logica conseguenza di tale scoperta.

Quel che il giurista dovrebbe fare, è di interpretare in senso più favorevole agli animali soprattutto le disposizioni dubbie, cercando il difficile bilanciamento tra il rispetto della dignità degli animali e gli interessi dell'uomo.

Chiarito a tal punto quale possa essere un plausibile approccio all'interpretazione della normativa, è d'uopo provare a fornire qualche esempio, perché va subito detto che una cosa appaiono gli intenti del legislatore e gli auspici della dottrina, altra è nei fatti l'applicazione pratica.

Va al proposito sottolineato come ai commentatori più smaliziati non siano sfuggite le smagliature circa i controlli sul campo, gli aggiramenti della normativa da parte degli operatori pratici, la prassi consolidata spesso orientata contro la lettera e lo spirito della legge.

Né è un caso che, proprio a proposito di un settore specifico, quello della caccia, si sia parlato di "strage legalizzata", espressione con cui si è inteso denunciare proprio la superficialità con cui talora è stata applicata una normativa, che, come abbiamo visto, avrebbe potuto fornire occasione per un rigoroso bilanciamento di valori tra animale e uomo⁸.

Per fornire qualche esempio concreto di quello che si va dicendo, si vuol fare da ultimo riferimento a contenuti e modalità dell'esercizio venatorio, indugiando dunque sul tema specifico oggetto del presente Convegno.

L'art. 18, co. 1-bis, l. n. 157/1992, modificata dall'art. 42 della Legge comunitaria del 2009, recita al proposito che «*l'esercizio venatorio è vietato per ogni singola specie: a) durante il ritorno al luogo di nidificazione; b) durante il periodo della nidificazione e le fasi della riproduzione e della dipendenza degli uccelli*».

Lo scopo molto lodevole è evidentemente quello di rafforzare il regime di tutela, ed esiste un ente sorto nel 2008, l'ISPRA, che dà un parere obbligatorio alle regioni per l'eventuale prolungamento della caccia oltre i tempi prescritti dalla normativa.

L'ISPRA infatti ha competenze per la stesura dei calendari venatori, profilo evidentemente fondamentale per evitare di incorrere in quella che, come si è visto, è stata definita una "strage legalizzata".

E dunque, a rigor di logica, proprio l'ISPRA potrebbe occuparsi dell'applicazione del richiamato co. 1-bis dell'art. 18 l. n. 157/1992.

⁸ Si veda esemplificativamente sul punto, G. PAOLILLO, *La caccia, ovvero la strage legalizzata degli animali selvatici*, in *Trattato di biodiritto. La questione animale*, a cura di S. Castignone e L. Lombardi Vallauri, Milano, 2010, p. 391 ss.

Ebbene, va constatato come in realtà le autorizzazioni avvengano in anticipo e anche in palese contrasto con l'ISPRA⁹.

Un profilo connesso è quello della vigilanza venatoria, che investe il rispetto degli orari di caccia, così come altrettanto delicato è l'altro dell'individuazione e qualificazione dei luoghi, che sfuggono in concreto a controlli rigorosi, ponendo la questione della definizione degli ambiti territoriali.

Infine vi è il tema dei mezzi autorizzati, e anche qui ancora una volta la prassi si incarica di smentire proclami e assunti presi in linea di principio.

Si tratta, come si capisce, di situazioni diverse tra loro e del tutto peculiari, che esigono peraltro approfondimenti adeguati e forse qualche autocritica.

Scorrendo il titolo delle relazioni programmate, mi avvedo che alcuni dei temi a cui ho accennato da ultimo saranno esaminati in modo specifico, e penso soprattutto alla questione cruciale degli ambiti territoriali.

È giunto dunque il momento di fermarsi, chiedendo scusa per lo spazio rubato ai singoli relatori, cui cedo volentieri la parola con l'augurio che l'incontro di oggi possa contribuire ad una maturazione delle coscienze, al passo coi tempi nuovi in cui ci troviamo a vivere.

9 Su ciò, convincentemente, v. PAOLILLO, *op. loc. cit.*

Caccia e ambiente

Il riparto di potestà legislativa tra “diritto” alla tutela della fauna selvatica ed “interesse” all’esercizio dell’attività venatoria

Cristina De Benetti
(Professore associato di Diritto amministrativo
nell’Università Ca’ Foscari Venezia, Italia)

Abstract The environmental policy of the European Union has always paid attention to the deterioration of natural habitats and to the continuous threats in relation to the survival of many plant and animal species that the European territory hosts. Since the ’70s, the European legislator has enacted some important measures in protection of specific environmental components, but also aimed to preserving the integrity of the environment: unfortunately, the Italian Government has implemented this legislation with significant delays. The overall regulatory framework seems to accept a “complex” notion of environment, in which the theme of the hunt is absorbed and finds a protection through the preservation of the environment.

Sommario 1. La c.d. legge cornice sulla caccia, n. 157/1992, recante Norme per la protezione della fauna omeoterma e prelievo venatorio, nel quadro costituzionale anteriore alla riforma del Titolo V. – 2. La l. n. 157/1992 nel quadro costituzionale di cui alla riforma del 2001. – 3. “Diritto” alla tutela della fauna selvatica ed “interesse” all’esercizio dell’attività venatoria: la sentenza n. 193/2013 della Corte costituzionale. – 4. Conclusioni.

1 La c.d. legge cornice sulla caccia, n. 157/1992, recante Norme per la protezione della fauna omeoterma e prelievo venatorio, nel quadro costituzionale anteriore alla riforma del Titolo V

La tematica in esame trova attuale disciplina nella l. n. 157/1992, recante Norme per la protezione della fauna omeoterma e prelievo venatorio.

Trattasi, giova evidenziarlo fin d’ora, di una normativa finalizzata alla tutela e conservazione della fauna selvatica nell’interesse tanto della comunità nazionale quanto della comunità internazionale¹. Giova subito

Relazione al Convegno *La Caccia e l’ambiente: profili giuridici, antropologici, etici e di sostenibilità*, Venezia 5 giugno 2015.

altresì evidenziare come, stante tale fine, inevitabilmente nel disegno del legislatore della l. n. 157/1992 la fauna selvatica non possa che appartenere al patrimonio indisponibile dello Stato. Di tal che l'esercizio dell'attività venatoria è sì consentito, ma solo se non contrasta con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arreca danno alle colture agricole.

Di tutta evidenza, dunque, in questo disegno la centralità della protezione dell'ambiente e dell'ecosistema ed un conseguente obbligo di conservazione e protezione a carico dell'ordinamento pubblicistico.

In particolare la l. n. 157/1992 definisce puntualmente quanto "oggetto" della tutela dalla medesima normativa delineata, elencando le specie oggetto di particolare protezione, nonché le modalità alle quali si devono attenere le Regioni nella stesura delle leggi regionali, dei calendari venatori, dei piani faunistici e della pianificazione del territorio, rimettendo alla normativa regionale la possibilità di disciplinare ulteriormente la materia solo in maniera più restrittiva rispetto alle disposizioni della legislazione nazionale e comunitaria.

A riguardo le Regioni vengono chiamate a esercitare funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento nell'ambito della pianificazione faunistico-venatoria di medio e lungo termine. In particolare le Regioni, coordinando i piani provinciali, debbono emanare piani faunistico-venatori quinquennali che contengono la pianificazione del territorio agro-silvo-pastorale ed il censimento della fauna selvatica, previo parere dell'Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica, organo tecnico-scientifico di consulenza e di ricerca sulla caccia e la tutela della fauna.

In dettaglio tutto il territorio agro-silvo-pastorale nazionale è soggetto a pianificazione faunistico-venatoria finalizzata, per quanto attiene alle specie carnivore, alla conservazione delle effettive capacità riproduttive e al contenimento naturale di altre specie e, per quanto riguarda le altre specie, al conseguimento della densità ottimale e alla sua conservazione mediante la riqualificazione delle risorse ambientali e la regolamentazione del prelievo venatorio. La pianificazione viene a realizzarsi, in particolare, mediante la destinazione differenziata del territorio. Infatti il territorio agro-silvo-pastorale di ogni regione è destinato per una quota dal 20 al 30 per cento a protezione della fauna selvatica, fatta eccezione per il territorio delle Alpi di ciascuna regione, che costituisce zona faunistica a sè stante ed è destinato a protezione nella percentuale dal 10 al 20 per cento. Il territorio agro-silvo-pastorale regionale può altresì essere destinato nella percentuale massima globale del 15 per cento a caccia riservata a gestione privata e a centri privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale. Sul rimanente territorio agro-silvo-pastorale le Regioni promuovono forme di gestione programmata della caccia.

1 Per una analisi di diritto comparato si veda: D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione Esperienze europee*, Milano, 2000; G. CORDINO, *Diritto ambientale comparato*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, I, 2012.

Ai fini della pianificazione generale del territorio agro-silvo-pastorale le province predispongono, articolandoli per comprensori omogenei, piani faunistico-venatori. Le province predispongono altresì piani di miglioramento ambientale tesi a favorire la riproduzione naturale della fauna selvatica, nonchè piani di immissione di fauna selvatica anche tramite la cattura di animali selvatici presenti in soprannumero nei parchi nazionali e regionali ed in altri ambiti faunistici, salvo accertamento delle compatibilità genetiche da parte dell'Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica e sentite le organizzazioni professionali agricole presenti nel Comitato tecnico faunistico-venatorio nazionale tramite le loro strutture regionali.

Quanto poi all'esercizio dell'attività venatoria, questa si può svolgere solo per una concessione che lo Stato rilascia ai cittadini che la richiedano e che posseggano i requisiti previsti dalla medesima l. n. 157/1992.

Così inquadrata, in sintesi, la disciplina legislativa attinente alla tematica in esame, veniamo, dunque, ad analizzare in maniera specifica come trovi sviluppo in tale quadro il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni.

A riguardo giova, in primo luogo, evidenziare come la l. n. 157/1992 sia stata emanata nella vigenza del "vecchio" art. 117 Cost., che, come certo ben noto, prima del 2001 contemplava in capo alle Regioni solo una potestà legislativa concorrente nelle materie dal medesimo articolo puntualmente elencate ².

Ebbene il recepimento del quadro normativo della legge cornice n. 157/1992 da parte delle Regioni, anteriormente alla riforma costituzionale del 2001 e, dunque, alla riscrittura dell'art. 117 Cost. in tema di

2 Per un approfondimento dei profili di inquadramento costituzionale si veda: V. BONICELLI, P. CARETTI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5179; B. CARAVITA DI TORITTO, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 569; B. CARAVITA DI TORITTO, *Stato, Regioni ed enti locali nelle politiche di gestione dell'ambiente: i problemi del raccordo di competenze*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 359; B. CARAVITA DI TORITTO, *Cost., principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in GRASSI, CECCHETTI, ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, I, p. 175; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V?*, in *Reg.*, 2003, p. 318; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 611; E. GIARDINO, *La nozione giuridica di ambiente e la sua configurazione nella disciplina costituzionale*, in *Arch. giur. Fil. Ser.*, 2005, n. 2, p. 199; S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 907; P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di materia, sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 13; P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 307; G. MANFREDI, *Sul riparto di competenze in tema di ambiente, e sulla nozione di ambiente, dopo la riforma del Titolo V Parte seconda della Cost.*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 1002; A. MASTREONI, *La Corte costituzionale restituisce allo Stato la competenza piena ed esclusiva in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 326; M. RENNA, B. POZZO (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Cost.*, Milano, 2003.

riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, non ha mancato di generare un ampio conflitto avanti la Corte costituzionale, sfociato in numerose sentenze di estremo interesse per l'analisi della tematica.

Invero in quel contesto storico dubbio non v'era che ai sensi dell'art. 117 Cost. la materia oggetto di tale legge cornice fosse da etichettarsi quale «caccia», ma tale indubbia allocazione non deve indurre ad una lettura riduttiva della medesima.

Infatti a riguardo ciò che preme sottolineare è come dall'analisi puntuale delle sentenze della Corte emerga a chiare lettere come, se vero è che il testo dell'art. 117 Cost. allora vigente conduce ad allocare la l. n. 157/1992 nella materia «caccia», altrettanto vero è che l'interpretazione secondo costituzionalità di tale materia mette al centro della medesima la «protezione della fauna selvatica» quale materia trasversale antesignana della - allora non ancora nominata - «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*».

Diamo conto, allora, dell'*excursus* della giurisprudenza costituzionale in merito alla potestà legislativa regionale in materia di «caccia» quale competenza concorrente ex art. 117 Cost. nel testo vigente anteriormente alla riscrittura operata nel 2001 (fonte: banca dati <http://www.cortecostituzionale.it>).

Con una prima sentenza, la n. 35/1995, la Corte è chiamata a giudicare della sussistenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 9, co. 1, letto a) della legge regionale del Lazio riapprovata il 4 maggio 1994, la quale stabilisce che, nel territorio della riserva naturale istituito nella stessa delibera è consentito catturare specie animali selvatiche solo a scopo di ricerca scientifica e sulla base di un piano organico, funzionale alle finalità della riserva, preventivamente approvato dall'ente gestore, sentito l'assessorato regionale all'ambiente ed il comitato tecnico-scientifico di cui all' art. 5.

La Corte, premesso che nella materia in questione la competenza legislativa regionale è di tipo concorrente ossia soggetta ai principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato, osserva che la disposizione sopra citata risulta essere in contrasto con la legislazione nazionale, e specificatamente con l'art. 4, co. 1, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, che ha introdotto il principio della subordinazione della cattura di animali per motivi di studio e ricerca scientifica alle condizioni che sia preventivamente acquisito il parere dell'Istituto nazionale per la fauna selvatica operante su tutto il territorio nazionale e, soprattutto, prevede che la cattura delle specie animali sia riservata esclusivamente a determinati istituti scientifici. In particolare tale ultima disposizione, finalizzata ad assicurare l'effettiva realizzazione degli obiettivi scientifici nella cattura e nell'utilizzazione delle specie cacciabili, coerentemente alle finalità pubblicistiche complessive connesse alla protezione della fauna selvatica che la legge-quadro statale ha inteso perseguire e che collega la decisione in merito alla cattura a valutazioni tecniche e fattuali tendenti a limitare l'ampiezza del potere discrezionale dell'ente gestore - rappresenta indubbiamente un principio

fondamentale della materia, tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale.

Con la successiva sentenza n. 248/1995, la Corte rileva che non può ritenersi ingiustificato affermare che l'art. 21, co. 1, lett. c), della l. n. 157/1992 esprima, anche per quanto concerne la richiesta di parere all'Istituto nazionale della fauna selvatica, una norma di principio in grado di vincolare la legislazione regionale, dal momento che il legislatore nazionale, attraverso questa norma, ha inteso assicurare che l'esercizio della facoltà di deroga al divieto di caccia nelle foreste demaniali spetti alle Regioni soltanto ove accompagnato dalla valutazione di un ente nazionale dotato della necessaria competenza tecnica in materia.

Con la sentenza 272/1996 la Corte analizza altresì il rapporto sussistente tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, in tal senso la Corte afferma che i divieti posti dalla direttiva comunitaria n. 409/1979 in tema di specie cacciabili sono suscettibili di modifica soltanto nei limiti del potere di variazione degli elenchi delle specie medesime, potere che l'art. 18, co. 3, della l. n. 157/1992 riserva allo Stato, essendo l'individuazione delle specie cacciabili un interesse unitario nazionale. Ed ancora i medesimi principi sono successivamente ribaditi nella sentenza n. 277/1998, con la quale la Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Veneto nei confronti del D.P.C.M. 21 marzo 1997, emanato ai sensi dell'art. 18, co. 3, primo periodo, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, per il recepimento delle direttive comunitarie 79/409/CEE e 94/24/CEE, al fine di «*completare l'adeguamento dell'elenco delle specie cacciabili, di cui all'art. 18, co. 1, della stessa, alla normativa comunitaria*». Tale decreto costituisce esplicitazione di una funzione avente carattere amministrativo di aggiornamento in relazione a dati tecnici e di fatto forniti dai competenti istituti che non configura alcuna delega da parte del legislatore, essendo prevista esclusivamente nei limiti di aggiornamento e di adeguamento degli elenchi nazionali, suggeriti dagli organi tecnici nello stretto ambito dei rigorosi criteri fissati dalla legge.

Con la sentenza n. 448/1997, la Corte, riguardo alla questione di legittimità costituzionale sollevata, in materia di caccia e protezione della fauna selvatica, nei confronti dell'art. 10, co. 3 della legge quadro statale 11 febbraio 1992, n. 157, e dell'art. 3, co. 1 e 2, della legge Regione Liguria 10 luglio 1994, n. 29, nella parte in cui, nella pianificazione delle zone agrosilvo-pastorali da essi predisposta, comprendono nel territorio destinato alla protezione della fauna selvatica, aree non idonee a tale funzione, respinge la eccezione di inammissibilità avanzata in base al rilievo che la riproduzione del contenuto della legge statale da parte del legislatore regionale avrebbe comportato una novazione della fonte, sì che il giudice *a quo* sarebbe tenuto ad applicare, nel caso specifico, soltanto la legge della Regione Liguria e non già la legge statale.

In particolare la Corte osserva che la questione concerne una materia,

quale la caccia e la protezione della fauna selvatica, in cui, ex art. 117 Cost., le Regioni ordinarie hanno competenza legislativa concorrente con quella statale. Ne consegue che la disciplina dell'art. 3, co. 1 e 2, della legge della Regione Liguria n. 29/1994 non pone fuori causa quella contenuta nella legge statale n. 157/1992, che detta i principi fondamentali in materia, ma si coordina con la medesima, realizzando, nell'accennata concorrenza tra le potestà legislative dello Stato e della Regione, un assetto i cui criteri ispiratori formano, per l'appunto, oggetto della denuncia di incostituzionalità; denuncia che, in definitiva, investe in primo luogo la disposizione di principio della legge-quadro statale, quale matrice originaria della regolamentazione sospettata di illegittimità.

Ancora in merito all'individuazione dei principi fondamentali della materia si rammenta la sentenza n. 323/1998, con la quale si dichiara che l'individuazione dei principi fondamentali della legislazione statale, vincolanti per la legislazione regionale, deriva da disposizioni che si caratterizzano per il loro contenuto riformatore, per la loro posizione di norme-principio e per l'attinenza a settori o beni della vita economico-sociale di rilevante importanza, ma anche da *«norme legate con queste da un rapporto di co-essenzialità o di necessaria integrazione, che rispondono complessivamente ad un interesse unitario ed esigono, pertanto, un'attuazione su tutto il territorio nazionale»*.

Di tal che la Corte rileva che al novero della disciplina delle modalità di caccia, in quanto la medesima prevede misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, va ascritta anche la disciplina che, in funzione di adeguamento agli obblighi comunitari, delimita il periodo venatorio. Ciò, in quanto non può disconoscersi il rapporto di co-essenzialità e di necessaria integrazione intercorrente tra le disposizioni che individuano le specie ammesse al prelievo venatorio e quelle - volte ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili - che tale prelievo delimitano dal punto di vista temporale.

La Corte precisa, tuttavia, che le Regioni possono derogare alla generale disciplina dei periodi venatori, per determinate specie, in relazione alle situazioni ambientali, ma esclusivamente entro l'arco temporale definito dall'art. 18, co. 2, della l. n. 157/1992 e previo accertamento - condotto attraverso procedure e strumenti attendibili dal punto di vista tecnico-scientifico - delle condizioni e dei presupposti di ordine ambientale richiesti dalla disciplina statale, oltre che dalla giurisprudenza comunitaria.

Successivamente la Corte torna a pronunciarsi in merito al rapporto sussistente tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario. Infatti, con la sentenza n. 169/1999, la Corte, respingendo un ricorso per conflitto di attribuzione proposto dalla Regione Veneto, ha dichiarato che spetta allo Stato, e per esso alla Commissione di controllo sugli atti della Regione Veneto, annullare le delibere della Giunta regionale aventi per oggetto l'applicazione, al regime delle specie cacciabili, delle deroghe e

limitazioni previste dalla direttiva comunitaria 79/409/CEE. Il disposto comunitario, infatti, richiede, secondo la Corte, una normativa nazionale che valuti e ponderi i vari interessi che vengono in rilievo e che non sono certamente soltanto quelli connessi all'esercizio venatorio.

Anche la disciplina dei periodi venatori non ha mancato di generare un importante conflitto tra Stato e Regioni avanti la Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 4/2000, la Corte riafferma la natura di grande riforma economico-sociale della legge quadro n. 157/1992. In fatti con tale sentenza la Corte dichiara, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 1, della legge della Regione Siciliana 1° settembre 1997, n. 33, nella parte in cui non prevede che l'Assessore regionale per l'agricoltura e le foreste emani il calendario venatorio regionale, previa acquisizione del parere dell'Istituto nazionale della fauna selvatica. Tale disposizione, infatti, si pone in contrasto con l'art. 18, co. 4 della legge quadro statale 2 febbraio 1992, n. 157 - costituente norma di grande riforma economico-sociale - che, nell'esigere il calendario venatorio sia emanato «*sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica*», si basa su una scelta che trova spiegazione nel ruolo spettante a questo Istituto, qualificato dall'art. 7 della stessa legge-quadro come organo scientifico e tecnico di ricerca e consulenza non solo dello Stato, ma anche delle Regioni e delle Province».

Infine con la sentenza n. 135/2001, la Corte riafferma il valore di principio della legge quadro statale, ribadendo come la normativa regionale possa disciplinare ulteriormente la materia solo in maniera più restrittiva rispetto alle disposizioni della legislazione nazionale. In particolare la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale - per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 19 della legge quadro 2 febbraio 1992, n. 157 - della delibera legislativa della Regione Liguria recante modificazioni alla legge regionale 10 luglio 1994, n. 29, in materia di protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio. Invero, secondo la Corte, tale delibera, contravvenendo alla rigorosa disciplina del controllo faunistico demandato alle Regioni dall'art. 19 della l. n. 157/1999, non garantisce né il rispetto della procedura di consultazione dell'Istituto nazionale della fauna selvatica né l'osservanza del procedimento previsto in caso di inefficacia dei metodi ecologici, risolvendosi in una misura diretta a consentire - sia pure in via derogatoria e allo scopo di prevenire danni alle colture - l'abbattimento dello storno, non più ammesso al prelievo venatorio a seguito del d.P.C.M. 21 marzo 1997, e dunque una forma di controllo quale la caccia di selezione ad opera della generalità dei cacciatori non consentita dall'art. 19 della legge quadro.

Dunque, da tale *excursus* della giurisprudenza costituzionale, emerge come, allorquando erano vigenti la legge quadro n. 157/1992 e l'art. 117 Cost. nella versione anteriore alla riforma del 2001, la l. n. 157, qualificata quale norma di grande riforma economico-sociale, si caratterizzasse per il suo contenuto riformatore e per il recare norme di principio

che per l'attinenza a settori o beni della vita di rilevante importanza rispondevano necessariamente ad un interesse unitario ed esigevano, pertanto, un'attuazione unitaria su tutto il territorio nazionale.

Giova altresì ribadire come peraltro nella vigenza del "vecchio" art. 117 Cost. non si ponesse la problematica inerente l'individuazione della materia di appartenenza della legge quadro 157, in quanto nell'elenco delle materie rimesse alla potestà concorrente della regione risultava espressamente nominata la «caccia». Ne è pertanto derivata l'inevitabile attribuzione della disciplina in questione a tale materia, non fosse altro perché in quel contesto storico ancora non si era esplicitata la valenza della tematica attinente alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, salvo il consentire già allora alla potestà legislativa regionale concorrente la possibilità di disciplinare ulteriormente la materia esclusivamente in maniera più restrittiva rispetto alle disposizioni della legislazione nazionale.

2 La l. n. 157/1992 nel quadro costituzionale di cui alla riforma del 2001

Senonchè, come ben noto, nel 2001 il legislatore costituzionale è venuto, tra l'altro, ha ridefinire il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, in particolare declinando la potestà legislativa di queste ultime oltre che nella potestà concorrente - rispetto alla quale vengono ridefinite le materie in uno con la definizione *ex novo* delle materie di potestà esclusiva statale - anche in una potestà regionale esclusiva residuale.

Ebbene, in tale quadro riformatore, da un lato, viene esplicitata la materia «*ambiente*», mentre dall'altro, la materia «*caccia*» viene letteralmente a sparire dall'elenco delle materie di potestà esclusiva statale ed altresì concorrente regionale, lasciando spazio alla astratta possibilità di allocare la medesima nelle innominate materie di potestà residuale di esclusiva competenza regionale.

Come ora vedremo, la Corte costituzionale verrà invece a sancire come la l. n. 157/1992, sopravvissuta indenne alla riscrittura dell'art. 117 Cost., vada ora ad allocarsi nell'ambito della materia di potestà esclusiva statale «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*», come peraltro ridefinita dal medesimo giudice delle leggi, costituendo la l. n. 157/1992 quel nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica di competenza esclusiva statale rispetto al quale le Regioni possono legiferare limitatamente alla "altra" materia «*caccia*» di loro competenza esclusiva residuale solo ed esclusivamente nella misura in cui, così facendo, vengano ad innalzare il livello di tutela minimo della fauna selvatica quale statuito in maniera unitaria dal legislatore statale.

Diamo pertanto conto, ora, dell'*excursus* della giurisprudenza costitu-

zionale in merito alla potestà legislativa regionale in materia di «caccia» ex art. 117 Cost. nel testo attualmente vigente dopo la riscrittura operata nel 2001 (fonte: banca dati *www.cortecostituzionale.it*).

La prima decisione che ha avuto ad oggetto la convivenza tra le esigenze di protezione della fauna e l'attività venatoria dopo la riforma del Titolo V è la sentenza n. 536/2002, con la quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna n. 5/2002, recante Modifica dell'art. 49 della l.r. 23/1998, Norme per la protezione della fauna selvatica e per l'esercizio della caccia in Sardegna, concernente il periodo di caccia.

Ebbene, con tale sentenza la Corte viene ad accogliere il ricorso statale, rilevando che l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali. Ribadisce inoltre la Corte che, come già affermato nella precedente sentenza 407/2002 resa su altra tematica ma sempre in materia di «ambiente», la tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una materia, essendo invece l'ambiente un valore costituzionalmente protetto, che non esclude, in quanto tale, la titolarità in capo alle Regioni di una potestà legislativa concorrente su altre materie per le quali quel valore costituzionale venga ad assumere rilievo. Ed anzi, proprio in funzione di quel valore, lo Stato può dettare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali. Pertanto la Corte ritiene che, configurandosi l'ambiente quale bene unitario, il medesimo vada salvaguardato nella sua interezza, e per questo la Cost., ex art. 117. co. 2, lett. s), affida esclusivamente allo Stato il compito di garantire la tutela dell'ambiente.

In conclusione ad avviso della Corte, la disciplina statale rivolta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema può incidere sulla materia caccia, pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intervento statale sia rivolto a garantire *standard* minimi e uniformi di tutela della fauna, trattandosi di limiti unificanti che rispondono a esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato. Entro questi limiti, la disciplina statale deve essere applicata anche nella Regione Sardegna, fermo restando che altri aspetti connessi alla regolamentazione dell'esercizio venatorio rientrano nella competenza di quest'ultima.

Precisa la Corte che la delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della l. n. 157/1992 è rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili e risponde all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, per il cui soddisfacimento l'art. 117, co. 2, lett. s), ritiene necessario l'intervento in via esclusiva della potestà legislativa statale.

Come già affermato anteriormente alla riscrittura dell'art. 117 Cost. (cfr. sentenza n. 323/1998), vi è dunque un nucleo minimo di salvaguar-

dia della fauna selvatica, di competenza esclusiva statale nel quale deve includersi - accanto all'elencazione delle specie cacciabili - la disciplina delle modalità di caccia, nei limiti in cui prevede misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili. Al novero di tali misure va ascritta la disciplina che, anche in funzione di adeguamento agli obblighi comunitari, delimita il periodo venatorio.

La legge regionale impugnata ha inciso proprio su questo nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica, procrastinando la chiusura della stagione venatoria oltre il termine previsto dalla legge statale. L'estensione del periodo venatorio costituisce una deroga rispetto alla previsione legislativa statale, non giustificata da alcun elemento peculiare del territorio sardo, anche in considerazione del fatto che l'Istituto nazionale per la fauna selvatica ha espresso in proposito una valutazione negativa. Né essa può farsi rientrare tra le deroghe al regime di protezione della fauna selvatica che la direttiva 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, consente all'art. 9 solo per le finalità ivi indicate, rivolte alla salvaguardia di interessi generali (cfr. sentenza n. 168/1999), fra le quali non possono essere comprese quelle perseguite dalla legge regionale impugnata.

La deroga stabilita dalla Regione Sardegna non trova alcuna giustificazione nemmeno nella normativa comunitaria e internazionale in materia di protezione della fauna selvatica che, anche se non prevedono termini inderogabili per l'esercizio dell'attività venatoria, si prefiggono primariamente l'obiettivo di garantire la conservazione di tutte le specie di uccelli viventi allo stato selvatico che devono essere protette dalle legislazioni nazionali.

La impostazione seguita trova conferma nella sentenze emesse dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, che hanno ribadito che, per quanto riguarda lo scaglionamento delle date di chiusura della caccia, «le autorità nazionali non sono autorizzate dalla direttiva sugli uccelli a fissare siffatte date scaglionate in ragione delle specie di uccelli, a meno che lo Stato membro interessato possa fornire la prova, avallata da dati tecnico-scientifici appropriati a ciascun caso delle date di chiusura della caccia non sia di ostacolo alla protezione completa delle specie di uccelli che da tale scaglionamento possono essere interessati».

La disciplina statale che prevede come termine per l'attività venatoria il 31 gennaio si inserisce, dunque, in un contesto normativo comunitario e internazionale rivolto alla tutela della fauna migratoria che si propone di garantire il sistema ecologico nel suo complesso. La suddetta disciplina risponde senz'altro a quelle esigenze di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema demandate allo Stato e si propone come *standard* di tutela uniforme che deve essere rispettato nell'intero territorio nazionale, ivi compreso quello delle Regioni a statuto speciale.

Conclude quindi la Corte che la legge della Regione Sardegna, privilegiando un preteso «*diritto di caccia*» rispetto all'interesse della con-

servazione del patrimonio faunistico che è stato più volte riconosciuto come prevalente da questa Corte (cfr. sentenze n. 1002/1988; n. 35/1995; n. 169/1999), non rispetta il suddetto *standard* di tutela uniforme e lede, pertanto, i limiti stabiliti dallo Statuto della Regione Sardegna (art. 3, co. 1, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3).

Nel medesimo segno si pone la successiva sentenza n. 226/2003, recante la declaratoria di incostituzionalità della legge della Regione Puglia 21 maggio 2002, n. 7 (che individua le specie di uccelli cacciabili dalla terza domenica di settembre all'ultimo giorno di febbraio), ritenuta lesiva di uno *standard* di tutela uniforme che deve essere rispettato nell'intero territorio nazionale. Al riguardo, la Corte esclude di dover sollevare davanti a sé questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 2, della l. n. 157/1992, come richiesto dalla resistente Regione Puglia, in quanto le determinazioni regionali non sarebbero irragionevoli e non ostacolerebbero la sopravvivenza e la riproduzione delle specie che sono oggetto della proroga. La resistente invoca, a tal fine, il passo della sentenza n. 536/2002 nel quale, pur riconoscendo in capo allo Stato la titolarità del potere di fissare il periodo temporale nel quale è consentito il prelievo venatorio, si rileva che «l'estensione del periodo venatorio operata in tal modo dalla regione costituisce una deroga rispetto alla previsione legislativa statale, non giustificata da alcun elemento peculiare del territorio sardo».

Replica la Corte che il riferimento a presunti elementi peculiari del territorio sardo va letto nel contesto della motivazione della richiamata decisione, la quale si completa con la «*considerazione del fatto che l'Istituto nazionale per la fauna selvatica ha espresso in proposito una valutazione negativa*». Eventuali deroghe agli *standard* minimi di tutela fissati nella legislazione statale attuativa della normativa comunitaria in materia possono essere disciplinate, quindi, solo per la salvaguardia degli interessi generali indicati nell'art. 9 della direttiva 79/409/CEE, ed esclusivamente sulla base di una normativa nazionale idonea a garantire su tutto il territorio nazionale un uniforme e adeguato livello di salvaguardia (sentenze n. 169 e n. 168/1999). Ipotesi, questa, che non ricorre nel caso di specie.

Con la sentenza n. 227/2003, la Corte risolve una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale avverso la legge della Provincia autonoma di Trento 9 dicembre 1991, n. 24, come sostituita dalla legge provinciale 23 febbraio 1998, n. 3, nella parte in cui prevede specie cacciabili diverse e periodi venatori più ampi di quelli previsti dall'art. 18 della legge 11 febbraio 1992, n. 157 e nella parte in cui non prevede l'obbligatorietà del parere dell'INFS preliminarmente all'adozione di provvedimenti sulla regolazione della caccia).

La Provincia di Trento sostiene che la norma di attuazione dello statuto che riguarda la protezione della fauna (art. 5 del d.lgs. 16 marzo 1992, n. 267, che ha modificato l'art. 1 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 279) non

solo è successiva alla legge 11 febbraio 1992, n. 157, ma si colloca in una posizione peculiare nel sistema delle fonti, al di sopra delle leggi ordinarie. Essa demanda alla legislazione provinciale la determinazione dello *standard* di protezione della fauna in conformità «*ai livelli di protezione risultanti dalle convenzioni internazionali o dalle norme comunitarie introdotte nell'ordinamento statale*». Ne discenderebbe che la legislazione provinciale possa sviluppare uno specifico sistema venatorio che tenga conto delle peculiarità del territorio e che dovrebbe riferirsi solo e direttamente (senza ulteriori intermediazioni statali) alla normativa internazionale ed europea. La Corte confuta tale ricostruzione, in considerazione del fatto che l'art. 8 dello statuto di autonomia, nell'attribuire alle province la competenza in materia di caccia (n. 15), si richiama ai limiti indicati dal precedente art. 4, tra i quali vi è quello del rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali. La disposizione contenuta nel co. 2 dell'art. 1 del d.P.R. n. 279/1974, aggiunto dall'art. 5 del d.lgs. 16 marzo 1992, n. 267, deve pertanto essere letta insieme con le norme alla cui attuazione è preordinata, alle quali non può derogare. In realtà, la disposizione di attuazione non prevede, come sostiene invece la Provincia, che la legislazione debba unicamente attenersi alle norme internazionali ed europee, senza che su di essa possano incidere le norme statali che diano attuazione al diritto comunitario e che, come nel caso delle previsioni della l. n. 157/1992, siano qualificabili come norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

In ordine alle specifiche censure, la Corte richiama la pregressa giurisprudenza che riconosce il carattere di norme fondamentali di riforma economico-sociale alle disposizioni legislative statali che individuano le specie cacciabili (sentenze n. 168/1999, n. 323/1998, n. 272/1996, n. 35/1995, n. 577/1990, n. 1002/1988), di talché, a fronte dell'esigenza di garantire un nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica, va riconosciuta alle Regioni la facoltà di modificare l'elenco delle specie cacciabili soltanto «*nel senso di limitare e non di ampliare il numero delle eccezioni al divieto generale di caccia*» (sentenze n. 272/1996 e n. 1002/1988).

Per quanto attiene alla disciplina statale che delimita il periodo venatorio, essa va ascritta al novero delle misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, rientrando in quel nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica ritenuto vincolante anche per le Regioni speciali e le Province autonome (sentenza n. 323/1998). Anche in questo caso, dunque, alle disposizioni legislative statali può essere riconosciuto il carattere di norme fondamentali delle riforme economico-sociali, data la stretta connessione con le norme che individuano le specie ammesse al prelievo venatorio. Peraltro, la disciplina statale che delimita il periodo venatorio si inserisce in un contesto normativo comunitario e internazionale rivolto alla tutela della fauna che intende garantire il sistema ecologico nel suo complesso, proponendosi come «*standard di tutela uniforme che deve essere rispettato nell'intero*

territorio nazionale, ivi compreso quello delle Regioni a statuto speciale» (sentenza n. 536/2002).

Quanto all'omessa previsione da parte della legge provinciale di Trento, della l'obbligatorietà del parere dell'INFS, richiesto dal co. 4 dell'art. 18 della l. n. 157/1992, la Corte sottolinea che la mancanza di tale intervento «viene a violare una prescrizione di grande riforma economico-sociale» (sentenza n. 4/2000). Il parere dell'INFS, ente nazionale dotato della necessaria competenza tecnica in materia, qualificato dall'art. 7 della l. n. 157/1992 come organo scientifico e tecnico di ricerca e consulenza per lo Stato, le Regioni e le province, appare indispensabile per la formazione di un atto nel quale deve essere garantito il rispetto di *standard* di tutela uniforme che devono valere nell'intero territorio nazionale. A tale fine non può ritenersi sufficiente il parere espresso da un organo locale, pur dotato di competenza tecnica, quale l'Osservatorio faunistico provinciale. Pertanto, l'omessa previsione dell'obbligatorietà del parere dell'INFS nella fase preparatoria dei provvedimenti relativi alla regolazione della caccia è di per sé lesiva di una prescrizione di grande riforma economico-sociale.

Con la sentenza n. 311/2003, relativa alla legge della Regione Campania nella parte in cui proroga al «28 febbraio l'originario termine del 31 gennaio» per l'esercizio della caccia di diverse specie, la Corte ribadisce che prorogare la stagione venatoria oltre i termini previsti dalla legge statale equivale ad incidere sul nucleo minimo - comprensivo anche delle modalità di caccia - di salvaguardia della fauna selvatica, violando così uno *standard* di tutela uniforme valido per l'intero territorio nazionale e pertanto riservato alla competenza esclusiva dello Stato.

Con la sentenza n. 391/2005, la Corte si pronuncia nuovamente su una legge regionale che indebitamente dilata i limiti temporali del prelievo venatorio (fissati dall'art. 18 l. n. 157/1992). La Corte ha modo di ribadire che, sia con riferimento alle Regioni ad autonomia ordinaria sia per le Regioni (e province) ad autonomia speciale (sentenze n. 226/2003 e n. 536/2002), la delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della l. n. 157/1992 è da considerare come rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, corrispondendo quindi, sotto questo aspetto, all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, il cui soddisfacimento l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato, in particolare mediante la predisposizione di *standard* minimi di tutela della fauna (sentenza n. 311/2003).

Analoga *ratio* va riconosciuta alla previsione del termine giornaliero, anch'esso fissato al fine di garantire la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili.

L'articolo unico della legge della Regione Puglia 25 agosto 2003, n. 15, procrastinando fino ad un'ora dopo il tramonto il termine di chiusura del periodo venatorio giornaliero relativo agli acquatici da appostamento che dipendono ecologicamente dalle zone umide, incide sul nucleo minimo

di salvaguardia della fauna selvatica ed è pertanto costituzionalmente illegittima.

Con la sentenza n. 392/2005, la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 7, co. 3, della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 30/1999, nella parte in cui consente che all'esecuzione di piani di abbattimento di fauna selvatica procedano, oltre ai soggetti di cui all'art. 19, co. 2, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, anche le Riserve di caccia situate nel territorio della Regione (a mezzo di cacciatori ad esse assegnati), in quanto qualificate come «conduttori a fini faunistico-venatori dei fondi». A tanto la Corte perviene dopo aver verificato che alle riserve di caccia regionali si attribuiscono finalità venatorie non contemplate dalla legge quadro statale sulla caccia, con ciò eccedendo dai limiti statutari apposti alla legislazione regionale in materia di caccia.

In quest'ottica, la Corte richiama l'art. 19, co. 2, della legge statale n. 157/1992, che, nel disciplinare l'abbattimento di fauna nociva, prevede che *«le Regioni, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agroforestali ed ittiche, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia. Tale controllo, esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici su parere dell'Istituto nazionale per la fauna selvatica. Qualora l'Istituto verifichi l'inefficacia dei predetti metodi, le Regioni possono autorizzare piani di abbattimento. Tali piani devono essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali. Queste ultime potranno avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali e delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio»*.

Si tratta chiaramente, secondo la Corte, di attività non svolta per fini venatori, perché il riabbattimento di fauna nociva risulta previsto soltanto a fini di tutela dell'ecosistema e trae origine da un'attenta ponderazione tesa ad evitare che la tutela degli interessi (sanitari di selezione biologica, di protezione delle produzioni zootecniche, ecc.) perseguiti con i piani di abbattimento trasmodi nella compromissione della sopravvivenza di alcune specie faunistiche ancorché nocive. A tale scopo, l'art. 19, co. 2, contiene un elenco tassativo di soggetti autorizzati all'esecuzione di tali piani, nel quale non sono compresi i cacciatori, come si desume, altresì, dal co. 3 del medesimo art. 19, secondo il quale le sole Province di Trento e Bolzano possono attuare i piani di abbattimento della fauna nociva anche avvalendosi di altre persone, purché munite di licenza per l'esercizio venatorio.

La previsione dell'art. 19 della legge statale n. 157/1992, ribadisce la Corte, *«nella parte in cui disciplina i poteri regionali di controllo faunistico, costituisce un principio fondamentale della materia a norma dell'art. 117*

Cost., tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale: non solo per la sua collocazione all'interno della legge quadro e per il rilievo generale dei criteri in esso contenuti, frutto di una valutazione del legislatore statale di idoneità e adeguatezza di tali misure rispetto alle finalità ivi indicate, del controllo faunistico; ma anche per il suo significato innovativo rispetto alla disciplina del controllo faunistico di cui alla precedente legge cornice 27 dicembre 1977 n. 968, che non precludeva la partecipazione dei cacciatori (non proprietari dei fondi interessati) alla esecuzione dei piani di abbattimento destinati al controllo selettivo, nonché per l'inerenza della disposizione a materia contemplata dalla normativa comunitaria in tema di protezione delle specie selvatiche (la rigorosa disciplina del controllo faunistico recata dall'art. 19 della l. n. 157/1992 è infatti strettamente connessa all'ambito di operatività della direttiva 79/409/CEE, concernente la conservazione di uccelli selvatici)».

Ed è proprio con tale principio espresso dalla norma statale che si pone in contrasto l'art. 7, co. 3, primo periodo e lett. a), della legge regionale impugnata, in quanto qualifica le Riserve quali conduttori a fini faunistico-venatori dei fondi, facendo così rientrare le Riserve di caccia, e per esse i cacciatori assegnati, tra i soggetti autorizzati all'esecuzione dei piani. Non trattandosi nella specie di attività venatoria, il previsto ampliamento risulta irragionevole, e in quanto tale si pone come esorbitante rispetto alla potestà integrativo-attuativa che l'art. 6, n. 3, dello statuto speciale attribuisce al legislatore regionale in materia di tutela della fauna.

Con la sentenza n. 393/2005 la Corte sancisce invece la legittimità costituzionale rispetto all'art. 117 co. 2, lett. s), ed all'art. 117, co. 1, Cost. dell'art. 3 della legge della Regione Umbria 29 luglio 2003, n. 17. La disposizione impugnata prevede che la Giunta regionale, sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica e previo parere della competente commissione consiliare permanente, approva il calendario venatorio, recante disposizioni relative ai tempi, ai luoghi e ai modi della caccia, disponendone la pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione entro il 15 giugno di ogni anno. Il calendario venatorio, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 18, co. 2, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, può consentire il prelievo venatorio di determinate specie dal primo giorno utile di settembre, stabilendone le modalità.

Diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, tale formulazione non esclude, in realtà, il rinvio alle procedure, alle condizioni ed ai limiti previsti dall'art. 18, co. 2, della l. n. 157/1992, limitandosi a disporre che il calendario venatorio può prevedere una diversa data di inizio per il periodo venatorio relativamente ad alcune specie solo «*ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 18, co. 2, della legge 11 febbraio 1992, n. 157*».

Pertanto, la norma regionale non si discosta da quanto previsto dalla norma statale, la quale fissa uno *standard* minimo di tutela della fauna, giacché l'autorizzazione all'esercizio dell'attività venatoria in periodi di

versi da quelli previsti dall'art. 18, co. 1, della l. n. 157/1992 deve comunque ritenersi subordinata. anche nella Regione Umbria, alla integrale applicazione della disciplina dettata dal co. 2 del medesimo articolo. Così intesa la disposizione regionale impugnata, infondata deve ritenersi anche la censura relativa al mancato rispetto degli obblighi comunitari, ed in particolare della direttiva 79/409/CEE (c.d. direttiva uccelli). perché la disposizione regionale, mediante il richiamo espresso all'art. 18. co. 2, della legge 11 febbraio 1992. n. 157, si pone in conformità con la disciplina statale che di tale direttiva costituisce attuazione.

La sentenza n. 312/2006 concernente anch'essa deroghe apportate in sede regionale al calendario venatorio, reca un dispositivo di inammissibilità. motivato sulla base della mancata invocazione, nel ricorso statale, delle pertinenti disposizioni dello Statuto speciale della Regione Sardegna.

Con la sentenza n. 313/2006, la Corte annulla la delibera della Giunta della Regione Calabria 17 febbraio 2004, n. 88. che proroga. oltre il termine previsto dalla legge statale, ed in assenza di peculiari esigenze del territorio calabrese. la stagione venatoria per determinate specie animali, con ciò risultando invasiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di protezione dell' ambiente.

A tale conclusione la Corte perviene sulla base di una giurisprudenza consolidata (*ex plurimis*, sentenze n. 226/2003 e n. 536/2002). secondo cui la delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della l. n. 157/1992 è rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, il cui soddisfacimento l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato, in particolare, mediante la predisposizione di *standards* minimi e uniformi di tutela della fauna. nei quali rientrano. da un lato. l'elencazione delle specie cacciabili e dall'altro, la disciplina delle modalità di caccia.

Nel medesimo segno si colloca anche la successiva sentenza n. 441/2006, avente ad oggetto l'art. 26 della legge regionale della Lombardia 16 agosto 1993, n. 26, che, al co. 5, prevede la possibilità per i cacciatori di detenere richiami vivi privi di anello di riconoscimento, detenzione che è considerata legittima, per i richiami di cattura, sulla base della documentazione esistente presso la Provincia e, per i richiami di allevamento, sulla base della documentazione in possesso del cacciatore.

Tale disciplina si pone in contrasto con l'art. 5 della l. n. 157/1992, il quale prevede, al co. 7, che «è vietato l'uso di richiami che non siano identificabili mediante anello inamovibile, numerato secondo le norme regionali che disciplinano anche la procedura in materia» e, al successivo co. 8, che la «sostituzione di un richiamo può avvenire soltanto dietro presentazione all'ente competente del richiamo morto da sostituire».

La norma statale sopra riportata, nel disciplinare le modalità di esercizio della caccia, fissa *standard* minimi e uniformi di tutela della fauna la cui

determinazione appartiene in via esclusiva alla competenza del legislatore statale. Da ciò consegue che l'impugnata norma regionale, nel consentire, seppure previa tenuta di apposita documentazione, la possibilità di rimuovere il suddetto anello, introduce una deroga alla citata disciplina statale, deroga che contrasta con la finalità di tutela da quest'ultima perseguita, non potendo si in alcun modo ritenere fungibile il sistema di controllo previsto dall'art. 5 della l. n. 157/1992 con quello introdotto dal legislatore regionale.

Nella sentenza n. 322/2006, la Corte dichiara che l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. ed, in particolare, la legge statale 11 febbraio 1992, n. 157 che fissa il nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica valido per l'intero territorio nazionale, non risultano violati dalla legge della Regione Emilia-Romagna 12 luglio 2002, n. 14, là dove si prevede, all'art. 1, co. 5, che le aziende faunistico-venatorie ed agri-turistico venatorie provvedono ad abbattere gli ungulati «*in base alle vigenti direttive regionali relative alla gestione delle Aziende medesime ed al vigente regolamento regionale concernente la gestione faunistico-venatoria*». La norma impugnata si limita, infatti, a rinviare, quanto alla definizione della disciplina della caccia all'interno delle aziende faunistico-venatorie, ad un regolamento e a direttive regionali, risultando priva di autonomo carattere precettivo e inidonea ad incidere sul riparto delle competenze legislative fissato dall'art. 117 Cost.

Fondata su un erroneo presupposto interpretativo si rivela, di contro, la questione. sollevata, sempre in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. e alla l. n. 157/1992 (art. 18, co. 6), concernente l'art. 4, co. 2, lett. c) della legge regionale dell'Emilia-Romagna 12 luglio 2002, n. 14, nella parte in cui prevede, dallo ottobre al 30 novembre, ulteriori due giornate settimanali per la caccia alla fauna migratoria da appostamento, senza che tale concessione sia subordinata ad una valutazione necessariamente congrua del parere dell'Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica (INFS). L'art. 18 della legge statale, infatti, al co. 5, stabilisce il limite di tre giornate di caccia settimanali, prevedendo, al successivo co. 6, la possibilità per le Regioni di derogare a tale limite nel periodo dal 10 ottobre al 30 novembre "sentito" l'INFS e tenuto conto delle consuetudini locali.

Risulta da ciò che la norma statale evocata prevede una mera interlocuzione tra l'ente territoriale e l'INFS, senza che il parere da quest'ultimo espresso si possa considerare vincolante per la Regione ai fini dell'esercizio legittimo della deroga.

Espressione della potestà legislativa residuale della regione, così non violando gli invocati artt. 7 e 10 della l. n. 157/1992 e, conseguentemente, l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., risulta, infine, la disposizione della Regione Emilia-Romagna 12 luglio 2002, n. 14, impugnata in quanto, nel prevedere all'art. 9, co. 5, l'annotazione dei capi abbattuti sul tesserino venatorio al termine della giornata di caccia, anziché dopo ogni singolo abbattimento, non consentirebbe il controllo sugli abbattimenti compiuti.

In proposito, la Corte rileva che, quanto alla disciplina del tesserino di caccia, il legislatore statale si è limitato ad indicare, all'art. 12, co. 12, della l. n. 157/1992, che, «*ai fini dell'esercizio dell'attività venatoria, è altresì necessario il possesso di un apposito tesserino rilasciato dalla regione di residenza, ove sono indicate le specifiche norme inerenti al calendario regionale, nonché le forme di cui al co. 5 e gli ambiti territoriali di caccia ove è consentita l'attività venatoria*», senza dettare alcuna prescrizione sulle modalità dell'annotazione del capo abbattuto. La nonna regionale, pertanto, non si pone in contrasto con le nonne statali richiamate dal rimettente, limitandosi a disciplinare aspetti strettamente attinenti all'attività venatoria.

Del tutto legittimi invece, ex sentenza n. 38/2007, sono i co. 4 e 5 della delibera legislativa approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 20 gennaio 2006, che, rispettivamente, così dispongono: «*le operazioni e gli interventi di controllo della fauna selvatica, ivi compresi quelli di cattura e di abbattimento, sono attuati dalle ripartizioni faunistico-venatorie che vi provvedono a mezzo di proprio personale, di dipendenti del Corpo delle guardie forestali, delle guardie addette ai parchi o alle riserve e di altri agenti venatori dipendenti da pubbliche amministrazioni*»; «*le ripartizioni faunistico-venatorie possono altresì avvalersi dei proprietari e dei conduttori dei fondi sui quali si attuano gli interventi delle guardie volontarie di associazioni venatorie ed ambientaliste, riconosciute in sede regionale, purché munite di licenza per l'esercizio venatorio*».

Nel ricorso dello Stato si sostiene che le disposizioni impugnate lederebbero l'art. 97 Cost., in quanto non terrebbero conto dell'esigenza di tutela dell'incolumità pubblica, laddove affidano la realizzazione dei piani di abbattimento della fauna selvatica anche a soggetti di cui non sia stato verificato, con il rilascio della licenza per l'esercizio venatorio, il possesso delle conoscenze e delle capacità tecniche per il maneggio delle armi. (a differenza di quanto stabilito dallo stesso co. 5 per le guardie volontarie di associazioni venatorie ed ambientaliste).

Rileva la Corte che, pur non specificandosi espressamente che tutti gli interessati debbano essere muniti delle autorizzazioni per l'esercizio venatorio, non appare dubbio che la necessità del possesso di tale requisito è implicitamente, ma inequivocabilmente, richiesto dalla natura stessa dell'attività che essi sono chiamati a svolgere. Né rileva la circostanza che il co. 5 del medesimo articolo, per altra categoria di soggetti, abbia espressamente previsto il requisito in questione. Ciò non comporta, infatti, che i diversi soggetti contemplati tanto nel co. 4, quanto nel co. 5, siano esonerati dal possesso del requisito medesimo.

Si osserva, in proposito, che la l. 11 febbraio 1992, n. 157, alla quale l'art. 49 della legge regionale n. 33/1997 espressamente rinvia per tutto quanto non previsto, e le ulteriori disposizioni contenute nella richiamata legge regionale n. 33/1997, nello stabilire che la caccia può essere

esercitata solo da chi abbia le relative autorizzazioni, fanno applicazione specifica, in ragione delle peculiari competenze e conoscenze richieste per conseguire le autorizzazioni medesime, di un principio generale dell'ordinamento.

È evidente, quindi, che anche nel caso in cui l'uso dei mezzi per l'esercizio della caccia non tenda a realizzare fini venatori, ma di tutela dell'ecosistema, persistano quelle esigenze che proprio l'articolato procedimento per il rilascio della licenza per l'esercizio venatorio consente di soddisfare.

Pertanto, tutti i soggetti appartenenti alle categorie previste dai co. 4 e 5 dell'art. 4 della legge regionale n. 33/1997, come modificati dall'art. 1 della delibera legislativa in esame, per effettuare operazioni o interventi di controllo della fauna selvatica, come l'abbattimento, che richiedano l'uso dei mezzi per l'attività venatoria, devono necessariamente essere muniti delle prescritte autorizzazioni e, in particolare, della licenza di porto di fucile per uso di caccia.

La Corte, con la successiva sentenza n. 250/2008, dichiara incostituzionali gli artt. 2 e 3 della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2007, n. 2 per violazione della legge statale, attuativa di prescrizioni comunitarie, in materia di tutela della fauna.

Nella specie, le cennate disposizioni, nello stabilire che ogni anno il Consiglio regionale proceda all'approvazione con legge-provvedimento dei prelievi in deroga, senza verificare la sussistenza di un danno effettivo, introducono un sistema di deroga ordinario, in contrasto con la normativa comunitaria e con gli *standard* minimi ed uniformi di tutela della fauna.

La Corte ricorda di avere già chiarito che il potere di deroga di cui all'art. 9 della direttiva 79/409/CEE è esercitabile dalla Regione in via eccezionale, «*per consentire non tanto la caccia, quanto, piuttosto, più in generale, l'abbattimento o la cattura di uccelli selvatici appartenenti alle specie protette dalla direttiva medesima*» (sentenza n. 168/1999).

Il legislatore statale è intervenuto in materia con l'adozione della l. 3 ottobre 2002, n. 221, recante Integrazioni alla l. 11 febbraio 1992, n. 157, in materia di protezione della fauna selvatica e di prelievo venatorio, in attuazione della direttiva 79/409/CEE, con la quale è stato introdotto l'art. 19-bis, che prevede che le Regioni disciplinano l'esercizio delle deroghe previste dalla cennata direttiva conformandosi alle prescrizioni, ai principi e alle finalità della stessa direttiva. È previsto, inoltre, che il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, possa annullare i provvedimenti di deroga adottati, previa delibera del Consiglio dei ministri e dopo aver diffidato la Regione interessata.

Dal raffronto tra la norma statale e le norme regionali impugnate emerge che il legislatore regionale, nello stabilire che l'esercizio delle deroghe avvenga attraverso una legge-provvedimento, ha introdotto una disciplina in contrasto con quanto previsto dal legislatore statale al cennato art. 19-bis.

In particolare, l'autorizzazione del prelievo in deroga con legge preclude l'esercizio del potere di annullamento da parte del Presidente del Consiglio dei ministri dei provvedimenti derogatori adottati dalle Regioni che risultino in contrasto con la direttiva comunitaria 79/409/CEE e con la l. n. 157/1992; potere di annullamento finalizzato a garantire una uniforme ed adeguata protezione della fauna selvatica su tutto il territorio nazionale.

Pertanto, viene accolto il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri e dichiarata l'illegittimità costituzionale della previsione legislativa regionale che consente di approvare mediante legge regionale i prelievi in deroga.

Nella sentenza n. 387/2008, l'applicazione del principio secondo cui le soglie "minime" di protezione della fauna non tollerano discipline differenziate da parte delle Regioni e delle Province autonome comporta la dichiarazione di illegittimità costituzionale di diverse disposizioni della legge della Provincia di Bolzano 12 ottobre 2007, n. 10. In particolare, così è per l'art. 3, co. 3, laddove dispone che *«l'assessore provinciale competente in materia di caccia, sentito l'Osservatorio faunistico provinciale, determina le deroghe previste dall'articolo 9 della direttiva n. 79/409/CEE del 2 aprile 1979 del Consiglio delle Comunità europee, concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Nel relativo provvedimento motivato devono essere menzionate: a) le specie che ne formano oggetto; b) i mezzi, gli impianti e i metodi di cattura e di uccisione autorizzati; c) le condizioni di rischio; d) le circostanze di luogo e di tempo del prelievo, comunque di durata non superiore ad un anno; e) il numero dei capi complessivamente prelevabili nel periodo; f) i controlli e le forme di vigilanza cui il prelievo è soggetto; g) gli organi di sorveglianza e le persone incaricate dell'intervento»*.

A riguardo la Corte sottolinea che, in materia di protezione della fauna, assume particolare rilievo la disciplina rigorosa dei prelievi venatori in deroga, per l'evidente motivo che le eccezioni alle regole generali sulle modalità e sui limiti dell'esercizio della caccia rischiano di incidere negativamente, se non dettagliatamente circoscritte, sulla conservazione delle diverse specie animali. Le finalità ed i limiti delle possibili deroghe formano oggetto della direttiva del Consiglio delle Comunità europee, del 2 aprile 1979, 79/409/CEE (Direttiva del Consiglio concernente la conservazione degli uccelli selvatici).

E così l'art. 3, co. 3, della legge della Provincia di Bolzano 12 ottobre 2007, n. 10, si presenta carente sotto il profilo della accurata delimitazione delle deroghe, giacché non prevede che nel relativo provvedimento siano indicate le finalità della deroga, elencate invece in modo tassativo dall'art. 9, co. 1, lett. a), b) e c), della direttiva 79/409/CEE ed espressamente richiamate dall'art. 19-bis della l. 11 febbraio 1992, n. 157. Non è sufficiente in proposito che la norma censurata stabilisca che l'assessore provinciale alla caccia adotti un *«provvedimento motivato»*, senza prescrivere esplicitamente che la motivazione debba dare conto, oltre che

degli elementi menzionati nelle lett. da *a*) a *g*), anche delle ragioni della deroga, con specifico riguardo ad una o più delle finalità per le quali la normativa comunitaria e nazionale la consente. Con tale generica previsione, la norma provinciale *de qua* predispone una tutela della fauna selvatica inferiore a quella prevista in sede europea e nazionale, che si presenta come più rigorosa e dettagliata. Quest'ultima, infatti, impone che ciascun provvedimento di deroga contenga la motivazione concreta della connessione della tipologia di deroga concessa con le ragioni della stessa, inquadrabili in una delle finalità ritenute, dal legislatore comunitario e nazionale, cause di giustificazione di attività venatorie eccedenti quelle normalmente esercitabili secondo le leggi vigenti.

Analoga motivazione sorregge il rigetto della questione avente ad oggetto l'art. 19-ter, co. 4 e 6, della legge della Provincia di Bolzano n. 14/1987, introdotto dall'art. 13, co. 1, della legge della Provincia di Bolzano n. 10/2007, che attribuisce le funzioni ispettive strumentali alla proroga o alla modifica di una licenza e quelle di sorveglianza sulla gestione dei giardini zoologici all'Osservatorio faunistico provinciale. Tali funzioni non si pongono, al pari di quella relativa al rilascio della licenza, in stretta connessione con la verifica dei requisiti minimi e ineriscono naturalmente alle competenze amministrative, devolute alla Provincia autonoma di Bolzano dall'art. 1 del d.P.R. n. 279/1974. Si riespande, dunque, la competenza legislativa primaria di cui all'art. 8, n. 16, dello Statuto Trentino-Alto Adige/Sudtirolo. Con riguardo alla questione avente ad oggetto l'art. 19-ter, co. 5, dove si prevede che la licenza rilasciata per le specie appartenenti alle famiglie dei canidi, mustelidi, felidi, cervidi e bovidi sostituisce, ad ogni effetto, limitatamente ai giardini zoologici, la dichiarazione di idoneità rilasciata dalla Commissione scientifica CITES, istituita in esecuzione della Convenzione di Washington sul commercio internazionale di specie di flora e fauna minacciate di estinzione, la Corte sottolinea che gli *standard* minimi di protezione della fauna, fissati con legge dello Stato, non sono derogabili quand'anche si tratti di Regioni a statuto speciale ma a queste non è precluso di dettare norme in materia di maggior rigore. L'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 73/2005 prevede che il rilascio della licenza sostituisca sempre la dichiarazione di idoneità di cui sopra. Nel circoscrivere la valenza sostitutiva della licenza solo ad alcune specie animali, la normativa provinciale si presenta come più restrittiva e quindi più rigorosa sul piano della tutela della fauna. Poiché la limitazione della competenza primaria provinciale in materia di parchi è fondata sull'esigenza di attribuire allo Stato la fissazione degli *standard* minimi e uniformi di tutela, la suddetta competenza non può subire compressioni quando la legge provinciale non scenda sotto la soglia minima di tutela, ma, al contrario, detti norme di maggior rigore sulla protezione della fauna. Peraltro, il rilascio della licenza da parte dell'autorità provinciale è subordinato alla verifica della sussistenza dei requisiti minimi stabiliti

dalla normativa statale. Fondata si rivela, invece, la questione avente ad oggetto l'art. 21, co. 1, della legge provinciale Bolzano n. 10/2007, dove si stabilisce che, «*se il mancato rispetto del piano di abbattimento degli ungulati provoca danni al bosco o alle colture agrarie, l'assessore provinciale competente in materia di caccia può prescrivere al gestore del comprensorio interessato una riduzione numerica della loro consistenza, fissando all'uopo un termine, ovvero disporre direttamente gli abbattimenti necessari incaricando a tal fine l'ufficio provinciale competente in materia di caccia*». L'intervento previsto dalla norma censurata si basa sul presupposto del mancato rispetto del piano di abbattimento che, ai sensi dell'art. 19 della l. n. 157/1992, è autorizzato dalle Regioni e dalle Province autonome qualora l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (INFS) ritenga inefficace il ricorso a metodi ecologici. La riduzione del numero degli ungulati, prevista dalla norma impugnata, incide sulla consistenza della fauna in un dato territorio in base ad una decisione unilaterale dell'autorità provinciale, che peraltro si fonda sul mancato rispetto di un regolare piano di abbattimento e prescinde dal parere dell'INFS, il cui ruolo è stato riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte come quello di organo di consulenza non solo dello Stato, ma anche delle Regioni e delle Province autonome (sentenze n. 210/2001 e n. 4/2000), proprio nella prospettiva di un controllo efficace degli standard uniformi di tutela della fauna selvatica.

Sulla base della sentenza che precede la Corte dichiara, nella sentenza n. 405/2008, l'illegittimità costituzionale della legge Regione Lombardia 6 agosto 2007, n. 20, contenente l'approvazione di piani di prelievo venatorio in deroga per la stagione venatoria 2007/2008.

Motiva la Corte che dalla declaratoria di incostituzionalità di cui alla precitata sentenza n. 250 non può non discendere l'illegittimità costituzionale della legge regionale che, in attuazione delle previsioni caducate, ha autorizzato il prelievo venatorio in deroga.

Successivamente un importante arresto giurisprudenziale incidente sulla materia in esame è quello di cui alla sentenza 151/2011 che origina dal ricorso promosso dalla difesa erariale per sentir dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, 8, co. 4, 11, co. 1 e 2, 22, co. 6, e 33, co. 3, della legge della Provincia di Bolzano 12 maggio 2010, n. 6 (Legge di tutela della natura e altre disposizioni), per violazione degli artt. 117, co. 1, co. 2, lett. s), e co. 5, Cost., nonché dell'art. 8 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige).

In dettaglio, la difesa dello Stato, rilevato che la legge provinciale impugnata contiene disposizioni a tutela degli animali selvatici, delle piante a diffusione spontanea, dei loro habitat, nonché dei fossili e dei minerali, evidenzia che gli ambiti di potestà legislativa primaria della Provincia autonoma di Bolzano riguardano la caccia e i parchi per la protezione

della flora e della fauna, previsti dall'art. 8, co. 1, nn. 15) e 16), del d.P.R. n. 670/1972, mentre la potestà di disciplinare l'ambiente nella sua interezza è stata affidata in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., nel quale sono affiancate le nozioni di ambiente e di ecosistema, come ampiamente confermato dalla giurisprudenza costituzionale.

Secondo il ricorrente spetta, pertanto, allo Stato disciplinare l'ambiente, inteso quale entità organica, dettando norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto.

Inoltre, il ricorrente sottolinea che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto e deve garantire un elevato livello di tutela, secondo le prescrizioni del diritto comunitario; ne consegue che tale disciplina unitaria non possa essere derogata da altre normative di settore e che la stessa prevalga sulle discipline dettate dalle Regioni e dalle Province autonome in materie di propria competenza ed in riferimento ad altri interessi, costituendo un limite all'esercizio della potestà legislativa dei predetti enti territoriali.

Ebbene, la Corte nell'accogliere le censure prospettate dalla difesa erariale, viene innanzitutto a precisare quale sia l'"ambito materiale" cui inerisce la disciplina impugnata.

A riguardo, rilevato che la Provincia autonoma di Bolzano è titolare di potestà legislativa primaria in materia di «*caccia e pesca*», e «*parchi per la protezione della flora e della fauna*» (art. 8, co. 8, nn. 15 e 16, dello statuto speciale), la Corte ritiene che la norma censurata non regoli l'attività venatoria, né riguardi l'istituzione o la disciplina di parchi naturali, ma miri a tutelare la fauna in sé e per sé, con divieti, a carattere generale, che prescindono sia da specifiche attività sia da particolari contesti spaziali. Si tratta quindi di vere e proprie norme di protezione ambientale, che rientrano nella materia tutela dell'ambiente, di competenza esclusiva statale, non compresa tra le materie specificamente enumerate dallo statuto speciale come di competenza primaria delle Province autonome. Di tal che, l'art. 4 della legge prov. Bolzano n. 6/2010, nel disciplinare in generale la tutela di specie animali, indipendentemente dall'esercizio della caccia e dalla disciplina dei parchi naturali, invade la sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., che trova applicazione anche nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome, in quanto tale materia non è compresa tra le previsioni statutarie riguardanti le competenze legislative, primarie o concorrenti, regionali o provinciali.

Il Giudice delle leggi riafferma, così, in toto la materializzazione della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» e, di conseguenza, ne delimita rigidamente i confini.

Inoltre la Corte nel sindacare l'impugnativa dell'art. 22, co. 6, della legge provinciale citata, che prevede un rapporto diretto tra la Provincia

autonoma di Bolzano e la Commissione europea, riguardo alla comunicazione delle misure compensative necessarie per garantire la coerenza globale della rete ecologica europea Natura 2000, istituita dall'art. 4 della direttiva Habitat, statuisce che occorre ricordare in proposito che questa Corte ha affermato che, nella materia de qua, il potere di interloquire con la Commissione europea spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 1, co. 5, della l. n. 349/1986 (che attribuisce al Ministro dell'ambiente il compito di rappresentare l'Italia presso gli organismi della Comunità europea in materia di ambiente e di patrimonio culturale), in base al principio sancito dai co. terzo e quinto dell'art. 117 Cost., i quali attribuiscono allo Stato la competenza a disciplinare i rapporti delle Regioni e delle Province autonome con l'Unione europea e a definire le procedure di partecipazione delle stesse, nelle materie di loro competenza, alla formazione degli atti comunitari.

Dunque, dall'esame della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V, emerge come la Corte venga in verità a consolidare il proprio indirizzo, già precedentemente espresso nella vigenza del "vecchio" art. 117, in merito alla materializzazione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, intesa quale bene unitario, con ciò consolidando anche le conseguenze che da tale materializzazione derivano, il tutto in un quadro sistemico.

E così è, *in primis*, in merito al "limite invalicabile" da parte del legislatore regionale degli standard uniformi di tutela della fauna selvatica stabiliti in via esclusiva dal legislatore statale, proprio in quanto preposti a tutelare appunto un bene giuridico unitario che inerisce ad un interesse pubblico espressione di un valore costituzionale assoluto e primario. Nonché, poi, in merito all'esclusivo potere dello Stato di interloquire nella materia de qua con gli organismi della comunità europea, a discapito degli ordinamenti regionali.

Ne deriva che l'operata materializzazione del bene unitario "ambiente" reca in sé un declassamento della potestà legislativa eventualmente riconosciuta alle Regioni in altre materie ed in particolare, per quanto qui interessa, in materia di "caccia", in quanto tale potestà non è invero loro attribuita dalla Cost. quanto, piuttosto, dal legislatore statale a mezzo di puntuali normative quali la "vecchia" l. n. 157/1992 chiamate a bilanciare interessi in potenziale astratto conflitto.

Trattasi, dunque, di una eventuale potestà integrativa della legge statale - la "vecchia" legge cornice n. 157/1992 - e non quindi di una potestà legislativa esclusiva regionale residuale.

In altri termini, la Corte, chiamata a surrogare il legislatore costituzionale, offre un'interpretazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. "oltre" il dato letterale della Carta fondamentale. In tal senso la Corte costituzionale viene a riconoscere nella «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» la materializzazione di un bene giuridico, al contempo, complesso ed unitario a livello sistemico, nonché inerente ad un valore costituzionale primario ed assoluto.

È così che la materia trova sì enunciazione quale mero criterio di riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, ma ciò nella misura in cui oggetto della medesima è in verità un valore costituzionale espressione di interessi primari ed assoluti sedimentati nella materia.

Data tale lettura secondo costituzionalità della materia/valore quale criterio di riparto offerto dall'art. 117 Cost., la Corte viene a riconoscere in capo al legislatore statale una competenza legislativa gerarchicamente superiore rispetto alla competenza del legislatore regionale.

In questi termini, dunque, la legislazione statale, sedimentata, per quanto qui interessa, nella l. n. 157/1992, funge da limite invalicabile per il legislatore regionale.

Ed è così che il giudizio sulla legittimità costituzionale delle normative regionali in materia di pretesa «caccia» per le Regioni ed invece pretesa «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» (*rectius*: tutela della fauna selvatica) per lo Stato viene a consistere in un giudizio di verifica sulla adeguatezza dello specifico grado di protezione accordato al valore costituzionalmente protetto dalla disciplina in contestazione ovvero sul rispetto da parte della medesima della scelta, espressa dall'ordinamento generale, di bilanciamento tra diversi valori tutti costituzionalmente protetti.

In conclusione, con la riscrittura dell'art. 117 Cost. in punto di riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni nella materia in esame «*tutto cambia, affinché nulla cambi*»³.

3 Per un approfondimento in tema di riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni si veda: L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?*, in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, p. 157; L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli?*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti>; B. CARAVITA DI TORITTO, *La Cost. dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002; P. CARETTI (a cura di), *Il procedimento legislativo regionale*, Padova, 1997; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale*, in *Reg.*, 2001, n. 6; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Cost. e sistema amministrativo*, in *Reg.*, 2001, p. 1305; D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006; C. DESIDERI (a cura di), *Autonomie territoriali e tutela dell'ambiente*, Milano, 2001; G. FALCON, *Il big bang del regionalismo italiano*, in *Reg.*, 2001, n. 6, p. 1141; A. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente nella legislazione regionale*, Milano, 1999; A. FERRARA, *La materia ambiente nel testo di riforma del Titolo V*, Milano, 2001, p. 185; C. E. GALLO, *Le fonti del diritto nell'ordinamento regionale nella prospettiva della revisione costituzionale*, Milano, 2001; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esplosivo*, in *Reg.*, 2001, p. 1153; A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001; N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Cost. invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, p. 51.

3 “Diritto” alla tutela della fauna selvatica ed “interesse” all’esercizio dell’attività venatoria: la sentenza n. 193/2013 della Corte costituzionale

Il percorso così compiuto dalla giurisprudenza costituzionale nel trentennio che va dall’emanazione della legge cornice n. 157 alla riforma del Titolo V ha trovato, da ultimo, un importante punto di approdo e di sintesi nella sentenza della Corte n. 193/2013.

Con tale pronuncia la Corte è chiamata dalla difesa erariale a sindacare la legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1, lett. *b*), della legge della Regione Lombardia 31 luglio 2012, n. 15, recante modifiche alla legge regionale 16 agosto 1993, n. 26 Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell’equilibrio ambientale e disciplina dell’attività venatoria, nonché dell’art. 2, co. 2 e 3, della legge della Regione Veneto 10 agosto 2012, n. 31, recante Norme regionali in materia di benessere dei giovani cani.

In particolare l’art. 1, co. 1, lett. *b*), della legge della Regione Lombardia 31 luglio 2012, n. 15, stabilisce che l’attività di allenamento e di addestramento dei cani, disciplinata dalle province, è consentita sull’intero territorio regionale non soggetto a divieto di caccia e può essere esercitata, non prima del 1° agosto, per cinque giornate settimanali con eccezione del martedì e del venerdì.

Ebbene, secondo la difesa erariale, tale attività cinofila, in quanto assimilabile alla caccia, può essere svolta senza limiti di tempo solo ed esclusivamente nelle zone di addestramento istituite dalle amministrazioni ai sensi dell’art. 10, co. 8, lett. *e*), della legge cornice 11 febbraio 1992, n. 157, Norme per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio. Pertanto, secondo tale prospettazione, la norma regionale, prevedendo che l’attività di addestramento ed allenamento dei cani possa svolgersi sull’intero territorio regionale ove non è vietata la caccia, anche in periodi di caccia chiusa, si porrebbe in contrasto con la normativa statale contenuta nella l. n. 157/1992, che stabilisce standard minimi e uniformi di tutela della fauna in tutto il territorio nazionale.

Da tanto conseguirebbe, ad avviso della difesa erariale, la violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell’ambiente, di cui all’art. 117, co. 2, lett. *s*), Cost.

Ebbene, rileva la Corte che la questione in esame, in sostanza, attiene alle modalità di adozione della disciplina dell’attività cinofila, alla stregua dei principi dettati dalla norma statale.

A tal fine assume rilievo la natura dell’attività in questione, ed al riguardo costituisce punto fermo quanto già statuito dalla Corte in merito ossia che *«nessun dubbio può sussistere ...omissis... in ordine al fatto che l’addestramento dei cani, in quanto attività strumentale all’esercizio venatorio,*

debba ricondursi alla materia della caccia» (cfr. sentenza n. 350/1991).

Il principio è stato enunciato sotto la vigenza della precedente disciplina nazionale (la l. 27 dicembre 1977, n. 968 recante Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia), ma può essere rapportato alla l. n. 157/1992, posto che le due normative disciplinano in maniera analoga la materia. La prima disponeva che i piani regionali prevedessero, tra l'altro, le *«zone di addestramento dei cani e per le gare degli stessi, anche su selvaggina naturale»*. La seconda, all'art. 10, co. 8, lett. s), nell'individuare il contenuto dei piani faunistico-venatori, prevede che esso comprenda anche *«le zone e i periodi per l'addestramento, l'allenamento e le gare dei cani anche su fauna selvatica naturale o con l'abbattimento di fauna di allevamento appartenente a specie cacciabili»*. Ne deriva che la disciplina dell'attività cinofila deve essere ricondotta in linea di principio nell'alveo di quella dell'attività venatoria: è in quest'ultima, dunque, che vanno ricercati i principi comuni all'intera materia.

In questa prospettiva, fondamentale è anzitutto il co. 1 dell'art. 10 della citata l. n. 157/1992, secondo cui tutto il territorio agro-silvo-pastorale nazionale è soggetto a pianificazione faunistico-venatoria.

Viene così affermato il concetto di caccia programmata, in ordine al quale la Corte ha già chiarito che *«con la l. n. 157/1992 il legislatore ha inteso perseguire un punto di equilibrio tra il primario obiettivo dell'adeguata salvaguardia del patrimonio faunistico nazionale e l'interesse - pure considerato lecito e meritevole di tutela - all'esercizio dell'attività venatoria, attraverso la previsione di penetranti forme di programmazione dell'attività di caccia»* (cfr. sentenza n. 4/2000 e sentenza n. 142/2013). Tale programmazione si articola, secondo la logica propria di questa attività, in più livelli: da quello statale (i principi fondamentali dettati appunto dalla l. n. 157/1992) a quello di indirizzo su base nazionale (il documento orientativo dell'ISPRA sui criteri di omogeneità e congruenza per la pianificazione faunistico-venatoria di cui al co. 11 dell'art. 10 della citata legge), a quello attuativo.

Quest'ultima fase è affidata, dal co. 2 dello stesso art. 10 della l. n. 157/1992, alle Regioni e alle province, le quali, *«con le modalità previste nei co. 7 e 10, realizzano la pianificazione di cui al co. 1 mediante la destinazione differenziata del territorio»*.

Infine l'art. 10 della l. n. 157/1992 – dopo aver individuato, ai co. 3, 4 e 5, le quote destinate a protezione della fauna selvatica, a caccia riservata a gestione privata e a centri privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale – al co. 6 stabilisce che *«sul rimanente territorio agro-silvo-pastorale le Regioni promuovono forme di gestione programmata della caccia, secondo le modalità stabilite dall'articolo 14»*, articolo, quest'ultimo, che, oltre agli ambiti territoriali di caccia, prevede i cosiddetti calendari venatori.

Di adozione dei calendari si occupa l'art. 18 della l. n. 157/1992 che, al

co. 1, individua le specie cacciabili e i relativi periodi e, al co. 2, prevede che i relativi termini – in talune ipotesi ed entro limiti determinati – siano passibili di modificazione da parte delle Regioni, previa acquisizione del parere dell'ISPRA.

Quindi, secondo la Corte *«Questa legge, dunque, dal punto di vista sostanziale, si muove in una prospettiva di tutela ambientale, e faunistica in particolare, e, sul piano giuridico-formale, delinea una complessa disciplina procedimentale, che garantisce un'istruttoria approfondita e trasparente - anche ai fini del controllo giurisdizionale - coerente con la visione ambientalista di fondo»*.

E così, in relazione al primo profilo, la Corte ha già chiarito che *«la disciplina statale che delimita il periodo entro il quale è consentito l'esercizio venatorio è ascrivibile al novero delle misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, rientrando nella materia della tutela dell'ambiente vincolante per il legislatore regionale»* (cfr. sentenza n. 191/2011, che a sua volta richiama le sentenze n. 233 e n. 193/2010, n. 272/2009 e n. 313/2006).

In relazione al profilo formale, poi, la Corte ha già affermato che appare evidente che il legislatore statale, prescrivendo la pubblicazione del calendario venatorio e contestualmente del "regolamento" sull'attività venatoria e imponendo l'acquisizione obbligatoria del parere dell'ISPRA, e dunque esplicitando la natura tecnica del provvedere, abbia inteso realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma che naturalmente ne consegue, con divieto di impiegare, invece, la legge-provvedimento (sentenza n. 90/2013, che richiama la sentenza n. 20/2012; in seguito a quest'ultima, sentenze n. 116 e n. 105/2012). Da ultimo, questa Corte ha ulteriormente sottolineato *«che l'articolo 18, co. 4, della l. n. 157/1992, nella parte in cui esige che il calendario venatorio sia approvato con regolamento esprime una scelta compiuta dal legislatore statale che attiene alle modalità di protezione della fauna e si ricollega per tale ragione alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (sentenza n. 105/2012)»* (sentenza n. 90/2013).

In conclusione la Corte statuisce che *«la norma censurata, pertanto, disciplinando l'allenamento e addestramento dei cani da caccia con legge regionale, e quindi al di fuori della pianificazione faunistico-venatoria prevista dall'art. 10 della l. n. 157/1992, e senza le relative garanzie procedurali imposte dalla stessa legge (art. 18), integra una violazione degli standard minimi e uniformi di tutela della fauna fissati dal legislatore statale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lettera s), Cost.»*.

Le medesime considerazioni sono poi sviluppate dalla Corte in merito alla ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 2 e 3, della legge della Regione Veneto 10 agosto 2012, n. 31, recante *Norme*

regionali in materia di benessere dei giovani cani, sempre in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s), Cost.

Dunque, ancora una volta, così come già la Corte aveva statuito nella vigenza del "vecchio" art. 117 Cost., la Corte ribadisce che la l. n. 157/1992 individua il nucleo minimo ed invalicabile di tutela della fauna selvatica (*rectius*: dell'ambiente e dell'ecosistema) rimesso alla esclusiva potestà legislativa del legislatore nazionale, lasciando alla potestà legislativa delle regioni solo di incrementare il livello di tutela ovvero di "semplicemente" attuare la legge statale, negando dunque l'esistenza di una potestà legislativa esclusiva residuale delle regioni nella pretesa materia caccia.

4 Conclusioni

Veniamo, dunque, a trarre le fila del discorso in punto di riparto di potestà legislativa tra Stato e regioni nella materia oggetto di analisi.

Ebbene, proprio l'esame compiuto dell'ampia giurisprudenza costituzionale esistente sul punto induce a negare l'esistenza di un'autonoma materia «caccia», oggetto di potestà legislativa regionale, e ciò – si badi bene – tanto prima quanto dopo la riforma del Titolo V.

Infatti, la Corte, in quasi un quarantennio di giurisprudenza e senza soluzione di continuità rispetto alla riforma dell'art. 117 Cost., è venuta delineando la configurazione della tutela della fauna selvatica quale "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, individua una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono anche essere regionali, ma nella misura in cui spetta esclusivamente allo Stato quella specifica determinazione che risponde ad esigenze meritevoli di una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale.

Ecco, allora che la tutela della fauna selvatica, in quanto parte della più ampia tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, individua un valore che attraversa trasversalmente tutto l'ordinamento e con esso le competenze tanto statali quanto regionali, comportando contestualmente un dovere di tutti i soggetti pubblici a tutelarne il contenuto.

Tutto ciò in nome di un più ampio valore di solidarietà ambientale, costituzionalmente implicito nell'art. 2 Cost., come da tempo ben riconosciuto dalla più attenta dottrina amministrativistica ⁴.

Va da sé che tale tutela implica una funzione di garanzia del valore unita-

⁴ Per una ricostruzione del dibattito in ordine all'emergere di una visione sistemica della tematica ambientale si veda: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, in particolare p. 67 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215; T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, 1994, n. 6,

rio, funzione rispetto alla quale sussistono tanto posizioni di diritto quanto posizioni di dovere in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento, siano essi enti pubblici o soggettività di matrice privatistica, nonché singoli cittadini.

E va da sé, altresì, che la medesima tutela implica l'esistenza di una riserva di legge in merito alla disciplina necessariamente unitaria del valore alla medesima sotteso, riserva di legge che la Corte costituzionale ci ha insegnato trova soddisfazione in una potestà esclusiva statale, lasciando alle regioni una mera potestà di attuazione di quest'ultima.

Lo ribadiamo, con la riscrittura dell'art. 117 Cost. in punto di riparto di potestà legislativa tra Stato e regioni nella materia in esame «*tutto cambia, affinché nulla cambi*».

Caccia e ambiente nella prospettiva delle politiche europee

Roberta Agnoletto

(Dottore di ricerca in Pianificazione territoriale e politiche pubbliche del territorio nell'Istituto Universitario di Architettura di Venezia)

Abstract The contribution aims to analyse the distribution of legislative powers between State and Regions on hunting. In this regard, after rebuilding the legislative framework of the subject, it offers a reasoned reading of constitutional law both before the reform of Title V, and after the same. Such an *excursus* offers a reinterpretation of the hunt as part of the wider safeguard of the environment and ecosystem, as well a re-reading of this issue as a constitutional value.

Sommario 1. Premessa. – 2. La Direttiva Uccelle e il lento recepimento in ambito nazionale. - 3. Misure per la conservazione delle biodiversità. – 4. Alcune considerazioni conclusive.

1 Premessa

Un adeguato inquadramento del tema che qui ci si propone di affrontare impone, assecondando anche una prospettiva di natura sistemica, di prendere le mosse, sia pur per estrema sintesi, dalle regole e dai principi di rango superprimario che si occupano della salvaguardia dell'ambiente. Accolti fin dall'origine nei Trattati fondamentali, ancorché oggetto di progressive significative evoluzioni, tale complesso di valori doveva ispirare e conformare tutta la legislazione di dettaglio successivamente introdotta ma, per quanto qui interessa, appaiono di indubbio aiuto per definire i rapporti intercorrenti tra la materia "caccia" e la materia "ambiente" che, giova premetterlo, solo apparentemente appaiono in contraddizione¹.

Anzitutto, nella più recente versione ma in linea netta di continuità

Relazione al Convegno La Caccia e l'ambiente: profili giuridici, antropologici, etici e di sostenibilità – Venezia 5 giugno 2015.

¹ Sul tema si veda ampiamente P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; N. DE SADELEER, *I principi del diritto ambientale: da slogan politici a diritto positivo*, in *Dir. e gestione dell'Ambiente*, 2003; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in *Trattato di diritto dell'Ambiente*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo), I, p. 153 ss.

rispetto all'impianto originario, l'art. 11 TFUE² iscrive fra i principi fondamentali del Trattato l'integrazione delle esigenze ambientali nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie e tanto nella prospettiva prioritaria di promuovere lo sviluppo sostenibile³ ossia uno sviluppo in grado di «garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future»⁴. Di tal ch  appare evidente che qualsiasi intervento, sia esso europeo o nazionale (e tanto in forza dei principi richiamati espressamente dagli art. 3 ss. del nostro Codice dell'Ambiente d.lgs. n. 152/2006), deve accompagnarsi ad opportuna valutazione sotto il profilo ambientale al punto da non poterne prescindere.

Pi  nel dettaglio, l'Unione europea, che in questa materia detiene una competenza concorrente con quella degli Stati membri, persegue, ai sensi dell'articolo art. 191 TFUE (ex art. 174 TCE), un elevato livello di protezione dell'ambiente ossia un obiettivo essenziale di interesse generale per mezzo di misure ispirate ai noti principi di precauzione, prevenzione, di correzione alla fonte e sul principio di "chi inquina paga"⁵. E in particolare, per giungere a declinare nei termini corretti il rapporto tra "caccia" e "ambiente", proprio il primo obiettivo evocato dall'art. 191 ora citato, dedicato alla «salvaguardia, tutela e miglioramento della qualit  dell'ambiente» si realizza attraverso tutte le azioni finalizzate alla preservazione delle specie in via di estinzione e alla salvaguardia degli *habitat* che li ospitano (anche in fase di migrazione).

2 Che corrisponde al vecchio art. 6 TCE e che cos  recita: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

3 Sul concetto di sviluppo sostenibile nella prospettiva del giurista si veda F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

4 Si veda R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 522 secondo cui esso non ha pi  solo valore come principio ordinatore del fondamentale pilastro rappresentato dalla Comunit  Europea, ma dell'Unione stessa, nel senso che il principio di integrazione si applica a tutte le politiche europee secondo un criterio di generalit  e pervasivit ; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *Tutela dell'Ambiente - Trattato di diritto privato dell'Unione europea Ajani - Benacchio*, Torino, 2005, p. 19; B. NASCIBENE, *Ambiente (Tutela dell') (Diritto comunitario)* (voce), in *Noviss. Dig. it. app.*, I, Torino, 1980, p. 274 ss.; P. FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2005, p. 51 ss.

5 Per una analisi approfondita dei principi sovranazionali citati si veda, anche in una prospettiva di diritto comparato L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1075 ss.; A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012.

Senza poter indugiare oltre nei dettagli, occorre qui sottolineare come la specificità del regime giuridico cui sottostà questa materia è legato alla consapevolezza che in materia ambientale ogni cosa è connessa con qualsiasi altra: invero, posto che il Trattato non fornisce alcuna nozione di ambiente, pare meglio adeguarsi all'impostazione sovranazionale la nozione di "ecosistema", inteso come complesso dinamico di flora e fauna e dell'ambiente in cui vivono, nonché le loro interazione reciproche. Ci si raffronta, quindi, non con un concetto statico bensì dinamico. Ciò importa che le diverse matrici ambientali siano reciprocamente interconnesse in una complessa rete di relazioni e ogni valutazione isolata a specifiche componenti finirebbe per frustrare ogni esigenza di elevata protezione.

Gli interventi normativi che ci prestiamo ad esaminare rappresentano un terreno idea per cogliere la dimensione relazionale appena evocata in quanto rappresentano la colonna portante della politica comunitaria in una componente specifica quale è la conservazione della biodiversità e degli ecosistemi, per i quali è stata approntata una strategia che si prefigge di arrestarne il degrado entro il 2020⁶. Essi infatti pur regolando determinati ambiti intimamente connessi si prefiggono essenzialmente di tutelare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente il quale, senza perdere la sua dimensione unitaria, abbisogna di specifici strumenti volti a disciplinare la particolarità delle singole componenti in funzione proprio della tutela della risorsa ambientale⁷.

2 La Direttiva Uccelli e il lento recepimento in ambito nazionale

La politica ambientale dell'Unione Europea, già a partire dagli anni '70, si è mostrata particolarmente attenta al crescente timore di un inesorabile degrado degli *habitat* naturali e alle continue minacce in ordine alla sopravvivenza di numerose specie animali e vegetali che il territorio europeo ospita⁸.

Invero, la Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979, comunemente nota come Direttiva Uccelli, come sostituita dalla più recente Direttiva codificata 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 (la quale, tuttavia, apporta delle minimali modifiche all'impianto

6 Comunicazione della Commissione del 3 giugno 2011, dal titolo: «*La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*» [COM(2011) 244 def.].

7 AA. VV., a cura di L. MEZZETTI, *I diritti della natura*, Padova, 1997 e recentemente C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, 2013.

8 L'aspetto è stato rilevato fin dalla più attenta dottrina v. M.C. MAFFEI, *La protezione internazionale delle specie animali minacciate*, Padova, 1992, p. 5 ss.

originario)⁹ è stata il primo documento legislativo dell'Unione europea concernente la natura: essa, che più precisamente si applica "agli uccelli, alle uova, ai nidi e agli habitat", ha stabilito per la prima volta un regime generale per la conservazione, la protezione, la gestione e la regolazione di tutte le specie di uccelli viventi naturalmente allo stato selvatico nel territorio europeo degli Stati Membri, che sono in gran parte specie migratrici (art. 1), e ne disciplina altresì lo sfruttamento nonché la caccia.

Ciò che preme evidenziare fin da subito è che tale innovativo intervento normativo ritiene che gli uccelli selvatici costituiscano un "patrimonio comune" (così definito dal 4° *Considerando* della Direttiva) degli Stati membri dell'UE e conseguentemente sottolinea che la loro protezione e conservazione, per risultare efficace, rappresenta un problema ambientale che abbisogna di un approccio e una cooperazione a livello globale che implica responsabilità comuni. In una prospettiva più ampia, capace di cogliere la problematica in tutta la sua interezza, non può non rilevarsi come la progressiva diminuzione di questa popolazione rappresenti un allarmante pericolo per la conservazione dell'ambiente naturale stesso poiché capace di destabilizzare i complessivi equilibri biologici. Si aggiunga poi che la conservazione delle specie in questione è altresì necessaria per raggiungere gli ulteriori obiettivi comunitari in materia di miglioramento delle condizioni di vita e di sviluppo sostenibile (così 5° *Considerando*). Ciò rende doveroso adottare misure capaci di incidere sui diversi e plurimi fattori che influiscono sull'entità della popolazione aviaria quali gli effetti e le ripercussioni delle attività umane, in particolare la distruzione e l'inquinamento degli habitat, l'attività di cattura e l'uccisione da parte dell'uomo e il commercio che ne consegue: il tutto adeguando la severità delle specifiche misure intraprese, da coordinarsi in vista della costituzione di una rete coerente, alla situazione delle differenti specie aviarie con particolare attenzione alle specie migratrici.

Il presupposto logico, quindi, per il raggiungimento di tale ambizioso obiettivo ambientale, volto sostanzialmente a preservare questo patrimonio secondo un approccio transazionale e capace di cogliere la dimensione ambientale complessiva in tutte le sue componenti, è rappresentato anzitutto dalla protezione, a lungo termine, dei c.d. *habitat* il cui rapidissimo deterioramento, con rischio fondato di sparizione, costituisce una minaccia proprio per la conservazione di molte specie. Contemporaneamente ciò realizza una conservazione e una gestione, nell'ottica della protezione, del complesso delle risorse naturali costituenti parte integrante del patrimonio dei popoli europei, disciplinandone lo sfruttamento secondo interventi mirati al mantenimento degli equilibri naturali delle specie, ancorché entro i limiti di quanto è ragionevolmente possibile.

9 Nell'Allegato VII è riprodotta una tabella a sezioni contrapposte che elenca i cambiamenti rispetto la precedente Direttiva del 1979 annunciata nell'art. 18.

Al fine di preservare, mantenere, ed eventualmente, ripristinare i biotopi, intesi come unità base di ambiente fisico, e le superfici sufficienti di *habitat* delle specie, sugli Stati membri, ex art. 3 della Direttiva, gravava l'obbligo di:

- istituire Speciali Zone di Protezione (ZPS);
- mantenere, adeguare e gestire le popolazioni di tutte le specie di uccelli oggetto della direttiva nonché superfici sufficienti di *habitat*, interni ed esterni alle zone di protezione, in conformità alle esigenze ecologiche, scientifiche e culturali senza perdere di vista, tuttavia, le esigenze economiche e ricreative (art. 3 in combinato disposto con l'art. 2);
- ripristinare i biotopi distrutti nonché crearne di nuovi.

Il fulcro dell'intera disciplina ruota, quindi, attorno all'istituzione di specifiche Zone di Protezione (ZPS)¹⁰, la cui individuazione è funzionale a garantire la sopravvivenza delle specie minacciate di estinzione e per gli uccelli migratori di cui all'Allegato I, per le quali devono essere approntate misure speciali di conservazione con riguardo agli *habitat*, essenzialmente per garantire la sopravvivenza e la riproduzione delle stesse. Tali zone sono situate nell'area di distribuzione naturale degli uccelli e possono comprendere le aree di riproduzione, di muta e di svernamento e le zone in cui si trovano le stazioni lungo le rotte di migrazione. La designazione delle ZPS è relativamente semplice in quanto viene effettuata direttamente dagli Stati membri senza necessità di alcun dialogo con le istituzioni europee (come invece prevede la direttiva Habitat di cui diremo oltre). Questo perché l'identificazione e la delimitazione delle ZPS, che in Italia è affidata alle Regioni e alle Province autonome¹¹, si basa interamente su criteri scientifico-tecnici: nello specifico veniva individuato nel progetto "Important Bird Area - IBA" di *BirdLife International* il punto riferimento per istituire tali zone.

Gli Stati membri devono attribuire un'importanza particolare alla protezione delle zone umide, specialmente nelle zone di importanza interna-

¹⁰ Sul sito della Commissione è pubblicato l'elenco dei siti ZPS di tutti gli Stati membri suddivisi per nazione: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/sites_birds/sites_spa.htm. In giurisprudenza cfr. Tar Trentino Alto Adige, 31 luglio 2008, n. 218; Tar Veneto, II, 26 aprile 2011, n. 695; Tar Marche, I, 29 settembre 2009, n. 930.

¹¹ Regioni e Province autonome trasmettono i dati al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare il quale, dopo la verifica della completezza e congruenza delle informazioni acquisite, trasmette i dati alla Commissione Europea. Le ZPS si intendono designate dalla data di trasmissione alla Commissione e il Ministero con proprio decreto pubblica successivamente l'elenco delle ZPS. Per una nota critica al processo di attuazione P. BRAMBILLA, *Le lacune del legislatore italiano in tema di tecnica normativa di trasposizione delle direttive comunitarie*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 643 ss.; R. MARTIRE, *La normativa CEE in tema di uccelli selvatici: l'Italia fa orecchie da mercante*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 671 ss.

zionale, che sono quelle maggiormente a rischio di estinzione in Europa. Nello specifico devono garantire condizioni favorevoli per la sopravvivenza e la riproduzione delle specie presenti nelle zone di protezione speciale, ma devono altresì adottare misure analoghe per quelle specie migratrici non menzionate nell'Allegato I che ritornano regolarmente. A tale scopo adottano misure idonee a prevenire l'inquinamento o il deterioramento degli *habitat*, nonché le perturbazioni dannose agli uccelli. Inoltre, valutano l'impatto dei progetti che potrebbero avere effetti significativi sui siti designati e adottano misure adeguate per evitarli.

Nel complesso, quindi, la normativa europea ha istituito un regime generale di protezione di tutte le specie di uccelli selvatici presenti sul territorio europeo¹², ricomprendendo in particolare il divieto di:

- uccidere o catturare deliberatamente gli uccelli selvatici;
- distruggere o danneggiare i nidi e le uova e di asportare i nidi;
- raccogliere nell'ambiente naturale o detenere le uova (anche vuote);
- disturbare deliberatamente gli uccelli durante la riproduzione o compromettere la conservazione delle specie;
- commercializzare (vendita; trasporto e offerta per la vendita) e detenere uccelli vivi o morti dei quali è vietata la caccia e la cattura (divieto, questo, da applicarsi anche a qualsiasi parte o prodotto ottenuti dagli uccelli).

Se sussistono le condizioni necessarie, gli Stati membri possono concedere delle deroghe alle disposizioni previste per la protezione degli uccelli selvatici (art. 6). Le conseguenze di tali deroghe non devono tuttavia essere incompatibili con gli obiettivi di conservazione fissati dalla direttiva e possono riguardare solo determinate specie di cui all'Allegato III - Parte A: in ogni caso l'operatività delle suddette deroghe necessita di una preventiva attività di consultazione con la Commissione e presuppone verifiche successive e regolari da parte dello Stato in ordine alla sussistenza delle condizioni necessarie alla concessione della deroga originaria.

Se come visto nel dettaglio, la normativa ha elaborato un rigido sistema di conservazione e protezione delle popolazioni aviarie tutte, la stessa non manca di regolamentare, in funzione dello specifico livello di popolazione, della distribuzione geografica nonché del tasso di riproduzione, gli atti di caccia consentiti limitatamente ad alcune specie e comunque nel rispetto di alcuni principi¹³:

¹² Sul livello di protezione introdotto si v. A. GRATANI, *Contro la caccia "selvatica", per una più completa protezione delle specie di uccelli selvatici*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 637 ss.; F. RESCIGNO, *Deroghe alle specie cacciabili. Una pressione giustificata delle competenze regionali*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2389.

¹³ Per la trattazione delle deroghe ammissibili e il ruolo delle stesse si v. G. TALLONE, *I venticinque anni della Direttiva "Uccelli". Lo stato di applicazione della Direttiva 79/409/*

- il numero di uccelli cacciati dev'essere compatibile con il mantenimento della popolazione delle specie a un livello soddisfacente;
- le specie non devono venire cacciate durante il periodo di riproduzione e di dipendenza;
- gli uccelli migratori non sono cacciati durante il ritorno al luogo di nidificazione;
- sono vietati i metodi di cattura o di uccisione in massa o non selettiva (cfr. Allegato IV).

Il legislatore europeo ha così elaborato un elenco delle specie di cui è autorizzata la caccia (Allegato II) il quale si compone della parte A, che riporta l'elenco delle specie cacciabili in tutta l'Unione Europea, e la parte B, che elenca le specie cacciabili solo in certi paesi¹⁴.

Il recepimento e l'attuazione in Italia della Direttiva Uccelli è avvenuto, con notevole ritardo, attraverso la l. 11 febbraio 1992, n. 157 rubricata "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio"¹⁵, che si preoccupa anche di definire il quadro delle competenze tra enti, mentre il successivo Regolamento d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 e s.m.i., integra il recepimento della Direttiva Uccelli. La normativa interna definisce all'art. 1, co. 1, la fauna selvatica in termini di «*patrimonio indisponibile dello Stato*» sancendone la tutela «*nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale*».

La medesima legge consente l'esercizio dell'attività venatoria «*purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arrechi danno effettivo alle produzioni agricole*». Spetterà alle Regioni a statuto ordinario emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica in conformità alla legge medesima,

CEE, in *Gazz. amb.*, 2004, p. 103 ss.; R. CARANTA, *La questione della diretta applicabilità della normativa comunitaria in materia di caccia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 508, il quale tratta ampiamente il tema della natura immediatamente prescrittiva delle disposizioni contenute nella norma europea quale garanzia per una tutela effettiva; C. DI PAOLO, *La tutela degli uccelli selvatici tra normativa internazionale e comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 524 ss.; F. CAPELLI, *La polemica Cee-Italia sulla uccellazione*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 73.

14 Per completare il quadro disciplinare è interessante evidenziare che sugli Stati membri grava l'obbligo di incoraggiare le ricerche necessarie alla gestione, la protezione e lo sfruttamento saggio delle specie di uccelli selvatici presenti nel territorio europeo (così art. 10 e cfr. Allegato V) e trasmettere alla Commissione le opportune informazioni in merito per esigenze di coordinamento. In dottrina si v. M. PEDETTA, *Le "detoghe" in materia di caccia tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2715 ss.

15 Nonché le direttive nn. 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985 e 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991 sempre in materia di conservazione degli uccelli selvatici. La medesima legge inoltre costituisce attuazione della Convenzione di Parigi del 18 ottobre 1950, resa esecutiva con l. 24 novembre 1978, n. 812, e della Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, resa esecutiva con l. 5 agosto 1981, n. 503.

alle convenzioni internazionali ed alle direttive comunitarie¹⁶.

Ai sensi dell'art. 10 le regioni e le province realizzano, su il territorio agro-silvo-pastorale nazionale, la pianificazione faunistico-venatoria, mediante destinazione differenziata dello stesso, finalizzata:

- per quanto attiene alle specie carnivore, alla conservazione delle effettive capacità riproduttive e al contenimento naturale di altre specie;
- per quanto riguarda le altre specie, al conseguimento della densità ottimale e alla sua conservazione mediante la riqualificazione delle risorse ambientali e la regolamentazione del prelievo venatorio.

Una quota dal 20 al 30 per cento del territorio agro-silvo-pastorale di ogni regione è destinato a protezione della fauna selvatica (art. 10, co. 3), protezione che si sostanzia nel divieto di abbattimento e cattura a fini venatori ma che è accompagnata anche da provvedimenti atti ad agevolare la sosta della fauna, la riproduzione, la cura della prole. Sul rimanente territorio agro-silvo-pastorale le regioni promuovono comunque forme di gestione programmata della caccia (co. 6).

Per quanto attiene alle modalità concrete di attuazione della pianificazione, è prevista dapprima l'elaborazione dei piani faunistico-venatori provinciali, articolati per comparti omogenei, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge. Ma le province devono anche predisporre: i piani di miglioramento ambientale, tesi a favorire la riproduzione naturale di fauna selvatica, e i piani di immissione di fauna selvatica, anche tramite la cattura di selvatici presenti in soprannumero nei parchi nazionali e regionali e in altri ambiti faunistici. Questi piani, il cui contenuto è articolato nel comma 8, sono suddivisi in zone indicate da tabelle perimetrali. Le regioni, poi, attuano il piano faunistico-venatoria regionale mediante il coordinamento dei piani provinciali ora menzionati, secondo criteri omogenei stabiliti dall'Istituto nazionale per la fauna selvatica *ex co.* 11.

Per quanto concerne l'esercizio dell'attività venatoria, che consiste in «ogni atto diretto all'abbattimento o alla cattura di fauna selvatica», essa si svolge per una concessione che lo Stato rilascia ai cittadini che la richiedano e che posseggano i requisiti previsti dalla presente legge (art. 12, co. 1). L'attività venatoria può essere esercitata da chi abbia compiuto la maggiore

¹⁶ Le regioni a statuto speciale e le province autonome provvedono in base alle competenze esclusive nei limiti stabiliti dai rispettivi statuti. Le province attuano la disciplina regionale ai sensi dell'articolo 14, co. 1, lett. f), della l. 8 giugno 1990, n. 142 (art. 1, co. 2). In merito di riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia venatoria alla luce delle modifiche del Titolo V della Costituzione cfr. C. Cost., 18 dicembre 2002, n. 536 che si è pronunciata sulle legittimità della l.r. Sardegna n. 5/2002, in materia di protezione della fauna selvatica e esercizio della caccia, dichiarandola incostituzionale in quanto riduttiva del grado minimo di tutela riconosciuto dal legislatore statale al valore ambientale costituzionalmente protetto.

età e sia munito di licenza di porto di fucile per uso di caccia (valida su tutto il territorio nazionale), di polizza assicurativa per la responsabilità civile verso terzi, di polizza assicurativa per infortuni nonché in possesso di un apposito tesserino rilasciato dalla regione di residenza nel quale sono indicate le specifiche norme inerenti il calendario regionale, nonché le forme di esercizio venatorio di cui al co. 5 dell'art. 12 e gli ambiti territoriali di caccia ove è consentita l'attività venatoria (art. 12, co. 8 e 11).

La normativa all'art. 18 individua quali specie di esemplari di fauna selvatica è consentito abbattere, specificando anche il periodo senza alcuna possibilità di deroga da parte di province o regioni.

Solo recentemente, con decreto interministeriale del 6 novembre 2012 del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro delle Politiche Agricole alimentari e forestali sono state stabilite le modalità di trasmissione e la tipologia di informazioni che le Regioni sono tenute a comunicare per la rendicontazione alla Commissione europea sulle ricerche e i lavori riguardanti la protezione, la gestione e l'utilizzazione delle specie di uccelli, di cui all'articolo 1 della direttiva n. 2009/147/CE (documenti e informazioni specifiche sull'art. 7 della Direttiva Uccelli si trovano sul sito della Commissione).

3 Misure per la conservazione delle biodiversità

Ciò premesso con specifico riferimento alla normativa ambientale a tutela degli uccelli, occorre ora soffermarsi sui successivi interventi regolatori, a contenuto più generale, volti a garantire la conservazione delle biodiversità mediante incisivi strumenti di salvaguardia degli habitat naturali (quelli meno modificati dagli interventi umani) e seminaturali (come le aree agricole, i boschi e foreste utilizzati, i pascoli, ecc.) ma, altresì, della flora e della fauna selvatiche sul territorio degli Stati membri attraverso una gestione coordinata dei siti interessati¹⁷.

La complessa e articolata materia è stata regolata dalla c.d. Direttiva «Habitat», Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992¹⁸, la qua-

17 Si confronti altresì direttiva n. 97/62/CE del Consiglio del 27 ottobre 1997 recante adeguamento al progresso tecnico e scientifico della direttiva n. 92/43/CEE del Consiglio relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche. Sull'obbligo di trasposizione integrale negli ordinamenti giuridici interni delle definizioni contenute nella direttiva cfr. Corte Giust., 10 maggio 2007, C-508/04, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1616 e Corte Giust., 24 giugno 2003, C-72/02, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Unione europea*, n. 1613, e, per esteso, in *Racc.*, 2003, I, 6597. In dottrina P. PIRRUCCIO, *ZSC e ZPS: quale inquadramento e tutela?*, in *Giur. merito*, 2006, p. 5.

18 E. BRACHINI, "La regolamentazione degli interventi di trasformazione del territorio in attuazione della direttiva Habitat tra diritto europeo e diritto interno", in *Riv. giur. amb.*, 2013, p. 630.

le ha istituito la rete ecologica denominata “Natura 2000” e, per quanto anticipato con specifico riferimento alla tutela della popolazione venatoria, questa successiva normativa ha ad oggetto parte degli ambiti già regolati dalla Direttiva Uccelli ma si propone, in particolare, di “completarla” attraverso l’istituzione di un sistema generale di protezione di talune specie di fauna e di flora¹⁹.

Il legame tra i due interventi normativi, anche se molto distanti nel tempo, emerge dalla lettura dei principi ispiratori, perfettamente sovrapponibili, come ricavabili dai Considerando della Direttiva Habitat. Invero, senza soluzioni di continuità con la Direttiva Uccelli, gli ambiti di intervento della stessa, da considerarsi “*patrimonio naturale della Comunità*”, costituiscono un obiettivo essenziale di interesse generale perseguito dall’UE nell’ambito delle politiche ambientali (ex art. 191 TFUE) al fine di assicurare, in particolare uno sviluppo durevole nell’ottica di una responsabilità comuni di tutti gli Stati membri. Eloquente, e in parte innovativa, appare poi la presa di consapevolezza che se, da un lato, le misure necessarie per un’efficace conservazione di habitat e specie prioritarie possono costituire un onere finanziario eccessivo per taluni Stati membri, stante la distribuzione non uniforme nella Comunità di habitat e specie, dall’altro, nel caso specifico della conservazione della natura, il principio “chi inquina paga” è di applicazione limitata.

Passando da lato teorico a quello applicativo, il più significativo punto di incontro tra la Direttiva Uccelli e la Direttiva Habitat risiede nel fatto che la rete “Natura 2000” comprende anche le Zone di Protezione Speciale - ZPS già istituite dalla direttiva «Uccelli» n. 2009/147/CE, andando a costituire la rete europea di siti ecologici protetti più grande del mondo denominata (essa rappresenta circa il 18% del territorio terrestre dell’UE)²⁰.

Scendendo alla disamina della disciplina di dettaglio, puntualmente il

19 Una menzione meritano gli strumenti finanziari dedicati alla realizzazione di queste ambiziose politiche comunitarie. Ci si riferisce al Programma LIFE di cui al regolamento n. 614/2007/CE del 23 maggio 2007 che con la c.d. linea finanziaria LIFE+ natura e biodiversità è destinato a contribuire all’attuazione delle politiche in materia di natura e biodiversità e sostenere, quindi, l’attuazione della rete Natura 2000; v. E. FENZI, *Il nuovo strumento finanziario per l’ambiente: LIFE+*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, n. 2, p. 375.

20 La Corte Giust., II, 13 gennaio 2005, causa-117/03 ha chiarito che, anzitutto, il regime di protezione di cui alla Direttiva Habitat si impone soltanto in relazione ai siti iscritti nell’elenco della Commissione: nondimeno, gli stati membri sono tenuti a tutela re in modo adeguato i siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria sin dal momento in cui li propongono alla Commissione, al fine di non compromettere la realizzazione degli obiettivi di conservazione degli habitat naturali nonché della fauna e della flora selvatiche, perseguiti dalla direttiva “habitat”; cfr. in dottrina C. SCHESSI, *Gli obblighi incumbenti sugli Stati membri in materia di tutela della fauna e degli habitat naturali*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell’ambiente*, 2003, p. 353; E. STEFANINI, *Esigenze prioritarie di tutela della biodiversità nel procedimento di designazione dei Siti di importanza comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, II, p. 938.

legislatore europeo ha definito, nell'Allegato I (dedicato ai tipi di habitat naturale di interesse comunitario) e nell'Allegato II (dedicato alle specie animali e vegetali di interesse comunitario) alla Direttiva, le tipologie di habitat e le specie la cui conservazione richiede la designazione di Zone Speciali di Conservazione: alcuni di essi sono definiti come tipi di habitat o di specie «prioritari» (che rischiano, quindi, di scomparire). Analogamente, l'Allegato IV elenca le specie animali e vegetali che richiedono una protezione rigorosa.

La designazione delle Zone Speciali di Conservazione avviene attraverso un complesso procedimento, ed in questo risiede la principale differenza rispetto al meccanismo di individuazione delle ZPS di cui alla Direttiva Uccelli, che impegna i governi nazionali e la Commissione Europea, procedimento è possibile articolare in tre momenti. Anzitutto, secondo i criteri stabiliti dall'Allegato 3, ogni Stato membro redige un elenco di siti nazionali indicando quali habitat naturali nonché specie animali e vegetali selvatiche sono in esso ospitati (c.d. pSIC - proposte di Siti). In base a tali elenchi nazionali e d'intesa con gli Stati membri, la Commissione provvederà ad adottare un elenco di Siti d'Importanza Comunitaria (SIC) per ognuna delle nove regioni biogeografiche dell'UE (la regione alpina, la regione atlantica, la regione del Mar Nero, la regione boreale, la regione continentale, la regione macaronese, la regione mediterranea, la regione pannonica e la regione steppica) che andranno a costituire la rete Natura 2000²¹. Entro un termine massimo di sei anni a decorrere dall'individuazione di un sito come sito d'importanza comunitaria, lo Stato membro interessato designa il sito in questione come zona speciale di conservazione²².

21 V. Corte Giust., 14 settembre 2006, n. 244/05 in *Racc.*, 2006, I, p. 8445 e in *Foro it.* - *Rep.*, 2008, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 90 secondo cui prima dell'iscrizione di un sito nell'elenco dei siti di importanza comunitaria redatto dalla commissione, ai sensi dell'art. 4, n. 2, Direttiva 92/43, gli stati membri sono tenuti ad adottare misure di protezione appropriate al fine di mantenere le caratteristiche ecologiche dei siti che figurano un elenco nazionale trasmesso a tale istituzione, in forza dell'art. 4, n. 1, stessa Direttiva 92/43. Tale regime di protezione appropriata, infatti, richiede non solo che gli stati membri non autorizzino interventi che rischiano di compromettere seriamente le caratteristiche ecologiche di questi siti, ma anche che essi adottino, conformemente alle disposizioni del diritto nazionale, tutte le misure necessarie per evitare siffatti interventi.

22 Anche se i siti sono normalmente scelti dagli Stati Membri, qualora la Commissione ritenga che un sito che ospita un tipo di habitat naturale o una specie prioritaria non sia stato incluso in un elenco redatto a livello nazionale, la Direttiva concepisce l'avvio di una procedura di concertazione tra lo Stato membro interessato e la Commissione stessa. Qualora tale concertazione non porti a un risultato soddisfacente, la Commissione può proporre al Consiglio di selezionare il sito come sito di importanza comunitaria. Inoltre, secondo quanto precisato dalla Corte di Giustizia con sentenza 14 gennaio 2010, C-226/08, qualora vi siano tutte le caratteristiche indicate dall'Allegato III, lo Stato membro, non essendo consentito eludere le risultanze tecnico-scientifiche, non può non prestare il proprio consenso all'inserimento del sito nel progetto di elenco di SIC della Commissione, in quanto non possono essere adottate esigenze diverse dalla tutela ambientale al fine di non

In ogni caso, nelle zone speciali di conservazione, gli Stati membri prendono tutte le misure necessarie per garantire la conservazione degli habitat e per evitarne il degrado, anche incoraggiando studi e ricerche per assicurare il perseguimento degli obiettivi, e ogni sei anni riferiscono sulle disposizioni adottate in applicazione della direttiva²³.

La Direttiva Habitat è stata recepita nel nostro ordinamento, anche in questo caso con notevole ritardo e per lo più senza nulla aggiungere alla direttiva stessa, con apposito regolamento, il d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, modificato ed integrato dal d.P.R. del 12 marzo 2003, n. 120²⁴.

La stretta interdipendenza tra le due normative, sia pur così distanti nel tempo, è evidenziata dal d.P.R. n. 357/1997 dove all'art. 6, co. 1, dispone che alle ZPS individuate debbano essere applicati gli obblighi previsti dall'art. 4, in materia di *misure di conservazione*, e dall'art. 5, in tema di *valutazione di incidenza* la quale impone, in fase di pianificazione e programmazione territoriale (urbanistica e di settore, ivi compresi i piani agricoli e faunistico-venatori), di tenere in considerazione la valenza naturalistico-ambientale dei siti di importanza comunitaria e delle zone speciali di conservazione, attraverso l'individuazione e la valutazione degli effetti che il piano in questione può avere su questi siti²⁵. Deve essere precisato che, a ben vedere, la valutazione di incidenza dei piani e dei progetti costituisce fuor di dubbio il cuore dell'intera disciplina qui analizzata, in quanto impone un innovativo procedimento amministrativo per accertare, al fine di realizzare un progetto o per adottare un piano non solo all'interno ma anche in prossimità di un sito, il rispetto dei valori tutelati dalla rete Natura 2000.

Da segnalare, peraltro, che con d.m. 17 ottobre 2007 il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare ha dettato, in adempimento all'art. 1, co. 1226, l. 26 dicembre 2006, n. 296, dei "*Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)*" in base

compromettere la corretta realizzazione della rete Natura 2000. Sul punto in dottrina si veda M. ZINZI, *Natura 2000 e criteri di selezione dei SIC: l'inderogabilità del dato tecnico-scientifico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, II, p. 901.

23 Nel senso che la tutela delle specie per le quali le zone speciali di conservazione sono state designate deve essere garantita in modo completo cfr. Corte Giust., 13 febbraio 2003, C-75/01, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Unione Europea*, p. 1608.

24 Sulla trasposizione nel diritto interno della direttiva v. Corte Giust., 20 ottobre 2005, n. 6/04 in *Racc.*, 2005, I, p. 9017.

25 Si veda recentemente Corte Giust., 4 marzo 2010, C-241/08, sugli obblighi dei singoli Stati in sede di attuazione della Direttiva e in particolare sull'impossibilità degli stessi derogare a tali obblighi in forza di interessi differenti da quelli contemplati dalla normativa comunitaria di riferimento cfr. C. DI MARCO, "*La direttiva habitat ancora all'attenzione della Corte di Lussemburgo*", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, III, p. 1297.

ai quali le regioni ordinarie e le province autonome adottano le misure di conservazione o all'occorrenza i piani di gestione per tali aree. L'obiettivo è quello di garantire la coerenza ecologica della rete Natura 2000 e l'adeguatezza della sua gestione su tutto il territorio nazionale ma, altresì, assicurare il mantenimento o il ripristino di uno stato di conservazione soddisfacente degli habitat e degli habitat di specie di interesse comunitario nonché stabilire misure idonee ad evitare la perturbazione di specie per cui i siti sono stati designati tenuto sempre conto degli obiettivi delle Direttive nn. 79/409/CEE e 92/43/CEE.

Da ultimo, si deve soffermarsi sul rapporto tra questa normativa derivata e quella in materia di aree naturali protette²⁶, rilevando che trattasi di due normative indubbiamente collegate²⁷ ma rette da principi e finalità differenti²⁸.

E invero, il regolamento n. 357/1997 introduce importanti punti di raccordo tra questa normativa e quella di cui alla l. 394/1991 stabilendo all'art. 4, co. 3, che qualora la zone speciali di conservazione ricadono all'interno di un'area naturale protetta «*si applicano le speciali misure di conservazione per queste previste dalla normativa vigente*»²⁹ e al successivo art. 5, co. 7, che «*la valutazione di incidenza di piani o di interventi che interessano proposti siti di importanza comunitaria, siti di importanza comunitaria e zone speciali di conservazione ricadenti, interamente o parzialmente, in un'area naturale protetta nazionale, come definita dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394, è effettuata sentito l'ente di gestione dell'area stessa*», mostrando una preferenza, in ipotesi di sovrapposizione, per le forme di tutela di cui alla legge sulle aree naturali protette³⁰.

26 Si veda per il rapporto tra le tutele in oggetto G. GRECO, *La Direttiva habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1209; V. PARISIO, *Istituzione di riserve naturali regionali e poteri del Ministero dell' Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, p. 323.

27 T. MONTECCHIARI, *La tutela dell'ambiente attraverso la legge quadro sulle aree protette. Problemi di competenza giurisdizionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1995, p. 473; B. Caravita di Toritto, *Potenzialità e limiti della recente legge sulle aree protette*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 1 ss.

28 G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994, p. 201; sulla tutela c.d. differenziata della normativa sulle aree naturali cfr. P. Urbani, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Reg.*, 1986, p. 665; AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, a cura di A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Milano, 2007, p. 425; V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica ed interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 432; in giurisprudenza si veda C. Cost., 26 aprile 1971, n. 79, in *Giur. cost.*, 1971, p. 690; C. Cost., 24 luglio 1972, n. 142, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1449 e, tra la giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., II, 16 maggio 1983, n. 353, in *Cons. St.*, 1983, p. 577; Tar Lazio, II, 11 giugno 1986, n. 1032, in *Foro it.*, 1987, c. 534. In dottrina: M. Libertini, *Le aree naturali protette nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 135.

29 R. FUZIO, *Aree naturali protette di origine comunitaria: quale tutela per gli «habitat» naturali e di specie?*, in *Ambiente*, 2004, p. 5.

30 In materia G. GRECO, *La direttiva habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 1297; cfr. altresì N. AICARDI, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree protette: spunti ricostruttivi sulle discipline territoriali differenziate*, in *Riv. giur.*

4 Alcune considerazioni conclusive

Quanto fin qui esposto consente all'interprete di formulare alcune considerazioni sul complessivo impianto normativo delineato nonché di proporre una lettura sistemica della specifica regolamentazione analizzata in questa sede.

Da un lato, i tentativi europei appaiono un buon punto di partenza per contenere la perdita di biodiversità e tutelare le specie animali (oltre che vegetali) che negli habitat ivi protetti trovano il loro ambiente "naturale" per la sopravvivenza e riproduzione. Pesa indubbiamente la lentezza con la quale il legislatore nazionale ha dato seguito, peraltro con non pochi contrasti giurisprudenziali, ad una disciplina così rilevante, anche se non mancavano sforzi orientati a trovare un punto di equilibrio tra interessi opposti e configgenti che non appaiono, quindi, trascurati (si pensi ai profili economici e al consenso in ordine all'attività venatoria)³¹. Peraltro, strumenti innovativi, qual è la valutazione di incidenza, rappresentano soluzioni soddisfacenti per considerare, in un contesto unitario, opposte esigenze e interessi confliggenti³².

Dall'altro, e qui si vuol tentare di proporre una lettura particolare al tema di partenza ossia al rapporto tra il "valore" ambiente e la tematica della "caccia", questa complessa, articolata e interconnessa normativa, che si sviluppa sul piano sovranazionale e nazionale, appare in grado di chiarire come la regolazione degli atti di caccia e, in generale, di atti sfruttamento della fauna sia destinata a rimanere "assorbita" nella materia trasversale "ambiente", acquisendo così il ruolo di componente dell'ambiente stesso

urb., 1999, p. 171 ss.; A. ABRAMI, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000; nonché AA. VV., *Parchi e aree naturali protette*, a cura di Cordini, Padova, 2000; F. TERESI, *Parchi*, in *Enc. dir. - Agg. V*, Milano, 2001; tra i manuali V. CELENZA, *Le aree naturali protette*, in (voce) *Manuale di diritto dell'ambiente*, a cura di L. Mezzetti, Padova, 2001, p. 561; in giurisprudenza cfr Cass. Pen., sez. III, 12 marzo 2014, n. 11875: «il concetto di "aree naturali protette" è più ampio di quello comprendente le categorie dei parchi nazionali, riserve naturali statali, parchi naturali interregionali, parchi naturali regionali e riserve naturali regionali, in quanto ricomprende anche le zone umide, le zone di protezione speciale, le zone speciali di conservazione ed altre aree naturali protette. Le ZPS - per principio ormai consolidato - rientrano nell'ambito delle aree protette, in quanto "parchi e riserve" (art. 142, co. 1, lett. f) d. lgs. 42/2004)» che ha confermato un recente importante orientamento giurisprudenziale (v. Cass. Pen., sez. III, 7 ottobre 2003, n. 44409) in campo ambientale; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Alcune riflessioni sulla potestà normativa statale e regionale a margine della recente giurisprudenza costituzionale sulla materia ambiente. L'ambiguo caso delle aree protette regionali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5132.

³¹ Per una prospettiva economica al tema si veda già A. ALPA - M. BESSONE, *Iniziativa economica privata e tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 248; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 343; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007.

³² P. DELL'ANNO, *Il principio di maggiore protezione nella materia ambientale e gli obblighi comunitari di riavvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Foro Amm.-Tar*, 2000, p. 1431.

ossia il ruolo di una matrice ambientale, ancorché significativa, reciprocamente interconnessa in una complessiva rete di relazioni.

Una tale conclusione appare a ben vedere suffragata anzitutto da quella impostazione di fondo della norma, tracciata fin dalle premesse, ossia dalla presa di consapevolezza che per tutelare, proteggere e preservare le specie animali in pericolo di estinzione occorre anzitutto proteggere le condizioni di biodiversità ove gli stessi vivono, ancorché in differenti momenti dell'anno sulla spinta delle esigenze migratorie. E la protezione da approntare impone prioritariamente di elaborare anzitutto strumenti di portata generale in grado di ridurre le ripercussioni delle attività umane sugli habitat naturali, sovente inquinati se non distrutti, nonché immaginare interventi mirati a regolamentare, ove occorre anche inibendoli, gli atti di caccia e di commercio delle specie tutelate.

Ma ciò non significa, attraverso questa lettura, sminuire l'importanza del tema e delle tematiche, anche di ordine non strettamente giuridico, che essa involge. Significa, di converso, prende atto che ogni valutazione individualista ed isolata di specifiche componenti a vocazione ambientale finirebbe per vanificare e frustrare ogni esigenza di elevata protezione come preteso dai valori fondamentali dei Trattati nella versione più recente in prospettiva solidaristica³³.

33 E sia consentito un rinvio ai più autorevoli interventi sul lungo dibattito sull'ambiente come nozione giuridica unitaria A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 50; B. CAVALLO, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 397; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 1122; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientali*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 218.

Papers

Vecchie e nuove prove tipiche, atipiche ed illecite (e la loro valutazione da parte del Giudice) nei procedimenti di famiglia

Alberto Barbazza

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia e Magistrato presso il Tribunale C.P. di Treviso)

Abstract The report presented at the conference “The evidence in civil and family law. The new frontiers of the family conflict” organized by the National Observatory on Family Law on 24 April 2015 in Treviso, offered an introduction and a dogmatic framework to the topic of the evidence (typical, atypical and illegal evidence) and also to the evince production of image posted on social networks by the parents and the married people.

Sommario 1. Nozioni generali: prove costituite e prove costituende. – 2. Le prove atipiche e la valutazione delle prove. – 3. Classificazione delle prove atipiche. – 4. Le prove illecite. – 5. La produzione in giudizio di fotografie ed informazioni personali tratte dai profili dei *social networks* e le altre produzioni atipiche di matrice informatica. – 6. Criteri regolatori di matrice sia legislativa che giurisprudenziale per la risoluzione del problema del concorso di norme penali incriminatrici. – 7. Considerazioni conclusive.

1 Nozioni generali: prove costituite e prove costituende

Nell'ultimo periodo, in occasione dello studio prodromico alla stesura di alcune sentenze particolarmente impegnative, ho avuto modo di sfogliare alcuni repertori di giurisprudenza e mi sono imbattuto in una sentenza della Cassazione di Torino (infatti, come ben sapete, prima del 1923 in Italia le Cassazioni erano cinque e dislocate in tutta la penisola) resa in data 22 marzo 1921, fra Gaslini e Sinigaglia.

Nel corso di tale processo è stata ammessa l'utilizzabilità della corrispondenza illegalmente intercettata, in particolare in quel caso si trattava di una lettera scritta ed inviata dalla moglie ad un terzo, sulla cui base provare, in un giudizio di separazione per colpa, l'infedeltà della stessa e l'ammissione

Relazione tenuta al XL convegno dell'Osservatorio Nazionale sul diritto di famiglia *Le prove informatiche nel processo civile e di famiglia. Le nuove frontiere del conflitto di famiglia*, Treviso, 24 aprile 2015.

veniva giustificata in quanto si riconduceva alla posizione di supremazia riconosciuta al marito quale capo della famiglia, che sarebbe stata preminente anche sui diritti della moglie alla segretezza della corrispondenza.

Anche cinquant'anni dopo, nel 1971, alla vigilia della riforma del diritto di famiglia, sempre sulla base di tale orientamento, anche la Corte d'Appello di Milano giustificava il controllo, da parte del marito, sulla corrispondenza della moglie (cfr., App. Milano 9 luglio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 193 ss.).

Tali sentenze fanno emergere come la regolamentazione processuale e sostanziale della fase istruttoria (sia nel giudizio ordinario di cognizione che negli altri riti disciplinati dal codice di procedura civile) rivesta un ruolo decisivo ai fini della decisione del Giudice.

Lo sviluppo della tecnologia e l'uso degli strumenti informatici consente l'acquisizione e la produzione in giudizio (in particolare, nell'ambito dei procedimenti in materia di famiglia) di nuovi strumenti di prova e rende, pertanto, sempre più importante focalizzare l'attenzione sui concetti di prova atipica, prova illegittima e prova illecita.

Il punto di partenza per una rapida analisi della problematica non può non essere il principio dispositivo affermato dall'art. 115 c.p.c. e sancito dall'art. 2697 c.c., in base al quale il giudice deve porre a fondamento della propria decisione le prove proposte dalle parti processuali, nonché i fatti non contestati e le nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza (c.d. fatti notori, che non devono però sfociare nella cosiddetta scienza privata del giudice, vietata dall'art. 97 disp. att. c.p.c.), fatta eccezione per alcuni mezzi di prova che possono essere disposti anche d'ufficio in linea generale (ad es. l'interrogatorio libero *ex art.* 117 c.p.c., la richiesta di informazioni alla P.A. *ex art.* 213 c.p.c., la C.T.U. nei casi in cui possa ritenersi un mezzo di prova - c.d. C.T.U. percipiente, si vedano Cass. civ. n. 6155/2009 e Cass. S.U. n. 9522/1996) o per specifici poteri istruttori officiosi di cui dispone il giudice nell'ambito di riti speciali, quali quelli di cui all'art. 421 c.p.c. nel rito del lavoro, di cui all'art. 447-bis, co. 3, c.p.c. nel c.d. rito locatizio, all'art. 669-sexies, co. 1, c.p.c. nel procedimento cautelare uniforme, all'art. 702-ter, co. 5, c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione, di cui all'art. 738, co. 3, c.p.c. nel procedimento camerale.

Una prima distinzione riguarda il discrimine fra prove costituite e prove costituende.

I mezzi di prova tipici sottostanno al principio della richiesta di parte entro i termini di decadenza che, nel caso del rito ordinario, trovano il loro limite invalicabile nell'art. 183, co. 6, c.p.c. (com'è noto applicabile anche al giudizio di separazione personale ai sensi dell'art. 709-bis c.p.c. ed a quello di divorzio stante il richiamo espresso contenuto nell'art. 4, co. 11, l. 1 dicembre 1970, n. 898) e vengono tradizionalmente suddivisi in prove costituite, già formate al di fuori del processo e idonei a rappresentare i fatti di causa prima che inizi il giudizio (il riferimento in tal

senso è essenzialmente ai documenti che vanno prodotti con le modalità disposte dagli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c. e possono essere costituiti da atti pubblici in originale o in copia conforme (artt. 2699-2701 e 2714 c.c.), scritture private provenienti dalle parti in originale o in copia fotostatica (artt. 2702-2704, 2715 e 2719 c.c., e laddove contengano una confessione stragiudiziale, art. 2735 c.c.), telegrammi provenienti dalle parti (artt. 2705-2706 c.c.), carte e registri domestici (art. 2707 c.c.), scritture contabili (artt. 2709-2711 c.c.), taglie o tacche di contrassegno (art. 2713 c.c.), atti di ricognizione o rinnovazione (art. 2720 c.c.), riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche nonché registrazioni fonografiche (art. 2712 c.c.); dall'altro lato troviamo le prove costituenti, destinate a formarsi durante il processo e nel contraddittorio tra le parti, che sono senza dubbio le cosiddette prove orali ovvero la confessione giudiziale (artt. 2730-2734 c.c.) spontanea o provocata tramite interrogatorio formale (artt. 228-232 c.p.c.), il giuramento decisorio, estimatorio o suppletorio (artt. 2736-2739 c.c. e 233-243 c.p.c.) e la prova testimoniale (artt. 2712-2726 c.c. e 244-257-bis c.p.c.), ma a ben vedere anche l'ordine di esibizione di documenti o altre cose in possesso di parti o terzi (artt. 118, 210-212 c.p.c.), l'ispezione e l'esperienza giudiziale e le eventuali prove testimoniali assunte nel corso di tali attività (artt. 118, 258-262 c.p.c.).

La principale ricaduta pratica di tale *summa divisio* consiste nel fatto che la decisione dell'organo giudicante circa l'ammissione dei mezzi di prova richiesti (solo laconicamente disciplinata dall'art. 183 c.p.c. con riguardo ai parametri di ammissibilità e rilevanza, che debbono dunque fungere da limiti al diritto alla prova spettante alle parti a norma dell'art. 24 Cost. e dell'art. 6.1. C.E.D.U.) è maggiormente semplificata in relazione alle prove costituite la cui ammissibilità si riduce di fatto alla tempestività e ritualità della loro allegazione in atti (salve più specifiche delibazioni in caso di richieste di rimessione in termini *ex art. 153, co. 2, c.p.c.* per il deposito di documenti formati o scoperti senza colpa dopo lo spirare delle preclusioni istruttorie) anche perché in sede civile non può disporsi lo "stralcio" dei documenti ma solo darsi atto della loro inutilizzabilità all'atto della decisione, mentre per le prove costituenti sarà necessaria una valutazione volta a verificare non solo la tempestività della loro deduzione ma anche, caso per caso, la sussistenza delle condizioni sostanziali (ad es. per la prova testimoniale gli artt. 2721-2726 e 1417 c.c., ma anche 621 c.p.c.) e processuali (sempre per la prova testimoniale, gli artt. 244 e 246 c.p.c. alle quali l'ordinamento subordina l'esperienza dello specifico mezzo di prova richiesto (giudizio di ammissibilità) e se questo, alla luce del brocardo latino *frustra probatur quod probatori non relevat*, sia potenzialmente utile per l'accertamento dei fatti controversi, o, in altre parole, se sia tecnicamente idoneo a dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti allegati in causa (giudizio di rilevanza).

2 Le prove atipiche e la valutazione delle prove

La seconda distinzione che è opportuno introdurre riguarda, una volta che si siano superate le fasi di ammissione degli strumenti probatori e del loro espletamento, la valutazione delle prove acquisite.

In tale ambito la norma cardine è certamente l'art. 116, co. 1, c.p.c., il quale sancisce in via generale il principio del libero convincimento del Giudice («il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento»), ma chiarisce che tale principio del libero convincimento non opera nel caso particolare dato dalla presenza di prove legali («salvo che la legge disponga altrimenti»).

Pur se la relazione tra libero convincimento e prova legale è codificata secondo il rapporto tra regola ed eccezione, permangono certamente nel nostro ordinamento rilevanti ipotesi di prove legali, cioè di strumenti di prova la cui efficacia è predeterminata in astratto dal legislatore, senza possibilità di una diversa valutazione in concreto da parte del giudice, quali ad esempio confessione, giuramento, atto pubblico e scrittura privata.

Sempre a supporto del proprio convincimento fondato sulle prove libere, il giudice ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.c. può desumere argomenti di prova dalle risposte delle parti in sede di interrogatorio libero, dal loro rifiuto a consentire eventuali ispezioni ordinate nei loro confronti e più in generale dal loro contegno processuale, e può valersi altresì nella decisione ai sensi degli artt. 2727-2729 c.c. delle presunzioni (conseguenze tratte da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto), legali (ad es. presunzione del possesso di buona fede, art. 1147, co. 3, c.p.c.) ovvero semplici purché gravi, precise e concordanti secondo il suo prudente apprezzamento.

Ciò posto, occorre vagliare la possibilità, nel nostro ordinamento processualciviltistico, di impiegare per l'accertamento dei fatti anche prove non previste dalla legge. Tale eventualità pare ormai riconosciuta da buona parte della dottrina e da pressoché tutta la giurisprudenza.

Vero è che il nostro codice di procedura civile, a differenza di molti modelli stranieri (si veda per esempio l'art. 299, co. 3, *Ley de enjuiciamiento civil* spagnola del 2000) e dello stesso nostro codice di procedura penale (si tenga presente in proposito l'art. 189 c.p.p.), non contiene alcuna norma che preveda in modo espresso la possibilità di impiego di mezzi istruttori diversi da quelli contemplati dalla legge. Pure, al riconoscimento di tale possibilità anche nel processo civile italiano si è ormai pervenuti da tempo, sulla base di alcune considerazioni, in particolare la mancanza nel nostro sistema di una norma di chiusura che circoscriva l'impiego dei mezzi di accertamento del fatto a quelli espressamente previsti ed il riconoscimento del diritto alla prova, sulla base del quale è attribuita alla parte la piena facoltà di servirsi di tutti i mezzi di accertamento dal fatto che appaiono rilevanti, purché non espressamente vietati.

Né sembra potersi accedere a quelle tesi che palesano dubbi sulla pos-

sibilità o quantomeno sull'utilità dell'elaborazione di una tale categoria, sul presupposto che tali prove normativamente non previste, altro non sarebbero che normali indizi che per la loro frequenza statistica tendono a ricondursi a fattispecie specifiche, per cui il problema della loro efficacia potrebbe essere risolto attraverso il semplice richiamo del valore delle presunzioni; ovvero sul presupposto che alle varie difficoltà che si incontrano nell'impiego dei mezzi di indagine che vogliono dirsi atipici, potrebbe comunque avviarsi esaminando singolarmente le specifiche ipotesi e riconducendole alla prova tipica più affine, senza quindi la necessità di una costruzione sistematica.

Quanto ad un a prima definizione, si possono definire prove atipiche quelle che non si trovano ricomprese nel catalogo dei mezzi di prova specificamente regolati dalla legge. Mancando nell'ordinamento processuale una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, la conseguenza che pare opportuno abbracciare è che il giudice possa legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha posto indispensabili paletti volti ad evitare il rischio di un abuso delle prove atipiche paventato in dottrina, a ben vedere già attenuato dal rispetto del contraddittorio processuale dal momento che l'ingresso della prova atipica nel processo civile non può che essere effettuato con lo strumento della produzione documentale, e deve conseguentemente soggiacere ai limiti temporali posti a pena di decadenza ed alla possibilità *ex adverso* di replicare, interloquire e controdedurre, ciò che è peraltro confermato dalla giurisprudenza richiedendo la produzione del documento integrante la prova atipica, nel rispetto delle preclusioni istruttorie (si veda sul punto Cass. n. 7518/2001).

Detto quindi che non si dubita dell'ammissibilità delle prove atipiche e della loro parificazione alle prove documentali per l'ingresso nel processo, la questione realmente rilevante è quella relativa alla loro efficacia probatoria, che è comunemente indicata anche dalla giurisprudenza come relativa a presunzioni semplici *ex art.* 2729 c.c. od argomenti di prova (si veda sul punto Cass. n. 18131/2004).

3 Classificazione delle prove atipiche

Sebbene sia sostanzialmente impossibile ricondurre concettualmente ad unità tali prove, e volendo provare ad operarne una rapida rassegna, alcune di esse si caratterizzano per il fatto che l'atipicità dipende dalla circostanza che la prova, pur se astrattamente tipica, è stata raccolta in una

sede diversa da quella ove viene adoperata (si pensi alla testimonianza resa in un processo penale ed utilizzata in un processo civile); altre sono connotate dall'utilizzo di mezzi probatori tipici con una finalità diversa da quella che tradizionalmente è loro riservata (si pensi ai chiarimenti resi dalle parti al CTU ed alle informazioni da lui assunte presso i terzi); in altre ancora, l'atipicità dipende dalla stessa fonte probatoria, e cioè dalla modalità con cui la prova viene acquisita al giudizio (si pensi alle dichiarazioni scritte provenienti da persone che potrebbero essere assunte come testi, od alle valutazioni tecniche delle perizie stragiudiziali che potrebbero essere effettuate in sede di CTU).

Rientrano fra le più frequenti prove atipiche:

a) Scritti provenienti da terzi a contenuto testimoniale

A differenza di quanto previsto dall'art. 283 del codice di rito del 1865, l'attuale codice civile non prevede tra le prove la scrittura attribuita a terzi; pertanto, la stessa, non essendo assimilabile alla scrittura privata, non è soggetta alla disciplina sostanziale dell'art. 2702 c.c., non avendo l'efficacia probatoria legale della scrittura privata, né è soggetta alla disciplina processuale degli artt. 214-215 c.p.c., non dovendo essere disconosciuta e non essendo necessaria impugnarla per falsità (si veda sul punto Cass. 27 novembre 1998, n. 12066), potendosi invece con qualsiasi mezzo di prova contestarne il contenuto.

Conseguentemente, tali scritti di terzi non sono idonei a costituire, di per sé soli, fonte di convincimento del giudice.

Tuttavia, la giurisprudenza è costante nel ritenere che le dichiarazioni a contenuto testimoniale comprese in detti documenti, in difetto di contestazione ad opera della parte contro cui sono prodotte ed in concorso con altri elementi, possono essere liberamente apprezzate nel loro valore indiziario dal giudice, ben potendo integrare fonte del suo convincimento (si veda da ultimo Cass. 12 marzo 2008, n. 6620 e in particolare Cass. 9 marzo 2000, n. 2668 riguardante il caso di una lettera manoscritta della presunta amante di uno dei due coniugi in un giudizio di separazione).

In tutta evidenza, laddove poi il terzo sia chiamato alla conferma testimoniale del contenuto del documento, non si potrà parlare di scrittura privata riconosciuta, non essendo il documento riferibile alla controparte bensì appunto ad un terzo, ma nemmeno di mero indizio, in ragione della conferma testimoniale: in tal caso, si avrà una normale prova testimoniale, come tale valutabile dal giudice.

b) Verballi di prove espletate in altri giudizi

Nel rito processualciviltistico manca una norma come quella dell'art. 238 c.p.p., che nel processo penale disciplina in modo generale l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento, conferendo loro, laddove esse siano state formate in processi in cui l'imputato era parte, dignità di piena prova anche nel processo penale nel quale trovano ingresso.

Nel processo civile, invece, l'unica norma di riferimento è quella specificamente posta dall'art. 310, co. 3, c.p.c. con riferimento al valore indiziario delle prove raccolte in un processo estinto. Tuttavia, sulla base di tale disposizione, è stato enucleato un principio generale per il quale i verbali di prove espletate in altri giudizi civili, in giudizi penali od amministrativi, compresi gli accertamenti di natura tecnica-peritale, hanno valore di mero indizio, prescindono dalla circostanza che la prova sia stata raccolta in un processo tra le stesse od altre parti (si veda Cass., 19 febbraio 2008, n. 4239) e possono essere vagliate dal giudice senza che egli sia vincolato dalla valutazione fatta dal giudice della causa precedente (si veda Cass., 4 marzo 2002, n. 3102).

Nel caso di prova assunta in un giudizio straniero, non essendo la fattispecie regolata dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, è stato convincentemente sostenuto che occorre preliminarmente valutare la compatibilità del mezzo di prova con i principi dell'ordinamento, così come indirettamente desumibile dagli artt. 64 e 69, co. 4, l. 31 maggio 1995, n. 218, e soltanto in caso di esito positivo vagliare il valore indiziario. Ovviamente, del tutto diversa è la situazione della riassunzione della causa civile davanti al giudice competente a seguito di provvedimento *ex art. 50 c.p.c.*: in tal caso, gli atti istruttori disposti ed espletati dal giudice dichiarato poi incompetente, mantengono la propria efficacia probatoria ordinaria, in quanto la *traslatio iudicii* presuppone la valida costituzione dell'intero procedimento e la mera prosecuzione della controversia davanti ad altro giudice.

c) Atti dell'istruttoria penale od amministrativa

Relativamente agli atti assunti nel corso del procedimento penale da parte del PM personalmente o tramite la polizia giudiziaria (quali ad esempio le informative della PG relative agli incidenti stradali), ai verbali di accertamento amministrativo (quali ad esempio quelli degli ispettori del lavoro o dei funzionari degli enti previdenziali-assistenziali), agli atti e certificati amministrativi (quali quelli anagrafici e catastali), va osservato che essi per un verso non sono atti propri di un processo dibattimentale, ma per altro verso sono atti formati da pubblici ufficiali.

Pertanto, come tali fanno fede sino a querela di falso della provenienza dal pubblico ufficiale che li ha firmati e dei fatti che il pubblico ufficiale

attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti, mentre le altre circostanze, quali le dichiarazioni raccolte, sono soggette al prudente apprezzamento del giudice e possono essere controbatte con qualsiasi prova (giurisprudenza pacifica a partire da Cass. S.U., 25 novembre 1992, n. 12545).

d) Chiarimenti resi al CTU, informazioni da lui assunte e risposte eccedenti il mandato

Quanto poi all'efficacia probatoria dei chiarimenti resi dalle parti al CTU e dalle informazioni da lui assunte da terzi, si rileva che i chiarimenti resi non hanno valore confessorio o negoziale, mentre le informazioni assunte non possono essere considerate vere e proprie prove testimoniali. In un caso e nell'altro, si è in presenza di elementi aventi valore meramente indiziario di argomento di prova, rientranti nella categoria delle prove atipiche.

Parimenti, nel caso di accertamenti e risposte fornite dal consulente oltre l'ambito dei quesiti affidatigli, pur in materia attinente e comunque non estranea all'oggetto dell'indagine peritale, dottrina e giurisprudenza (si veda Cass., 22 giugno 2004, n. 11594) parlano di argomenti di prova, ed in particolare di prova atipica, non dubitandosi della possibilità per il giudice del merito di trarre elementi di convincimento anche dalla parte di consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta.

e) Perizie stragiudiziali

Si tratta di accertamenti giurati, posti in essere da tecnici al di fuori del giudizio, che come tutti i documenti preesistono al processo, ma che all'evidenza vengono formati al fine di un utilizzo nell'ambito di un instaurando giudizio.

Vi è concordia nel ritenere che, anche in questo caso, si debba parlare di valore indiziario discrezionalmente valutato dal giudice, senza che possa parlarsi di piena efficacia probatoria nemmeno per i fatti che il perito asserisce di avere accertato (si vedano Cass., 5 giugno 1999, n. 5544 e 19 maggio 1997, n. 4437); e con la necessità da parte del giudice stesso, laddove utilizzi la perizia stragiudiziale ai fini della decisione, di indicare le ragioni per le quali ha ritenuto la stessa attendibile e convincente, anche in relazione ad elementi di diversa provenienza.

Nessun dubbio vi è però sul fatto che la parte che abbia prodotto la perizia giurata, possa dedurre prova testimoniale avente ad oggetto le circostanze di fatto accertate dal consulente, le quali, se confermate, diverranno prova testimoniale, che come tale dovrà essere valutata dal giudice.

f) Sentenze di altri processi e sentenze di patteggiamento

È noto che la sentenza penale di condanna, ai sensi dell'art. 654 c.p.p., ha efficacia di giudicato nel processo civile o amministrativo, «nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale», quando «si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa».

Al di fuori di tale ipotesi, il giudice civile può comunque trarre elementi di giudizio dalle sentenze pronunciate in altro processo, con riferimento alle risultanze dei mezzi di prova esperiti ed alle affermazioni di fatti.

Quanto alla sentenza di patteggiamento *ex art. 444 c.p.c.*, spetta al giudice il potere dovere di accertare e valutare in via autonoma i fatti di causa per trarre elementi di giudizio, sottoponendo la sentenza a vaglio critico. Detta sentenza, pur ontologicamente diversa da una vera e propria pronuncia di condanna, non impedisce che, alla stregua dei pacifici principi generali, possa procedersi, nel corrispondente giudizio in sede civile ed ai fini della relativa decisione, all'accertamento autonomo ed incidentale dei fatti illeciti del giudizio penale; e che tale accertamento autonomo ed incidentale del giudice civile possa fondarsi sulla stessa sentenza di patteggiamento, quale «indiscutibile elemento di prova che ben può essere utilizzato, anche in via esclusiva, per la formazione del proprio convincimento, dal giudice di merito, il quale, ove intenda riconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per le quali l'imputato abbia ammesso una sua insussistente responsabilità ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione» ritenendo di non procedere al proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* (si veda in parte motiva Cass., 26 ottobre 2005, n. 20765).

4 Le prove illecite

Discorso a parte nella nostra trattazione meritano le prove illecite o illegittime.

Un mezzo di prova costituenda può ritenersi illegittimo nel caso in cui, pur essendo previsto dalla legge, sia stato acquisito nel processo al di fuori delle regole stabilite dal diritto sostanziale (si pensi all'assunzione di un testimone incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. o alla confessione resa da un soggetto che non sarebbe in grado di renderlo) o processuale (si pensi all'assunzione di una prova testimoniale senza che una delle parti sia stata ritualmente notiziata della relativa udienza o al giuramento deferito solo

ad alcuni litisconsorti).

In tali ipotesi, nessuno dubita del fatto che detta prova sia assolutamente inutilizzabile da parte del giudice ai fini della decisione, e ciò potrebbe in qualche misura desumersi a contrario anche dalla disposizione di cui all'art. 257, co. 2, c.p.c. che consente il riascolto di testimoni già esaminati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avveratesi nel corso del precedente esame.

Con riferimento invece alle prove (tipiche o atipiche) costituite, in cui la sola produzione come sopra chiarito è di regola già di per sé elemento sufficiente e necessario per l'ammissibilità, può accadere in concreto che le stesse, pur essendo state ritualmente allegate agli atti processuali, siano entrate nella disponibilità della parte che le ha prodotte in maniera illecita ovvero tramite condotte configuranti autonome violazioni di norme penali o amministrative.

Gli esempi potrebbero essere molteplici, dal furto di documenti o scritture contabili fino alla violazione delle disposizioni che tutelano l'immagine e la libertà personale, la inviolabilità del domicilio e della corrispondenza (artt. 615-*bis* ss. c.p.), la riservatezza (art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), tutti diritti fondamentali della persona garantiti al massimo livello costituzionale. Tuttavia, nel codice di procedura civile non è presente una norma analoga a quella introdotta dall'art. 191 c.p.p. e che sancisce la inutilizzabilità, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, e sulla base di ciò un orientamento dottrinale più recente riterrebbe comunque tali prove liberamente utilizzabili dal giudice civile ai sensi dell'art. 116 c.p.c. anche perché – si sottolinea – se illecità vi è stata la stessa si sarebbe verificata in un momento pre-processuale senza ripercuotersi sugli atti e ad ogni modo si dovrebbe attendere che la stessa venga definitivamente accertata nelle competenti sedi.

Se ciò è vero, pare comunque senza dubbio preferibile l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza tradizionali (si veda Cass., 9 giugno 1989, n. 2813 che ha escluso la utilizzabilità in giudizio di prove acquisite dal datore di lavoro in violazione degli artt. 2 e 4 l. 20 maggio 1970, n. 300), teso ad affermare che, laddove il giudice accerti e valuti incidentalmente, caso per caso, la illecità della prova (senza peraltro essere obbligato alla trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 331 c.p.c. in quanto le relative fattispecie delittuose sono pressoché tutte perseguibili a querela), la stessa non possa essere utilizzabile neppure a livello meramente indiziario: del resto, l'utilizzo in un giudizio di prove ottenute o raccolte illecitamente sarebbe inconciliabile con la logica costituzionale tesa alla primaria tutela della persona e dei suoi diritti nonché alla garanzia dei principi del giusto processo, e con la naturale inclinazione del nostro ordinamento a rigettare qualsivoglia forma di arbitrario e violento esercizio delle proprie ragioni (di cui le prove illecitamente procurate sarebbero

una chiara espressione), non potendo trovare cittadinanza in esso il noto brocardo *male captum bene retentum*.

Pur essendo dunque i concetti di prova atipica (non prevista dalla legge) e prova illecita (acquisita in violazione di divieti stabiliti dalla legge) in astratto ben distinti tra loro, in concreto talvolta si può giungere a punti di contatto, come emerge chiaramente proprio dalla recente massima della Suprema Corte (Cass., 5 marzo 2010, n. 5440 – Principio enunciato in relazione alla produzione in giudizio di un’attestazione notarile fatta valere come interpretazione autentica di un atto pubblico rogato precedentemente dinanzi allo stesso notaio):

«Nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, rimanendo, in ogni caso, escluso che tali prove “atipiche” possano valere ad aggirare preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda il necessario ricorso ad adeguate garanzie formali».

5 La produzione in giudizio di fotografie ed informazioni personali tratte dai profili dei *social networks* e le altre produzioni atipiche di matrice informatica

Alla luce di tale premessa, va analizzato il tema della produzione in giudizio di fotografie ed informazioni personali tratte dai profili dei *social networks*.

Si tratta di un’evenienza sempre più frequente proprio nei giudizi di separazione e divorzio (nonché in quelli per modifica delle condizioni di separazione e divorzio a norma degli artt. 710 c.p.c. e 9 l. 1 dicembre 1970, n. 898), in cui dette allegazioni sono chiaramente funzionali a fornire al Tribunale ulteriori elementi indiziari relativamente a condotte di infedeltà coniugale o comunque contrarie ai doveri matrimoniali, o ancora all’effettivo tenore di vita dell’altro coniuge.

Secondo una prima tesi, alla quale il presente relatore evidenzia sin da subito di aderire, tali produzioni probatorie devono essere introdotte quali prove atipiche e valutate come argomenti di prova validi a corroborare il quadro probatorio complessivo, nel rispetto, pertanto, del dettato di cui al secondo comma dell’art. 116 c.p.c.

Secondo altra tesi, invece, dette risultanze non potrebbero ritenersi prove atipiche, bensì vere e proprie prove documentali sussumibili nell’alveo applicativo dell’art. 2712 c.c. quali riproduzioni o rappresentazioni su supporto cartaceo o informatico (cd-rom) di fatti e di cose.

Tuttavia, la rigorosa conseguenza di tale impostazione gnoseologica è che dovrà ricollegarsi alla produzione documentale anche l'applicazione delle stesse preclusioni e decadenze legate alla produzione dei documenti, esponendosi alle medesime eccezioni processuali e sostanziali della controparte.

In particolare, pertanto, sarà possibile per la controparte, in questo secondo caso, procedere:

- al disconoscimento di conformità della copia del supporto cartaceo o informatico prodotto rispetto all'originale, ai sensi dell'art. 2719 c.c., che, argomentando alla luce dell'art. 212 c.p.c., di regola può essere superato producendo o esibendo in giudizio l'originale stesso del supporto;
- al disconoscimento di conformità della riproduzione ai fatti ed alle cose ritratti o riprodotti, ai sensi dell'art. 2712 c.c., su cui la Suprema Corte anche di recente ha avuto modo di precisare che *«Il disconoscimento delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., che fa perdere alle stesse la loro qualità di prova, pur non essendo soggetto ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 c.p.c., deve, tuttavia, essere chiaro, circostanziato ed esplicito (dovendo concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta) e - al fine di non alterare l'iter procedimentale in base al quale il legislatore ha inteso cadenzare il processo in riferimento al contraddittorio - deve essere tempestivo e cioè avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle suddette riproduzioni, dovendo per ciò intendersi la prima udienza o la prima risposta successiva al momento in cui la parte onerata del disconoscimento sia stata posta in condizione, avuto riguardo alla particolare natura dell'oggetto prodotto, di rendersi immediatamente conto del contenuto della riproduzione. Ne consegue che potrà reputarsi tardivo il disconoscimento di una riproduzione visiva soltanto dopo la visione relativa e quello di una riproduzione sonora soltanto dopo la sua audizione o, se congruente, la rituale acquisizione della sua trascrizione»* (si veda Cass., 22 aprile 2010, n. 9526).

Ove poi non fosse più possibile per la parte controbattere in ordine al disconoscimento ricostruendo la cronologia delle informazioni o delle foto in precedenza estratte poiché nelle more rimosse dall'utente, dovrà ritenersi ammissibile anche che la parte interessata possa richiedere al giudice la nomina di un ausiliario esperto informatico, sempre che l'organo decidente non ritenga già di valutare tali condotte quali argomenti di prova secondo il suo prudente apprezzamento.

Così ritenendo, tuttavia, si rischia di creare un'aberrazione giuridica. Infatti, delle due l'una: o si ritiene che si tratti di prova atipica, e la valutazione della stessa come argomento di prova consegnerà allo statuto

della stessa, come già detto sopra, oppure la si riterrà prova documentale, conferendole il valore tipico di prova legale che alla stessa compete.

Quanto alla possibilità di utilizzare tali allegazioni qualora integrino delle violazioni del diritto all'immagine, alla riservatezza ed alle norme sul trattamento dei dati personali, va segnalata un'interessante ed approfondita pronuncia di merito (Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 13 giugno 2013), la quale, in un procedimento *ex art. 710 c.p.c.*, che ha propeso per l'utilizzabilità delle stesse quali elementi indiziari utili a presumere una convivenza di fatto sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

«è noto, infatti, che il social network "Facebook" si caratterizza, tra l'altro, per il fatto che ciascuno degli iscritti, nel registrarsi, crea una propria pagina nella quale può inserire una serie di informazioni di carattere personale e professionale e può pubblicare, tra l'altro, immagini, filmati ed altri contenuti multimediali; sebbene l'accesso a questi contenuti sia limitato secondo le impostazioni della privacy scelte dal singolo utente, deve ritenersi che le informazioni e le fotografie che vengono pubblicate sul proprio profilo non siano assistite dalla segretezza che, al contrario, accompagna quelle contenute nei messaggi scambiati utilizzando il servizio di messaggistica (o di chat) fornito dal social network; mentre queste ultime, infatti, possono essere assimilate a forme di corrispondenza privata, e come tali devono ricevere la massima tutela sotto il profilo della loro divulgazione, quelle pubblicate sul proprio profilo personale, proprio in quanto già di per sé destinate ad essere conosciute da soggetti terzi, sebbene rientranti nell'ambito della cerchia delle c.d. "amicizie" del social network, non possono ritenersi assistite da tale protezione, dovendo, al contrario, essere considerate alla stregua di informazioni conoscibili da terzi. In altri termini, nel momento in cui si pubblicano informazioni e foto sulla pagina dedicata al proprio profilo personale, si accetta il rischio che le stesse possano essere portate a conoscenza anche di terze persone non rientranti nell'ambito delle c.d. "amicizie" accettate dall'utente, il che le rende, per il solo fatto della loro pubblicazione, conoscibili da terzi ed utilizzabili anche in sede giudiziaria».

In sostanza, ad avviso del Tribunale campano, anche se l'accesso a questi contenuti è regolato attraverso le informazioni sulla *privacy* scelte dall'utente, le informazioni e fotografie pubblicate sul proprio profilo non sono assistite dalla segretezza che caratterizza invece quelle contenute nei messaggi scambiati utilizzando il servizio di messaggistica o di chat (equiparati, alla stregua delle e-mail e della cosiddetta messaggistica istantanea quale *Messenger* e *Skype*, alla corrispondenza epistolare privata tutelata dall'art. 14 Cost. e la cui violazione integra il reato di cui all'art. 616 c.p.).

A supporto di tale importante decisione può aggiungersi che, anche guardando alla posizione di eventuali soggetti terzi ritratti nelle foto tratte dal profilo *Facebook* dell'utente - parte processuale, non potrebbe rilevarsi in loro danno alcuna violazione della legge sulla *privacy* posto

che a norma degli artt. 13, co. 5, lett. *b*), (relativo al trattamento dei dati personali) e 26, co. 4, (relativo al trattamento dei dati sensibili, su cui si veda anche l'autorizzazione del Garante n. 4/2009, fatta eccezione per quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 non sono necessari la preventiva informativa ed il preventivo consenso dell'interessato quando i dati personali devono essere trattati «per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento», in quanto il diritto di difesa viene considerato di pari rango rispetto al diritto alla *privacy* (si veda in proposito Cass., 11 febbraio 2009, n. 3358). Del resto, anche ove così non fosse, l'art. 160, co. 6, del codice sulla *privacy* ha introdotto una disciplina particolare, secondo cui «la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale», con la conseguenza che spetterà sempre al prudente apprezzamento del giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. la decisione sul punto.

a) Le trascrizioni documentali del contenuto di SMS

Quanto all'altrettanto diffusa produzione in giudizio di trascrizioni documentali del contenuto di SMS pervenuti sul proprio telefono cellulare (ad es. contenenti minacce o ingiurie da parte del coniuge o convivente) o di riproduzioni fotografiche dello schermo del cellulare medesimo, non può ravvisarsi alcun problema di illiceità di tale produzione documentale che resterà dunque soggetta solo alle già esposte eccezioni di decadenza o disconoscimento ex artt. 2719 o 2712 c.c.

Mentre, nel caso in cui le trascrizioni documentali o le riproduzioni fotografiche riguardino SMS presenti sul telefono cellulare della controparte, esse dovrebbero essere assistite dalla medesima segretezza che copre la corrispondenza privata e la produzione in giudizio delle stesse dovrebbe dunque ritenersi illecita ai sensi dell'art. 616 c.p.

Tuttavia, va segnalata in senso contrario un'ordinanza del Tribunale di Torino (Trib. Torino, ord. 8 maggio 2013), la quale ha ritenuto ammissibile a prova dell'esistenza di una relazione extraconiugale quale causa di addebito della separazione la produzione in giudizio di corrispondenza elettronica nella forma di mail e messaggi, non disconosciuti ai sensi dell'art. 2712 c.c. ma contestati quanto alla loro utilizzabilità per le conseguenze penali connesse alla violazione delle norme sulla *privacy*.

Il Tribunale sabauda, valorizzando l'art. 160, co. 6, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e la mancanza di un'espressa sanzione di inutilizzabilità

nel codice di rito, ha ritenuto che sia lasciato alla prudente valutazione dell'organo giudicante nel caso concreto il contemperamento tra il diritto alla riservatezza ed il diritto di difesa.

b) Produzione delle registrazioni sonore ed audiovisive

Le registrazioni sonore ed audiovisive vengono con frequenza sempre maggiore allegate come prova nei giudizi di separazione e divorzio, ponendo pertanto l'interrogativo se considerarle prove atipiche ovvero ricondurle nell'ambito dell'art. 2712 c.c. quali prove tipiche documentali.

Quanto alla loro utilizzabilità quali indizi o argomenti di prova, non pare in discussione qualora la registrazione audio o video sia stata fatta direttamente dall'altro coniuge o convivente (fisicamente presente in loco ovvero destinatario della telefonata registrata ad insaputa dell'altro), in quanto secondo un orientamento ormai noto e consolidato della giurisprudenza penale non è illecito registrare una conversazione tra presenti perché chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione, ed è violata la *privacy* solo se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui poiché sia l'art. 23, sia l'art. 167, co. 2, del codice sulla *privacy* dispongono che i reati ivi previsti sono punibili soltanto «se dal fatto deriva documento» (si veda da ultimo Cass., 24 marzo 2011, n. 18908).

In senso opposto, nel caso in cui la registrazione venga effettuata da un soggetto non presente alla conversazione o non destinatario della telefonata, costituendo dunque una vera e propria intercettazione ambientale o telefonica, nell'ambito dei giudizi civili di separazione e divorzio, la sua utilizzabilità ed il suo statuto appaiono più dubbi, potendo qualora non siano acquisite illecitamente, paragonarsi alle produzioni investigative private.

c) Le investigazioni private

In tema di investigazioni private, il Tribunale di Milano nell'aprile 2013, ha ritenuto, in controtendenza rispetto alla prassi invalsa in molti Tribunali della penisola, e che mi sento di condividere, che l'attività di investigatore privato, essendo volta alla produzione di un servizio di acquisizione di dati e di elaborazione degli stessi, resta confinata nell'ambito delle attività professionali nel settore del commercio, con la conseguenza che i rapporti formati dall'investigatore – su mandato di una delle parti processuali, per ottenere argomenti da utilizzare avverso la controparte – devono essere qualificati, quanto alla valenza probatoria, in termini di “scritti del terzo” e costituiscono, dunque, una prova atipica, poiché redatti da terzi nell'interesse della parte a formare il convincimento del giudice circa una tesi sostenuta.

Qualificate le relazioni degli investigatori privati come scritti del terzo in funzione di supporto testimoniale alla tesi della parte che li ha incaricati, ne consegue che, nel processo civile, non potranno essere utilizzate le dichiarazioni testimoniali degli investigatori ma, semmai, i fatti precisi, circostanziati e chiari che il terzo (investigatore) abbia appreso con la sua percezione diretta: e ciò mediante la raccolta della prova orale nel processo.

Pertanto, deve ritenersi inammissibile la richiesta istruttoria con cui l'istante si limiti a chiedere al giudice che l'investigatore venga a "confermare" il rapporto investigativo versato in atti, dovendo egli riferire i fatti in modo preciso e corroborato da circostanza univoche.

All'esito di tale percorso argomentativo, possiamo ritenere che dalla sentenza della Cassazione di Torino del 1921 ad oggi tutto sia cambiato dal punto di vista tecnico, senza che poco o nulla sia cambiato sia per quanto attiene le regole di produzione e valutazione della prova di cui al codice di rito civile sia, soprattutto, sulla tendenza quasi catartica dei coniugi che violano il dovere di fedeltà di esporre a terzi in epistole (allora) o sui *social networks* (oggi) le loro avventure.

Bibliografia essenziale

- LASERRA, *Istruzione (dir. Proc. Civ.)* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 262 ss..
- LEONE C., *Istruzione della causa*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 141 ss..
- COMOGLIO, *Istruzione e trattazione nel processo civile*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, par. 10.
- DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 1 ss..
- ANDRIOLI, *Prova in genere*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino 1939, p. 813 ss.; ID., *Prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1967, p. 260 ss..
- CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, rist. Milano 1992; IDEM, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 371 ss.; ID., *Istituzioni*, I⁵, p. 155 ss..
- CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- COMOGLIO, *Le prove*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno P.¹⁹, Milano, 1985, p. 165 ss..
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 1 ss..
- VERDE, *Prova*, (voce) in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1988, p. 579 ss..
- COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 1998 (e già in COMOGLIO, *La fase istruttoria nel processo civile ordinario*, relazione tenuta al Corso di riconversione alle funzioni civili organizzato dal C.S.M. in Frascati dal 28 al 31 ottobre 1996).

- DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 11 ss..
- MANDRIOLI, *Manuale di Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 230.
- SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 219.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1997, p. 102, vol. II, p. 132.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 443 ss. (e, prima, in *Foro it.*, 1990, V, c. 49 ss.).
- ANDRIOLI, *Presunzioni*, (voce) in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1967.
- TARUFFO, *Presunzioni*, (voce) in *Enc. giur.*, Roma, 1991.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1997, p. 145 ss..
- SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 219.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 461.
- TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss..
- VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177 ss.
- TARUFFO, *Il vertice ambiguo - saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 118.
- CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. t. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819 ss..
- MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, rist. 1966.
- ANDRIOLI, *Prova in genere*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1939, p. 21 ss.; *Id.*, *Diritto, op. cit.*, p. 246 e p. 639 ss..
- DE STEFANO, *Onere (Dir. proc. civ.)*, (voce) in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 114 ss..
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; *Id.*, *Prova (dir. proc. civ.)*, (voce) in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss..
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 486 ss..
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1997, II, p. 148.
- SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399 ss..
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova 1995, I, p. 257 ss.
- DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, cap. I, par. 6.
- ANDRIOLI, *Prova in genere*, (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1939, p. 268.
- CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, in DE STEFANO, *Le prove atipiche e illecite*, tratto da *Incontro di studio su "le prove nel processo civile" - Roma, 26/28 novembre 2001 sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 270.
- TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, p. 389 ss..
- COMOGLIO, *Le prove*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno P.¹⁹, Milano, 1985, p. 171 ss..

- ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, p. 97.
- RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino 1995, p. 333 ss..
- CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 335 ss..
- SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 227.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 480 ss..
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 1995, I, p. 197 e II, p. 82.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1997, II, p. 141.
- SIANI, *Prove documentali (Relazione tenuta nel corso della settimana di studio per uditori giudiziari organizzata dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1-5 marzo 1999)*, in *Rass. loc. cond.*, 1999, p. 486 ss..
- DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 295 ss.
- PELIGRA, *Il documento amministrativo come prova "atipica" nel processo civile contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 707 ss..
- VIAZZI, *La riforma del processo civile e alcune prassi giurisprudenziali in materia di prove: un nodo irrisolto*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 106 ss..
- CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819 ss..
- MONTESANO, *Le prove atipiche*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1980, II, p. 233 ss..
- DE STEFANO, *Sui limiti dei poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro*, in *nota a Trib. Palmi 11 novembre 1977*, in *Giur. It.*, 1979, I, 1B, p. 35 ss..
- RICCI, *Prove atipiche, argomenti di prova e presunzioni, Relazione tenuta al corso organizzato dall'8 al 10.5.00 dal C.S.M. in Frascati sul tema Le prove nel processo civile*.
- CARRATO, *La prova documentale, Relazione tenuta al corso organizzato dal 24 al 26 maggio 1999 dal C.S.M. sul tema Le prove nel processo civile*, p. 29 ss..
- RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 34 ss..
- ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992.

La responsabilità civile dell'«esercente la professione sanitaria»

Carlo Masieri
(Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
nell'Università degli Studi di Milano)

Abstract During the last 15 years Italian Medical Malpractice Law has become something different from other sub-systems of Tort Law. For instance, the “Social Contact” doctrine led to an unexpected and overruling case law, making Medical Malpractice Law a sort of Contract Law-like field, with huge consequences on the burden of proof as well as on the timing due for the statute of limitations. Still, high amounts of damages are granted by domestic judges on behalf of patients. All these features, jointly considered, actually increased Medical Malpractice litigation rate and as a consequence the Italian insurance market is presently dealing with a deep crisis, while the costs for defensive medicine are becoming more and more burdensome for the Italian Public Health Service, namely the “Servizio Sanitario Nazionale”. To face these issues, the Italian legislator is trying to take advantage of its traditional tools, as a recent statutory law, namely the so called “Decreto Balduzzi”, can easily testify (section 3 of the law decree September, 13, 2012, n. 158, final text dated November, 8, 2012, n. 189). While Decreto Balduzzi refers to the use of clinical practice guidelines in order to assess medical negligence and limit the amount of damages, it seems to leave the “Social Contact” doctrine in order to return to Tort Law. Nevertheless, Italian Courts’ decisions still settle Medical Malpractice cases in contrasting ways. The aim of this paper is to try and offer a possible path for interpreting “Decreto Balduzzi”, starting from its literal meaning, with particular focus on its range of applicability and criterion for damages quantification.

Sommario 1. L’evoluzione della disciplina contenuta nel c.d. decreto Balduzzi. – 2. I destinatari della norma. – 3. La natura della responsabilità civile in seguito alla novella. – 3.1. Il contenimento dei costi derivanti dalla medicina difensiva come presunta *ratio legis* dell’intervento normativo. – 3.2. Le differenze testuali introdotte con la legge di conversione. – 3.3. La lettera dell’art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi. – 4. Il risarcimento del danno. – 5. L’irretroattività della normativa. – 6. Conclusioni e prospettive.

1 L’evoluzione della disciplina contenuta nel c.d. decreto Balduzzi

L’art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «*disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*»¹, ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina speciale della responsabilità civile del medico. Tale decreto, c.d. “Balduzzi” dal nome

1 Pubblicato in G.U., 13 settembre 2012, n. 214.

dell'allora Ministro della Salute, era volto al «riassetto dell'organizzazione sanitaria» in un contesto di generale «contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica»². L'art. 3, co. 1, prevedeva originariamente che «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»³.

Il decreto in esame è stato poi convertito con l. 8 novembre 2012, n. 189⁴, subendo importanti modifiche, in particolare nel passaggio alla Camera dei Deputati. Un parere espresso dalla II Commissione permanente - Giustizia in sede consultiva⁵, seguito abbastanza pedissequamente dalla XII Commissione - Affari sociali⁶, ha contribuito in maniera determinante alla formulazione entrata definitivamente in vigore con la legge di conversione, che riportiamo di seguito: «1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

2 Le citazioni sono tratte dal *preambolo* del decreto-legge.

3 Cfr. la Relazione dei Ministri proponenti il Disegno di legge di conversione C. 5440 della XVI legislatura, disponibile su http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0063150.pdf. Detta relazione, in merito all'art. 3, co. 1, afferma che «la norma si propone di determinare i casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria stabilendo che il giudice, nell'accertamento della colpa lieve, tiene conto dell'osservanza da parte degli esercenti le professioni sanitarie nello svolgimento della prestazione professionale, delle linee guida e delle buone pratiche della comunità scientifica nazionale e internazionale».

4 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», pubblicata in G.U. n. 263 del 10 novembre 2012 - Suppl. Ord. n. 201. Nel medesimo numero della G.U. è reperibile il testo del decreto coordinato con la legge di conversione.

5 Cfr. *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari della Camera dei Deputati - XVI legislatura - Giustizia (II)*, 11 ottobre 2012, disponibile online su <http://leg16.camera.it/824?tipo=C&anno=2012& mese=10&giorno=11&view=& commissione=02&pagina=data.20121011.com02.bollettino.sede00010.tit00010#data.20121011.com02.bollettino.sede00010.tit00010>.

6 Cfr. proposta emendativa n. 3.100, pubblicata nel *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari della Camera dei Deputati - XVI legislatura - Affari sociali (XII)*, 12 ottobre 2012, disponibile online su <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2012/10/12/leg.16.bo10719.data20121012.pdf>, p. 21.

2 I destinatari della norma

Innanzitutto bisogna definire quali sono i destinatari della disposizione in esame. Secondo alcuni commentatori⁷, l'art. 3, co. 1, – e in particolare la disciplina penalistica – sarebbe rivolta solo ai medici dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale o di strutture convenzionate. Alcune indicazioni in un senso differente si possono però trarre dal dato letterale e dall'interpretazione sistematica. In primo luogo, l'articolo 3 del decreto Balduzzi⁸ regola

7 Ad es. per V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 383: «occorre [...] prendere atto che il nuovo art. 3 della legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189 [...] costituisce una *lex specialis* o *ad personam* per i soli medici del servizio pubblico sanitario [...]».

8 È opportuno riportare il testo integrale dell'art. 3 nella sua versione definitiva, così come modificato anche dal successivo art. 27, co. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 114, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114: «Art. 3 (Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie)

1. *L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*
2. *Con decreto del Presidente della Repubblica, adottato ai sensi dell'articolo 17, co. 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanare entro il 30 giugno 2013, su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentite l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, anche in attuazione dell'articolo 3, co. 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri:*
 - a) *determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nei limiti delle risorse del fondo stesso. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta nella misura determinata dal soggetto gestore del fondo di cui alla lettera b), e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie;*
 - b) *determinare il soggetto gestore del Fondo di cui alla lettera a) e le sue competenze senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;*
 - c) *prevedere che i contratti di assicurazione debbano essere stipulati anche in base a condizioni che dispongano alla scadenza la variazione in aumento o in diminuzione*

un'«attività»⁹, che accomuna una serie di soggetti, senza distinguerli in base al loro rapporto con il Servizio Sanitario Nazionale. Esso fa riferimento infatti alla generalità degli «esercenti le professioni sanitarie», non solo ai medici¹⁰. Inoltre, la locuzione «esercente la professione sanitaria», rinvenuta al co. 2, che è rivolto alla generalità dei «professionisti» sanitari – a prescindere da eventuali loro rapporti con il Servizio Sanitario Nazionale¹¹ – è la stessa espressione con cui il co. 1 dell'art. 3 identifica i propri destinatari.

del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri e subordinare comunque la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva.

3. Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al co. 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.
4. Nel rispetto dell'ambito applicativo dell'articolo 3, co. 5, lettera e) del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, per i contenuti e le procedure inerenti ai contratti assicurativi per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto di convenzione, il decreto di cui al co. 2 viene adottato sentita altresì la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Resta comunque esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.
5. Gli albi dei consulenti tecnici d'ufficio di cui all'articolo 13 del regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, una idonea e qualificata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria anche con il coinvolgimento delle società scientifiche, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento.
6. Dall'applicazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

9 Cfr. in particolare il co. 3, che parla espressamente delle «fattispecie [...] afferenti all'attività di cui al presente articolo».

10 Anche se il *preambolo* del decreto Balduzzi parla – erroneamente a parere di chi scrive – di «responsabilità dei medici». La disciplina in esame è invero sicuramente rivolta ai medici-chirurghi, ai farmacisti e agli infermieri, cfr. art. 99, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 così come modificato dall'art. 1, l. 26 febbraio 1999, n. 42. Più problematico è forse il riferimento ivi contenuto ai veterinari. Cfr. però le altre figure professionali segnalate dal Ministero della Sanità e i relativi riferimenti normativi su http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=91&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto.

11 Il co. 2 dell'art. 3 della legge Balduzzi riguarda in particolare i contratti di assicurazione stipulati dagli esercenti le professioni sanitarie, indipendentemente dalla struttura in cui svolgono la loro attività, autorizzando il Governo a imporre per normativa regolamentare a tali negozi caratteri più favorevoli per i professionisti. Infatti, lo stesso art. 3, co. 2 della legge Balduzzi impone al Governo l'adozione di regolamenti, in materia di «procedure e requisiti minimi e uniformi per l'idoneità» dei contratti di assicurazione medica stipulati ai sensi dell'art. 3, co. 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che riguarda tutti i «professionisti», che sono tenuti secondo la disposizione da ultimo citata «a stipulare idonea assicura-

In generale, l'art. 3 non sembra rivolto – a parte il co. 4 – ai soli operatori del Servizio Sanitario Nazionale¹². Un ulteriore *argumentum* a favore dell'applicazione generalizzata dell'art. 3, co. 1, a tutti i professionisti della salute si basa sul principio costituzionale di uguaglianza. Il testo vigente dell'art. 3, co. 1 presenta un'assoluta centralità della disciplina penalistica, che non potrebbe essere limitata agli operatori dipendenti del S.S.N., pena la violazione dell'art. 3 Cost. per ingiustificata esclusione della depenalizzazione per gli altri "esercenti le professioni sanitarie"¹³.

zione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale». Non si tratta quindi solo dei professionisti che svolgono la loro attività all'interno del Servizio Sanitario Nazionale.

Cfr. nello stesso senso da ultimo le novità introdotte dall'art. 27, co. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 114, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

12 All'interno dell'art. 3 vi sono invero discipline relative a diverse problematiche. Il co. 5 riguarda i consulenti tecnici di ufficio, che ben possono essere soggetti non dipendenti da esso. Il co. 6, dicendo che «dal presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», non è in grado di dare un'impronta complessivamente speciale all'articolo, poiché al co. 2 – rivolto indubbiamente alla generalità dei medici e non solo a quelli che prestano il loro servizio all'interno del S.S.N. – si dice che «*il soggetto gestore del Fondo di cui alla lett. a) e le sue competenze*» non devono generare «*nuovi o maggiori oneri della finanza pubblica*», oneri che non sarebbero solo quelli derivanti dal S.S.N. Il co. 4 dell'art. 3 della legge Balduzzi detta invece una disciplina speciale per «esercizio dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale o in rapporto di convenzione»: in questo caso la procedura di regolamentazione governativa viene resa più complessa, viste anche le specifiche competenze in materia di Salute previste in capo alle Regioni dall'art. 117 Cost. Il Lettore si accorge infatti *ictu oculi* che il co. 4 fa esplicito riferimento al «*decreto di cui al co. 2*», il quale, se non è diverso per materia – assicurazioni in favore del medico – lo è per destinatari e disciplina.

13 Non sarebbe ragionevole limitare l'applicazione della disciplina penalistica ai soli dipendenti del S.S.N. in base allo scopo che il decreto Balduzzi formalmente persegue, cioè la riduzione delle spese del S.S.N. dovute alla medicina difensiva. L'obiettivo principale dell'art. 3 nella sua formulazione originale era, secondo quanto affermato dalla Relazione alla legge di conversione cit., la limitazione del fenomeno della c.d. medicina difensiva, cioè «*la prescrizione di esami diagnostici inappropriati*» e ogni altro «*insieme di atti e comportamenti posti in essere al fine di evitare i possibili contenziosi*». La norma appariva però in concreto direttamente volta a eliminare l'enorme mole delle condanne al risarcimento dei danni per la condotta del medico che si trovasse in colpa lieve. Cfr. infatti Disegno di legge C. 5440 della XVI legislatura cit., p. 5: «*L'articolo 3 mira a contenere il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva", che determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumento delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie. Il carattere di urgenza è legato alla considerazione che la richiamata situazione di forte restrizione delle risorse finanziarie disponibili per il Servizio sanitario nazionale, il mancato controllo di questo crescente fattore di spesa inappropriata genererà insopportabili difficoltà per le regioni e le aziende sanitarie. In particolare, la norma si propone di determinare i casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria stabilendo che il giudice, nell'accertamento della colpa lieve, tiene conto dell'osservanza da parte degli esercenti le professioni sanitarie nello svolgimento della prestazione professionale delle linee guida e delle buone pratiche della comunità scientifica nazionale e internazionale*». Di conseguenza, si voleva abbattere i costi assicurativi che la disciplina contrattuale di settore fa ricadere sull'Azienda Sanitaria pubblica. In sostanza, il co. 1 dell'art. 3, nella sua formulazione originale, era rivolto a di-

Non sono destinatarie della norma invece le strutture sanitarie, sia pubbliche che private¹⁴, che non figurano in alcun modo nell'articolo in esame.

3 La natura della responsabilità civile in seguito alla novella

L'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi disciplina la responsabilità del sanitario sia sul versante penalistico, sia su quello civilistico. Al di là dell'inquadramento della disposizione per cui «*L'esercente la professione sanitaria [...] non risponde penalmente per colpa lieve*»¹⁵, ciò che qui interessa è quanto segue, relativamente alla responsabilità civile: «*In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*». Questa proposizione ha invero sollevato numerosi dubbi interpretativi, principalmente a causa del riferimento all'art. 2043 c.c.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza riconduce ormai da più di quindici anni la responsabilità civile in ambito sanitario alla disciplina dell'inadempimento, di cui all'art. 1218 c.c. In particolare, prendendo come esempio le condotte dei medici, sono state identificate due distinte fattispecie. Nel caso di conclusione di un contratto di prestazione d'opera tra un medico in regime di libera professione e un paziente, la riconduzione all'art. 1218 c.c. è assai immediata. Quando invece le prestazioni sanitarie vengono eseguite da un medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica, in mancanza di un vero e proprio contratto, un'influente dottrina¹⁶ ha identificato nel

minuire il più possibile il numero di condanne al risarcimento del danno per colpa lieve, e, in combinato disposto con il co. 4, che escludeva qualsiasi costo al sistema pubblico per la copertura assicurativa dei medici in caso di colpa grave risultando potenzialmente idoneo a diminuire una parte dei costi a carico del Servizio Sanitario Nazionale. Non è rimasto però nulla di ciò nella attuale formulazione dell'art. 3, co. 1 del decreto Balduzzi. La sola disposizione che esclude la responsabilità penale non si può dire infatti sufficiente ad indurre i medici a non attuare tecniche di medicina difensiva, quando resta critica la loro posizione nei procedimenti civili.

14 In questo senso, cfr. Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 (est. De Simone), in *Danno e resp.*, 2014, I, p. 80 ss., con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*.

Contra, per un applicazione dell'art. 3, co. 1 decreto Balduzzi anche alle strutture sanitarie basata sulla *ratio legis* dell'intero decreto Balduzzi e su argomentazioni di carattere logico-consequenziale o processualistico, cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 373 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*.

15 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237 (pres. Brusco, rel. Blaiotta), in *Giur. it.*, 2013, p. 996 ss. Cfr. anche D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, IV, p. 73 ss.

16 Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 147 ss.; più di recente, si legga del medesimo Autore *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443-553.

“contatto sociale” tra sanitario e paziente un «atto o fatto idoneo» a far insorgere un’obbligazione ex art. 1173 c.c.¹⁷. Conseguentemente, il medico ospedaliero, che in passato rispondeva dei danni cagionati a titolo di responsabilità extracontrattuale, deve rispondere a titolo di inadempimento, ex art. 1218 c.c. Tale soluzione, fatta propria da una celebre sentenza della Corte di Cassazione¹⁸, si è imposta nella giurisprudenza.

Con l’entrata in vigore del decreto Balduzzi, così come modificato dalla legge di conversione, gli interpreti si sono domandati se, con il riferimento all’art. 2043 c.c., il legislatore abbia inteso disciplinare la fonte della responsabilità civile del medico in senso divergente da quanto affermato nel formante giurisprudenziale, e cioè ponendo nel nulla il riferimento alla teoria del “contatto sociale” e alla responsabilità ex art. 1218 c.c. del medico ospedaliero.

3.1 Il contenimento dei costi derivanti dalla medicina difensiva come presunta *ratio legis* dell’intervento legislativo

Tra le argomentazioni a favore di un ritorno alla responsabilità extracontrattuale, la prima pronuncia di merito che ha affrontato il problema, Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406 (est. Buffone)¹⁹, di poco successiva all’entrata in vigore della norma, dopo aver prospettato due diverse possibili interpretazioni del riferimento all’art. 2043 c.c.²⁰, afferma in un *obiter*

17 Cfr. art. 1173 c.c. (Fonti delle obbligazioni): «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico».

18 Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 aprile 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, IV, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, IV, p. 999, con nota di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o “transtipica”*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, III, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contratto sociale” conquista la Cassazione*; in *Riv. it. med. leg.*, 2001, IV - V, p. 831 ss., con nota di FIORI e D’ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del “contatto sociale”. Trentadue anni dopo il fatto medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze*.

19 In *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 375, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit. Sostanzialmente, ripropone le medesime argomentazioni Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252, cit.

20 Si legge nella pronuncia citata che «la norma, con la dichiarata finalità di intervenire contro il dilagante fenomeno della cd. medicina difensiva, introduce una sorta di “esimente” speciale nella responsabilità penale medica, circoscrivendola alle sole ipotesi di colpa grave e dolo. Per il caso della colpa lieve, tuttavia, dichiara la persistenza della responsabilità civile del medico; e, però, così facendo, individua quale grimaldello normativo non già

dictum che il legislatore avrebbe coscientemente operato un'opzione²¹ a favore della responsabilità extracontrattuale, abbandonando il "sottosistema" di regole del "contatto sociale" individuato dalla dottrina e applicato dal formante giurisprudenziale. Tale interpretazione comporterebbe un onere della prova e un termine di prescrizione più favorevoli per il sanitario convenuto, e quindi - diminuendo i casi di condanna di quest'ultimo - andrebbe nella direzione di abbattere i costi della medicina difensiva gravanti sul Servizio Sanitario Nazionale²². Successivamente, la sez. I del Tribunale di Milano, con la sentenza 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693 (est. Gattari)²³, ha osservato che lo scopo di ridurre i costi della medicina difen-

l'art. 1218 c.c., bensì l'art. 2043 c.c. Sussiste un vivace dibattito circa la corretta interpretazione della previsione di nuovo conio. Secondo una certa lettura, la previsione si concilierebbe con l'intento di scongiurare i rischi legati alla cd. medicina difensiva e, pertanto, restaurerebbe il regime di responsabilità civile anteriore al *revirement* del 1999: in altri termini, il Legislatore consapevole avrebbe indicato agli interpreti la preferenza del Parlamento per l'orientamento giurisprudenziale che predica(va) l'applicazione dell'art. 2043 c.c. e non anche lo schema del cd. contatto sociale qualificato. Secondo altra lettura, il riferimento all'art. 2043 c.c. costituirebbe semplicemente una svista del Legislatore, inidonea a mutare il senso della giurisprudenza costante in tema di applicabilità dello statuto della responsabilità contrattuale».

21 Il decreto Balduzzi così come modificato dalla legge di conversione non sarebbe però una legge di interpretazione autentica, poiché - sempre secondo Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406 cit., - «il Legislatore può, di fatto anche in via implicita, intervenire con sue norme di nuova introduzione per avallare una determinata interpretazione di uno specifico grimaldello normativo, [...] norme che, seppur in modo indiretto o implicito, siano espressione dell'aderire (o non) ad un determinato approccio ermeneutico».

Con diversa argomentazione, esclude la natura di legge di interpretazione autentica anche Trib. Firenze, sez. I civ., 12 febbraio 2014 (est. Minniti), in *Riv. it. med. leg.*, 2014, II, p. 745 ss., con nota di GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*.

22 Prosegue infatti così il Tribunale di Varese: «[...] la struttura della disposizione legislativa, a ben vedere, sembra abbastanza logica, almeno nel suo sviluppo discorsivo: in sede penale, la responsabilità sanitaria è esclusa per colpa lieve (se rispettate le linee guida/buone prassi); in sede civile, invece, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione *ex art.* 2043 c.c. [...] il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. È evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. L'adesione al modello di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. ha, anche, come effetto, quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più 10 anni, bensì 5».

23 Pubblicata su *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2014, con nota di PARODI, *Secondo il Tribunale di Milano la legge Balduzzi ha cambiato le regole: la responsabilità del medico ospedaliero è extracontrattuale*, cfr. http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-/4-/34-/3381-secondo_il_tribunale_di_milano_la_legge_balduzzi_ha_cambiato_le_regole_la_responsabilit___del_medico_ospedaliero___extracontrattuale/.

siva sarebbe rilevabile anche nella riduzione del danno biologico risarcibile conseguente all'«attività dell'esercente della professione sanitaria», operata dal decreto Balduzzi all'ultima proposizione del co. 1 e al co. 3 dell'art. 3²⁴.

In generale, per ciò che riguarda la *ratio legis*, bisogna osservare che in tutti i lavori parlamentari relativi al disegno di legge di conversione vi è un solo luogo

24 Cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «la “legge Balduzzi” [...] ha espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della “medicina difensiva”, sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche “difensive” che hanno un’evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche) sia attraverso una limitazione dell’entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell’esercente una professione sanitaria. [...] il tenore letterale del co. 1 dell’art. 3 l. 189/2012 e le esplicitate finalità perseguite dal legislatore del 2012 – di contenimento della spesa pubblica e di porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva anche attraverso una limitazione della responsabilità dei medici – non sembrano legittimare semplicisticamente un’interpretazione della norma nel senso che il richiamo all’art. 2043 c.c. sia atecnico o frutto di una svista. [...] Sia il richiamo letterale alla norma cardine che prevede nell’ordinamento il “risarcimento per fatto illecito” (art. 2043 c.c.) e “l’obbligo” in essa previsto (in capo a colui che per dolo o colpa ha commesso il fatto generatore di un danno ingiusto), sia l’inequivoca volontà della legge Balduzzi – resa manifesta, come detto, oltre che dal co. 1 anche dal co. 3 del medesimo art. 3, laddove vengono richiamati gli artt. 138 e 139 del d.lgs. 209/2005 per la liquidazione del danno biologico – di restringere e di limitare la responsabilità (anche) risarcitoria derivante dall’esercizio delle professioni sanitarie, per contenere la spesa sanitaria e porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva, inducono ad interpretare la norma in esame nel senso che il richiamo alla responsabilità da fatto illecito nell’art. 3 co. 1 impone di rivedere il criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico (dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria) per i danni provocati in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente. È senz’altro vero che nell’art. 3 co. 1 della l. 189/2012 non può rinvenirsi un’opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica “necessariamente come responsabilità extracontrattuale” (per richiamare le parole della Cassazione), ma compito dell’interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all’intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi). Nell’art. 3 co. 1 della legge Balduzzi il Parlamento Italiano, in sede di conversione del decreto e per perseguire le suddette finalità, ha voluto indubbiamente limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale anche attraverso il richiamo all’art. 2043 c.c. – escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve riconducibili al primo periodo, ma facendo salva anche in tali casi la responsabilità civile (da inadempimento nei casi in cui preesiste un contratto concluso dal medico con il paziente e da fatto illecito negli altri casi, come si dirà meglio in seguito) – mentre nel co. 3 del medesimo articolo ha poi introdotto un criterio limitativo dell’entità del danno biologico risarcibile in tali casi al danneggiato (mediante il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass.). Sembra dunque corretto interpretare la norma nel senso che il legislatore ha inteso fornire all’interprete una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell’onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Così interpretato, l’art. 3 co. 1 della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l’orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all’art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente».

in cui si cita esplicitamente la responsabilità extracontrattuale²⁵, mentre dal resto si evince solo l'intento di tenere ferma la responsabilità civile del medico, richiamando genericamente l'art. 2043 c.c. Il riferimento a tale articolo non sembra invero sorretto da un intento riformatore, e fa pensare quindi a una certa superficialità e immediatezza della discussione parlamentare, poiché forse – e purtroppo – il legislatore non era al corrente della consolidata giurisprudenza del “sottosistema” della responsabilità medica, ormai consolidatasi da quindici anni. L'unica volontà che si evince con certezza, e che ha determinato l'assetto normativo attuale, è quella di evitare di configurare fattispecie per cui non vi fosse responsabilità civile, lasciando scoperta la penale²⁶.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, poiché il co. 3 dell'art. 3 riguarda i danni biologici derivanti da una qualsiasi «attività dell'esercente

25 Cfr. la relazione dei Relatori sen. Michele Saccomanno e sen. Daniele Bosone, in *Senato, Legislatura XVI, XII Commissione permanente, Resoconto sommario*, n. 376 del 23 ottobre 2012, disponibile su <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=16&id=681253>: «L'art. 3 concerne la responsabilità degli esercenti professioni sanitarie. Il co. 1 - nel testo riformulato dalla Camera - esclude la responsabilità penale per i casi di colpa lieve, a condizione che, nello svolgimento dell'attività, il soggetto si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il medesimo co. fa salva, invece, la responsabilità civile - che viene dalla norma in esame ricondotta nell'ambito della cosiddetta responsabilità extracontrattuale. Si prevede, tuttavia, che, nella determinazione della misura del risarcimento del danno, il giudice tenga debitamente conto dell'eventuale conformità dell'operato alle linee guida e buone pratiche summenzionate [...]».

Si osservi però che tale riferimento alla responsabilità extracontrattuale, oltre ad essere isolato, è anche successivo all'adozione del testo in commento, poiché il parere della II Commissione - Giustizia della Camera dei Deputati e l'emendamento 3.100 erano già stati approvati.

26 Cfr. in questo senso Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 (est. Dies), in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2014, con nota di MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell'art. 3 d.l. Balduzzi in tema di colpa medica*, cfr. http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-/4-/34-/2815-sui_riflessi_civilistici_dell_art_3_d_l_balduzzi_in_tema_di_colpa_medica/. Osserva il giudice trentino che «Per risolvere la questione interpretativa conviene [...] partire dal rilievo che la norma in vigore è significativamente diversa da quella approvata in sede di decretazione d'urgenza [...]. Evidente anzitutto la differenza di oggetto, perché la norma originaria disciplinava la sola responsabilità civile, confermandone espressamente la natura contrattuale, mentre quella attuale disciplina principalmente la responsabilità penale. Scarne sono le indicazioni provenienti dai lavori preparatori sulle ragioni di un così profondo cambiamento che, tuttavia, sembrano da doversi ricercare nei rilievi mossi dal relatore in sede di Commissione Giustizia della Camera all'originaria formulazione, volti ad evidenziare l'incoerenza di un sistema che ammetta che per uno stesso fatto un soggetto possa rispondere penalmente ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso. Ecco allora che si è deciso di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, riportando in coerenza il sistema con previsione di un illecito civile avente un'estensione maggiore e non minore di quello penale. In questa prospettiva il richiamo all'art. 2043 c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti».

la professione sanitaria», rileva anche quando questa non viene prestata all'interno del Servizio Sanitario Nazionale. Allo stesso modo, l'ultima proposizione del co. 1, dove si afferma che «Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo», si applica anche quando la prestazione sanitaria non è effettuata nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

3.2 Le differenze testuali introdotte con la legge di conversione

Un altro ordine di argomentazioni proposte a sostegno del superamento della teoria del "contatto sociale" prende in considerazione l'avvicinarsi dei dettati normativi. In dottrina, si sottolinea che è avvenuto un «radicale mutamento introdotto in sede di conversione in luogo del precedente richiamo, contenuto nel decreto legge originario, degli artt. 1176 e 2236, che implicava altrettanto chiara opzione nel senso della responsabilità contrattuale»²⁷. Allo stesso modo, secondo Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo)²⁸, la legge di conversione avrebbe abbandonato l'impostazione contrattuale, inserendo - oltre a una disposizione di carattere penalistico - il riferimento al solo art. 2043 c.c., a cui andrebbe ricondotto il sistema normativo della responsabilità extracontrattuale²⁹.

Nel senso che la volontà del legislatore era quella di una «parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario», cfr. Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141 (est. Attolino), in *DeJure*.

27 Cfr. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di prestazioni "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, I, p. 155.

28 In *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 373 ss., con nota di CARBONE, cit.

29 Cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013, cit.: «La norma in commento dava per scontato che la responsabilità "dell'esercente le professioni sanitarie" (senza porre dei distinguo tra il libero professionista e il medico dipendente pubblico) fosse scandita dalla norma dettata per il contratto dall'art. 2236 c.c., con ciò positivizzando la nozione di stipula di "contratto per contatto" elaborata [...] dalla Suprema Corte [...]. Se la norma del decreto scolpiva la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica, e dei medici pubblici dipendenti, quella della legge di conversione opta per la soluzione opposta. Scompare, infatti, ogni riferimento esplicito alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico pubblico dipendente, con ciò rigettando l'assunto della Suprema Corte nel novero delle mere opinioni giurisprudenziali, autorevoli, ma sempre passibili di superamenti e *revirements*; emerge una norma di caratura penalistica; campeggia un riferimento all'art. 2043 c.c. L'incipit della norma esclude la rilevanza penale della condotta del medico qualificata dalla colpa lieve, ove il sanitario si attenga "a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica". "In tali casi", prosegue la norma "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.". Il legislatore espressamente quindi afferma che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico egli comunque risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ma il fatto che "resti fermo" l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. non può che significare che tale obbligo sia dato per scontato nei casi penalmente rilevanti, ove la condotta del medico sia qualificabile nei termini della colpa "non lieve" e del dolo; dunque,

Si noti tuttavia che l'art. 2236 c.c. non è univocamente correlato alla responsabilità contrattuale, ma già in passato - proprio sotto la vigenza dell'orientamento che riconduceva la responsabilità del medico ospedaliero all'ambito extracontrattuale - veniva utilizzato dalla Suprema Corte anche per disciplinare i casi di responsabilità *ex art.* 2043 c.c.³⁰. Allo stesso modo,

che l'art. 2043 c.c. sia la norma che disegna i criteri per la individuazione della responsabilità del medico pubblico dipendente e della struttura pubblica nel quale questi opera (a tali soggetti, operatori del Servizio Sanitario Nazionale, è dedicata la novella in esame, non essendo - è da notare - ipotizzabile un diverso regime di responsabilità tra il medico e la struttura). La legge di conversione, quindi, ribaltando la norma del decreto legge che faceva una chiara scelta in tema di responsabilità risarcitoria del medico pubblico dipendente, pare riferire quest'ultima ai criteri della responsabilità aquiliana, così sconfessando la correttezza dell'assunto giurisprudenziale sopra citato. Se, infatti, "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c." anche nei casi in cui il medico non risponde penalmente, questo significa che il medico, ove non agisca quale controparte contrattuale, come nel caso in cui sia pubblico dipendente, sarà tenuto al risarcimento del danno ai sensi della detta norma: e non, come ritenuto dalla Corte di Cassazione, ai sensi della generale norma che scolpisce la responsabilità del debitore contrattuale, l'art. 1218 c.c. L'art. 3 della legge 189 del 2012, quindi, cambia il "diritto vivente", operando una scelta di campo del tutto chiara (anche se opposta a quella del decreto legge), e congruente con le finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica. Se "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c." in tutti i casi in cui il medico (ed è da intendere, come ricordato, anche la struttura sanitaria nella quale egli opera) sia chiamato a rispondere del suo operato, che questo sia penalmente rilevante o meno, significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale. Questo getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice».

Analogamente, cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014) n. 9693, cit.: «L'interprete non pare autorizzato a ritenere che il legislatore abbia ignorato il senso del richiamo alla norma cardine della responsabilità da fatto illecito, nel momento in cui si è premurato di precisare che, anche qualora l'esercente una professione sanitaria "non risponde penalmente per colpa lieve" (del delitto di lesioni colpose o di omicidio colposo) essendosi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, "in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile". Nell'interpretare la norma vigente non sembra del tutto trascurabile che inizialmente il co. 1 dell'art. 3 del decreto legge n. 158 del 2012 [...] non conteneva nessuna previsione destinata ad incidere sulla responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria e nessun richiamo alla responsabilità da fatto illecito [...]. In sede di conversione del decreto il legislatore (per meglio perseguire gli obiettivi prefissati) ha radicalmente mutato il co. 1 dell'art. 3, prevedendo che "non risponde penalmente per colpa lieve" l'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, inserendo il richiamo all'obbligazione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. (che grava comunque sul soggetto esente da responsabilità penale) ed imponendo al giudice di tener conto "anche nella determinazione del risarcimento del danno" dell'avvenuto rispetto delle linee guida da parte del sanitario/responsabile. [...] non vi sarebbe stata nessuna apprezzabile ragione per inserire in sede di conversione il richiamo all'art. 2043 ed è ragionevole ritenere che nell'art. 3 co. 1 sarebbe rimasto immutato il richiamo alle diverse norme (art. 1176 e art. 2236) contenuto nel decreto legge».

30 Cfr. nello stesso senso Trib. Milano, sez. I civ., 2 dicembre 2014, n. 1430 (est. Bichi), in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 170, con nota di GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*.

l'art. 1176, co. 2, è stato ritenuto applicabile anche in presenza di responsabilità extracontrattuale³¹. La versione originaria del decreto Balduzzi dettava allora una norma relativa solo all'«accertamento della colpa lieve» del medico, per i soli casi in cui «la prestazione» non avrebbe implicato «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà» ex art. 2236 c.c., dove la responsabilità per colpa lieve andava invece radicalmente esclusa³². Non quindi, un riferimento specifico alla responsabilità contrattuale o da “contatto sociale”.

In precedenza Cass. civ., SS.UU., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, p. 1476 ss.: «L'art. 2236 c.c. può e deve trovare applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, in quanto che esso prevede un limite di responsabilità per la prestazione della attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di una obbligazione contrattuale, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio e perciò solo come possibile fonte di responsabilità extracontrattuale»; Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11743, in *Giust. civ. massim.*, 1998, p. 2402 (s.m.): «Anche in presenza di responsabilità extracontrattuale del medico (nel caso, dipendente ospedaliero) si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

31 Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1990, n. 2428, in *DeJure*: «È, anzitutto, da porre in evidenza che, nel caso concreto, si è nel campo della responsabilità extracontrattuale, non essendo stato concluso alcun contratto [...] in ordine alla operazione chirurgica, mentre deve ritenersi pacifico che il rapporto contrattuale è sorto tra l'ente ospedaliero e lo stesso [paziente]. [...] È da ritenersi principio consolidato in giurisprudenza che la responsabilità del professionista, per danni causati nell'esercizio della sua attività professionale, deve essere valutata alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento di tale attività ed, in particolare, al dovere di diligenza il quale a norma dell'art. 1176 CC., secondo co., deve adeguarsi alla natura dell'attività esercitata. In queste condizioni, tenuto conto delle particolari caratteristiche della professione sanitaria, la diligenza che il medico chirurgo deve impiegare nello svolgimento di tale professione è quella del regolato ed accorto professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Sulla base di detti principi, il professionista risponde, pertanto, a titolo di colpa lieve, quando per omissione di detta diligenza o, comunque, per preparazione inadeguata provochi un danno che sia, comunque, da collegarsi alla esecuzione di una terapia medica o di un intervento operatorio, mentre si ha una attenuazione di tale responsabilità quando il caso affidato allo stesso professionista sia di particolare complessità o perché non ancora a sufficienza sperimentato e studiato o perché ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire, ed, in tale ipotesi, il medico sarà tenuto al risarcimento dei danni solo per dolo o colpa grave».

32 Cfr. in questo senso, Trib. Cremona, 1 ottobre 2013 (est. Borrella), in *Danno e resp.*, 2014, IV, p. 633 ss., con nota di MATTINA, “*Legge Balduzzi*”: natura della responsabilità civile del medico; annota la sentenza anche GALLETTI in *Resp. civ. prev.*, 2014, IV, p. 1321 ss., *L'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. (con)cause ignote?*, dove è reperibile però s.m. Al Tribunale lombardo «non sembra [...] che il mero richiamo all'art. 2043 c.c. possa legittimare l'idea che il legislatore abbia inteso spingersi fino al punto di disciplinare il titolo della responsabilità sanitaria. Innanzitutto non risulta che questa sia mai stata l'intenzione del legislatore, il quale invece ha sempre avuto in mente la differenziazione dei gradi di colpevolezza, tanto che il testo originario del d.l., poi modificato dal Parlamento in sede di conversione, espressamente richiamava gli artt. 1176 c.c. e 2236 c.c., che riguardano la diligenza richiesta al debitore nell'adempimento dell'obbligazione».

3.3 La lettera dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi

Alcune soluzioni interpretative possono invece essere utilmente reperite sulla base del significato letterale del decreto Balduzzi. Peraltro, ciò è presupposto di un corretto procedimento ermeneutico, che deve sempre partire da una lettura attenta del dettato normativo, e deve mirare a considerarne tutte le parti³³, senza premettere dogmi o precomprensioni a quanto stabilito dal legislatore.

In particolare, la seconda proposizione dell'art. 3, co. 1, afferma che «*in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*».

In primo luogo, se da un punto di vista soggettivo abbiamo visto che l'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi si applica a tutti gli esercenti le professioni sanitarie, è necessario specificare l'ambito oggettivo di applicazione, limitato dal legislatore con la locuzione «in tali casi».

Secondo le sentenze che abbandonano la teoria del contatto sociale, l'art. 3 del decreto Balduzzi non opererebbe nei casi in cui sia ravvisabile un vero e proprio contratto di prestazione d'opera intellettuale, dove la responsabilità resterebbe contrattuale³⁴. Si tratta di un'interpretazione invero completamente slegata dal testo normativo³⁵: in esso non si fa riferimento

33 Cfr. art. 12 d.prel.

34 Cfr. Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, cit.: «Così rintracciate le conseguenze che la Legge 189/2012 ha sul sistema della responsabilità sanitaria, nel caso di specie, però, non trova applicazione l'art. 2043 c.c. È opportuno chiarire, infatti, che, anche seguendo questo percorso di ragionamento, ovviamente la previsione di nuovo conio riguarda solo le ipotesi di responsabilità per cd. "contatto" e cioè le ipotesi (al confine tra contratto e torto) in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario oppure un rapporto contrattuale atipico di speditività»; cfr. anche Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «Non pare dubitabile che il danneggiato può utilmente continuare ad invocare la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. del medico qualora provi che le parti hanno concluso un contratto d'opera professionale, senza che assuma alcun rilievo il fatto che la prestazione medico - chirurgica sia stata eventualmente resa (in regime ambulatoriale o di ricovero) presso una struttura sanitario (pubblica o privata). [...] In presenza di un contratto fra paziente e professionista, nessun riflesso quindi può avere sulla qualificazione della responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nel co. 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, in particolare all'art. 2043 c.c.».

Cfr. nello stesso senso, seppur non aderisce alla tesi del ritorno alla responsabilità extracontrattuale, Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013 (est. Sole), in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1980 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*. Questa decisione, a differenza delle altre due sentenze citate, conclude comunque per il mantenimento della responsabilità ex art. 1218 c.c. anche per le condotte del dipendente del S.S.N.

35 Cfr. in questo senso Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014, n. 13574 (est. Borrelli), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 96, con nota di PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*: «Detto orientamento, tuttavia, non può fare a meno di attribuire al medesimo Legislatore altra, non meno grave, svista: quella consistente nell'aver del tutto dimenticato di distinguere la disciplina applicabile ai casi in cui il paziente si sia rivolto di-

alla sola responsabilità “da contatto”, ma come si è detto, a tutte le attività sanitarie svolte dagli “esercenti le professioni sanitarie”, anche non inquadrati nel Servizio Sanitario Nazionale³⁶.

Adottando un’interpretazione letterale restrittiva, potremmo dire che la disposizione in esame si applica nei soli casi in cui «l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica» e contemporaneamente «non risponde penalmente per colpa lieve»³⁷. La citata sentenza

rettamente e personalmente a un medico di sua fiducia, per i quali [...] il regime della responsabilità per i danni causati nell’esercizio dell’attività professionale medica rimane quello dettato dall’art. 1218 c.c. [...]. Inoltre, l’orientamento che afferma che la norma del Balduzzi dovrebbe «applicarsi invece ai casi in cui il paziente si sia rivolto alla struttura sanitaria (ospedale, clinica, ambulatorio) e non al medico, per i quali, in conseguenza dell’entrata in vigore della norma in questione (l. 189/2012 cit.), “il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.” (Trib. Milano Sez. I cit.)» - sarebbe esito di un’interpretazione additiva, «risultando sostanzialmente manipolativa della norma in esame (che in realtà tace sulle fattispecie di responsabilità contrattuale e non menziona la degenza ospedaliera o altro rapporto con struttura sanitaria quale proprio presupposto di fatto)», e finendo col «[...] contrastare anch’essa con la presunzione di consapevolezza [...]» del legislatore affermata dalla I sezione. «Introducendo la distinzione di cui sopra (non presente nel dato normativo), l’interpretazione che si tenta qui di confutare finisce col tenere in vita la categoria delle fattispecie originate da contatto sociale (per differenziarne il trattamento) proprio nel momento in cui ne afferma intervenuto il tramonto definitivo». In maniera sostanzialmente analoga si è espresso ancora il medesimo Estensore, in Trib. Milano, sez. V civ., 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 163 con nota di GORGONI, cit.

36 Cfr. nello stesso senso Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.: «Vero che la dottrina e la giurisprudenza che sostengono la tesi della modifica della fonte della responsabilità del sanitario, circoscrivono solo all’ambito ospedaliero pubblico i limiti della riforma. Ma di una tale delimitazione dell’oggetto della modifica non vi è traccia nel testo di legge ed anzi l’occasione dell’intervento normativo è stata rinvenuta nell’ambito dell’affermazione della irrilevanza penale della colpa lieve e per tutte le ipotesi di colpa sanitaria, senza proporre alcuna distinzione, sotto il profilo penale, tra operatori della sanità privata e operatori del sistema sanitario pubblico. Sicché non si comprende perché solo nella previsione della ricaduta civilistica si avrebbe una delimitazione alla sola sanità pubblica dell’intervento normativo. E la incongruenza sembrerebbe ancora maggiore se si optasse per una interpretazione letterale che delimita alla sola colpa lieve (“in tali casi”) la natura extracontrattuale della fonte della responsabilità sanitaria che tornerebbe ad esser contrattuale oltre questa soglia».

37 In questo senso si esprime Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196 (est. Sestini), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 368 ss., con nota di CARBONE, cit.: «La norma che qui interessa è quella del secondo periodo, che dev’essere però interpretata in stretta correlazione con quella del periodo precedente, alla quale espressamente si collega in virtù dell’incipit “in tali casi”. Tenuto conto che il primo periodo prevede l’esclusione della responsabilità penale (per colpa lieve) in favore dei sanitari che si attengano alle linee guida e alle buone pratiche accreditate (introducendo quella che - secondo i primi commenti - parrebbe integrare un’esimente speciale), la norma del secondo periodo ha la funzione di chiarire che l’esclusione della responsabilità penale non fa venir meno l’obbligo di risarcire il danno (in ciò sostanziandosi “l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c.”)»; cfr. in senso conforme, Trib. Rovereto,

Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 propone una valenza specificamente processuale dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi, che autorizzerebbe direttamente il giudice penale a pronunciarsi sul risarcimento del danno quando non condanna l'esercente le professioni sanitarie il quale, pur in presenza di una colpa lieve, si è attenuto alle linee guida e buone pratiche del suo settore³⁸. In verità, si può affermare che non occorre una sentenza del giu-

29 dicembre 2013, cit.: «[...] il richiamo all'art. 2043 c.c. è preceduto dall'espressione "in tali casi" ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate. Si tratterebbe, pertanto, a tutto voler concedere, di un riferimento che potrebbe valere non sempre ma solo nei casi in cui si ponga una questione di osservanza di linee guida accreditate ed il medico vi sia in concreto attenuto in base ad una scelta qualificabile in termini di colpa lieve, non invece in tutti gli altri casi che certamente devono ritenersi la stragrande maggioranza, perché normalmente la colpa si fonda proprio sull'inosservanza delle linee guida accreditate ovvero sia ravvisabile una colpa grave ovvero ancora non si ponga proprio un problema di osservanza di linee guida. La portata necessariamente circoscritta ai soli casi di accertata esclusione della responsabilità penale per un reato commesso con colpa lieve preclude a priori l'effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito aquiliano».

38 Cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit.: «l'espressione d'esordio della norma "in tali casi" potrebbe essere intesa non solo sul piano sostanziale, riferita cioè ai casi in cui il medico non risponda penalmente per colpa lieve per essersi attenuto ad accreditate linee guida ma, in modo ben più pregnante, anche sul piano processuale, ossia riferita ai casi in cui l'azione civile sia stata in concreto esercitata in sede penale, l'imputato sia stato prosciolto dall'accusa, in applicazione della nuova norma, ammettendo il risarcimento del danno senza obbligare la parte civile ad instaurare un nuovo autonomo giudizio civile. Insomma, in base a questa lettura, la norma prevede una deroga di particolare rilievo ed operante già in primo grado, all'accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale, come è noto desumibile dall'art. 538, co. 1 c.p.p. che legittima il giudice penale a decidere sulla domanda di risarcimento sul presupposto della condanna penale, ulteriore a quelle già previste dagli artt. 576 e 578 c.p.p. per i casi rispettivamente dell'impugnazione della parte civile ai soli fini della responsabilità civile e di declaratoria di estinzione del reato per amnistia e prescrizione in grado di appello dopo una condanna in primo grado (per la prima Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2006, n. 25083, rv. 233918 l'ha definitivamente sganziata dal presupposto della pronuncia di una condanna in primo grado). In effetti questa interpretazione riposa sulla semplice presa d'atto che esiste un caso in cui la responsabilità civile del medico è tecnicamente azionata obbligatoriamente a norma dell'art. 2043 c.c., costituita proprio dalla domanda di risarcimento danni proposta nel processo penale attraverso la costituzione di parte civile che, essendo una domanda di risarcimento danni conseguenti ad un reato, non può giovare dei più favorevoli presupposti della responsabilità contrattuale. Per corroborare una soluzione che certo può apparire avventata vale la pena di osservare come il proscioglimento dell'imputato in applicazione della nuova norma riposa necessariamente sul positivo accertamento di una colpa lieve del medico, oltre che di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità e, in particolare, del nesso di causalità e, pertanto, il giudice penale ha modo di procedere alla condanna del risarcimento del danno in favore della parte civile ed in forza dell'art. 3, co. 1 seconda parte cit., senza necessità di procedere ad alcun approfondimento istruttorio ulteriore, almeno in punto di *an debeat*. Sul piano più generale va poi ricordato come il presupposto della condanna penale previsto dall'art. 538, co. 1 c.p.p. sia stato da più parti criticato perché difficilmente armonizzabile col principio di piena autonomia tra giudizio civile e giudizio penale accolto nel vigente codice di procedura penale (sul quale cfr. da ultimo Cass. pen., sez. un., 26 gennaio 2011,

dice penale per applicare tale disposizione. Si ritiene pacificamente infatti che il giudice civile possa accertare anche in via autonoma – e ovviamente ai soli effetti civili – che un fatto è astrattamente idoneo a configurare un reato³⁹, e quindi, *a fortiori*, anche quella condotta conforme a linee guida e

n. 768, rv. 616366), tanto da consigliarne l'abbandono almeno tutte le volte in cui la sentenza di proscioglimento implichi necessariamente l'accertamento di tutti i fatti costitutivi della responsabilità civile, esattamente come si verifica nel caso in esame. Imporre in tali casi un distinto giudizio civile, dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, comporta inevitabilmente un inutile dispendio di attività processuale. L'indicata interpretazione può determinare significative ricadute anche sul versante penalistico, oltre ad agevolare l'individuazione del senso e della giustificazione dell'ultima parte dell'art. 3, co. 1 cit., relativo alla liquidazione del danno. Sotto il primo profilo e pur dovendosi ammettere la plausibilità e l'autorevolezza dell'interpretazione sopra riportata tendente a riconoscere una modifica, in senso delimitativo, della tipicità del fatto punito dagli artt. 589 e 590 c.p. (omicidio e lesioni colpose), non si può fare a meno di notare l'anomalia di un simile effetto ad opera di una norma speciale che non solo non incide direttamente né sul precetto delle norme incriminatrici né sulle norme di parte generale pertinenti (in particolare l'art. 43 c.p.), ma che omette persino di descrivere in positivo gli elementi costitutivi della responsabilità. In effetti la norma non dice che in tali casi il medico risponde per colpa grave ma che non risponde per colpa lieve. Un simile tenore letterale sembra piuttosto meglio riferibile ad una causa di non punibilità in senso stretto, che consentirebbe di far ritenere sussistente un vero e proprio reato, in tutti i suoi presupposti, che tuttavia non risulta punibile per mere ragioni di opportunità politica riconducibili alla necessità di limitare la c.d. medicina difensiva e a garantire al medico la necessaria tranquillità nell'eseguire le proprie delicate e spesso difficili scelte, sgravandolo dalla preoccupazione di una possibile responsabilità penale, almeno tutte le volte in cui si attenga alle accreditate linee guida, salvo la colpa grave. Così interpretata la norma, il riferimento all'art. 2043 c.c., lungi dal costituire una svista del legislatore, è pienamente condivisibile perché riferibile ad una tipica responsabilità civile da reato, benché non punibile sul piano penale. Infatti, il giudice penale che proscioglie l'imputato applicando la nuova causa di non punibilità, sulla base dell'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 589 (o 590) c.p., può accogliere la domanda di risarcimento del danno proposta dalla parte civile solo a norma dell'art. 2043 c.c., non certo a titolo di responsabilità contrattuale».

39 Cfr. in giurisprudenza ad es. Cass. pen., SS.UU., 26 marzo 1983, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1947: «Poiché non vige nel nostro sistema processuale un astratto e assoluto principio di pregiudizialità dell'azione penale rispetto a quella civile svincolato dalla disciplina concreta del rapporto tra le due azioni suddette, non è interdetto in via generale al giudice civile di accertare un dato fatto storico civilmente rilevante ex art. 185 c.p. (ai fini cioè anche del risarcimento del danno non patrimoniale) indipendentemente dalla cognizione da parte del giudice penale del fatto medesimo in quanto penalmente rilevante, anche nel caso che il procedimento penale non sia stato mai iniziato o si sia concluso con una sentenza di proscioglimento istruttorio o di assoluzione in giudizio».

Cfr. inoltre M. C. BARBIERI, *Commento agli artt. 185 - 195 c. p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, I, Milano, 2011, p. 2131: «[...] il giudice civile ha piena autonomia nell'accertamento del fatto che è astrattamente riconducibile ad una fattispecie di reato anche in assenza di un accertamento di esso in sede penale e indipendentemente dalla esistenza di cause di estinzione del reato».

Sui rapporti tra azione risarcitoria in sede civile e penale cfr. anche Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2005, n. 1654, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Procedimento civile* (voce), n. 255: «L'azione civile meramente risarcitoria, fondata su un fatto che rilevi ai sensi dell'art. 2043 c.c. e, allo stesso tempo, costituisca fattispecie penalmente considerata, può essere esperita sia attraverso un'opzione penale, mediante costituzione di P.C. nel processo penale, sia at-

buone pratiche, caratterizzata ugualmente dall'elemento soggettivo della colpa lieve⁴⁰ e insuscettibile di condurre a responsabilità penale proprio ex art. 3, co. 1 del decreto Balduzzi. Bisogna ritenere allora, in senso estensivo, che ci si riferisce a tutti i casi in cui «l' esercente la professione sanitaria [...] nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica», versando ciò nonostante nello stato soggettivo della «colpa lieve», e dovendo rispondere solo da un punto di vista civilistico⁴¹.

Venendo alla disciplina sostanziale, ci si chiede cosa significhi che «*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*». Alcune sentenze valorizzano il riferimento all'art. 2043 c.c. come un richiamo al sistema normativo della responsabilità extracontrattuale, con il consenso di parte della dottrina⁴². È però evidente che fare discendere l'applicazione di una disposizione particolare – sia essa o meno un riferimento alla responsabilità extracontrattuale – sulla base di una simile conformazione fattuale (l'attenersi o meno a «linee guida e buone pratiche») risulta problematico. In primo luogo, non è chiaro chi dovrebbe provare che il sanitario ha agito sulla base delle linee guida e delle buone prassi: se l'onere ricadesse su costui, ciò coinciderebbe forse in molti casi con la prova dell'adempimento

traverso un'opzione civile, che si verifica nelle ipotesi in cui il danneggiato agisce in sede civile prima dell'inizio dell'azione, penale o quando la costituzione di P.C. non gli è più consentita ma prima che sia stata emessa sentenza penale di primo grado; ed in tutte tali ultime ipotesi i processi rimangono separati e l'azione civile prosegue, ai sensi dell'art. 75, co. 2, c.p.p., nonostante la possibilità di giudicati contraddittori e la duplicazione d'attività giudiziarie. Al contrario, il giudizio civile rimane sospeso sino alla pronuncia di sentenza irrevocabile in sede penale, ai sensi del co. 3 dello stesso art., quando l'azione civile venga proposta dopo la costituzione di parte (che s'intende conseguentemente revocata) o dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado».

40 È lecito qui domandarsi se il concetto di colpa civile sia differente da quello di colpa penale, e quale dei due debba adottare il giudice civile in questo accertamento.

41 Cfr. nello stesso senso, relativamente al campo di applicazione, M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 180: «In sostanza, la legge si occupa non del caso in cui le linee guida e le prassi accreditate siano state disattese, ma di quello in cui l'evento non voluto si verifichi malgrado la conformità della condotta alle linee guida e alle buone prassi: nessuno spazio potrebbe assumere altrimenti il richiamo al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. [...]»

42 Cfr. ad es. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 155: «In particolare, non può condividersi la pretesa che il richiamo all'art. 2043 sia riferito solo al principio generalissimo del risarcimento del danno, e non anche all'intera disciplina di cui tale disposizione è perno e parte sostanziale: a tacer d'altro, infatti, il principio del risarcimento del danno è espressamente enunciato anche dall'art. 1218 c.c., di modo che l'espresso riferimento solo alla prima disposizione non può non intendersi come il frutto di una precisa, e ineludibile opzione anche in ordine alla disciplina della responsabilità».

Nello stesso senso F. D. BUSNELLI, *La "dottrina delle corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, V, p. 471-472.

mento, per cui il riferimento all'art. 2043 c.c. non introdurrebbe in realtà una disciplina diversa dall'art. 1218 c.c., mentre se ricadesse sul paziente attore, avremmo l'imposizione di un onere della prova di matrice extracontrattuale prima ancora di aver stabilito se la norma in esame implichi una responsabilità extracontrattuale. Inoltre, ammettendo che il riferimento all'art. 2043 c.c. sia in grado di modificare il titolo della responsabilità medica, ne deriverebbe che il complesso di norme applicabili non varierebbe sulla base dell'accertamento di una preesistente obbligazione - tradizionale criterio per distinguere inadempimento e illecito aquiliano⁴³ - ma sulla base di una condotta in concreto tenuta dall'agente o dell'elemento soggettivo: tale impostazione, reperibile in dottrina⁴⁴ e in giurisprudenza⁴⁵, non pare condivisibile perché comporterebbe un stravolgimento della struttura logica della responsabilità civile.

Per risolvere questo *impasse*, si è ancora una volta ipotizzato - limitando l'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi - che tale riferimento riguardi i casi in cui non sarebbe rilevabile una responsabilità contrattuale, e che la norma abbia quindi una sorta di funzione residuale⁴⁶. Per la verità, anche tale impostazione non è coerente con la

43 Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 187: «[...] la responsabilità aquiliana non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni soggettive altre. Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, nell'accezione impropria ma ricevuta che la fa coincidere con l'area della responsabilità non aquiliana, e perciò come sinonimo della violazione di obblighi, siano essi di fonte contrattuale o no. Nella terminologia di Jhering si trascorre dalla logica del *non facere*, la cui violazione consiste nella *culpa in faciendo*, propria della responsabilità extracontrattuale, alla logica del *facere*, la cui violazione è data dalla *culpa in non faciendo*, consistente nel non fare ciò a cui si è tenuti da un precedente *vinculum iuris*, che è caratteristica della responsabilità contrattuale. "La differenza tra questi due universi è costituita dal fatto che, mentre l'attuazione del *non facere* è totalmente rimessa alla scelta di colui che vi è tenuto, identificandosi con la sua sfera di libertà, il *facere*, proprio perché consiste di obblighi, è predefinito nei suoi contenuti"».

44 Cfr. M. GORGONI, *op. cit.*, p. 183: «In sintesi, i danni derivanti da colpa lieve cagionati dall'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle pratiche avvalorate dalla comunità scientifica sarebbero risarcibili solo alle condizioni di cui all'art. 2043 c.c., i danni cagionati altrimenti - se non ricorra colpa lieve per adesione, se faccia difetto l'elemento dell'adesione alle linee guida e alle buone pratiche - soggiacerebbero alla responsabilità contrattuale e agli artt. 2236 e 1176 c.c.».

45 Cfr. Trib. Brindisi, 18 luglio 2014 (est. Natali), in *Danno e resp.*, 2015, I, p. 56, con nota di MATTINA, "*Legge Balduzzi*": *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*: «In ogni caso, l'ipotetica opzione legislativa [a favore della responsabilità extracontrattuale], dato il carattere circoscritto dell'intervento normativo, varrebbe con riguardo alla sola responsabilità medica per colpa lieve e non anche per colpa grave o dolo e non sarebbe, *a fortiori*, estendibile alla responsabilità della struttura sanitaria».

46 Cfr. Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.: «Si ritiene per contro che alla norma di chiusura in materia di colpa lieve (ferma la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.) sia riservata dal legislatore la funzione di riconoscere al paziente la protezione in sede civile anche in ipotesi di colpa lieve, qualora non potessero operare le regole del

lettera della legge, che non distingue tra condotte avvenute in seguito ad un “contatto sociale”, a un contratto, o in assenza di entrambi, ed è dunque un esempio del metodo dell’inversione, per cui si premette una lettura precisa al lessico del testo normativo.

In giurisprudenza si è poi ritenuto che la disposizione in esame – a differenza della prima proposizione dell’art. 3, co. 1, dove si esclude la responsabilità penale – non è abbastanza forte da escludere l’impostazione contrattuale, che ben può convivere con quella extracontrattuale⁴⁷. È stata inoltre valorizzata la centralità della disposizione penalistica⁴⁸, accompa-

contratto. In definitiva questo giudicante ritiene che il registrare, nel sistema della responsabilità sanitaria, la natura residuale della funzione della clausola generale della responsabilità extracontrattuale, residuale rispetto alle multiforme manifestazioni della relazione negoziale un tempo riservate ad ambiti più limitati, non significa escluderne, come da taluni sostenuto, la funzione di primaria norma in materia di responsabilità. Il richiamo all’art. 2043 c.c. nel co. 1 dell’art. 3 della legge 189/2012 non è un richiamo al risarcimento del danno in senso lato, ma un richiamo alla fonte extracontrattuale per le ipotesi che dovessero presentarsi non collocabili dentro la dinamica del negozio giuridico. D’altra parte il legislatore ha inserito l’inciso nell’ambito della previsione della esimente penale e dunque di un fatto illecito ritenuto sempre civilmente rilevante, proprio ai sensi degli artt. 2043 e segg. c.c. Ne consegue che, ad avviso del giudicante, il pur significativo dibattito politico e il [...] confronto dottrinario sul tema non hanno ancora prodotto sul piano normativo un assestamento diverso da quello consolidato nelle ormai risalenti sentenze della Corte di Cassazione».

47 Cfr. Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, cit.: «Anzitutto, il tenore testuale della norma non è affatto chiaro in ordine alla volontà del legislatore di escludere la possibilità di qualificare in termini contrattuali le fattispecie di responsabilità in oggetto: l’aver menzionato la regola generale di cui all’art. 2043 c.c. non implica affatto che essa sia l’unica norma applicabile. E infatti, è principio pacifico in giurisprudenza che il ricorso ad un’azione di responsabilità non escluda la possibilità di ricorrere in via concorrente anche all’altra azione, secondo il noto principio del cumulo delle azioni di responsabilità (da ultimo Cass. n. 24869/2010)»; nello stesso senso, cfr. Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014 cit. nonché Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

48 Cfr. Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030 (pres. Trifone, rel. Petti), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 367 ss. con nota di CARBONE, cit. Tuttavia, la sentenza citata si pronuncia sul problema in esame solo in un *obiter dictum*, in quanto la responsabilità in questo caso si fondava semplicemente sul mancato consenso informato, dato che a causa dell’errore diagnostico non era avvenuto un «incontro di volontà efficace in relazione ad un contenuto di informazione medica assolutamente carente e fuorviante». Osserva la Suprema Corte che «[la] complessa e delicata materia della responsabilità medica [ha] indotto il legislatore ad una recente novella depenalizzatrice della responsabilità penale del medico per il caso di colpa lieve. Il riferimento è al d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 co. 1, convertito nella l. 8 novembre 2012, che esclude la responsabilità medica in sede penale, se l’ esercente della attività sanitaria si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Ma la stessa norma prevede che in tali casi, la esimente penale non elide l’illecito civile e che resta fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c., che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La novellazione, che non riguarda la fattispecie in esame, ha destato non poche perplessità anche di ordine costituzionale, in relazione all’art. 77 cost., co. 2, in quanto il testo originario del decreto legge non recava alcuna previsione di carattere penale e neppure circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati. La

gnata da un riferimento limitato al solo «obbligo di cui all'art. 2043 c.c.», che escluderebbe quindi ogni richiamo alla disciplina dei criteri di imputazione contenuta nello stesso articolo e all'onere della prova che deriva dal combinato disposto con l'art. 2697 c.c.: si tratterebbe del mero «obbligo di colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», ossia di un mero obbligo risarcitorio, la fonte del quale potrebbe dunque ben essere ancora un contratto, o un'obbligazione derivante da "contatto sociale"⁴⁹.

premessa che indica una particolare evoluzione del diritto penale vivente, per agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali, rende tuttavia evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale».

Cfr. poi Cass. civ., sez. VI, ord. 17 aprile 2014, n. 8940 (pres. Finocchiaro; rel. Frasca), in *DeJure*: «La norma del d.l. n. 158 del 2012, art. 3, co. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 189 del 2012, quando dispone nel primo inciso che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve" e, quindi, soggiunge che "in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", poiché omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., dev'essere interpretata, conforme al principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit*, nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civile. Deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale. [...] Deve, pertanto, ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)».

49 Cfr. Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196, cit.: «atteso che richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo ("obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile", che equivale a dire "obbligo di risarcimento del danno"), senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria (se non che deve tenersi "debitamente conto" del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche), non sussistono ragioni per ritenere che la novella legislativa incida direttamente sull'attuale costruzione della responsabilità medica ("diritto vivente") e che imponga un *revirement* giurisprudenziale nel senso del ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le conseguenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione. Va considerato, al riguardo, che, per quanto l'art. 2043 c.c. costituisca la norma cardine della responsabilità risarcitoria da fatto illecito, la concreta disciplina della responsabilità aquiliana è contenuta altrove (segnatamente negli artt. 2697 e 2947 c.c., in ordine alla distribuzione degli oneri probatori e al termine di prescrizione, e negli artt. 2055 e segg. c.c., in ordine alla solidarietà passiva e alle modalità risarcitorie), così come la responsabilità contrattuale trova la sua disciplina non solo nell'art. 1218 c.c., ma anche negli artt. 2946 (prescrizione decennale) e 1223 e segg. c.c. (quanto alla selezione e quantificazione dei danni risarcibili); non può dunque affermarsi che richiamare un obbligo equivalga a richiamare un'intera disciplina e deve quindi concludersi che il riferimento all'art. 2043 c.c. (si badi: non alla disciplina dell'illecito extracontrattuale, ma esclusivamente all'obbligo "di cui all'art. 2043 del codice civile") sia del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Va ulteriormente considerato che, se fosse vero che il richiamo all'art. 2043 impone l'adozione

Si osservi inoltre che il legislatore, quando ha inteso richiamare un intero sistema normativo, lo ha fatto in maniera esplicita⁵⁰. E la stessa espressione,

di un modello extracontrattuale, si dovrebbe pervenire, a rigore, alla conseguenza - inaccettabile - di doverlo applicare anche alle ipotesi pacificamente contrattuali (quali sono quelle ex art. 2330 e segg.), dal momento che il primo periodo dell'art. 3, 1° co. considera tutte le possibili ipotesi di condotte sanitarie idonee ad integrare reato (che possono verificarsi indifferentemente sia nell'ambito di un rapporto propriamente contrattuale, quale quello fra il paziente e il medico libero professionista, che in un rapporto da contatto sociale) e il secondo periodo richiama tutte le ipotesi di cui al primo periodo ("in tali casi"), senza operare alcuna distinzione fra ambito contrattuale proprio ed assimilato; non sarebbe dunque consentita la limitazione (afferzata per certa dalla citata sentenza del Tribunale di Varese) del ripristino del modello aquiliano per le sole ipotesi di responsabilità da contatto. Deve, allora, pervenirsi alla ragionevole conclusione che, conformemente al suo tenore letterale, alla collocazione sistematica e alla ratio certa dell'intervento normativo (da individuarsi nella parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario), la norma del secondo periodo non ha inteso operare alcuna scelta circa il regime di accertamento della responsabilità civile, ma ha voluto soltanto far salvo ("resta comunque fermo") il risarcimento del danno anche in caso di applicazione dell'esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito risarcitorio civile. In conclusione: l'art. 3, 1° co. l. n. 189/12 non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria (che non sarebbe neppure funzionale ad una politica di abbattimento dei risarcimenti giacché la responsabilità solidale della struttura nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassoggettati al regime aquiliano conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di "spedalità" o "assistenza sanitaria" che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente), ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire) [...].

Cfr. nello stesso senso Trib. di Cremona, 1 ottobre 2013, cit.: «Anche il richiamo all'art. 2043 c.c. non pare decisivo, in quanto l'art. 3 citato non rinvia all'art. 2043 c.c. nella sua interezza, limitandosi ad affermare che rimane fermo "l'obbligo" di cui all'art. 2043 c.c. e allora, se si scorre il testo di tale norma, ci si avvede che l'unico obbligo espressamente previsto è quello di risarcire il danno provocato. L'art. 3 dunque, nel testo coordinato con la legge di conversione, sembra piuttosto essere una norma ispirata al principio di sussidiarietà penale: dopo aver affermato infatti che in ambito penale il sanitario che abbia rispettato le linee guida accreditate non risponde per colpa lieve (ossia, in ambito penale il bisogno e la meritevolezza di pena scattano solo in caso di dolo o colpa grave), la norma si preoccupa di chiarire che, in tale caso, l'assenza di responsabilità penale non esclude la responsabilità civile e il risarcimento del danno. Oppure bisognerebbe ritenere che il legislatore, richiamando "l'obbligo" di cui all'art. 2043 c.c., avesse in mente un altro e differente obbligo, implicito nella norma, e, siccome testualmente non se ne rinvengono di diversi da quello risarcitorio, l'unico concretamente configurabile, sotteso alla responsabilità aquiliana, rimane quello del *neminem laedere*. Così interpretata, però, la norma finirebbe col dire che, anche al di fuori del penalmente illecito, rimane fermo l'obbligo generale di non ledere gli altrui interessi giuridicamente rilevanti (nella specie, la salute), ma è a tutti evidente come, aderendo ad una tale ermeneusi, la norma finirebbe con l'esprimere un concetto talmente ovvio e scontato, da svuotarla completamente di significato».

Cfr. anche Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141, cit.; Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

50 Cfr. ad es. art. 156 c.c. (Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi), secondo cui «Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti», riferendosi così direttamente all'intero complesso normativo contenuto nel Libro I, Titolo XIII del Codice, che riguarda anche norme sulla misura dell'obbligo, sull'adempimento dello stesso, sui soggetti obbligati, ecc.

per cui si mantiene «fermo l'obbligo» in precedenza previsto dall'ordinamento, viene utilizzata anche quando la disciplina previgente non viene abrogata o sostituita da una novella⁵¹.

Certo non siamo di fronte a una tecnica legislativa di grande caratura⁵², ma con l'aiuto anche dell'interpretazione della *ratio legis*, volta – come abbiamo visto – al solo mantenimento di un obbligo risarcitorio dell'esercente le professioni sanitarie quando ne si esclude contemporaneamente una responsabilità penale, possiamo conclusivamente affermare che il decreto Balduzzi non ha disciplinato affatto il titolo della responsabilità civile in questo settore⁵³.

4 Il risarcimento del danno

L'articolo in esame allora, da un punto di vista strettamente civilistico, non verte sul titolo della responsabilità, quanto invece sulla sua misura. Si tratta invero di un risarcimento che viene calcolato sulla base di due criteri. Il primo, di carattere generale, previsto dall'art. 3, co. 3, riguarda tutti i danni biologici cagionati nell'esercizio delle attività sanitarie, e comporta l'applicazione degli artt. 138 e 139 cod. ass. Il secondo, di carattere speciale, è contenuto nella terza proposizione dell'art. 3, co. 1, sulla base del quale la «condotta» dell'«*esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività [...] si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*» viene elevata in

51 Cfr. da ultimo ad es. art. 19, co. 5, lett *a-bis*), d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (in G. U. 24 giugno 2014, n. 144), convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

52 Concorda sul punto R. PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 37: «[...] è semplicemente indecoroso che un legislatore intenzionato a riformare la responsabilità del medico dipendente, scardinando la teoria del contatto sociale e azzerando quindici anni di consolidata giurisprudenza di senso contrario (da Cass., n. 589 del 1999), non sia in grado di realizzare il suo obiettivo utilizzando espressioni lessicali e costruzioni giuridiche degne di questo nome».

53 Cfr. nello stesso senso L. MATTINA, «*Legge Balduzzi: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*», in *Danno e resp.*, 2015, I, p. 66-69: «Invero, lungi dall'esprimere una preferenza per un regime di responsabilità piuttosto che un altro, il legislatore parrebbe aver semplicemente reso manifesta la volontà di non inserire una limitazione di responsabilità in ambito civile, qualora sia stata esclusa una responsabilità penale. [...] l'impressione è che [...] non si è verificato alcun superamento del tradizionale e consolidato orientamento in tema di contatto sociale. [...] Nonostante il non chiaro richiamo alla *lex aquilia*, ad oggi, non paiono ravvisabili gli elementi sui quali fondare il superamento della natura contrattuale della responsabilità del medico, con la conseguenza che, in tali ipotesi, si continueranno ad utilizzare le regole elaborate dalla giurisprudenza, nel corso degli ultimi anni, anche se non è escluso che l'evoluzione giurisprudenziale trasformi la situazione attuale».

maniera fortemente innovativa a criterio integrativo⁵⁴ di quantificazione del danno risarcibile⁵⁵.

5 L'irretroattività della normativa

Alcune delle decisioni di merito, seppur discordino tra loro sul titolo della responsabilità, hanno rilevato che l'art. 3 del decreto Balduzzi non dovrebbe avere effetti relativamente ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore⁵⁶. Accettando l'ipotesi che la disciplina in esame riguardi il risarcimento

54 Anche se non è molto chiara l'interazione con gli artt. 138-139 cod. ass., né l'effetto del criterio qui in esame.

55 Cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit., che vede in questo criterio una sorta di ammissione nel nostro ordinamento dei c.d. *punitive damages* di derivazione anglosassone: «Resta infine da sottolineare come la funzione sanzionatoria sia qui utilizzata in senso delimitativo dell'obbligo risarcitorio e non, come tradizionalmente avviene, in senso estensivo, sulla base di una concorrente evidente *ratio* di contenimento dei costi dei servizi sanitari. Infatti, il risarcimento del danno viene contenuto in considerazione della ritenuta ed accertata lievità della colpa del medico che si sia attenuto ad accreditate linee guida, mentre la limitazione non si applica non solo alle ipotesi di colpa per violazione delle linee guida ma neppure quando la colpa per osservanza sia valutata come grave. A questa conclusione sembra potersi pervenire attraverso lo stretto collegamento col periodo precedente testualmente riferito ai casi di colpa per violazione ritenuti di lieve entità e, come tali escludenti la responsabilità penale. A ben vedere la norma finisce così col costituire un ulteriore disincentivo, oltre ai numerosi già previsti, alla costituzione di parte civile nel processo penale per responsabilità medica, perché il danneggiato in quella sede non solo non può giovare degli indiscutibili vantaggi offerti dalla responsabilità contrattuale, soprattutto in riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, ma si espone anche al rischio di ottenere un risarcimento diminuito pur in presenza di un positivo accertamento della colpa del medico e di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità».

In dottrina, in senso parzialmente difforme, cfr. GORGONI, *op. cit.*, p. 179: «Quest'ultima parte della previsione non va sottovalutata, perché non solo sembra confermare che ai fini del risarcimento del danno ingiusto non rileva la gravità della condotta colposa, cioè non rileva il grado della colpa [...], ma dimostrerebbe altresì il superamento normativo del principio dell'integrale riparazione del danno: è una conseguenza logica che sembra doversi dedurre dalla congiunzione "anche", adottata nel testo, la quale implica che non solo la condotta conforme alle linee guida e alle buone prassi incide sul titolo di responsabilità [...] ma anche sul *quantum* eventualmente dovuto».

56 Cfr. tra quelle che sostengono il ritorno alla responsabilità extracontrattuale, Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, cit.: «La legge 8 novembre 2012 n. 189 stabilisce all'art. 3 che il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209. Trattasi però di norma entrata in vigore (11 novembre 2012 ex art. 16 l. 189/12) dopo che l'odierna causa è stata trattenuta in decisione (6 luglio 2012). Si reputa dunque di dovere dare continuità all'indirizzo di giurisprudenza vigente prima della modifica normativa il quale predica l'applicazione delle tabelle di liquidazione del danno biologico, elaborate dal tribunale di Milano, anche per le cd. micropermanenti, per tutti i casi di danno ex art. 2059 c.c. che consegua da un fatto illecito diverso dal sinistro stradale (Cass. civ., sez. III, sentenza 19 luglio 2012 n. 12464, pres. Segreto, rel. Lanzillo)».

del danno, si può affermare che l'art. 3, co. 3 - e dunque il riferimento alle tabelle del cod. ass. - è da ritenersi applicabile a tutti i fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore del decreto-legge, ossia il 14 settembre 2012. Per quanto attiene invece al criterio speciale di cui all'ultima proposizione del co. 1, inserito con la legge di conversione, esso è applicabile ai fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore di questa, ossia l'11 novembre 2012.

6 Conclusioni e prospettive

Il titolo della responsabilità dell'«esercente la professione sanitaria» (quindi anche del medico ospedaliero dipendente dal Servizio Sanitario Nazionale) non viene pertanto mutato dal decreto Balduzzi, che attiene invece al profilo del *quantum* risarcitorio.

Perché si superi l'attuale sistema della responsabilità contrattuale, è dunque necessaria una compiuta critica della teoria del "contatto sociale",

Cfr. tra quelle che sostengono invece la permanenza della responsabilità contrattuale "da contatto", dapprima Trib. Pisa, 27 febbraio 2013 (est. Sammarco), disponibile online sul sito di *Liderlab-Laboratorio interdisciplinare diritti e regole* della Scuola Superiore di Studi universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, cfr. https://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/home/documenti/doc_download/661-trib-pisa-27022013.html: «nel caso in oggetto, non trova applicazione la normativa di cui al recente DECRETO-LEGGE 13 settembre 2012, n. 158 convertito nella legge 189 del 2012 in ragione della irretroattività della normativa, di natura sostanziale, in esame [...]»; cfr. poi Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, cit.; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, cit.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, cit.

Anche Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit., che - come abbiamo visto - aveva avanzato un'interpretazione ancora diversa dal punto di vista sostanziale e processuale, si conforma relativamente al profilo dell'applicabilità temporale: «Venendo alla liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, va premesso che nel caso in esame non viene in considerazione l'ultimo inciso del co. 1 dell'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, perché l'inadempimento accertato posto a fondamento della domanda (la ritardata diagnosi dell'infezione articolare in atto) non ha comportato alcuna questione di osservanza di accreditate linee guida. Viceversa una questione di questo tipo si è posta in riferimento al primo profilo di inadempimento dall'attore allegato, relativo all'infezione sviluppatasi durante l'intervento chirurgico al ginocchio eseguito a Bergamo il 23.10.2007 in riferimento al quale, però, la domanda è stata respinta. Precisato quindi che la liquidazione del danno deve avvenire secondo gli usuali criteri, l'attore ha invocato le più favorevoli tabelle milanesi, mentre i convenuti, anche attraverso l'espresso richiamo del cit. art. 3, co. 3 d.l. n. 158 del 2012 (che dispone: "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al co. 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tenere conto della fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo") hanno ritenuto applicabili le meno generose tabelle per le c.d. micro permanenti previste dall'art. 139 cod. ass. Ritiene questo Giudice di dover aderire a questa seconda soluzione, pur dovendosi convenire, con la difesa dell'attore, che il cit. art. 3, co. 3 non può trovare in senso proprio applicazione al caso in esame *ratione temporis* perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di applicazione retroattiva (cfr. art. 11, co. 1 delle preleggi) e, pertanto, a danni verificatisi prima della sua entrata in vigore».

che se nella giurisprudenza è solo agli albori⁵⁷, vede sviluppi oramai diffusi nella dottrina⁵⁸, dove si evidenziano innanzitutto le carenze di fondamento positivo di tale categoria⁵⁹. Chi, pur manifestando intenti conservativi, con-

57 Questo tentativo è operato ad esempio da Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «[...] al più nella legge istitutiva del S.S.N. potrebbe eventualmente individuarsi la fonte delle obbligazioni gravanti sulle strutture (pubbliche e private) inserite nel variegato servizio sanitario ma non certo di obbligazioni verso il paziente direttamente gravanti sul singolo medico, inserito a vario titolo (come dipendente o collaboratore esterno) in complesse strutture - che autonomamente organizzano le risorse ed i mezzi di cui dispongono - presso le quali viene di solito in contatto con gli utenti solo perché ciò è insito nell'espletamento delle sue mansioni lavorative (al pari di quanto avviene ad altri dipendenti o collaboratori di pubbliche amministrazioni o di soggetti privati che erogano servizi pubblici). Tant'è vero che per circa vent'anni dopo l'istituzione del S.S.N. la giurisprudenza (sino alla sentenza della Cassazione n. 589 del 1999) ha continuato a qualificare extracontrattuale la responsabilità del medico ospedaliero per i danni arrecati ai pazienti (vd Cass. 13/3/1998 n. 2750 e Cass. 24/3/1979 n. 1716), senza mai ravvisare nella legge 833/1978 la fonte di un'obbligazione 'legale' ex art. 1173 c.c. in capo al singolo medico che ha eseguito la sua prestazione in virtù del rapporto organico con la struttura sanitaria. [...] Né, come detto, la teoria del "contatto sociale" applicabile al medico (non legato al paziente da alcun rapporto contrattuale) sembra discendere come doveroso precipitato dalla legge 833/1978, che può al più costituire la fonte di un obbligo per le strutture sanitarie (pubbliche o private convenzionate) di erogare le prestazioni terapeutiche e assistenziali ai soggetti che si trovano nelle condizioni di aver diritto di usufruire del servizio pubblico. Che tali prestazioni vengano poi necessariamente rese attraverso il personale dipendente o comunque a vario titolo inserito nella struttura del S.S.N. non sembra affatto implicare (come inevitabile corollario) di dover ravvisare in capo a ciascun operatore sanitario una distinta ed autonoma obbligazione avente fonte legale e, quindi, di dover necessariamente ritenere responsabile ex art. 1218 c.c. l' esercente la professione sanitaria per i danni che derivano dal suo inadempimento. La legge 833/1978 non consente di ravvisare un'obbligazione legale (ex art. 1173 c.c.) in capo al singolo medico "ospedaliero", il quale si trova normalmente ad eseguire la sua prestazione in virtù del solo rapporto giuridico che lo lega alla struttura sanitaria nella quale è inserito, come sembra aver avuto ben presente il legislatore del 2012 nel momento in cui, in relazione alla responsabilità risarcitoria dell' esercente una professione sanitaria, ha ritenuto di far richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.».

Contra però sul medesimo punto, cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit.: «In effetti, come autorevolmente è stato evidenziato, il legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni e, in particolare, sull'art. 1173 c.c. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche «ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» e non è minimamente discutibile, da un lato, che anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. e, dall'altro, che, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978) sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico. Sotto questo profilo la giurisprudenza del c.d. "contatto sociale" si giustifica perfettamente senza la necessità di avallare finzioni in ordine alla conclusione di un contratto, in realtà inesistente, perché l'obbligazione di cura ha comunque fonte legale».

58 Si legga dapprima A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakt (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

59 Cfr. ancora A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, p. 351: «È chiaro [...] come la semplice

divide la necessità di individuare per il “contatto sociale” più solide basi di diritto positivo⁶⁰, giunge comunque al suo superamento nel caso della responsabilità del medico ospedaliero, il quale agirebbe come ausiliare della struttura ospedaliera, ai sensi dell’art. 1228 c.c.: il sanitario tornerebbe così a rispondere a titolo extracontrattuale per i propri «fatti dolosi o colposi»⁶¹,

circostanza che un “contatto sociale” interessi beni costituzionalmente protetti non sia sufficiente per qualificarlo come fonte di obbligazioni. Se tanto fosse vero, si dovrebbe ravvisare un “contatto sociale” fonte di obbligazioni anche nel caso in cui, per fare solo un altro esempio concernente sempre il bene della salute, un diverbio sia sfociato in un’aggressione dalla quale siano derivate lesioni all’integrità fisica. Con la conseguenza che la responsabilità extracontrattuale, sia pure attraverso il “filtro costituzionale”, potrebbe poco alla volta finire per essere ridotta ad un contenitore vuoto, e per risultare nella sostanza espunta dall’ordinamento, pur continuando, la relativa disciplina, a fare parte di quest’ultimo, ciò che non è, evidentemente, accettabile».

60 Cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 113: «Va, quindi, chiarito in che debba consistere il contatto sociale che può creare i doveri di protezione. Il contratto, l’obbligazione, la trattativa sono espressamente qualificati dalle norme come ambiti nei quali opera il principio di buona fede che si concretizza nei doveri di protezione. Anche altre ipotesi possono meritare tale qualificazione pur in difetto di una norma espressa, in quanto l’art. 1173 si contenta di una più blanda “conformità all’ordinamento”, e tuttavia è necessario argomentare su basi normative che un “contatto sociale” di un certo tipo sia fonte di un’obbligazione. I “contatti”, cui la vita di relazione ci espone, insomma, sono infinitamente vari; ci proponiamo qui di individuare un qualche criterio che permetta, anche unificando nel profilo in esame figure per il resto diverse, di stabilire quali di essi facciano nascere in capo a soggetti, in conformità dell’ordinamento giuridico, un vero e proprio dovere di reciproca protezione, la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale».

Lo stesso richiamo si legge in Trib. Milano, sez. I civ., 2 dicembre 2014, n. 1430 cit., p. 170: «[...] non può sottacersi che l’elaborazione della responsabilità contrattuale nei confronti del medico dipendente sulla base del contatto è stata oggetto di riesami e approfondimenti che sono rimasti privi di un sicuro esito, permanendo in parte della dottrina e nella pubblicistica una difficoltà nel ricondurre il “contatto” nell’ambito delle fonti dell’obbligazione ex art. 1173 c.c., giacché, ivi è sicuramente fatto riferimento ad una ipotesi “aperta”, costituita dal richiamo ad “ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo”, ma pretendendosi una riconducibilità di esso ad una previsione ordinamentale, che - nel nostro sistema - non può che essere di diritto positivo».

61 F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 150-154: «[...] il terzo che adempie in luogo del debitore ex art. 1180 entra in un “rapporto di protezione” con il creditore a prescindere dal suo *status* (e quindi dall’affidamento che può essere stato destinato dalla sua particolare qualificazione professionale), e solo in quanto l’esecuzione in fatto della prestazione espone le rispettive sfere giuridiche ad un rischio specifico. La tutela contrattuale, quindi, spetta anche se l’esecutore della prestazione non dovuta non ha alcuna particolare qualificazione, che abbia potuto destare uno specifico affidamento: il dovere di protezione non è in questo caso un’obbligazione da *status*, e nasce a prescindere da un particolare affidamento che il creditore abbia potuto nutrire nel terzo che adempie, ma piuttosto dal fatto oggettivo che l’esecuzione della prestazione espone la sfera del creditore ad un rischio particolare. Se lo *status* non è rilevante nel caso dell’adempimento del terzo, vi è da chiedersi perché dovrebbe assurgere ad elemento qualificante con riferimento alle prestazioni eseguite dagli ausiliari. [...] Si comprende bene che ogni creditore confida legittimamente non solo nell’organizzazione del debitore, ma anche nelle capacità personali dell’esecutore materiale (sia questi il debitore o un suo ausiliario), di modo che appare molto difficile distinguere i casi in cui l’affidamento è tutelabile da quelli in cui non lo è. Si tratta, dunque, di stabilire in generale se il principio,

ferma restando la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. Tale ricostruzione apre una strada interpretativa nuova - al momento ignorata dalla giurisprudenza - che ha il pregio di collocare la prestazione del professionista nel contesto dell'organizzazione di un servizio complesso, con maggiore aderenza alla realtà attuale⁶².

Più in generale, appare poi opportuna una rivisitazione dell'impian-

per cui chi esegue una "prestazione" deve proteggere l'*accipiens* anche se quest'ultimo non è suo creditore, vale anche quando l'esecutore materiale agisce come ausiliario del debitore. A tal fine bisogna anzitutto considerare che originariamente il patrimonio del debitore-imprenditore è più capiente di quello dell'ausiliario; e che inoltre il primo è maggiormente in grado, rispetto al secondo, di gestire razionalmente il rischio degli incidenti, attraverso la propria organizzazione di impresa ed eventualmente l'assicurazione. Ed ancora, spesso il rischio di eventi dannosi dipende proprio dall'organizzazione, più che dalla condotta del singolo, di modo che può essere difficile considerare separatamente - ma ad identico titolo contrattuale - la responsabilità del singolo rispetto a quella dell'organizzazione. Vi sono, quindi, buoni argomenti di "politica del diritto" che suggeriscono di concentrare la responsabilità contrattuale in capo al debitore: l'estensione di essa all'ausiliario non aumenta significativamente il livello di tutela del creditore; il rischio risulta meglio allocato in capo a chi maggiormente è in grado di gestirlo. Il debitore, poi, risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art. 1228 c.c.). A questa norma è stato correttamente attribuito il significato di rendere contrattuale una responsabilità, per la violazione degli obblighi di protezione materialmente commessa dagli ausiliari, che altrimenti si fonderebbe sull'art. 2049 c.c.; mentre l'art. 1228 non si riferirebbe all'ordinaria responsabilità da inadempimento "perché la necessità che il debitore risponda dell'inadempimento, sia esso dovuto a fatto proprio o degli ausiliari, è principio che coincide col concetto stesso di obbligazione". Anche l'art. 1228, quindi, indica che l'ordinamento considera la condotta dannosa degli ausiliari alla stregua di un fatto illecito aquiliano, di cui però il debitore deve rispondere a titolo contrattuale: egli, infatti, è gravato di un vero e proprio obbligo di protezione, mentre i suoi ausiliari non lo sono. Ed in conclusione, sembra di poter affermare che l'esecuzione in fatto di una prestazione, anche se non dovuta, dà luogo a responsabilità contrattuale per i danni solo quando è fatta in nome proprio, quando cioè l'*accipiens* non ha di fronte a sé un altro soggetto (un debitore, o anche un terzo che si avvalsesse di ausiliari per eseguire la prestazione in luogo del debitore) che risponde a quel titolo».

62 *Contra*, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 195-196: «[...] la forma giuridica non può essere strumento di mistificazione della realtà. Tale essa sarebbe nella specie, ove si volesse affermare che agli obblighi imposti dal proprio stato professionale il medico sia tenuto nei confronti dell'ospedale, in forza del contratto che a questo lo vincola, e non nei confronti del paziente per l'assenza di un vincolo contrattuale con esso. Nei termini ora ipotizzati la forma giuridica stravolgerebbe la relazione mezzi-fini che è sottesa al rapporto tra la struttura ospedaliera e il medico dipendente: una relazione che, dal punto di vista di colui che domanda di essere curato, mette la struttura ospedaliera al servizio delle prestazioni professionali che, in maniera individuale o in squadra, vi si esplicano. [...] l'opera intellettuale medica rimane il nucleo qualificante della prestazione sanitaria, pur quando questa si svolga nella cornice di una struttura ospedaliera. Se così è, costituirebbe una vera e propria mistificazione della forma giuridica affermare che nei confronti del paziente sia tenuto *ex contractu* solo l'ospedale, perché in realtà unico obbligato alla prestazione, equiparando l'opera che qualifica l'intero rapporto nei confronti del reale interessato, quella del medico, ancora una volta alla condotta di un passante, le cui modalità di svolgimento siano indifferenti fin quando non diano causa a un danno».

to - quasi assimilabile a una "responsabilità assoluta"⁶³ - che ha assunto l'intero settore del danno iatrogeno ad opera dei formanti dottrinali e giurisprudenziali. Tale compito non è stato e, forse, non poteva essere svolto dal legislatore, il quale ha dimostrato nella vicenda i limiti della sua capacità, sicché piuttosto un lavoro di revisione critica può essere effettuato meglio dai formanti culturali del sistema⁶⁴.

Infatti, se si vuole valutare l'impatto dell'art. 3 del decreto Balduzzi, si osserva che esso non ha le qualità necessarie per raggiungere lo scopo di diminuire le spese del comparto sanitario. Il decreto può contribuire infatti solo parzialmente alla diminuzione delle pratiche della medicina difensiva, poiché escludendo solo la responsabilità penale - e limitatamente ad alcuni casi di colpa lieve - lascia che i medici fronteggino ancora il problema della responsabilità civile, e quindi *de relato* degli

63 L'obbligazione del medico è ricondotta a volte a quella "di mezzi" - cfr. ad es. Cass. civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1002 ss., con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria* - a volte a quella "di risultato" - si veda Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1981 ss., con nota di BARNI, *Sulle obbligazioni del medico: acrobazie e astrattezze giurisprudenziali*. Tale inquadramento risulta per altro secondario, una volta che la stessa giurisprudenza ha alleviato l'onere di allegazione dell'attore - cfr. Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 34 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?* - e ha applicato - con Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, *ibidem* - la regola sull'onere della prova della responsabilità contrattuale sancita dalla celebre sentenza Cass. civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, n. 13533. Tale assetto è quello sostanzialmente riportato nella giurisprudenza dominante, si veda Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093, in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, III, p. 1596 ss.; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15993, in *Resp. civ. prev.*, 2012, II, p. 641 ss.; Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Danno e resp.*, 2009, p. 418 ss.; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564, in *Danno e resp.*, 2012, p. 883 ss., con nota di BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*.

In senso in qualche modo differente da tale consolidato sistema di responsabilità si sono pronunciate invece Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 867, in *Rass. giur. san.*, 2009, p. 299 ss.; Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1653 ss., con nota di BONA, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 525 ss., con nota di TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Trib. Bari, 8 luglio 2009, n. 2300, in *DeJure*; Trib. Udine, 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, VII-VIII, p. 1600 ss., con nota di GORGONE, *Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento*.

In dottrina si legga la nota critica di BARBARISI alla citata sentenza Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 883 ss. e le osservazioni di E. CARBONE, *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, IV, p. 1330 ss.

64 Nello stesso senso si veda R. PUCCELLA, *op. cit.*, p. 38: «Ma la natura della responsabilità può essere determinata per legge? Può l'art. 3 della legge Balduzzi cancellare la teoria del contatto sociale trasformando la responsabilità del medico in una "responsabilità del passante o del chiunque"? In realtà questo risultato appare sovradimensionato rispetto all'obiettivo da cui il legislatore sembrerebbe animato».

ingenti premi assicurativi, per cui c'è da aspettarsi che i professionisti non muteranno significativamente il loro atteggiamento operativo. Certo vi potrebbe essere un effetto di diminuzione del *quantum* risarcitorio, ma non del numero delle condanne.

Per la verità, poiché il decreto Balduzzi non incide sulla responsabilità della struttura ospedaliera, che resta contrattuale, non si rivelerebbe economicamente efficiente neppure un'interpretazione volta a rendere extracontrattuale quella del medico, come è stato giustamente rilevato in dottrina⁶⁵. Da ciò deriverebbe ad esempio una differenza dell'onere della prova⁶⁶ all'interno dello stesso procedimento⁶⁷. E in secondo luogo, resterebbe invariata la situazione di quel convenuto - la struttura sanitaria, anche quella afferente al Servizio Sanitario Nazionale, e, *de relato*, la generalità

65 Cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 156: «[...] il Servizio sanitario nazionale continua a rispondere a titolo contrattuale, senza alcun presumibile risparmio di spesa né pregiudizio per le ragioni risarcitorie dei pazienti».

66 Peraltro, normalmente si fa ricorso alla Consulenza Tecnica d'Ufficio, il che comporta - specificamente nell'ambito medico - una serie di problematiche relative all'onere della prova. Secondo Cass. civ., SS.UU., 4 novembre 1996, n. 9522: «Come è noto, l'art. 61 c.p.c. consente al giudice di farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. Il consulente è dunque un ausiliario tecnico del giudice e lo assiste nei suoi compiti di acquisizione e di valutazione delle prove. Come è stato detto, non si pone di fronte al giudice, ma collabora con esso, accanto ad esso, per assisterlo e consigliarlo nel campo della propria particolare esperienza. Nella pratica, tuttavia, il giudice spesso affida al consulente il compito di svolgere le indagini da solo. Si dice che in tali casi la consulenza degrada a mera perizia, anche se permane pur sempre la possibilità da parte del giudice di chiedere al consulente in udienza o in sede decisoria chiarimenti orali. Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova (Cass. 31 marzo 1990 n. 2629; Cass. 4 aprile 1989 n. 1620; Cass. 19 aprile 1988 n. 3064)». La Corte poi precisa: «Naturalmente ciò non significa che le parti possano sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. È necessario, invece, che la parte deduca quanto meno il fatto che pone a fondamento del proprio diritto; che il giudice ritenga che il fatto sia possibile, rilevante e tale da lasciare tracce accertabili o, comunque, da poter essere ricostruito dal consulente; che l'accertamento richieda cognizioni tecniche che il giudice non possiede oppure che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino il giudice dal procedere personalmente all'accertamento (si pensi a un giudice affetto da daltonismo ovvero all'ispezione corporale prevista dall'art. 260 cod. proc. civ.); che il consulente indaghi sui fatti prospettati dalle parti e non su fatti sostanzialmente diversi».

Il Lettore sa già però con che genericità tale allegazione è ammessa in ambito di responsabilità medica, cfr. *supra*, nota 63.

67 Ciò spiega ad es. perché, come abbiamo già osservato *supra*, nota 29, Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo) è stata costretta ad affermare l'applicabilità dell'art. 2043 non solo al medico che esercita all'interno di una struttura sanitaria, ma anche a questa, non essendo per il Giudice ipotizzabile «un diverso regime di responsabilità tra il medico e la struttura».

dei contribuenti – sicuramente dotato di maggiore “solvibilità” rispetto al proprio dipendente⁶⁸.

Forse sarebbe più importante allora ripensare al concetto di inadempimento della prestazione sanitaria, nonché a come accertarlo in sede giudiziale. Da questo punto di vista, il decreto Balduzzi suggerisce l'utilizzo delle linee guida e delle buone pratiche delle professioni sanitarie quale possibile ausilio per l'interprete, e una parte della giurisprudenza⁶⁹ sembra aver colto questo invito.

68 Cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013, cit.: «Peraltro, si è segnalato che il superamento della teoria del “contatto sociale” (e della relativa disciplina giuridica che ne consegue in termini di responsabilità risarcitoria) in relazione al medico inserito in una struttura sanitaria e che non ha concluso nessun contratto con il paziente, non sembra comportare un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale della persona (qual è quello alla salute): in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà infatti ragionevolmente portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria».

69 Cfr. in particolare Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, cit.: «Come si vede un'importanza notevole nella ricostruzione giurisprudenziale ha assunto il concetto di *standard* curativo, o linee guida, il cui rispetto costituisce il contenuto primario dell'obbligazione del sanitario. Per linee guida poi devono intendersi, secondo la definizione che ne è stata fornita dall'*Institute of Medicine* degli Stati Uniti nel 2011, quei documenti che contengono raccomandazioni finalizzate ad ottimizzare l'assistenza del paziente, fondate su una revisione sistematica delle prove di efficacia e su una valutazione di benefici e danni di opzioni assistenziali alternative. Per essere valide quindi le linee guida debbono:

- essere fondate su una revisione sistematica delle prove di efficacia disponibili;
- essere approntate da un gruppo multidisciplinare di esperti [...] e rappresentanti dei vari gruppi interessati;
- prendere in considerazione sottogruppi rilevanti di pazienti;
- basarsi su un processo esplicito e trasparente, che riduca al minimo le distorsioni, i *bias* e i conflitti di interesse;
- fornire una accurata illustrazione delle relazioni logiche tra opzioni assistenziali alternative ed esiti per la salute; essere riconsiderate ed aggiornate.

Ne discende che, in linea di massima, il sanitario, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che il caso del paziente rientrava tra quelli considerati dalle linee guida prescelte e applicate (o dal sottogruppo considerato), ovvero, in caso di anomalie e specificità, dimostrare la loro irrilevanza ai fini del trattamento, oppure di averne tenuto debitamente conto, adeguando le linee guida al caso di specie. Laddove tali prove siano fornite e l'intervento non abbia avuto successo, il sanitario andrà esente da colpa; lo stesso dicasi nell'ipotesi in cui si siano verificate delle complicità proprie, ossia complicità note alla scienza medica come possibili e tipiche di un determinato intervento, essendovi sempre un certo tasso di insuccessi. Per contro, laddove non sia fornita la prova liberatoria, potranno imputarsi al sanitario sia l'insuccesso (mancata guarigione), che le complicità proprie. I casi più delicati sono quelli nei quali le linee guida siano state rispettate, ma si siano verificate complicità improprie e atipiche e/o proprie, ma in maniera del tutto inadeguata o sproporzionata. In passato in tali casi l'affermazione di responsabilità del sanitario poteva essere fatta sulla base appunto del fatto che, essendo il risultato del tutto inatteso, ciò era indice (e prova presuntiva) del fatto che la prestazione era stata inadeguata, in quanto le leggi scientifiche, sulle quali la medicina si fonda, non prevedono l'atipicità, sicché la presenza di esiti abnormi comprovava che la linea guida seguita non era quella corretta e appropriata al caso specifico o si sarebbero dovute adottare cautele ulteriori, in relazione alle peculiarità

del caso specifico, muovendosi negli spazi lasciati vuoti dalle linee guida (che non possono prevedere tutto, essendo frutto di una generalizzazione delle regole, seppure per sottogruppi di pazienti) o anche abbandonando le stesse se necessario. Ora l'art. 3 si inserisce coerentemente in tale contesto e, avendo presente i principi giurisprudenziali sopra esposti, va ad impattare proprio sull'ultima delle implicazioni, ossia sul rischio delle concause ignote. Più in particolare essa comporta che, laddove si verifichi una complicità, malgrado il rispetto delle linee guida, dovrà essere il danneggiato a provare che l'esito infausto dell'intervento è dipeso dal fatto che il sanitario, in presenza di certe specificità del caso concreto, avrebbe dovuto scostarsi dalle linee guida e operare diversamente, oltre ovviamente alla prova che tale diversa condotta sarebbe stata salvifica. Premesso infatti che la norma impone di tener conto del rispetto delle linee guida nella determinazione del risarcimento del danno, ossia nell'*an* (non nella determinazione del danno risarcibile, ossia nel *quantum*, il che avrebbe reso la norma latamente sanzionatoria), può osservarsi come essa non si occupi del caso in cui non siano rispettate le linee guida, laddove parrebbe data per implicita la responsabilità (con un evidente arretramento di tutela per il sanitario, in quanto le specificità del caso concreto possono a volte imporre l'assunzione di una condotta differente - salvo ritenere che la norma non si occupi di questo caso). Essa disciplina invece l'ipotesi in cui, malgrado il rispetto dello standard curativo specifico, l'intervento non abbia avuto successo, o si sia verificato un esito infausto o inatteso. In tali casi, dovendo ora il giudice tenere conto del rispetto delle linee guida, al sanitario rimarrà l'onere della prova di aver rispettato lo *standard* curativo della sottoclasse nella quale può essere fatto rientrare il paziente, a quest'ultimo spetterà la dimostrazione che il proprio caso presentava delle specificità che avrebbero reso opportuno adottare cautele o condotte non previste dalle linee guida, ma imposte dall'esperienza o dalla prudenza, previa dimostrazione ovviamente che esse avrebbero condotto ad un risultato diverso e migliore. In tali casi il sanitario potrà essere chiamato a rispondere penalmente solo laddove risulti in maniera patente che si sarebbe dovuta tenere una condotta ulteriore o diversa, una sorta di sindacato esterno, mentre in ambito civile l'indagine potrà spingersi più all'interno dell'uso che il sanitario abbia fatto della propria discrezionalità. Perché proprio la discrezionalità sembra essere l'oggetto finale e ultimo delle attenzioni del Decreto Balduzzi: si vuole che il medico si attenga alle linee guida (ovviamente quelle specifiche per il tipo di paziente), ma non si vuole negare il carattere eminentemente intellettuale della professione sanitaria, in relazione al fatto che poi, al di là delle classi, ogni individuo è diverso dall'altro, e qui entra in gioco l'esperienza e il contenuto propriamente intellettuale della prestazione medica, essendo rimesso al sanitario valutare le specificità del caso concreto o le variabili che possono presentarsi in corso d'opera e adottare gli accorgimenti di volta in volta più appropriati, muovendosi negli spazi lasciati liberi dalle linee guida e/o anche al di fuori di esse, se ciò sia consigliabile. Ma in tal modo è evidente che si entra nell'ambito della discrezionalità, la quale può essere sanzionata solo laddove sia fornita la prova rigorosa che la condotta sarebbe stata salvifica ed era concretamente esigibile. È lo stesso motivo per cui, nelle operazioni non routinarie, il sanitario è chiamato a rispondere solo per dolo o colpa grave: non essendovi linee guida, tutto è rimesso alla sua discrezionalità, la quale può essere sanzionata solo quando appaia manifestamente mal spesa. La norma poi sembra ritagliata più che altro sulla responsabilità omissiva. In caso di responsabilità commissiva infatti, se, pur nel rispetto delle linee guida, si verifica un danno iatrogeno, o esso rientra tra le complicità proprie, oppure vi è colpa, dovendosi supporre, in caso di complicità impropria, che una manovra sia stata eseguita in modo incongruo o inappropriato (se poi il danno sia stato causato da una difficoltà inaspettata, dovrà valutarsi se essa fosse prevedibile sulla base di un corretto *screening* preoperatorio del paziente e se fosse evitabile)».

Cfr. anche Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196, che colloca l'utilizzo delle linee-guida per la pratica medica all'interno del giudizio sulla colpa, sforzandosi di ricercarne un fondamento normativo nel terzo periodo del co. 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, il quale «precisa, poi, che nella "determinazione del risarcimento" deve tenersi debitamente conto della condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche (condotta rilevante, più propriamente, nell'accertamento dell'obbligo di risarcimento, mentre l'espressione "determinazione del risarcimento" rimanda piuttosto alla quantificazione dello stesso, ossia ad un momento che presuppone la già avvenuta affermazione della responsabilità, al quale è dunque estranea

ogni ulteriore valutazione della condotta del sanitario)», sottolineando «la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)». Il Tribunale di Arezzo sembra dunque ritenere che la valenza logica delle *clinical practice guidelines* all'interno del ragionamento giurisprudenziale sulla colpa nella condotta del medico deve prevalere sulla lettera della legge Balduzzi, che invita ad utilizzarle - almeno in sede civile - solo ed esclusivamente per quantificare il risarcimento del danno. Cfr. nel medesimo senso Trib. Bari, sez. III, 14 febbraio 2014 (est. Agnino), in *DeJure*.

Per vero, il ruolo delle linee guida per la pratica clinica e delle buone pratiche nell'accertamento della responsabilità civile del sanitario non era così chiaro in passato, come afferma anche nello stesso senso Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141, cit.

Anche secondo Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, cit. le regole tecniche assumono un ruolo di primo piano nel ragionamento del giudice, il quale da un lato ammette che «in coerenza con gli studi della dottrina, è ormai pacifico che anche da un intervento eseguito a regola d'arte possano discendere risultati insoddisfacenti», dall'altro però spiega che tali risultati avvengono «in particolare, in ragione dell'omessa adozione, da parte del medico, di specifiche cautele che le *condiciones rebus sic stantibus* imponevano». Peraltro, nel caso di specie la condotta del medico che viola le regole dell'arte viene ricondotta dal Tribunale di Varese al concetto di imprudenza e non di imperizia.

Fa in parte uso delle linee guida anche Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

About The Commons The Case Study of Mondeggi

Chiara Angiolini

(Dottoranda di ricerche in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Studies on commons management have attempted to outline alternatives to private property that are founded upon and shaped by the community they affect. The Mondeggi “farm without owners” case tells the story of a property of approximately 200 hectares in size. The property is now owned by a local public authority (Provincia di Firenze). By means of a committee-based governing model, the local community aims to promote inclusive management of the farm while creating jobs, fostering the spread of “farmers’ expertise”, and promoting biodiversity. This study considers the economic sustainability of this good management model as well as the legal mechanisms which clearly define an open community that does not exercise exclusive rights over the goods it manages. It also examines the crucial relationship between those who enjoy and manage a certain good and those who formally own it. This project represents an excellent case study for examining common goods as well as the opportunities offered and risks posed by open, inclusive horizontal good management approaches that bear in mind the financial needs of community members. As far as the relationship with public institutions is concerned, the “farm without owners” allows the management committee and local community to work hand in hand while pursuing common, sustainable goals.

Summary 1. Introduction. – 2. The Mondeggi Case. – 3. The Community. – 4. Good management: collective enjoyment and access. – 5. Economic sustainability. – 6. Conclusion.

1 Introduction

Research on the commons focuses – also – on how the community is defined, goods are managed, and the economic sustainability of these goods is guaranteed.

Bearing in mind the work of Elinor Ostrom¹, some Italian legal theo-

This work is based on my speech at the 3rd IASC European Meeting, ‘From Generation to Generation’, 16-19 September 2014, Umeå, Sweden.

1 E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

rists² have considered issues related to how the community is identified, how people are included in or excluded from this community, and whether this community can effectively 'care for' a given good.

The Mondeggi case serves as an interesting example for examining these issues. In particular, it provides an excellent backdrop for considering the relationships among the community members as well as the benefits they aim to derive from a specific good - in this case, the Mondeggi farm.

2 The Mondeggi Case

In 1964, *Provincia di Firenze* purchased the Mondeggi farm, a plot of land near Florence, with an extension of approximately 200 hectares that has always been used for agricultural purposes.

Due to a series of financial problems, the government-owned company responsible for managing the property ceased doing so, leaving the farm mainly unused since 2009.

The Italian *Genuino Clandestino* movement became interested in the management and utilization of the land as a common good in 2013. In collaboration with local communities and with students, farmers and activists, the movement's local committee, called *Terra Bene Comune*, mapped out several proposals for managing the farm. The committee also drafted a "Charter of Principles and Intentions"³ which described its goals for and approaches to managing the property and the broader Mondeggi area.

Through an open, participative process, the "*Comitato verso Mondeggi Bene Comune*" was established. The Committee opposed privatization suggesting that the farm had to be run as a commons, a project which would create a significant number of jobs and promote the spread of "farming expertise," with a particular focus on biodiversity.

In order to raise awareness about the project, the Committee hosted numbers of initiatives at the Mondeggi farm, including a three-day campaign of discussions and debates in June 2014. Soon thereafter, some Committee members decided to start living on the property, reclaiming the land for the community and beginning to farm it again.

The public administration's view of the Committee is particularly complex. The Mondeggi farm is located in the municipality of Bagno a Ripoli,

2 P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, 1977; M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M. R. MARELLA (editor) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Bologna, 2013.

3 The full text of the charter is available (in Italian) at: <http://tbcfirenzemondeggi.no-blogs.org/carta-dei-principi-e-degli-intenti/>.

whose held a dialogue with the Committee and suggested that transferring the land to private ownership would be an option of last resort. However, *Provincia di Firenze* – the owner of the property – stated that it wished to transfer the land to private ownership. Consequently, the Provincia published invitations to tender for the sale of the land, but no bids were submitted and the land has remained public owned⁴.

3 The Community

The Mondeggi case presents a compelling study for considering key issues in research around the commons – namely, the community and the relationships between those who comprise and manage it.

The commons have been studied through the lens of various legal theories. In a first perspective⁵ the commons are thought as including the entire human community, whereas in another⁶ the commons are defined more narrowly, in terms of the more limited group of people who comes into direct relation with a specific “good”.

This second approach is particularly interesting, since it allows the community to actively manage a specific good. However, it also requires a precise definition of who these people are. Through the analysis of the Mondeggi case, we can try to shed some light on these issues.

First and foremost, the way in which the community is defined is closely tied to the benefits these parties hope to derive from a given good and therefore the way in which this good is or can be utilized.

In the Mondeggi case, the good is the land, and the organization of the community is influenced by the type of good that has to be managed. However, the relationships between how this group of people has been created and how the good can be used are not clear; in fact, they depend on the aims and approaches of the users. As Marella notes, the community is «based on pre-existing social links of solidarity or links which will be established depending on how the common good is enjoyed»⁷.

Defining this body is a complex theoretical issue, and of course, this process should not be addressed using an oversimplified or reductionist approach. That said, in this case it is clear that the specific characteristics

4 The last tender was published on 13 October 2014.

5 S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Bologna, 2013.

6 M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. MARELLA (editor). *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*. Verona, 2012; E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

7 M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. MARELLA (editor). *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*. Verona, 2012, p. 21.

and goals related to this good – a farm that will be used to promote environmental sustainability – play a key role in shaping how it is managed. This can be seen both in the time-related management issues – farming is tied to the growing seasons – and in the place in which the group organizes itself and the management of the good.

It should be considered that there could be a risk that the community doesn't allow non-members to have access to the good. In the theory of the commons these communities are called 'gated communities'; this particular risk is well established in Italian legal theory, which reflects a long tradition of collective farming rights⁸. These rights, however, have often been – and still are – exclusively attributed to a strictly defined body. In this scenario, the Mondeggi experience is particularly interesting. There are two bodies that enjoy close ties with one another, yet were formed based on different criteria and are in constant dialogue with one another. In fact, the good is managed by two different assemblies – the *Assemblea di Fattoria*, comprised of those farming the land, and the *Assemblea Plenaria Territoriale*, which includes the local community, broadly defined to include all people who live and reside in the area surrounding the farm, and people who is interested in using the area. The Farm Assembly drafts proposals and makes decisions about how the good will be managed, whereas the Plenary Assembly can provide advice and suggest changes to these decisions. Close ties are therefore forged between the local community and the people who takes care about the area, two groups which sometimes – but not always – do overlap.

Consequently, the fact that there are different communities managing the area and the ways in which these groups interact with one another therefore serves to decrease the risk that those who are not part of the community might be excluded from enjoying this good.

4 Good management: Collective enjoyment and access

As noted earlier, the *Comitato verso Mondeggi Bene Comune* began to farm part of the Mondeggi land in accordance with the principles set out in the "Charter of Principles and Intentions". The Charter stipulates that Mondeggi residents will engage in «family farming focused on food self-sufficiency using methods typically used on small farms» and will do so «alongside those who do not live at Mondeggi, but wish to work to-

⁸ The rights to "usi civici" and collective ownership pertained to some areas of Italy, and to some extent, still do. For an introduction to this issue, see F. Marinelli, *Gli usi civici* (voce), in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Edited by A. Cicu, F. Messineo and L. Mengoni and continued by P. Schlesinger. Milan, 2013; and P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, 1977.

gether to gradually reduce their ecological footprint. All of these people shall make up the *Fattoria senza padroni* (Farm without owners)».

This confirms that this good shall be used to farm. The risks that a public owned good – considered commons – might be used for private purposes (albeit simply for food self-sufficiency) seem to be at least partially limited. In fact, the “Charter” notes that the Farm Assembly will «establish how the farm is run, using a system of rotating managers, and be responsible for determining how work is structured, resources are allocated and the land is farmed». Consequently though family units or individuals farm the land, it is managed through collective approaches.

Interestingly, also those who do not farm the land have the right to utilize it. The Charter «guarantees that the entire community shall be able to make use of the water, forests and historical trails»⁹ in order to «progressively reclaim the site’s cultural values». It also states that a “farm school” will be established in order to ensure that «know-how and best practices are passed on for free»¹⁰.

Furthermore, part of the land should be earmarked for the community at large. Community orchards and gardens will be set up on these plots. In addition, a community nursery should be built to grow organic plants and raise farm animals.

The good is therefore managed by means of a tripartite structure: by the families and individuals who live in the land and farm it, by the people who tend part of the land without living in it, and by the plenary assembly which ensures that all those wishing to access the land and enjoy some of the benefits deriving from it will be able to do so at no cost whatsoever.

The way a person ‘cares for’ the good and the role he plays in managing and enjoying it is also of interest. In fact, the differences in the degree to which these three groups manage the good have an impact on the degree to which they enjoy it. This is partly reflected in how the assemblies are structured. Each assembly is based upon consensus, but one assembly is for those who farm the land, while the other is for those who benefit from it in other ways.

Although relationships between each person and the good may vary, it might still be possible to provide everyone with a right to access the good, as Stefano Rodotà has argued¹¹. These rights would represent a shift away from property rights and toward rights to use the good, provided that efforts are also made to ensure its conservation.

9 “Carta dei Principi e degli Intenti”, §9.

10 “Carta dei Principi e degli Intenti”.

11 S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Bologna, 2013.

5 Economic sustainability

The Mondeggi case also allows us to focus on economic sustainability, another important issue in research on the commons. In common goods theory, economic sustainability comes from good management that is primarily based on cooperation rather than profit. Furthermore sustainability has to derive from the fact that access to the good is based on inclusive principles rather than on *ius excludendi alios*, the right to exercise exclusive rights over property.

At Mondeggi, part of the food that is going to be produced, will be set aside for the families and individuals who have tended the land; food that is not consumed will be sold at a community-managed store on the property.

In comparison to other actual examples of commons management, in this case there is the possibility that the community in the future could be self-sufficient in terms of both food and finances. This will be examined in greater detail in future research; yet nevertheless seems to represent a relevant starting point for economic self-sufficiency in good management.

6 Conclusion

The Mondeggi case allows us to imagine good management situations where the good can provide sustenance to those who tend from it. It also provides an example where the community – defined in the broadest possible sense – is ensured access to the good.

Furthermore, the organizational approach adopted at Mondeggi seems to at least partially negate the risk that members of the community might attempt to exercise exclusive rights over this good, preventing free access for non-members.

Finally, although the Mondeggi model is still young, it nevertheless seems to represent an excellent case study for examining concrete commons management approaches and developing models of good management that eschew individual ownership.

Essential References

- GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, 1977.
HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, n. 3859, 1988.
KLEIN, *Reclaiming the commons*, *New Left Review*, n. 9, 2001.
NONINI, (ed.) *The Global Idea of "the Commons"*. Oxford, *Critical Interventions Series* n. 10, 2008.

- MARELLA, (ed.) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.
- MARINELLI, *Gli usi civici* (voce), in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, edited by CICU, MESSINEO & MENGONI, and continued by SCHLESINGER, Milano, 2013.
- OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *The Triveneneto Transhumance: Law, Land, Movement*, in *Politica & Società*, n. 3, 2012.
- RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Bologna, 2013.
- SHIVA, *Earth Democracy, Justice, Sustainability, and Peace*, Cambridge, 2005.

Multilevel Tools for Protection of Social Rights: a Hypothesis

Akaharu Koyama

(Researcher, Faculty of Law, Waseda University, Japan)

María Katia García Landaburu

(Lecturer, Faculty of Law, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Alberto Mattei

(PhD in European and Comparative legal studies, Faculty of Law,

University of Trento, Italy)

Francesca Marinelli

(Researcher, Faculty of Law, University of Milan, Italy)

Quentin Detienne

(Assistant, Faculty of Law, Political Science and Criminology,

University of Liège, Belgium)

Gaye Burcu Yıldız

(Associate Professor, Faculty of Political Sciences, Ankara University, Turkey)

Evelina Zurauskaite

(Lecturer, Faculty of Law and Faculty of Political Science and Diplomacy, Vytautas Magnus University, Lithuania)

Abstract The article analyses the usage of multilevel tools (such as cooperation among international organizations, regional instruments, activities of regional and national courts and private subjects' actions) in the social rights' protection field. A closer look is given at the cooperation among international organizations (the ILO and the IMF, the World Bank Group, the OECD, the WTO and the UN) and at one of regional collaboration models within the sphere of workers' rights protection: the North American Agreement on Labour Collaboration (NAALC). Within the scenario where balance between political and judicial powers is no longer affected only at national level but should be considered also from multilevel perspective, the redefinition of the role and responsibility of regional and national courts plays an important role in the protection of fundamental social rights. It is worth mentioning the mutual influence between the CJEU and the ECtHR in their fight against discrimination. On a national level, the role of national Constitutional Courts in the field of fundamental social rights is analyzed in different countries (Asia, Europe and South America). Finally, the article studies the adoption of transnational instruments by private actors – companies and trade unions – that collectively or individually try to protect social rights at work. Two specific instruments have been chosen: transnational company agreement and code of conduct.

Summary Introduction. – 1. Global Perspective or Regional Collaboration Model? – 2. A “Virtuous Example” of Fundamental Rights Protection at the Regional Level: the “Cross-fertilization” between the European Union and the Council of Europe on Anti-discrimination Law. – 3. A Brief Overview of the Role of Constitutional Courts in Various Countries and Fundamental Social Rights. – 4. Private Actors: Transnational Company Agreements and Corporate Codes of Conduct. – 4.1. Transnational Company Agreements. – 4.2. Corporate Codes of Conduct. – 5. Conclusion.

Keywords Social rights' protection. Institutional collaboration. International Labour Organization. Regional collaboration models. Multilevel tools.

Introduction

In the times when we find: States in crisis, the phenomena like social dumping, delocalization and weakness of trade unions at national and international level, there's a need to consider whether we should stop focusing only on traditional ways and instruments for the protection of fundamental social rights and try to identify and use new, alternative and "soft" tools to protect all individuals at work in the global market.

There are many possible ways which can involve a wide range of actors: more or less intensive cooperation between international organizations, different ways of regional models of cooperation between the States and regional courts or the adoption of transnational instruments by private subjects, like trade unions or companies.

Which model or way to protect fundamental rights is the most effective, most probable to bring some (positive) results?

Of course, first we should answer the question what social rights should be considered as "fundamental". The answer to this question remains beyond the scope of this article, though. Instead, it appears to us that in order to reach a consensus about the need of effective intervention in the protection of social rights' field, the usage of multilevel tools by different actors might be appropriate.

1 Global Perspective or Regional Collaboration Model?

Looking from a global perspective, the first question to be answered would be whether the International Labour Organization (ILO) stands alone in the battle for the protection of social rights or it needs a common strategy with the "Big Brothers".

Considering the fact that a current seat of the World Trade Organization (WTO) in Geneva is occupying the same building that previously hosted the ILO staff the question of cooperation becomes more subtle and symbolic.

The cooperation between ILO and other international institutions has been improving since the emergence of latest jobs crisis in 2008. The reasons and causes of the crisis have increased the participation of the ILO in international debate to tackle the crisis. The in-house subjects to the ILO such as decent work and social protection floors have been widely used by all international actors.

The focal point of this cooperation is G20 process which gathers major economies of the world with a representation over 85% of the gross world product, 80% of world trade, and two-thirds of the world popula-

tion¹. When the financial and economic crisis spread across the globe in 2008, the leaders of the G20 countries deployed a plan to strengthen further international cooperation and coherence. In carrying out their work, the members of the G20 draw on the experience of technical experts of international organizations, chiefly the International Monetary Fund (IMF), the World Bank Group, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the World Trade Organization (WTO), the United Nations (UN), the Financial Stability Board (FSB) and the ILO. The milestone of this joint approach on social policies has become evident with the establishment of Taskforce on Employment under the French Presidency in order to support G20 Labour and Employment Ministers Meetings². The latest display of this cooperation can be found in two new reports which were submitted to the G20 during Labour and Employment Ministers Meeting in Melbourne on 10-11 September 2014. The first report³ prepared by the ILO, the OECD and the World Bank Group focuses on G20 labour markets with a view to respond to current challenges. The second one⁴ prepared jointly by the ILO, the OECD, the IMF and the World Bank Group addresses specifically the promotion of gender-balanced economies. Both reports incorporate predominantly the sensitivities and previous views of the ILO, such as the decent work and quality jobs. The ILO's presence is also detectable in the G20 Labour and Employment Ministerial Declaration, as the text reads «However, there is a continuing need to generate hundreds of millions of decent jobs that can lift working families out of poverty and drive sustainable development»⁵.

As for the collaboration between the ILO and the IMF, these two organisations have come together to stimulate a discussion on international cooperation and policy innovation that could improve the capacity of economies to generate enough good jobs to strengthen the social cohesion. In 2010 a joint high-level IMF-ILO conference in Oslo⁶ took place where

1 About G20: *G20 Members*, in https://www.g20.org/about_g20/g20_members (2014-11-12).

2 OECD and G20, *G20 Employment Task Force*, in <http://www.oecd.org/g20/topics/employment-and-social-policy/> (2014-11-12).

3 *G20 Labour markets: outlook, key challenges and policy responses*, in http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/multilateral-system/g20/reports/WCMS_305421/lang--en/index.htm (2014-11-12).

4 *G20 Achieving stronger growth by promoting a more gender-balanced economy*, in http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/multilateral-system/g20/reports/WCMS_305422/lang--en/index.htm (2014-11-12).

5 *The G20 Labour and Employment Ministerial Declaration Melbourne Meeting 10-11 September 2014*, in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/meetingdocument/wcms_307551.pdf (2014-10-20).

6 <http://osloconference2010.org/index.htm> (2014-10-20).

new ways of forging a sustainable, job-rich economic recovery were explored'. Moreover, in 2011 the IMF renewed attention to the issue of jobs, inequality and growth by creating a «Working Group on Jobs and Inclusive Growth»⁸. In addition to that, the participation of Director-General of the ILO to the IMF's annual International Monetary and Financial Committee can be considered as the acceptance of the ILO as a regular stakeholder. The Committee⁹ which is one of two ministerial committees of the IMF's decision-making body – the Board of Governors –, is one of the few suitable *fora* in IMF structure to reiterate social concerns. In its last meeting the Director-General of ILO stressed the need for strengthening demand and supply side employment and social policies¹⁰.

As for the cooperation between the ILO and the World Bank Group¹¹, both organisations share similar challenges: poverty and exclusion, a global financial and jobs crisis and growing inequality. However, each organization has different approach to the issues related to the global trade and globalization. Even the necessity of sanctions for not respecting the ILO's core labour standards was questioned in 90's by researchers from the World Bank Group¹². Throughout the history the mission of the World Bank Group evolved from being a facilitator of post-war reconstruction and development to the present-day mandate of worldwide poverty alleviation. Among other activities the World Bank Group prepares annually the 'Doing Business Report' which is criticisable from the viewpoint of the ILO. The report ranks countries for their performance on easiness of hiring and firing workers. This methodology always leads to controversy over the protection of labour which is the core of the ILO's mission. Even within the organisation, this methodology has been the focal point of discussions and an independent panel was convened for

7 For the discussion overview see: <http://osloconference2010.org/overview.pdf> (2014-10-20).

8 <http://www.ilo.org/washington/areas/multilateral-initiatives/ilo-and-imf-collaboration/lang-en/index.htm> (2014-10-20).

9 For IMF's Governance Structure see: <https://www.imf.org/external/about/govstruct.htm> (2014-10-20).

10 *ILO Statement to the International Monetary and Financial Committee 11 October 2014*, in http://ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_312630/lang-en/index.htm (2014-10-20).

11 The World Bank Group is composed by five organizations: the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency, the International Centre for Settlement of Investment Disputes, in <http://www.worldbank.org/en/about> (2014-10-20).

12 MASKUS, *Should Core Labour Standards Be Imposed Through International Labour Policy?*, in *Policy Research Working Paper*, no. 1817, 1997.

the review of existing method. The Independent Doing Business Report Review Panel initiated by the President of World Bank Group Jim Yong Kim has concluded that the reliance to a narrow information source and usage of aggregate rankings are the major shortcomings of the report¹³. The ILO has also expressed its dismay on 'Doing Business Report' on various occasions. In its previous evaluations the ILO emphasized that the methodology of employing workers indicator within the report yields a narrow and misleading view of the employment environment for business and this attitude results in a ranking in which some countries with a strong and competitive private sector are placed at the lower end¹⁴. The cooperation of these two organisations has improved with the impetus of G20 process: the common ideals generated a new synergy for creation of new development patterns, especially for emerging economies based on job-rich growth.

Recently, one could notice some kind of willingness to change the attitude towards labour issues in the World Bank's Social Protection and Labour Strategy 2012-2022¹⁵, to which preparation has contributed also the ILO. In fact, the discussions in previous International Labour Conferences (in 2012 and 2013) on social protection floors have helped to prepare the Strategy. The ten-year Strategy calls for investing in stronger social protection and labour systems, expanding the reach of social safety nets – programmes which should protect families from shocks, help to ensure that children grow up healthy, well-fed, and stay in school and learn, empower women and girls and create jobs. The intermediate results show that social safety programmes launched in developing countries have indeed lifted about 50 million people from absolute poverty (living on less than 1.25 \$ per day)¹⁶.

Another partner of the ILO is the OECD which promotes policies that shall improve the economic and social well-being of people around the world. The mandate of the OECD goes far beyond the ILO's but the labour policies are an undisputed part of the OECD's daily business. The collaboration between the OECD and the ILO has various aspects, such as

13 Statement from the Independent Panel in <http://www.dbrpanel.org/> (2014-10-20).

14 *The United Nations and reform: Developments in the multilateral system*, in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_085125.pdf (2014-10-20).

15 *Resilience, Equity, and Opportunity-World Bank's Social Protection and Labour Strategy 2012-2022*, in http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/280558-1274453001167/7089867-1279223745454/7253917-1291314603217/SPL_Strategy_2012-22_FINAL.pdf (2014-10-20).

16 *The State of Social Safety Nets 2014*, 33, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/05/12/000350881_20140512111223/Rendered/PDF/879840WP0FINAL00Box385208B00PUBLIC0.pdf (2014-10-20).

corporate social responsibility (CRS), social security, job creation, labour migration, etc. In 2011 two organisations have concluded a memorandum of understanding¹⁷ to strengthen their cooperation and coordination in fields of common interest and activity. The ILO's contribution to the preparation of the policies to respond existing financial crisis remains the main course of action within this collaboration.

The question is whether this kind of global collaboration between international organizations is enough? Maybe we should look back inside the ILO and give more powers to the ILO itself? In the recent past, the international community tried to establish, although unsuccessfully, a strong relationship between trade and labour and between an economic organization and the ILO. Indeed, we shall recall the Havana Charter¹⁸ that was supposed to create a strong linkage between trade and labour standards, and between the International Trade Organization (ITO) and the ILO.

The ITO, though, never came into existence because of the lack of the willingness of some of its creators¹⁹. The question arises whether it should be feasible and realistic, instead, to give to the ILO the power to apply economic sanctions for non-compliance with the ILO labour standards. Though, it could have an effect of decreasing number of ratifications of the ILO conventions, still considering the fact that lately it is getting more and more difficult to get a consensus between the 185 ILO Members on the adoption of new conventions, maybe we could assume that the ratification is not so important anymore, at least for some Member States of the ILO. The CSR initiatives, like ILO's Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (known as MNE Declaration)²⁰, the Global Compact²¹ and the OECD's Guidelines

17 Memorandum of Understanding between ILO and OECD, <http://www.oecd.org/global-relations/48013743.pdf> (2014-10-20).

18 Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment (Havana Charter) (1947), Art. 7.3 «In all matters relating to labour standards that may be referred to the Organization ... it shall consult and co-operate with the International Labour Organization», http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (2014-10-20).

19 HASTEDT, *Encyclopedia of American Foreign Policy*, United States, 2004, p. 182, 498; TROFIMOV, *The Failure of the International Trade Organization (ITO): A Policy Entrepreneurship Perspective*, in *Journal of Politics and Law*, 2012, vol. 5, no. 1, p. 57, in <http://www.ccsenet.org/jpl> (2014-10-20).

20 *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy*, in http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm (2014-10-20).

21 *The United Nations Global Compact*, in <https://www.unglobalcompact.org/> (2014-10-20).

for Multinational Enterprises (known as OECD MNE Guidelines)²² might act as facilitators for extending the core labour standards to all countries regardless the ratification barrier.

Or maybe instead of focusing on global perspective, regional instruments and collaboration models among States which have similar economic, political and cultural environment (but not necessarily) are easier to implement. One of the examples of such regional collaboration is NAALC (*North American Agreement on Labor collaboration*)²³. It is a 'side agreement' to a free trade agreement concluded between USA, Canada and Mexico (NAFTA – *North American Free Trade Agreement*) in force since 1 January, 1994²⁴. All three Member States have different level of the protection of workers' rights and their enforcement. The idea of NAALC is to find a compromise between the harmonization of some labour standards and the application of international labour standards with a very important cross-border monitoring mechanism how Member States comply with their obligations under NAALC. It was supposed to create a strong linkage between trade and compliance of (national) labour laws with the possibility to apply economic sanctions.

According to NAALC²⁵, labour law consists of 11 guiding principles «... that the Parties are committed to promote, subject to each Party's domestic law. ...». Therefore, the commitments of the Member States under NAALC regards the implementation of (some) national labour laws covering the enumerated labour principles. A "novelty" of this Agreement is the monitoring how the States comply with obligations assumed under NAALC: it is a cross-border monitoring mechanism with the submissions regarding the violations of labour principles to be filled with National

22 *OECD Guidelines for multinational enterprises*, in <http://www.oecd.org/corporate/mne/> (2014-10-20).

23 About NAALC see among others: ATLESON, COMPA, RITTICH ET AL., *International Labor law: cases and materials on workers' rights in the global economy*, Thomson West, 2008; HEPPLE, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, 2005; BRONSTEIN, *International and comparative labour law. Current challenges*, Palgrave Macmillan, ILO, 2009; COMPA, *Labour rights in the FTAA in Globalization and the future of labour law*, edited by CRAIG, LYNK, 2011; BLANPAIN, CORBETT, ZIMMER ET AL., *The Global workplace International and comparative employment law-Cases and materials*, 2007; PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999; ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Milano, 2011; PIQUER, *NAALC: an effective compromise?* in *Global Law Working paper-New York University School of Law*, 2005, no. 1; SINGH, *NAFTA and Labor: A Canadian perspective*, in *Journal of Labour Research*, 2002, XXIII, no. 3, p. 434.

24 For more information regarding NAFTA visit the website of the US Trade Representative office at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>.

25 Annex 1 NAALC. Full text of the NAALC is available at <http://new.naalc.org/naalc/naalc-full-text.htm>.

Administrative Office (NAO) based in another country(s), other than the one where the violation has occurred²⁶.

In relation to procedural rules for the violation of the “guiding principles” we can group them into three categories and each category can go through certain stages of procedure²⁷. Most submissions received by NAOs were related to the violation of the collective labour rights²⁸ which are grouped within the first category principles and can pass only the first stage of the procedure that ends with the ministerial level discussions²⁹. One could suspect that it might be a diplomatic solution for the violation of very important workers’ rights.

Despite its limited application with regards to all enumerated labour principles, the cross-border monitoring mechanism how national labour laws in each Member State are observed could be considered as a new tool for workers, trade unions and human rights NGOs to draw the attention of the society in each Member State, in the region or even on a broader level. It could be considered like another, maybe *soft law*, instrument to combat for the better and safer workplace environment at national-regional level. The major part of submissions were presented shortly after the adoption of NAALC, against Mexico as it was expected, and in relation to the violations of collective labour rights which can go only through the first stage of the procedure³⁰, during which the “uncomfortable” questions are resolved through diplomatic channels. And the other two stages of the procedure, mainly the Expert committee and the Arbitral panel with the possibility to apply economic sanctions were never used³¹. So the parties had no chance (or lack of will) to test the functioning of this unique co-operational model.

If we take a look at the most recent submissions regarding the violation of NAALC labour principles in all three Member States we will find out that the last submission with the USA office was made in 2011³² (and

26 See Art. 16.3. NAALC.

27 See: Arts 27-41 NAALC and ATLESON, COMPA, RITTICH ET. AL, *op. cit.*, p. 282 ss.

28 See: NAALC Public Communications and Results, 1994-2008, table available at <http://new.naalc.org/userfiles/file/NAALC-Public-Communications-and-Results-1994-2008.pdf>.

29 See Arts 27-41 NAALC.

30 BRONSTEIN, *op. cit.*, p. 105.

31 BRONSTEIN, *ibidem*.

32 USA NAO Submission 2011-02, available at <http://www.dol.gov/ilab/trade/agreements/naalc.htm> (2014-10-25).

is still under review) and the same is true for Canadian³³ and Mexican³⁴ NAOs. Whereas the last biennial report dates 2008-2009³⁵. Apparently, «... [some] broader discussion among the Parties to improve the implementation of North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)» are taking place³⁶.

Notwithstanding its limits and unclear future, «the NAALC is intended as a review mechanism by which member countries open themselves up to investigations, reports, evaluations, recommendations and other measures so that over time enhanced oversight and scrutiny will generate more effective labour law enforcement»³⁷.

While looking for other existing models of regional collaboration that would involve different type of actors we find one within European region between two judicial institutions belonging to different legal systems, namely the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights.

2 A “Virtuous example” of Fundamental Rights Protection at the Regional Level: the “Cross-fertilization” between the European Union and the Council of Europe on Anti-discrimination law

The “cross-fertilization” between the European Union (EU) and the Council of Europe (CoE) on the right not to be discriminated, one of the core ILO values listed in the 1998 Declaration, should be taken into consideration as a “virtuous example” of the synergy in the protection of fundamental rights at regional level.

Although the two organizations aim at preventing discrimination in

33 Canadian NAO Submission 2011-01, available at http://www.labour.gc.ca/eng/relations/international/agreements/naalc_pub_comm.shtml#comms (2014-10-25).

34 Mexican NAO Submission 2011-01, available at <http://www.dol.gov/ilab/trade/agreements/naalc.htm> (2014-10-25).

35 *Commission for Labor Cooperation, Bi-annual report 2008-2009*, [http://new.naalc.org/userfiles/file/INFORME-ING%20051110\(1\).pdf](http://new.naalc.org/userfiles/file/INFORME-ING%20051110(1).pdf) (2014-10-25).

36 *Statement of the NAALC Council on the Secretariat of the Commission for Labor Cooperation of the North American Agreement on Labor Cooperation*, <http://www.naalc.org/index.cfm?page=751&artcat=4&article=56> (2014-10-25).

37 COMPA, *op. cit.*, p. 252.

different areas and fields, with different goals³⁸ and tools³⁹, they started a spontaneous interaction on anti-discrimination conducts long before the introduction of the Art. 6 TEU, providing for the accession of the EU to the European Convention on Human Rights (ECHR) and stating that the fundamental rights set forth by the ECHR shall constitute general principles of the Union's law⁴⁰.

The interaction between these regional actors has been developed by means of a spontaneous phenomenon of mutual influence and endorsement, sometimes silent, sometimes accompanied by an interesting case-law cross-reference⁴¹, between the European Court of Justice (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECtHR).

The complex influence at issue, as pointed out by several studies recently⁴², albeit very unsystematically⁴³, has led both the CJEU and the ECtHR to reach a higher protection of the fundamental right not to be discriminated.

38 On the difference between the EU and the CoE on that issue see: HAVERKORT, SPEEKENBRINK, *European Non-Discrimination Law. A Comparison of EU Law and the ECHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue*, in *School of Human Rights Research, 2012*, vol. 59; Council of Europe, *Handbook on European non discrimination law*, Publications office of the European Union, Luxembourg, 2011; EUROPEAN COMMISSION, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for the EU non-discrimination directives - an update*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2011; NICHOLAS, *Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2006/2007*, vol. 9, p. 1 ss.

39 The European Union law includes a wide range of provisions prohibiting discriminatory conduct, e.g.: several articles of the Treaties (Arts 18, 19, 45, 157), five Directives (Dir. 2000/43/EC, Dir. 2000/78/EC, Dir. 2004/113/EC, Dir. 2006/54/EC, Dir. 2010/41/UE) and Art. 21 CFREU; while the CoE's tool against discrimination is only Art. 14 ECHR and its quite recent Protocol 12.

40 See GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Hart Publishing, 2013.

41 See *infra*.

42 BUSBY, ZAHN, *The EU and the ECHR: Collective and Non-discrimination Labour Rights at a Crossroad*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2014*, vol. 30, no. 2, p. 153 ss.; BURRI, *Towards More Synergy in the interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and some Case Law of the EU and the ECHR*, in *Utrecht Law Review, 2013*, vol. 9, no. 1, p. 80 ss.; BESSON, *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, in *Human Rights Law Review, 2008*, vol. 8, no. 4, p. 647 ss.; DOUGLAS, SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights aquis*, in *Common Market Law Review, 2006*, vol. 43, no. 3, p. 629 ss.

43 BRUUN, *Prohibition of Discrimination under Article 14 European Convention on Human Rights*, in *European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, edited by Dorssemont, Lorcher, Schoemann, Hart Publishing, 2013; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non discrimination law*, *op. cit.*, p. 377; DEFEIS, *Human Rights and the European Union: Who Decides? Possible Con-*

In fact, the CJEU, by referring to the ECHR and to the ECtHR case-law, transformed the principle of anti-discrimination whose original scope was merely to facilitate the functioning of the common market, into a general principle of the EU long before the Amsterdam Treaty⁴⁴.

Likewise the influence of the EU law and the CJEU jurisprudence has led the ECtHR to move beyond the skinny provisions of the ECHR concerning the prohibition of discrimination. In fact, as a consequence of this influence the ECtHR, without emending the Art. 14 ECHR, has not only enriched the relevant notion of discrimination, e.g. including the concept of indirect discrimination, but also reinforced the protection thereto, allowing victims to rely on statistics in order to shift the burden of proof to the defendant (*i.e.* the allegedly discriminating party)⁴⁵.

In a nutshell, the EU anti-discrimination law and the case-law of the CJEU has been a 'flywheel' used by the ECtHR for the development of the protection against discrimination and *vice versa*. In fact, on the one hand, the CJEU, through the ECHR and the ECtHR case-law has started enhancing the role of the right not to be discriminated much before the EU started to focus on the human rights; on the other hand, the ECtHR, referring to the EU law and to the CJEU case-law started to develop, through the years, a more elaborated concept of discrimination, leaving room for more discretion and activism to the Court with regards to the interpretation and application of the Art. 14 ECHR.

The contribution of both these regional actors to the development of the anti-discrimination principle shows not only that «human rights provide

flicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, in Dickinson Journal of International Law, 2001, vol. 19, no. 2, p. 301 ss.

44 MURRAY, *The influence of the European Convention on fundamental rights on community law*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, vol. 33, no. 5, p. 1388 ss.

45 The most clear example of this evolution is expressed in ECtHR case (GC), *D.H. and Others v. Czech Republic* (Appl. no. 57325/00) where the Court expressly talks about indirect discrimination (see para. 184 where the Court says: «The Court has already accepted in previous cases that a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group... In accordance with ... Council Directives 97/80/EC and 2000/43/EC ... such a situation may amount to 'indirect discrimination', which does not necessarily require a discriminatory intent») and after a few lines endorses the mechanism of the shift in the burden of proof (see § 186 ss. where the Court says: «Where an applicant alleging indirect discrimination ... establishes a rebuttable presumption that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden then shifts to the respondent State, which must show that the difference in treatment is not discriminatory»). To justify this reasoning the Court expressly rely on the European Union case-law saying that «The recent case-law of the Court of Justice of the European Communities considers that where an applicant alleging indirect discrimination thus establishes a rebuttable presumption that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden then shifts to the respondent State, which must show that the difference in treatment is not discriminatory»).

a fresh focus for European integration in a new millennium»⁴⁶ but also that the interaction among regional actors sometimes works. This is why it should be taken into much more consideration as a valid tool for the protection of fundamental rights.

3 A Brief Overview of the Role of Constitutional Courts in Various Countries and Fundamental Social Rights

When talking about the protection of fundamental social rights it is important to take into account not only the collaboration between the two “apical” Courts at the European regional level, *i.e.* the ECtHR and the CJEU, but to have a quick glance at the role of Constitutional Courts as well. Constitutional Courts have different structures, compositions and perform functions which may vary from country to country.

Europe (including EU Member States and candidate countries such as Turkey) is characterized by the presence of various kinds of Courts: national courts, Constitutional courts, the CJEU and ECtHR⁴⁷.

If we turn East, towards Japan, we point out firstly that there is no Constitutional Court in Japan. Therefore, the function of the constitutionality control belongs to the ‘ordinary’ courts⁴⁸. According to the Art. 81 of the Constitution of Japan⁴⁹ the Judiciary has the power to determine the constitutionality of any law, order, regulation or official government action. Unlike in some European countries (e.g. Italy, Germany) where the constitutionality is judged by the court regardless of the existence of an individual litigation, in Japan the Judiciary cannot determine the constitutionality of an act, unless a matter concerning its application is referred to the court⁵⁰ (similar system can be found in the United States).

⁴⁶ DOUGLAS, SCOTT, *op. cit.*, p. 629.

⁴⁷ See in general: SCIARRA, *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, in *Labour Law in the Courts*, edited by Sciarra, Hart Publishing, 2001 p. 1 ss.

⁴⁸ Japanese judicial system is composed of the Supreme Court, and as Lower Courts, the High Court (role of appeal Court), the District Court (first instance), the Family Court, the Summary Court. So there isn't a category of the “ordinary” courts.

⁴⁹ «The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation or official act». See more: [http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=01&dn=1&yo=&ia=03&kn\[\]=%E3%81%AB&_x=1&_y=17&ky=&page=2](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=01&dn=1&yo=&ia=03&kn[]=%E3%81%AB&_x=1&_y=17&ky=&page=2).

⁵⁰ LUNEY, Jr., *The Judiciary : Its organization and Status in Parliamentary System in Japanese Constitutional Law*, edited by Luney, Jr., Kazuyuki Takahashi, University of Tokyo Press, 1993, p. 128.

In relation to labour, the Japanese Constitution provides that «Standards for wages, hours, rest and other working conditions shall be fixed by law» (Art. 27 para. 2) and «The right of workers to organize and to bargain and act collectively is guaranteed» (Art. 28). For example, based on these constitutional provisions some labour laws were enacted, such as Labour Standards Law based on Art. 27 para. 2 and Trade Union Law based on Art. 28.

Thus, in Japan, the social fundamental rights based on the Constitution are materialized by these laws and it is rare that employers violate minimum criteria assured by legal acts, therefore cases concerning the constitutionality question judged in the courts are few⁵¹. One of such cases was *Zen-norin Keishoku-ho* case⁵² concerning the prohibition of the right to do dispute act for civil servants in public sector by law. Despite the Art. 28 of the Constitution, National Public Service Act⁵³ and Local Public Service Act provide general prohibition for public employees to strike⁵⁴. The legal society has insisted on the unconstitutionality of such provisions but when the case reached the Supreme Court it has declared that the prohibition to strike for public servants was constitutional. This judgment has been strongly criticized, until now.

In conclusion, although Japan has no constitutional court, the social fundamental rights of the Constitution are generally assured by legislation and employers' practice, except for the right to collective action for public employees.

Moving back to Europe, Constitutional Courts play a significant role in EU Member States, as well as in the rest of the countries which belong to the Council of Europe, like Turkey that it is not yet a member of the EU.

The Turkish Constitutional Court⁵⁵ deals with question of constitutionality of the acts enacted by the Parliament⁵⁶. This question is usually raised by an opposition party but also the President of the Republic, parliamentary group of the party in power and at least one-fifth of Turkish

51 One of the reasons might be the fact that the constitutionality of legal act is strictly verified by the Cabinet Legislation Bureau before its adoption.

52 Supreme Court Grand Bench 25 April, 1973, in *Kei-shu*, 1973, vol. 27, no. 4, p. 5471.

53 The text is available at [http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=01&dn=1&yo=&ia=03&kn\[\]=%E3%81%93&_x=12&_y=13&ky=&page=46](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=01&dn=1&yo=&ia=03&kn[]=%E3%81%93&_x=12&_y=13&ky=&page=46).

54 When talking about the status of public employees and public character of the work performed, the Supreme Court has given the priority to 'the public welfare' based on the Art. 13 of the Constitution over the Art. 28. For more on this topic see: ARAKI, *Labor and Employment Law in Japan*, Japanese Institute of Labor, 2002, p. 10.

55 According to the Art. 146 of the Constitution, the Constitutional Court is composed of seventeen members. The term of office is twelve years, non-renewable (Art. 147).

56 See in general: OZBUDUN, *Turk Anayasa Hukuku*, 2014.

Grand National Assembly members have the right to present an annulment action to the Constitutional Court⁵⁷.

Another function of Turkish Constitutional Court is to examine whether a specific article of a legal act is contrary to the Constitution. This appeal can be made by the civil, administrative and military courts, in relation to specific case pending at the court.

With regards to the protection of fundamental rights, individual application – “constitutional complaint” – was introduced into Turkish legal system by constitutional amendments in 2010. According to the Art. 148 of the Constitution, anyone who thinks that his/her constitutional rights set forth in the ECHR have been infringed by the public authority has a right to apply to the Constitutional Court after exhausting other administrative and judicial remedies.

One particular constitutional complaint has touched the relationship between constitutional rights and political dimension in Turkey. The case caused friction between Turkish political power and the Constitutional Court as it concerned the suppression of social networks (like *Twitter*, *Youtube* and *Google Public*) and the exercise of the freedom of expression⁵⁸.

The direct appeal to the Constitutional Court contested the violation of the freedom of expression as protected by the Turkish Constitution (Art. 26) and a number of international conventions ratified by Turkey, most notably the ECHR. In the spring 2014 the Constitutional Court accepted the complaint concerning the right to be informed and ordered the reopening of the internet sites that had been blacked out⁵⁹.

If we turn towards the South, we will find Peru with Constitutional Court composed from seven members elected by the Congress for the five-year period⁶⁰. The Court is entrusted with the defence of the principle of constitutional supremacy, whether laws or acts of State bodies’ comply with the provisions of the Constitution.

One particular tool for the protection of fundamental rights in Peruvian system, and other systems of Spanish derivation, is the *acción de amparo*, an action for the protection of constitutional rights.

The *acción de amparo* operates in case of an act or omission by any authority, official, or person that violates or threatens different rights rec-

57 See the official website of the Constitutional Court of the Republic of Turkey <http://www.anayasa.gov.tr/en/Powers> (2014-10-25).

58 See SIRIN, *Turkiye’de Anayasa sikayeti*, Bireysel Basvuru, 2013.

59 For ‘Twitter’ judgement visit <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140403-18.pdf> (2014-11-12). For ‘Youtube’ judgement visit <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf> (2014-11-12).

60 See the website: <http://www.tc.gob.pe/> (2014-11-12).

ognized by the Constitution of Peru, including the right to work (Art. 27 of Constitution states that ‘The law grants the worker suitable protection against unfair dismissals’). The Constitutional Court hears, as a court of last resort, decisions refusing petitions of *amparo*.

The great influence that Constitutional Court in Peru has in labour matters can be seen from the criteria imposed in the last decade to the work stability regime. The Court has redefined the dismissal regime and specified the temporary recruitment regime⁶¹.

If we take a look at various EU countries, Constitutional Courts play different role and have different structure⁶². For example, Belgium, Italian and Portugal have played a peculiar role.

In Belgium there are twelve judges in the Constitutional court, which has two types of procedures: annulment of unconstitutional legal acts and preliminary ruling – through the ordinary judicial system (if requested by a party the judge must refer to the constitutional court).

With reference to the protection of fundamental social rights, in 2011 the Belgian Constitutional Court stated in a preliminary ruling that the difference between employees and workers (*ouvriers*) contained in Belgian laws⁶³ is contrary to the Constitution. It therefore ordered the legislator to harmonize the two statutes within a period of two years⁶⁴.

If we look at Italy and Portugal⁶⁵ we can notice a significant new trend with regards to the role of Constitutional Courts⁶⁶.

In Italy, the Court is composed of fifteen judges and has been playing an important role in the field of the protection of fundamental social rights since 1960s-1970s. In fact, from the 1960s the Court has increased its

61 See VILLAVICENCIO RÍOS, *El derecho al trabajo: en tránsito del despidolibre al derecho constitucional garantizado*, in <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8906> (2014-11-12).

62 See CLAES, DE WITTE, *The role of national Constitutional Courts in the European legal space*, in *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, edited by Popelier, Mazmnyan, Vandenbruwaene, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 79 ss.

63 E.g. Law of 3 July 1978 concerning contracts of employment (*Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*) established different periods of notice (*délais de préavis*) with regards to dismissals depending on whether an employee (*employé*) or a worker (*ouvrier*) was concerned.

64 Judgment 7 July 2011 no. 125/2011 available at <http://www.const-court.be> (2014-11-12).

65 COELHO, CARO DE SOUSA, ‘*La morte dei mille tagli*’. *Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 527 ss.

66 See GOMES, *Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal*, in *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, edited by Kilpatrick, De Witte, in *EUI Working Paper LAW*, n. 5, 2014, p. 78 ss., in <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%202242014.pdf?sequence=1> (2014-11-12).

realm of influence to protect and establish fundamental social rights at national level⁶⁷.

The Italian Constitutional Court's most recent trend to decide from a multilevel perspective can be noticed if we consider the case concerning social rights of public employees: the decision n. 207 on the fixed term contract in public sector (fixed term contracts for school teachers) in 2013⁶⁸ was the first occasion in which the Constitutional Court made a preliminary reference to the CJEU. In its request for preliminary ruling the Constitutional Court defined itself as a 'national court' referring to the CJEU. In this sense, the Italian Constitutional Court encouraged the dialogue between courts at multilevel system.

Finally, it is interesting to analyse the case of Portugal. In 2013-2014 the Portuguese Constitutional Court, composed by thirteen judges, has stepped in this multilevel system, taking a position with significant responsibility at the national level and replying to the international institutions, so called *Troika*, composed of European Commission, European Central Bank and International Monetary Fund.

In fact, in the last two years, Portugal's Constitutional Court struck down several austerity measures proposed by the government after the indications of the *Troika*, including salary cuts in the public sector. Portugal's Court ruled against the planned salary cuts in the public sector, undermining one of the key elements of spending cuts set out in the international bailout. As reported by the media, in May 2014, Portugal's Court 'ruled out cuts in pensions, sickness and unemployment benefits stating that the measures contravened the rights of citizens spelled out in the constitution'⁶⁹.

From the perspective of fundamental social rights the Portuguese case is the most significant - the Courts' redefinition of their roles and responsibilities affects the balance of (political and judicial) powers that no longer only operate at a national level but also at a multilevel perspective, where international institutions are involved.

67 See ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, 2006, p. 265-308.

68 See LO FARO, *Fundamental rights challenges to Italian Labour Law developments in the time of economic crisis: an overview*, in *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, edited by Kilpatrick, De Witte, in *EUI Working Paper LAW*, n. 5, 2014, p. 60 ss.

69 See <http://www.reuters.com/article/2014/05/31/us-portugal-court-idUSKBN0EB-0D020140531> (2014-11-12).

4 Private Actors: Transnational Company Agreements and Corporate Codes of Conduct

4.1 Transnational Company Agreements

After the discussions about global and regional models of collaboration, the analysis of the dialogue between the two European Courts and the role of national Constitutional Courts in the field of fundamental social rights, the look at the ways private actors, collectively or individually, try to protect (some) social rights at work would be appropriate.

Transnational company agreements (TCAs) are one of the manifestations of the phenomenon of transnational collective bargaining (TCB). While some experiences of TCB exist at sectorial or cross-sectorial level, principally within the EU, it seems that the tendency is to favour conclusion of agreements between trade unions (or more generally worker's representatives) and employers at transnational company level. However, this kind of agreement, which is often said to be one of the answers to the always growing internationalisation of economic exchanges, gives rise to lots of questions. Some questions are legal ones – What is the legal nature of these agreements? By whom can these agreements be concluded? How do they relate with national legal systems? –, others more political in a broad sense – What do these agreements mean with regards to the relationships between trade unions and employers, between trade unions themselves and between legal entities forming multinational nexus of enterprises? It is not our ambition here to deal with all these important questions. We will focus on legal instruments existing or proposed in the EU and briefly indicate some reflexions about the opportuneness of TCAs.

The EU legal system contains some instruments that may be relied on trying to solve difficulties occurring after the conclusion of transnational agreement⁷⁰. It lacks, though, of an instrument specifically dealing with the legal issues we have just mentioned. Thus, some are pleading for the adoption of a legal mechanism at the EU level which could be used by social partners having concluded an agreement at transnational level to give it binding legal effects, *if they want to* give it such effects, *i.e.* an optional mechanism⁷¹. Two important propositions have been made during

70 *E.g.* Regulations Rome I and Rome II. On this issue see among others: VAN HOEK, HENDRICKX, *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements*, Study undertaken on behalf of the European Commission VC/2009/0157, Final Report, Annex I, 2009 in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4816&langId=en> (2014-11-12).

71 They are among others academics but also European institutions. See *e.g.* the European Parliament resolution of 12 September 2013 on cross-border collective bargaining

the last decade by academics to define how it could operate⁷². Both proposals insist on the necessity to involve trade unions in TCB, giving more marginal role to representative bodies of workers, *e.g.* European Works Councils. This position is justified by the need to guarantee the power of influence to the workers' negotiating agents, as well as their legitimacy to conclude collective agreements. But they differ from each other with regards to the very nature of transnational agreements. The "Ales Report" proposes a legal framework which could be used both at sectorial and company levels and whose effectiveness would rely on managerial decisions taken by each enterprise covered by the agreement and recognized as legally binding in each EU Member State. The "Sciarra Report", a more recent one, deals only with TCB at company level and promotes a system principally based on a mediation procedure rather than on legally binding act enforceable in the courts. This is justified, according to the authors of this proposal, by the fact that «Building relationships based on trust between management and workers' representatives is one of the priorities for signatory parties of TCAs»⁷³.

This assertion raise us a question whether there is indeed no real will from social partners' side to give binding legal effects to transnational agreements, as it is the case with collective agreements concluded at national level. In this respect it is interesting to try to determine why social partners have concluded such agreements in the past. It has been said that on the employers' side, one important reason for adopting a TCA is often an issue of external promotion directed towards consumers. TCAs would be in that way another instrument of CSR, besides codes of conduct (see *infra*, par. 4.2), which is effective principally thanks to the sanctions from the market⁷⁴. Another reason would be the will to create a stronger feeling of unity among different entities composing a multinational company by the internal promotion of common shared values⁷⁵.

and transnational social dialogue (2012/2292(INI)), in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0386+0+DOC+XML+V0//EN> (2014-11-12).

72 ALES, ENGBLOM, JASPERS, LAULOM, SCIARRA, SOBCZAK, VALDÈS DAL-RÉ, *Transnational collective bargaining: past, present and future*, Report to the European Commission, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4641&langId=en> (2014-11-12) and SCIARRA, FUCHS, SOBCZAK, *Towards a legal framework for transnational company agreements*, Report to the European Trade Union Confederation, in <http://www.etuc.org/publications/towards-legal-framework-fortransnational-company-agreements#.VF52sWft48M> (2014-11-12).

73 SCIARRA, FUCHS, SOBCZAK, *op. ult. cit.*, p. 30.

74 BARREAU, ARNAL, *Responsabilité sociale de l'entreprise, comité d'entreprise européen et négociation collective transnationale - l'exemple du groupe ACCOR*, in <http://www.cairn.info/revue-negociations-2010-2-page-21.htm>.

75 DAUGAREILH, *La négociation collective internationale*, in *Travail et Emploi*, 2005, n. 104, pp. 69, 76.

On the workers' side, the main reason would be to create obligations for the company to respect, protect or promote some rights related to work within its own entities and by the mean of its commercial contracts. It sounds obvious: trade unions are unified against the drifts of capitalism and promote solidarity between workers all around the world. But a recent survey has shown that with regards to TCB it is far from reaching unanimity among European national trade unions⁷⁶. Indeed, the attitude of trade unions depends on various factors, like *e.g.* differences between national traditions and sectors of activity. It, thus, appears that both from the employers' side and the workers' side, in reality it is not always self-evident that TCAs should have a legally binding effect, neither that there should be a TCAs at all.

Aside from these considerations of opportuneness, when assessing the existing practice of TCAs, another element of a structural nature should be taken into account as well. It is the absence of regulation of transnational collective actions⁷⁷. Could TCAs even have another aim than that of improving relationships based on trust, if trade unions are refrained from organising collective actions at transnational level because of the legal uncertainty with regards to the consequences of such actions, *i.e.* if there is indeed no other mean than trust to lead employers to conclude such collective agreements?

4.2 Corporate Codes of Conduct

From the last decades of the twentieth century, multinational companies have begun to adopt various measures to make publicly known their CRS. One of the instruments used is code of conduct which can be defined as «a statement of minimum standards together with a pledge by the company to observe them and to require its contractors, subcontractors, suppliers and licensees to observe them»⁷⁸.

These public declarations create one single level of environmental and/or social standards applicable in all countries in which the company is economically active and independently from the differences among the applicable national laws.

The main feature of the code of conduct is that companies adopt it vol-

⁷⁶ FURAKER, BENGTTSSON, *On the road to transnational cooperation? Results from a survey of European trade unions*, in *European Review of Labour and Research*, 2013, vol. 19, p. 161.

⁷⁷ On this issue, see among others DORSSEMONT, VAN HOEK, *Collective action in labour conflicts under the Rome II regulation (Part I)*, in *European Labour Law Journal*, 2011, vol. 2, p. 48, 74.

⁷⁸ EU GREEN PAPER '*Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility*'. Commission of the European Communities, Brussels, 2001.

untarily. Usually the code is unilaterally drafted by the company but there are cases in which companies adhere to the code of conduct prepared by a third party (NGOs, governments, international organizations, etc.). However, the use of either requires a free and voluntary decision of the company. There are several reasons for companies to adopt such kind of instruments but the most important seems to be the concern about the corporate image.

Despite the fact that it is unilateral, the code of conduct can involve non-traditional actors such as NGOs or consumers who can put some pressure on the company to comply with it. The participation of these actors can contribute to the effectiveness of the code.

When adopting these codes of conduct companies are free to select labour standards they undertake to respect. This “pick and choose” may determine that a code of conduct will end up being just a marketing tool, without an effective impact. Indeed, the standards included in the codes can be chosen by the companies to suit their private interests without considering the needs of the workers (the freedom of association or other rights can be not included, for instance). The content of a code of conduct can be influenced by different factors, such as the sector of activity (*e.g.* in the textile industry most of the workers are women, therefore the codes of conduct usually contains anti-discrimination and gender equality clauses). It is however important to mention that during the last decades the content of these codes became more precise regarding the rights selected, including references to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work or specific ILO conventions, the OECD Guidelines, etc.

The code can be applied to the workers of the multinational company itself or it can also be applicable to the workers of its subcontractors (supply chain), such as in the manufacturing sector, which is very highly delocalized and decentralized and where the brand and image are very important⁷⁹. When it is applied to the supply chain by the mean of a clause inserted into the contracts with the suppliers, there is a risk that the main aim pursued by the company by the application of the code is to protect the company in case of scandal related to the supplier’s activities. Indeed, such clause permits the company to terminate the contract and ‘clean its hands’ regarding the behaviour of its contractors. Even though it is not its purpose, this sanction would affect the supplier’s workers (despite the fact that the aim was to protect their fundamental rights)⁸⁰.

79 SANGUINETI RAYMOND, *La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales*, in *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2013, p. 309, 329.

80 Daugareilh says that these clauses are “authentic small social clauses” that can produce the same perverse effects as social clause, since the failure of the other party can

The code of conduct has no legally binding effect as it is a unilateral instrument that companies adopt on a voluntary basis. However, it can have some legal consequences depending on national or supranational regulations or depending on the insertion of a specific clause in the contracts that the company concludes with its suppliers⁸¹. One of these potential legal consequences can be found in the Art. 6 of Directive 2005/29 «Unfair Commercial Practices Directive»⁸² which states that if a company does not respect to what it has committed itself by adopting a code of conduct, such a conduct may be considered as a misleading action under the wording of the Directive, and thus can lead to the application of fines.

As stated by Adalberto Perulli, the major weakness of a code lies in the application and monitoring procedures because generally the control systems are carried out by the companies themselves⁸³. This control could be improved if the company appoints an independent third party (whose conclusions are not affected by the contractual link with the company) and it would be improved much more if the company would allow the workers to participate in this control process through their representatives (*e.g.*, trade unions). A supplementary difficulty lies in the fact that the code of conduct is not always well known in all the places where the company develops its activities.

At the end, the aim of the codes of conduct seems to be the promotion of a good reputation of the company and not necessarily the protection of the social rights. For this reason the main way to guarantee the respect of the code of conduct can be the pressure that the stakeholders put on the company through information campaigns, boycotts and other kind of reactions to the non-compliance with the code's provisions⁸⁴. Despite

be solved effectively by a legal sanction (suspension or termination of the contract), which economic implications are obvious. DAUGAREILH, *Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica*, in *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, vol. 27, no. 1, p. 77, 94, in <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA0909120077A/32243> (2014-11-12).

81 As stated by Marrella, if the business parties declare that the code of conduct is incorporated into their contract, the *soft law* provisions of the code are transformed into legally enforceable contract clauses, even in the territory of nation States which are not parties to specific human rights treaties. See: MARRELLA, *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade*, in *Economic Globalisation and Human Rights* edited by Benedek, De Feyter, Marrella, 2007, p. 302 s.

82 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market.

83 PERULLI, *Globalisation and Social Rights*, in *Economic Globalisation and Human Rights* edited by Benedek, De Feyter, Marrella, 2007, p. 125.

84 It happened in the case of the factory Jerzees de Honduras, which in 2008 announced the end of its operations leaving 1,200 workers unemployed. That decision was related to the violation of the right of freedom of association, as the consultant Adrian Goldin con-

all the limits of the codes of conduct, they have served as a tool for the protection of fundamental social rights in some cases and might continue to do it in the future.

5 Conclusion

The recent economic crisis has put a new emphasis on the already well known fact that the answer to the social problems can no longer come from the States alone. The economy is now global and interconnected: labour law, if it wants to fit within this evolution, has to be re-organised in a way which takes into account the new framework of commercial exchanges. However, there is no global institution powerful (nor legitimate) enough to impose norms on economic or public private actors. As things stand, it therefore seems that a satisfying protection of social rights at international level could be reached only through a synergy between all existing actors active at different levels of “regulation” - international, regional, national, and transnational - and application of all possible social rights protection tools. According to the brief overview contained in this article, we still have a long way to go.

cluded. At the end, the pressure made by the students (more than 100 universities from United States and Canada discontinued their contracts) forced Russell Athletic to rehire the workers and take other measures to their advantage. For more information about this case see: GOLDIN, *La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Hunduras*, in *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, edited by Gorelli Hernández, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, p. 191 ss.

Osservatorio

**CASSAZIONE CIVILE, III Sezione, 31 ottobre 2014,
n. 23142**
Amatucci Presidente – Carleo Estensore

Contratti in genere – Interpretazione – Qualificazione del contratto come preliminare o definitivo – Valutazione del giudice di merito – Criteri – Fattispecie in tema di cessione di pacchetto azionario di società. (Codice civile, artt. 1321, 1351, 1362).

La qualificazione del contratto come preliminare o definitivo (nella specie, relativo alla cessione di un pacchetto azionario) si risolve in un accertamento di fatto, rimesso al giudice di merito, il quale, nell'interpretazione del contratto, ove il dato letterale sia equivoco, può ricorrere al criterio di cui all'art. 1362, secondo comma, c.c., assegnando rilievo anche all'avvenuta esecuzione delle prestazioni (1).

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE. – Ai fini di una migliore comprensione della vicenda, può tornare utile rilevare che, secondo la versione dei fatti esposti nel controricorso (a riguardo, la versione del ricorrente non è altrettanto chiara), la vicenda ebbe origine dalla conclusione di un contratto, intercorso tra la società I Viaggi del Ventaglio Spa e la società Happy Group, con cui la prima, ai fini dell'aumento del proprio capitale sociale, si impegnava a cedere alla seconda circa 835.000 sue azioni, pattuendo a titolo di corrispettivo il pagamento della complessiva somma di Euro 2.004.000,00 che la Happy Group si impegnava a versare in date diverse.

A latere di tale operazione, il sig. Colombo Bruno, personaggio di riferimento sia per la titolarità della maggioranza del capitale sia perché rivestiva la carica di presidente del consiglio di amministrazione, concludeva in proprio con la Happy Group un impegno di riacquisto delle suddette 835.000 azioni per i casi che il Colombo stesso o la sua società perdesse il controllo della società o che la Happy Group non incrementasse la sua partecipazione oltre le suddette 835.000 azioni.

Essendosi verificata una delle condizioni contemplate nell'impegno di riacquisto, le parti iniziavano a dare esecuzione al contratto di rivendita ma il Colombo avrebbe dato solo parziale esecuzione al proprio obbligo di pagare il complessivo prezzo delle 835.000 azioni. Da ciò la ragione della lite.

(*Omissis*)

Passando all'esame del terzo motivo, per falsa interpretazione ed applicazione degli artt. 2932, 1362, 1286 e 2697 c.c., va osservato che, ad avviso del ricorrente, il Tribunale e la Corte avevano sbagliato in ordine alla qualificazione del contratto che con l'opzione data ad Happy Group egli aveva proposto alla stessa società. Infatti, il contratto, avente ad oggetto le 835.000 azioni IVV che Happy Group aveva comperato dalla IVV Holding, era un contratto preliminare e non già un contratto definitivo. La censura è infondata. Premesso che la qualificazione del contratto come preliminare o definitivo costituisce un accertamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e non inficiata da vizi logici o giuridici (v. Cass. n. 21381/2006), mette conto di sottolineare che l'iter argomentativo svolto dalla Corte di appello è assolutamente esente da censure, fondato come è, in primo luogo, sull'equivocità del dato letterale (potendo l'espressione "impegnarmi" riferirsi sia all'assunzione di un vincolo giuridico immediatamente cogente sia alla formalizzazione di un obbligo suscettibile di essere adempiuto in futuro) e quindi, in secondo luogo - essendo risultato insufficiente il canone prioritario fondato sul significato letterale delle parole - sul criterio sussidiario di cui all'art. 1362 c.c., comma 2, che invita ad identificare il significato dell'atto dal comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto.

A tal fine, per determinare la comune intenzione delle parti, la Corte territoriale ha opportunamente rilevato come l'immediata esecuzione del contratto, sia pure parziale, con l'alienazione di parte del pacchetto azionario e l'integrazione del prezzo sino alla misura convenuta, rendessero evidente che le parti avessero inteso concludere un contratto definitivo e non già un mero preliminare.

(*Omissis*)

L'ermeneutica contrattuale tra diritto civile e diritto commerciale

Paolo Fraulini
(Magistrato di Cassazione)

Abstract The article analyzes the guidelines of the case law of the Supreme Court of Cassazione regarding the interpretation of the contracts, particularly with regard to the distinction between the preliminary contract and the final contract. Starting from the case decided in the judgment under review, where we discussed the nature of a preliminary or final contract for the sale of shares of a corporation, the discussion highlights some problematic aspects related to the different nature of the contracts of commercial law than those of civil law, the implications of which should be extended even at the level of hermeneutics.

Sommario 1. Il caso. – 2. Lo stato della giurisprudenza sui criteri ermeneutici. – 3. Qualificazione del contratto: preliminare vs definitivo. – 4. La natura societaria del contratto: peculiarità in tema di qualificazione negoziale.

1 Il caso

Una società per azioni, intendendo aumentare il proprio capitale, pattuisce con una s.r.l. la cessione onerosa di una parte delle proprie azioni. Il socio di maggioranza, nonché presidente del c.d.a. della s.r.l., stipula con la s.r.l. medesima un patto di riacquisto delle medesime azioni. Dal momento che l'obbligo di riacquisto viene adempiuto solo in parte, sorge controversia tra il socio-amministratore e la s.r.l. La società chiede la condanna del socio al pagamento del prezzo residuo, qualificando il patto come contratto definitivo di compravendita; il socio-amministratore si difende assumendo l'inesistenza di alcun contratto (la lettera da lui sottoscritta potendo al più qualificarsi come promessa unilaterale) e comunque rilevandone la natura meramente preliminare, come ricavabile dal suo solo tenore letterale, ove era cenno solo di un mero impegno al futuro riacquisto. I giudici di merito accolgono la domanda della s.r.l. e condannano l'amministratore a pagare il residuo prezzo delle azioni, qualificando il patto di riacquisto come contratto definitivo atteso che – nell'equivocità del dato letterale ("impegno al riacquisto") predicabile sia per contratti preliminari che definitivi – il comportamento delle parti successivo alla stipula dimostrava la natura definitiva del negozio (elemento decisivo: l'inizio di esecuzione con il pagamento parziale). La Corte di cassazione respinge il ricorso dell'amministratore, confermando il percorso argomentativo dei giudici del merito.

L'occasione è utile per rammentare lo "stato dell'arte" in tema di poteri interpretativi del giudice e di elementi distintivi tra contratto preliminare e definitivo. Ma anche per una riflessione su uno dei temi tradizionalmente

più dibattuti nella dialettica tra diritto civile e diritto commerciale: la tenuta dell'applicazione dei tradizionali canoni civilistici a fattispecie di diritto commerciale. Argomento da sempre oggetto di disputa tra gli specialisti dei due settori, ma che ancora appare non solo irrisolto a livello teorico, ma in larga parte nemmeno avvertito a livello pratico.

2 Lo stato della giurisprudenza sui criteri ermeneutici

Per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità, nell'indagare la portata dell'art. 1362 c.c., ha ritenuto che il criterio del riferimento al senso letterale di un testo si ponesse come strumento ermeneutico fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove le espressioni usate dalle parti fossero di chiara e inequivoca significazione, il ricorso agli ulteriori strumenti interpretativi indicati dall'art. 1362 c.c. sarebbe stato precluso: un orientamento sintetizzato con il noto broccardo "*in claris non fit interpretatio*"¹. L'orientamento è poi progressivamente mutato, anche accogliendo le sollecitazioni di una dottrina da sempre perplessa sull'autosufficienza del dato letterale². Dapprima con l'introduzione della c.d. "teoria del gradualismo", secondo cui si potrebbe ricorrere ai criteri interpretativi sussidiari e integrativi quando la - pur sempre prioritaria - interpretazione letterale non conduca a un utile risultato³. Approdo a cui perviene anche quella giurisprudenza che, senza affrontare *ex professo* la questione, si limita a sancire la necessità di affiancare al criterio dell'interpretazione letterale quello del collegamento logico tra le varie clausole⁴. Più di recente, con una convinta affermazione della regola pluralista secondo cui la chiarezza del significato letterale del contratto non consentirebbe al

1 La preminenza e l'autosufficienza del canone letterale nell'interpretazione erano indiscusse nella giurisprudenza di legittimità più risalente: cfr., *ex plurimis*, Cass., 3 gennaio 1970, n. 7; Cass., 10 febbraio 1971, n. 336; Cass., 7 aprile 1972, n. 1062; Cass., 13 novembre 1973 n. 2998; Cass., 10 marzo 1975, n. 886; Cass., 25 novembre 1976, n. 4468; Cass., 26 febbraio 1979, n. 1261. Orientamento che ha resistito anche in tempi più recenti: v. Cass., 15 maggio 1987, n. 4472; Cass., 3 ottobre 1988, n. 5315; Cass., 24 febbraio 1990, n. 1416; Cass., 14 marzo 1990, n. 2064; Cass., 14 maggio 1991, n. 5406, in *Foro it.* 1992, p. 3368 ss.; Cass., 25 marzo 1992, n. 3693; Cass., n. 28 aprile 1992, n. 5082; Cass., 15 febbraio 1994, n. 1487, in *Foro it.*, 1995, p. 2554 ss.; Cass., 27 giugno 1997, n. 5734.

2 Per una panoramica completa cfr. RIZZO, *Commento sub art. 1362 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingeri, Torino, 1981, p. 412 ss.

3 Espressamente, in tal senso, Cass., 22 gennaio 1990, n. 321; Cass., 22 febbraio 1993, n. 2114; Cass., 13 maggio 1998, n. 4815; Cass., 11 agosto 1999, n. 8584; Cass., 13 dicembre 2006, n. 26690.

4 Cfr. Cass., 18 settembre 1986, n. 5657; Cass., 26 giugno 1996, n. 5893; Cass., 13 maggio 1998, n. 4221; Cass., 23 novembre 1998, n. 11878; Cass., 28 aprile 1999, n. 4241; Cass., 11 giugno 1999, n. 5747.

giudice di sottrarsi alla ricerca della comune intenzione delle parti, anche sulla base del loro comportamento complessivo posteriore alla stipula: elemento a cui, alla stregua dell'art. 1362 c.c., andrebbe attribuita in tal guisa posizione paritaria rispetto a quello letterale⁵. Regola che trova sostanziale conferma anche in quel filone di pronunce che, pur riconoscendo la preminenza logica al criterio letterale, ne affermano l'autosufficienza solo se dall'applicazione degli altri criteri non sorgano dubbi sull'effettiva corrispondenza del dato lessicale alla reale intenzione dei contraenti⁶. Sicché può dirsi che lo stato della giurisprudenza sia oggi assestato su un criterio di tendenziale paritaria rilevanza tra il canone letterale e quello della comune volontà delle parti, ove la leggera prevalenza di quello letterale è da qualificarsi in senso meramente logico-temporale, ma non gerarchico⁷, sussistendo semmai una gerarchia solo con quelli integrativi, che possono operare solo in caso di insufficienza di quelli principali⁸.

5 Orientamento introdotto a partire da Cass., 23 dicembre 1993, n. 12758, in *Giust. civ.*, 1994, p. 1925, con nota di COSTANZO, *Sulla valutabilità del comportamento dovuto in sede di interpretazione del contratto: incidenza sulla autonomia dei privati. La non sussidiarietà dell'art. 1362 cod. civ.*; e in *Giur. it.* 1994, p. 1164, con nota di MORACE PINELLI, *"In claris non fit interpretatio": un brocardo che non trova asilo nel nostro ordinamento giuridico*; in senso conforme Cass., 13 agosto 2001, n. 11089; Cass., 28 marzo 2006, n. 7083.

6 Cfr. Cass., 9 dicembre 2014, n. 25840; Cass., 3 giugno 2014, n. 12360; Cass., 20 dicembre 2013, n. 28573. Una intenzione che deve essere "comune", per tale intendendosi quella ricavabile dal comportamento di entrambe le parti dopo la stipula del contratto, irrilevante essendo a tal fine i comportamenti unilaterali (v. Cass., 19 luglio 2012, n. 12535) o quelli sussumibili in un patto nuovo e diverso da quello in esame (v. Cass., 25 settembre 2007, n. 19928).

7 L'autosufficienza del canone letterale è oggi relegata a fattispecie di nicchia: cfr. Cass., 7 marzo 2012, n. 3552, a proposito dell'interpretazione dei protocolli d'intesa tra datori e prestatori di lavoro; Cass., 22 giugno 2006, n. 14444; Cass., 7 marzo 2011, n. 5385 e Cass., 7 giugno 2011, n. 12297, in fattispecie di forma *ad substantiam*, logicamente non integrabile *ex post*.

8 Così Cass., 24 gennaio 2012, n. 925, che afferma che i criteri degli artt. 1362 e 1363 c.c. prevalgono su quelli integrativi degli artt. 1365-1371 c.c., posto che la determinazione oggettiva del significato da attribuire alla dichiarazione non ha ragion d'essere quando la ricerca soggettiva conduca ad un utile risultato ovvero escluda da sola che le parti abbiano posto in essere un determinato rapporto giuridico. Ne consegue che l'adozione dei predetti criteri integrativi non può portare alla dilatazione del contenuto negoziale mediante l'individuazione di diritti ed obblighi diversi da quelli contemplati nel contratto o mediante l'etero-integrazione dell'assetto negoziale previsto dai contraenti, neppure se tale adeguamento si presenti, in astratto, idoneo a ben contemperare il loro interessi. V. anche Cass., 18 aprile 2002, n. 5635; Cass., 28 maggio 2007, n. 12400; Cass., 28 agosto 2007, n. 18180; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27564.

3 Qualificazione del contratto: preliminare vs definitivo

Il tema della distinzione tra contratto preliminare e contratto definitivo è fin troppo noto per essere anche minimamente affrontato in questa sede⁹. Più interessante è indagare la casistica che individua gli elementi sintomatici e rivelatori della comune volontà delle parti, per distinguere se esse abbiano voluto meramente obbligarsi alla stipula di un futuro contratto, ovvero abbiano inteso direttamente obbligarsi in via definitiva. Le sentenze della Corte di Cassazione sul tema, pur ricordando tutte che la qualificazione del contratto come preliminare o definitivo è giudizio di fatto attribuito alla “competenza esclusiva” del giudice di merito, tuttavia individuano alcuni elementi discriminanti del relativo giudizio qualificativo. Nel caso in commento, la S.C. ha ritenuto che l’inizio dell’esecuzione del contratto fosse sintomatica della natura definitiva del contratto; in altri casi si è ritenuto che l’omessa riproduzione contestuale dei termini “vende e compera” qualificasse il contratto di compravendita come meramente preliminare¹⁰. Definitivo è stato qualificato il contratto in cui le parti hanno determinato il valore del bene compravenduto ai fini dell’applicazione delle imposte¹¹. Definitivo è stato qualificato anche un contratto di cessione di un bene soggetto a procedura di espropriazione per causa di pubblica utilità, sul presupposto della ritenuta identificazione della volontà delle parti di dare vita con immediatezza all’effetto traslativo anche in vista dell’esecuzione di una transazione in corso con l’ente espropriante¹². Preliminare è stato qualificato il contratto con cui un bene in costruzione veniva concesso in godimento all’acquirente ed

9 La prestazione che le parti di un contratto preliminare si obbligano ad eseguire consiste nella futura conclusione del definitivo, con la conseguenza che il preliminare produce effetti meramente obbligatori consistenti nel vincolo per le parti di emettere una successiva dichiarazione negoziale definitiva, che produrrà gli effetti sostanziali dalle medesime programmati. L’ammissibilità di un’obbligazione siffatta è del resto espressamente regolata dal codice civile nei suoi aspetti di forma (art. 1351 c.c.) e di tutela (art. 2932 c.c.). In dottrina SERRAO, *Il contratto preliminare*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Cendon, V, Torino, 2007; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 206; BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, *Codice civile commentato, Commento sub art. 1351 c.c.*, Torino, 2012; CARRATO, *L’efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il contratto definitivo*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 220; SPINA, *I termini di adempimento del contratto preliminare*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2551; DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 163; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957; RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell’alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1994, p. 35.

10 Cass., 20 novembre 2007, n. 24150.

11 Cass., 4 ottobre 2006, n. 21381, ne *Il Fisco*, 2006, p. 6423.

12 Cass., 21 maggio 2002, n. 7429.

era intervenuto l'intero pagamento del prezzo¹³. La casistica potrebbe continuare a lungo.

L'impressione che si ricava da questi pochi esempi è che la distinzione tra preliminare e definitivo, se affidata alla mera enunciazione teorica, appaia solida e convincente, mentre se basata sull'esame dei casi concreti finisce inevitabilmente per sbiadirsi, fino quasi a confondersi. Elementi lessicali si fondono a valutazioni concrete del comportamento successivo delle parti, finendo per condizionare anche lo stesso indicatore identificativo astratto: basti considerare che nella sentenza in commento il pagamento parziale del prezzo è stato ritenuto decisivo per la qualificazione del contratto come definitivo, mentre in altro caso nemmeno l'integrale pagamento del prezzo ha impedito di qualificare il contratto come preliminare¹⁴. La variegata genesi degli indicatori complica non poco l'analisi: unire interpretazione letterale delle parole usate dalle parti con l'analisi, di tutt'altra natura, del loro comportamento successivo alla stipula del contratto, per finire con il valutare l'incidenza di fatti di terzi rilevanti nella dinamica dello svolgimento del programma contrattuale, determina indubbiamente il prevalere della casistica rispetto alla sistematica, della giustizia del caso singolo rispetto alla applicazione sillogistica, del caso concreto rispetto alla norma astratta.

4 La natura societaria del contratto: peculiarità in tema di qualificazione negoziale

Uno sguardo a cosa accade quando si applicano canoni puramente civilistici a fattispecie regolate dal diritto commerciale. Nella fattispecie decisa dalla sentenza in commento si sarà notato che nessuno (avvocati e giudici) si è posto il problema se la natura del patto stipulato tra le parti avesse o meno una rilevanza nell'identificare il canone di giudizio da applicare. Sin dal primo grado, infatti, la lite è stata introdotta (dagli avvocati) e trattata nei suoi vari gradi, con il solo intento di dirimere la questione se l'impegno al riacquisto fosse una promessa unilaterale o un contratto e se poi questo andasse qualificato come preliminare o definitivo. E per farlo si è fatto ricorso ai mezzi di prova tradizionali, per poi incorrere nelle varie preclusioni processuali (basti leggere il numero di motivi respinti nel giudizio di cassazione per questioni formali) e da ultimo vedere decisa la causa sulla base di un sillogismo apparentemente ineccepibile: l'impegno del socio-amministratore va qualificata come un vero e proprio contratto,

¹³ Cass., 17 gennaio 2001, n. 564.

¹⁴ Cfr. il caso riferito *supra*, nt. 13.

in quanto non è rimasto nella sola sfera giuridica del promittente, ma è giunto alla società e da essa recepito; un contratto che ha poi avuto un inizio di esecuzione con il pagamento parziale del prezzo di riacquisto, per cui se ne deduce che le parti hanno voluto concludere un contratto definitivo di compravendita, da onorare dunque sino in fondo. Una conclusione apparentemente convincente alla luce dei criteri discretivi tra promesse unilaterali e contratti e tra contratti preliminari e definitivi. Ma, a guardar bene, qualcosa è rimasto sullo sfondo, inesplorato. Ed è un qualcosa che emerge se si ha riguardo all'oggetto del patto per cui è stata causa. Un patto che ha avuto per oggetto non già la compravendita di un immobile, ma azioni di società. Dunque un oggetto che qualificava la controversia come societaria e non solo contrattuale. Una circostanza che impone alcune precisazioni rispetto a quanto disciplinato per i contratti in generale. Perché è certamente corretto affermare che in una compravendita immobiliare la parte che inizi a pagare il prezzo pattuito manifesti univocamente (consapevolmente o meno è certo altro discorso, che può anche non rilevare nell'ermeneutica contrattuale) il proprio interesse ad acquisire in proprietà il bene oggetto del negozio giuridico. Perché è indubbio che l'unica obbligazione dell'acquirente sia quella di pagare il prezzo (art. 1498 c.c.). Ma in materia societaria l'equazione non regge. A livello soggettivo, infatti, se il paciscente non è una sola una persona fisica, ma è anche socio della s.r.l. venditrice, ci si potrebbe interrogare se il pagamento possa essere imputato a causa diversa dal mero acquisto, poiché l'erogazione di somme che i soci effettuano a favore della loro società può trovare qualificazioni giuridiche diverse dal mero acquisto. È possibile, infatti, che la somma sia stata prestata dal socio alla sua società, configurandosi pertanto un diritto alla restituzione di quanto versato, secondo lo schema civilistico del contratto di mutuo. Eventualità che ulteriormente si differenzia a secondo che il finanziamento sia fruttifero (come è normale nell'ipotesi tipica del mutuo) ovvero infruttifero. Ma è ben possibile che la somma sia stata elargita senza una precisa indicazione della volontà delle parti, con l'utilizzo nei bilanci, di espressioni del tutto improprie nel linguaggio giuridico, come ad esempio "soci conto anticipi", "soci conto finanziamento" e altre dello stesso tipo. Si parla in questi casi di "finanziamenti in conto capitale", intendendosi con ciò che la volontà dei soci è quella di appostare somme destinate a confluire nel capitale sociale o ad essere imputate nell'ipotesi di un futuro aumento di capitale (in tal caso sovente indicate come "finanziamenti in conto aumento capitale"). Ma è certo che, a livello giuridico, la mera denominazione non importa certamente alcun obbligo a rispettare la denominazione attribuita al momento del versamento, posto che è evidente che l'obbligo sorge solo con la sottoscrizione dell'aumento del capitale, una volta che questo sia stato validamente deliberato dai soci. Quindi l'effetto immediato di simili versamenti non è certo quello di aumentare il capitale sociale, né di garantirne

un futuro aumento: è piuttosto quello di aumentare il patrimonio, che dell'ingresso di denaro immediatamente beneficia elevandosi in quantità. Certo è perciò che il riconoscimento a simili versamenti della natura di capitale di rischio (che da tempo la giurisprudenza deduce dalla volontà dei soci di vincolare l'esborso a una futura destinazione a capitale) importa rilevanti conseguenze sia sul piano organizzativo interno alla società sia, soprattutto, nell'eventualità che occorra trarre le conseguenze di tale qualificazione nei rapporti con la società e con i terzi¹⁵.

Evenienze tutte possibili, anche in una fattispecie, come quella decisa nel caso in esame, in cui l'obbligo di riacquisto era per così dire "di secondo grado", ovvero incombeva innanzitutto sulla s.r.l. nei confronti della s.p.a. alienante e solo in un secondo momento riguardava il profilo interno dei rapporti tra la s.r.l. e il suo socio di maggioranza¹⁶. Ma anche a livello oggettivo altro è trattare di un passaggio di proprietà di un bene immobile, altro è valutare la dinamica del trasferimento delle azioni societarie, la cui natura di "beni di secondo grado" rispetto a un valore intrinseco non fisso, a un rapporto col capitale nemmeno più rigidamente proporzionale e a un regime di circolazione che è agli antipodi di quello dei beni immobili, sia per velocità che per conseguente regime giuridico. Il profilo commercialistico allarga quindi il quadro entro cui effettuare l'applicazione delle regole ermeneutiche di diritto comune. Per cui ciò che nel diritto immobiliare è univocamente qualificabile come compravendita (inizio del pagamento del prezzo pattuito), non necessariamente lo è in una dinamica societaria. Cosicché un impegno al riacquisto di azioni da parte di un socio nei confronti della propria società, obbligata in via principale all'acquisto, può non necessariamente qualificarsi come una rivendita, ma anche come un finanziamento, poi ancora in conto capitale o puro.

Non è pura teoria, che prescinde dal caso di specie, ma una prospettiva che non è stata percepita innanzitutto dalle parti, e per conseguenza anche dai giudici. Ma è la prospettiva corretta, che tiene conto della peculiarità del diritto commerciale e che importa rilevanti mutamenti dei canoni di giudizio, anche a livello dell'ermeneutica contrattuale.

¹⁵ Il riferimento è alla disciplina dell'insolvenza della società, ipotesi nella quale la posizione dei soci-finanziatori cambia radicalmente a seconda che l'esborso da essi effettuato in favore della società sia qualificato come un contributo (e quindi imputato a capitale di credito), ovvero come prodromico a convergere nel capitale (e quindi imputabile a capitale di rischio).

¹⁶ V., *amplius*, Cass., 23 febbraio 2012, n. 2758, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1213, con nota di RUFINI, *Finanziamenti dei soci a favore della società e mancati interventi del legislatore*.

TRIBUNALE DI VICENZA, 7 marzo 2014 Brunello Giudice Delegato

Concordato preventivo – Natura del concordato preventivo – Liquidazione dei beni – Poteri del tribunale – Concordato chiuso – Ammissibilità (r.d. 16 marzo 1942, artt. 160, 161 e 182).

L'art. 182 l. fall. enuncia chiaramente il principio secondo cui, nel concordato con cessione di beni, il decreto di omologa interviene in via sussidiaria a determinare le modalità di liquidazione solo nel caso in cui il piano non disponga diversamente. Pertanto, il debitore è libero di determinare autonomamente le modalità di liquidazione dei propri beni e non sussiste alcuna legittima aspettativa in capo a terzi concorrenti di partecipare a procedure competitive non previste dal piano. Il temperamento all'autonomia concessa al ricorrente nel confezionamento del piano è dato dall'art. 173 l. fall. con la sanzione della revoca in caso di rappresentazione non veritiera delle poste attive e del loro valore.

(Omissis)

premessò

che in data 20.12.2013 [Società] – ammessa alla procedura di concordato preventivo con decreto 24.10.2013 del Tribunale di Vicenza – presentava istanza per l'autorizzazione al compimento di atto di amministrazione straordinaria ed urgente (accettazione della proposta 19.12.2013 [della Cessionaria] v. all 1: acquisto di due rami di azienda [omissis]);

che il commissario giudiziale e il coadiutore legale esprimevano parere favorevole al compimento dell'atto;

che il GD accoglieva l'istanza cennata "alle condizioni indicate nel parere del C.G." con provvedimento datato 20.12.13 (emesso nell'esercizio dei poteri attribuiti all'art. 167 l. fall.);

che in seguito al deposito di istanza/relazione informativa del 3.1.2014 da parte di [Terza Interessata] (società di diritto tedesco, non creditrice, operante nel settore [omissis]) il GD ordinava, con provvedimento 9.1.2014, che non si desse "corso ad alcuna vendita fino a nuova disposizione" (con ciò disponendo la sospensione della vendita autorizzata);

(Omissis)

ritenuto

che il ricorso con il piano e la proposta, depositato da [Società] il 21/10.2014, prevede già per alcuni - importanti - *assets* la enunciazione delle modalità di liquidazione (piano cd blindato o chiuso);

che la valutazione di ammissibilità di un piano con tale contenuto (in parte qua escludente il ricorso a procedure competitive) è già stata effettuata allorché il Tribunale ha ammesso [Società] alla procedura concordataria con decreto 24.10.2014;

che l'art. 182 l. fall. enuncia infatti chiaramente il principio secondo cui il decreto di omologa interviene in via sussidiaria a determinare le modalità di liquidazione (nel concordato con cessione di beni) solo se il piano "non dispone diversamente" (sul punto si rimanda alle argomentazioni di giurisprudenza e dottrina allegate alla memoria 3.2.14 [Società], condivise all'Ufficio ed in base alle quali non sussiste alcuna legittima aspettativa in capo a terzi concorrenti di partecipazione a procedura competitiva non prevista dal piano);

che il temperamento all'autonomia concessa al ricorrente nel confezionamento del piano è dato dall'art. 173 l. fall. (la sanzione della revoca consegue ad una non veritiera rappresentazione delle poste attive e del loro valore);

che la legge consente espressamente, nell'ambito del disposto dell'art. 167 l. fall. (che richiama espressamente le alienazioni di beni immobili e disciplina tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che evidentemente incidono sull'acquisizione dell'attivo messo a disposizione dei creditori), l'anticipata esecuzione di atti dispositivi previa "autorizzazione scritta del giudice delegato";

rilevato

che nel caso concreto, [Società] ha richiesto ed ottenuto autorizzazione scritta al compimento dell'atto dispositivo (vendita di due *assets* all'acquirente indicato nel piano per un corrispettivo che il commissario giudiziale, con motivato parere 20.12.2013 - in parte qua costituente una vera e propria perizia di stima - ha giudicato senz'altro congruo e conveniente per i creditori);

che la vendita è stata in seguito sospesa con decreto 9.1.14;

che secondo un principio ricorrente nell'ordinamento nelle fattispecie di vendite autorizzate giudizialmente la sospensione può essere deciso solo ove ricorrano "gravi motivi" (v. artt. 534 ter, 591 ter cpc, 108 l. fall.);

che nel caso in esame i gravi motivi erano rappresentati dalla più volte manifestata volontà di formulare un'offerta di acquisto dei rami d'azienda [omissis]: in particolare in data 10.12.13 veniva depositata nota informativa per conto di [Terza Interessata] (volta ad acquisire informazioni necessarie al fine di sottoporre offerte per l'acquisto di rami d'azienda e/o singoli beni); in data 23.12.13 [Terza Interessata] chiedeva che il GD o il

Collegio volessero assumere i provvedimenti più adeguati a garantire la partecipazione di [Terza Interessata] alla procedura liquidatoria; in seguito, in data 3.1.14 [Terza Interessata] chiedeva di autorizzare l'accesso agli atti e di assumere i provvedimenti più adeguati nel caso di specie atteso il "reiterato interessamento manifestato da [Terza Interessata] all'acquisito del ramo d'azienda [omissis];

che - ottenuta la sospensione della vendita - [Terza Interessata] chiedeva in data 14.1.14 il sequestro dei beni costituenti il marchio e la tecnologia [Società] nonché adottare il provvedimento più opportuno per garantire la conservazione del patrimonio sociale di [Società] in vista della propria partecipazione alla fase liquidatoria;

nuovamente in data 21.1.14 [Terza Interessata] chiedeva di rigettare l'istanza 15.1.13 di [Società] di revoca della sospensione, di revocare il provvedimento 24.12.14 di autorizzazione alla vendita, di adottare ogni provvedimento più opportuno a garantire la conservarne del patrimonio sociale, di sequestrare il marchio e la tecnologia [Società], invitare il commissario a far adottare procedure competitive, di autorizzare [Terza Interessata] all'accesso alle informazioni societarie;

considerato

che in seguito alle richieste di [Terza Interessata], mantenuto fermo il provvedimento di sospensione, il GD disponeva la convocazione delle parti (per l'11.2.14) e incaricava gli esperti di chiarire se la società tedesca fosse o meno in grado di avanzare un offerta migliorativa (unico scenario che avrebbe potuto eventualmente giustificare la revoca del provvedimento 21.12.13 nell'interesse dei creditori);

che la risposta degli esperti è stata in equivoca nel senso di affermare che [Terza Interessata] era ed è in grado di formulare una proposta d'acquisto;

che tale proposta di acquisto, tuttavia, non è pervenuta;

(Omissis)

ritenuto dunque

che i gravi motivi che hanno portato alla sospensione (possibile emersione di un altro acquirente rispetto a quello indicato nel piano, disponibile ad attuare condizioni più favorevoli per i creditori) siano venuti meno, posto che [Terza Interessata] ha goduto di un periodo di tempo congruo per poter avanzare la propria disponibilità e farla conoscere all'Ufficio e ai creditori di [Società] (questo dato oggettivo consente di ritenere superate le considerazioni sulle tempistiche e sulla condotta di [Società] anche da ultimo ribadite nella memoria 6.3.14 di [Terza Interessata] posto che questo Ufficio ha messo nelle condizioni il terzo interessato di concretizzare il proprio generico interessamento, senza esiti positivi da prospettare ai creditori all'adunanza del 7.3.14);

che le modalità di liquidazione indicate nel piano andranno sottoposte al

vaglio e al giudizio dei creditori e che, nel frattempo, non sia giustificato l'ulteriore dilazione della cessione giudicata conveniente per la massa nei motivati pareri del commissario giudiziosi e del legale (20.12.13) atteso il rischio da una lato di veder "evaporare" anche l'unica seria proposta di acquisto sinora avanzata e dall'altro di aumentare il passivo concordatario con eventuali richieste risarcitorie del contraente [Cessionaria] (v. parere legale 15.1.14 agli atti);

(Omissis)

P.Q.M.

In accoglimento dell'istanza 15.1.14 (reiterata il 3.2.14 ed il 5.3.14) di [Società],
disattesa ogni contraria istanza
revoca il provvedimento di sospensione della vendita 9.1.14.

(Omissis)

La natura del concordato preventivo e il c.d. concordato chiuso

Mattia Esposito

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract “Concordato preventivo”, under Italian Bankruptcy Law (R.D. 16 march 1942, n. 267), is a legal process aimed to reach an arrangement between the debtor and all of his creditors. The debtor submits an arrangement proposal to the Court, along with all of the necessary documentation to prove the proposal’s feasibility and its convenience over bankruptcy. The Court verifies the regularity of documentation and process, while creditors vote on the proposal. If the proposal reaches the majority of votes, the arrangement is binding for all creditors. The article addresses two controversial issues about “concordato preventivo”. The first one concerns the nature of “concordato preventivo”: is it a judicial proceeding ruled by the Court, or is it a private agreement between the debtor and his creditors? The second one, linked to the first, addresses modalities of the debtor’s assets selling off (in order to procure the necessary funds to fulfill the arrangement): can they be freely determined by the debtor itself or must they be determined by the Court according to Bankruptcy Law? The article examines these issues and concludes with a reflection on the need for the Court to ensure that “concordato preventivo” is not used as an abuse of law to damage creditors’ rights.

Sommario 1. Introduzione. – 2. La vicenda processuale. – 3. Il provvedimento e le questioni sottese. – 4. Il c.d. “concordato chiuso”. – 5. La natura privatistica del concordato preventivo. – 6. La natura pubblicistica del concordato preventivo. – 7. L’ammissibilità del concordato chiuso. – 8. Il concordato chiuso e l’abuso del diritto.

1 Introduzione

Il provvedimento che si commenta riveste particolare interesse perché affronta la questione sulla ammissibilità o meno del c.d. “concordato chiuso” che, a sua volta, si innesta su un’altra questione altrettanto dibattuta, ossia quella sulla natura (negoziale-privatistica o processuale-pubblicistica) del concordato preventivo.

Si tratta questioni che di recente, grazie anche al noto caso del Concordato della Fondazione Centro San Raffaele Del Monte Tabor, sono salite alla ribalta delle cronache, attirando l’attenzione degli operatori giuridici e anche quella mediatica del grande pubblico.

Com’è noto, il concordato della Fondazione San Raffaele prevedeva che la Fondazione costituisse una “società veicolo”, conferendovi la parte più consistente dei propri *assets*, per poi ricavare l’attivo concordatario mediante la vendita delle azioni di questa. Prima ancora di depositare il ricorso per l’ammissione al concordato, la Fondazione aveva ricevuto ed accettato una proposta irrevocabile per l’acquisto delle azioni della costituenda società veicolo, concludendo sostanzialmente un contratto

preliminare condizionato all'omologa del concordato. In questo modo, il debitore aveva "blindato" il concordato ad una liquidazione dei suoi *assets* da eseguirsi secondo modalità negoziali privatistiche da lui medesimo autonomamente determinate (concordato chiuso), anziché secondo le modalità concorsuali previste dalla legge.

Anche nel caso che si commenta, come in quello della Fondazione San Raffaele, il piano prevedeva la liquidazione dell'attivo della società debitrice mediante modalità contrattuali liberamente e preventivamente determinate dal debitore.

In particolare, il debitore, in pendenza del procedimento di concordato, aveva ricevuto ed accettato, condizionatamente al rilascio delle prescritte autorizzazioni dagli organi della procedura, una proposta di acquisto di un ramo aziendale. Egli aveva, quindi, chiesto al Tribunale l'autorizzazione a compiere la cessione, quale atto eccedente l'ordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 167, co. 3, l.fall.

Il Giudice Delegato, in un primo momento, aveva rilasciato l'autorizzazione richiesta ma successivamente, prima che l'atto fosse compiuto, a causa di complicazioni sopravvenute aveva ordinato di sospendere l'esecuzione della cessione precedentemente autorizzata.

Il provvedimento che si commenta è stato emesso in un secondo momento da un nuovo Giudice Delegato, subentrato al precedente, per superare la situazione di stallo che si era venuta a creare.

Per comprendere la questione è necessario riepilogare le linee essenziali della complessa vicenda processuale in cui il provvedimento si inserisce.

2 La vicenda processuale

La società debitrice (di seguito per brevità "Società") aveva depositato una domanda di c.d. concordato con riserva *ex art.* 161, co. 6, l.fall. (altrimenti detto "concordato in bianco"), che il Tribunale di Vicenza aveva accolto fissando apposito termine per la presentazione della proposta concordataria, del piano e della relativa documentazione (di seguito per brevità "Procedura").

Già in precedenza la Società, per reperire l'attivo necessario alla realizzazione del concordato, aveva da tempo individuato i soggetti presenti nella scena mondiale che avrebbero potuto essere interessati ed in grado di acquistare i suoi *assets*, avviando con questi serie trattative e negoziazioni.

Tali trattative avevano avuto tutte esito negativo ad eccezione di una, quella avviata con una società di diritto cinese (di seguito per brevità "Cessionaria") che aveva manifestato un concreto e serio interesse all'acquisto degli *assets* della Società. La Cessionaria, quindi, formalizzava in una proposta di acquisto irrevocabile i termini essenziali dell'accordo raggiunto, sottoponendo la conclusione della compravendita alla condizione sospen-

siva del rilascio da parte della Procedura della autorizzazioni necessarie (di seguito per brevità "Proposta").

La Proposta prevedeva, inoltre, che la compravendita degli *assets* dovesse essere eseguita entro un termine finale, decorso inutilmente il quale le parti sarebbero state sciolte dai relativi impegni di acquisto e vendita.

Alla scadenza del termine ex art. 161, co. 6, l.fall., la Società depositava la domanda finale di ammissione al concordato con il relativo piano, il quale prevedeva l'operazione di vendita degli *assets* alla Cessionaria, nei termini stabiliti nella suddetta Proposta, quale operazione principale da cui la Società avrebbe ricavato la parte più consistente dell'attivo (di seguito per brevità "Cessione degli Assets").

L'adunanza dei creditori veniva più volte posticipata per varie ragioni, sicché si giungeva in prossimità della scadenza del termine di efficacia della Proposta prima che il concordato potesse essere omologato.

La Società, quindi, per non far decadere la Proposta, depositava istanza ex art. 167, co. 2, l.fall., per essere autorizzata ad accettare la Proposta stessa e porre conseguentemente in essere la Cessione degli Assets, quale atto urgente eccedente l'ordinaria amministrazione in pendenza della Procedura.

Una volta assunto il parere positivo del Commissario Giudiziale, il Giudice Delegato autorizzava la Società ad accettare la Proposta. Pedissequamente, la Società accettava la Proposta, impegnandosi legalmente così a stipulare davanti al notaio la Cessione degli Assets entro il termine finale convenuto.

Pressoché contestualmente a quanto sopra, una società terza di diritto tedesco, estranea alla Procedura e non creditrice della Società (di seguito per brevità "Terza Interessata"), dichiarando di aver precedentemente espresso alla Società ed al Commissario Giudiziale il proprio interesse all'acquisto dei rami aziendali della debitrice e lamentando di non aver avuto sufficiente risconto, depositava delle istanze per avere accesso agli atti della Procedura al fine di essere posta in condizione di formulare una propria offerta per l'acquisto dei medesimi *assets* già promessi in vendita alla Cessionaria.

Contestualmente, la Terza Interessata chiedeva che il Tribunale impedisse alla Società di dare esecuzione alla Cessione degli Assets, che le ordinasse di esibire la documentazione richiesta e che determinasse i termini e le modalità per lo svolgimento della *due diligence*, nonché quelli per la formulazione di una proposta di acquisto.

A seguito di tali istanze, lo stesso Giudice Delegato che aveva precedentemente autorizzato l'accettazione della Proposta, disponeva di non darsi più corso alla Cessione degli Assets (di seguito per brevità "Ordine di Sospensione").

La Società si trovava, quindi, obbligata a concludere la Cessione degli Assets con la Cessionaria in forza della Proposta accettata su autorizzazio-

ne del Giudice Delegato ma, al contempo, impossibilitata ad adempiere a tale obbligo a causa dell'Ordine Di Sospensione successivamente emesso dal medesimo Giudice Delegato. Dal suo canto, quindi, la Società depositava un'ulteriore istanza affinché il Giudice Delegato revocasse l'Ordine Di Sospensione, che la stava esponendo a responsabilità contrattuale nei confronti della Cessionaria e che stava mettendo a rischio l'operazione e, conseguentemente, l'intero concordato.

Nel frattempo, su istanza del Commissario Giudiziale, veniva incaricato un Collegio di esperti per accertare se la documentazione messa a disposizione della Terza Interessata fosse sufficiente a consentirle di formulare una propria proposta di acquisto. La relazione degli esperti dava responso positivo, tuttavia dalla Terza Interessata non perveniva alcuna proposta.

Nel mezzo di tale impasse procedurale, a seguito di un provvedimento di variazione tabellare del Tribunale di Vicenza, la Procedura veniva assegnata ad un nuovo Giudice Delegato il quale si trovava quindi a doversi pronunciare sulle rispettive istanze della Società e della Terza Interessata.

Il Giudice Delegato, nuovo titolare della procedura, con il provvedimento che si commenta risolveva la situazione di stallo che si era creata: l'Ordine Di Sospensione veniva revocato e si consentiva alla Società di perfezionare la Cessione degli Assets.

3 Il provvedimento e le questioni sottese

Il provvedimento in esame è fondato su una solida motivazione giuridica, articolata in vari argomenti che affrontano in modo preciso e puntuale le due questioni che sono sottese al precedente Ordine Di Sospensione.

La prima questione riguarda i presupposti "in fatto" che legittimano il decreto di sospensione delle operazioni di vendita ex art. 108 l.fall.

Com'è noto, l'art. 108 l.fall. dettato in materia di fallimento - ma richiamato in materia di concordato preventivo dall'art. 182, co. 5, l.fall. - dispone che il Giudice Delegato possa sospendere le operazioni di vendita dei beni del debitore qualora sussistano «*gravi e giustificati motivi*» ovvero quando «*il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto*».

Il nuovo Giudice Delegato, per pronunciarsi sull'Ordine di Sospensione emesso dal suo predecessore, doveva valutare se nel caso di specie sussistessero tali presupposti di fatto (gravi e giustificati motivi o prezzo notevolmente inferiore al giusto), poiché in loro assenza l'Ordine di Sospensione non sarebbe stato legittimo.

Il provvedimento in esame rende atto che i gravi e giustificati motivi erano effettivamente rappresentati dall'eventualità che la Terza Interessata potesse formulare un'offerta più vantaggiosa per la Procedura rispetto a quella della Cessionaria, sebbene quest'ultima fosse già stata accettata. Tuttavia, sebbene gli esperti incaricati dal Commissario avessero accer-

tato che la Terza Interessata disponeva di tutte le informazioni ed i documenti necessari per valutare l'affare, questa non aveva formulato alcuna proposta in tempo utile. I gravi e giustificati motivi, pertanto, dovevano considerarsi venuti meno.

Allo stesso modo, non sussisteva ragione per ritenere che il prezzo offerto dalla Cessionaria fosse notevolmente inferiore al giusto, atteso che tale prezzo era in linea con le valutazioni fornite sia dai periti incaricati sia dalla Società che da quelli incaricati dal Commissario Giudiziale, le cui stime peraltro non erano nemmeno state contestate dalla Terza Interessata.

Questa prima questione, pertanto, non dava adito a particolari problematiche giuridiche, risolvendosi in una valutazione "in fatto": accertato che i presupposti previsti dall'art. 108 l.fall. non erano sussistenti, da questo punto di vista, l'Ordine Di Sospensione doveva essere revocato.

La seconda questione, invece, coinvolge considerazione "in diritto" che si estendono più in generale alla natura del concordato preventivo.

Le istanze della Terza Interessata, che chiedeva al Tribunale di impedire alla Società di dare esecuzione alla Cessione degli Assets precedentemente autorizzata, si fondavano, piuttosto che sui gravi motivi di cui all'art. 108 l.fall. citato sopra, sull'assunto per cui la liquidazione dei beni del debitore in concordato preventivo non potrebbe avvenire in forma privatistica ma dovrebbe seguire le forme ad evidenza pubblica previste dalla l.fall. per la liquidazione del patrimonio del fallito.

Sostanzialmente, nella tesi della Terza Interessata, il soggetto che richiede l'ammissione al concordato preventivo non potrebbe decidere di liquidare i propri beni mediante atti di diritto privato, liberamente negoziati e conclusi con controparti autonomamente individuate, ma dovrebbe rimettere la liquidazione alle modalità concorsuali dettate per il fallimento e richiamate in materia di concordato preventivo dall'art. 182 l.fall.

Com'è risaputo, tali modalità di liquidazione prevedono che il Tribunale nomini uno o più liquidatori che procedono alla vendita dei beni mediante le procedure competitive disciplinate dagli artt. 105 e ss l.fall. sotto la vigilanza di un comitato di creditori, nominato anch'esso dal Tribunale.

La Terza Interessata, sulla base di tale assunto, riteneva che la Cessione degli Assets autorizzata dal Tribunale non fosse legittima e invocava il proprio diritto a partecipare ad una gara competitiva per l'acquisto di tali beni.

La questione ormai è nota ed ampiamente discussa in dottrina, dove generalmente il concordato che preveda modalità negoziali privatistiche e predeterminate di liquidazione dell'attivo viene definito "concordato chiuso".

4 Il c.d. “concordato chiuso”

L'art. 160 l.fall. lascia ampia libertà al debitore nella determinazione dei contenuti che può avere il piano concordatario, sicché accade sovente che il debitore stabilisca preventivamente le modalità e gli strumenti che dovranno essere utilizzati per la liquidazione dell'attivo concordatario o, comunque, per raggiungere i risultati necessari per poter poi implementare la proposta concordataria.

Come accennato sopra, in dottrina e giurisprudenza è ormai comune qualificare queste ipotesi come concordato chiuso, definito come la «fattispecie in cui la proposta concordataria sia completa di tutti gli elementi in quanto è già individuato il cessionario, il prezzo, e quant'altro utile al trasferimento a terzi dei beni del debitore»¹.

Spesso accade che il debitore, non solo predetermini nel piano le modalità di liquidazione dei propri *assets*, ma addirittura, magari ancora prima di presentare la domanda di concordato, ponga in essere degli atti negoziali privati vincolanti, volti ad assicurare la futura esecuzione di tali previsioni (ad esempio: un contratto preliminare o un vero e proprio contratto di compravendita sottoposto alla condizione sospensiva dell'omologa).

Così facendo, il debitore elimina i rischi insiti nella liquidazione concorsuale dei suoi *assets*, i cui esiti sono sempre imprevedibili e potrebbero portare risultati inferiori a quelli preventivati nel piano. In questa prospettiva, il concordato chiuso si pone come strumento per assicurare da subito la fattibilità del piano. Dall'altra parte, però, esso preclude l'eventualità opposta, ossia la possibilità che la liquidazione concorsuale porti a risultati più vantaggiosi delle modalità di liquidazione scelte dal debitore. Inoltre, è evidente che il concordato chiuso porta con sé il rischio, o comunque il dubbio, che il debitore, liquidando autonomamente e privatamente i propri *assets*, non persegua gli interessi del ceto creditorio ma, piuttosto, persegua, direttamente o indirettamente, interessi propri o di soggetti terzi.

Queste considerazioni, hanno portato a chiedersi se il concordato chiuso sia ammissibile o meno, ossia se la liquidazione dell'attivo concordatario possa avere natura privata (cioè possa essere forgiata ed amministrata dal debitore) o se, invece, debba avere natura pubblicistica (cioè debba avvenire con le modalità concorsuali previste dalla legge e ad opera degli organi della procedura).

La questione di principio sottesa all'ammissibilità del concordato chiuso è quella relativa alla misura in cui il concordato preventivo debba ritenersi uno strumento negoziale di diritto privato, amministrato dal debitore, piuttosto che una procedura concorsuale amministrata dal Tribunale e dagli

1 BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 767.

organi da questo incaricati. La domanda si pone con maggiore forza alla luce delle novelle portate alla l.fall. tra l'anno 2005 e l'anno 2007² che, secondo molte voci in dottrina e giurisprudenza, avrebbero sostanzialmente sdoganato la natura privatistica e negoziale del concordato preventivo, eliminando ogni residuo pubblicistico ed autoritativo.

La natura del concordato preventivo è oggetto di un dibattito piuttosto acceso: stabilire se l'istituto abbia natura privatistica-negoziale o natura pubblicistica-processuale, infatti, non è un interrogativo meramente astratto ed accademico, ma si pone quale bandolo della matassa per rispondere ad una serie di quesiti operativi estremamente rilevanti e frequenti nella pratica, tra cui appunto quello relativo all'ammissibilità o meno del concordato chiuso.

Sinteticamente, senza voler qui approfondire questioni che esulano l'oggetto del presente contributo, si cerca nella natura del concordato preventivo la risposta alla diatriba relativa alla sussistenza o meno in capo al Tribunale del potere di sindacare, in primo luogo, la convenienza del concordato rispetto il fallimento e, in secondo luogo, la sussistenza dei presupposti di ammissibilità che si ricavano dall'art. 161, co. 3, l.fall., ossia la veridicità dei dati aziendali presentati e, in particolare, la fattibilità del piano.

Precisamente: il Tribunale può sindacare sulla convenienza del concordato oppure tale valutazione è riservata all'assemblea dei creditori, che si esprime attraverso il voto? Il Tribunale può verificare che i dati forniti dal debitore siano veritieri e che il piano sia fattibile, oppure deve limitarsi ad una verifica meramente formale sull'allegazione della relativa relazione del professionista, lasciando anche in questo caso ogni valutazione nel merito all'assemblea dei creditori?

È evidente che la scelta tra attribuire il sindacato su tali questioni al Tribunale oppure riservarlo ai creditori è fortemente condizionata dalla natura, pubblicistica o privatistica, che si ritiene di attribuire all'istituto in esame.

Lo stesso dicasi anche per la scelta tra ritenere ammissibile oppure non ammissibile il concordato chiuso, atteso che ciò significa attribuire all'autorità giudiziaria oppure all'accordo tra le parti la decisione sulle modalità di liquidazione dei beni concordatari.

² Si tratta della c.d. riforma apportata dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con modifiche dalla l. 14 maggio 2005 n. 80 e poi dalla c.d. riforma correttiva apportata dal d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

5 La natura privatistica del concordato preventivo

Molti, sia in giurisprudenza³ che in dottrina⁴, ritengono che le varie novelle portate alla l.fall. tra l'anno 2005 e l'anno 2007⁵ abbiano voluto rafforzare la connotazione privatistica del concordato preventivo, liberandolo definitivamente da quelle sfumature pubblicistiche che rappresentavano un residuo del regime dirigitico ormai completamente superato⁶.

Il concordato preventivo, che originariamente poteva forse essere inteso come una procedura concorsuale di natura pubblicistica alternativa al fallimento⁷ e riservata all'imprenditore «onesto ma sfortunato»⁸ (meritevole ma decotto), ora pare essere diventato uno strumento negoziale di gestione della crisi imprenditoriale⁹, che si svolge ancora sotto il controllo del Tribunale ma che ha natura sostanzialmente privatistica e che è, pertanto, tendenzialmente libero da vincoli eteronomi rispetto la volontà delle parti¹⁰.

Si è parlato di un processo di "liberalizzazione" che avrebbe eliminato

3 Si veda tra le molte Cass. S.U., 16 luglio 2008, n. 19506, disponibile sulla banca dati *DeJure*: «...nulla suggerisce che il legislatore abbia inteso modificare la natura e le caratteristiche essenziali della procedura di concordato - e tanto meno far perdere ad essa i suoi connotati originariamente negoziali in favore di un impianto pubblicistico prima non configurabile (essendo, al contrario, opine si è inteso ampliare e rafforzare il profilo consensualistico dell'istituto)». Ancora la Suprema Corte ha affermato che l'esclusione di un sindacato del Tribunale sul merito del concordato preventivo trova ragione «...nella più marcata natura privatistica che la riforma operata dal d.lgs. n. 5 del 2006, ha voluto imprimere alla procedura concordataria prevedendo alla L. Fall., art. 180, che, in caso di voto favorevole dell'assemblea dei creditori alla proposta di concordato ed in assenza di opposizioni, il tribunale omologhi la proposta stessa senza alcun sindacato sul merito» (Cass., 20 gennaio 2011, n. 1345, disponibile sulla banca dati *DeJure*).

4 Si veda ad esempio MACAGNO, *Questioni attuali in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, p. 359: «L'impostazione negoziale, già minoritaria, ha tratto nuova linfa dalle profonde innovazioni normative operate, che hanno profondamente rivalutato la centralità del consenso informato». In modo altrettanto deciso circa la natura privatistica del concordato preventivo a seguito delle riforme si vedano FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 5, p. 593; e CAFFI, *Il Concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 605.

5 Per un sintetico ma esaustivo esame delle novità legislative in parola si veda LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, p. 7.

6 Così LO CASCIO, *Natura della liquidazione concordataria*, in *Fall.*, 2011, p. 533.

7 In questo senso RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 615.

8 NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 336.

9 Per un esaustivo confronto tra la previgente e la nuova struttura dell'istituto si veda CAIFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 518.

10 Si vedano, tra i molti in questo senso, AMBROSINI, DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 5; GROSSI, *La riforma della*

qualsiasi restrizione nell'accesso al concordato preventivo e qualsiasi limitazione al suo contenuto o al trattamento dei creditori, rimettendo tutto al libero accordo del debitore con la maggioranza dei creditori¹¹. I passaggi fondamentali di questa liberalizzazione possono essere individuati nelle modifiche legislative di seguito sinteticamente richiamate: circa le condizioni per accedere al concordato preventivo, l'art. 160 l.fall. non prevede più lo stringente stato di insolvenza, ma il più elastico ed ampio stato di crisi, e non è più nemmeno richiesto il requisito soggettivo della meritevolezza; circa la proposta concordataria, ora è espressamente prevista la possibilità di suddividere in classi il ceto creditorio, attribuendo a ciascuna classe un trattamento diverso, e non sono più imposti i limiti di un livello minimo di soddisfazione dei creditori chirografari e della soddisfazione integrale dei creditori privilegiati; infine, circa il piano concordatario, l'art. 160 l.fall. consente all'imprenditore di prevedere qualsiasi tipo di operazione giuridico-economica che il suo ingegno gli suggerisca, tanto che tale norma in dottrina è stata definita come «norma contenitore»¹², in quanto capace di accogliere qualsiasi contenuto.

Siffatto processo di liberalizzazione avrebbe rimesso la formazione ed il contenuto del concordato preventivo all'autonomia contrattuale delle parti interessate (debitore e creditori), piuttosto che, rispettivamente, ad una procedura giudiziale e a delle previsioni normative, risolvendo così l'istituto in un negozio di diritto privato.

Il contrappeso di questa liberalizzazione sarebbe stato il rafforzamento della tutela del diritto di informazione dei creditori¹³: se il concordato è diventato uno strumento negoziale privato che si fonda sul consenso dei creditori, è necessario quanto meno che tale consenso sia debitamente informato. Per questo motivo le novelle succedutesi dall'anno 2005 in avanti, ad esempio, hanno introdotto nell'art. 161 l.fall. l'obbligo per il debitore di accompagnare la domanda di concordato con la relazione del professionista attestatore e di depositare analogo relazione in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano, nonché la previsione che il commissario debba mettere a disposizione dei creditori almeno 10 giorni prima dell'adunanza una relazione che fornisca tutte le informazioni necessarie non solo sul pia-

legge fallimentare, Milano, 2005, p. 130; DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in materia di concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 1408.

11 Confronta LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, p. 525; AZZARO, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267; NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, in *Fall.* 2011, p. 1291.

12 FINARDI, *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziari*, in www.ilcaso.it, consultato nel dicembre 2014.

13 Confronta MANDRIOLI, in BONFATTI, PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 665 ss.

no e sulla proposta ma su ogni possibile aspetto rilevante (la norma parla di relazione "particolareggiata" sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte).

Sulla base di tale lettura del concordato preventivo, giurisprudenza e dottrina hanno fornito coerente risposta ai quesiti prospettati sopra, relativi al sindacato giudiziale sul merito dei presupposti di ammissibilità del concordato preventivo, in particolare sulla convenienza della proposta e sulla fattibilità del piano.

Poiché il concordato preventivo ha natura privatistica e negoziale, il sindacato sui suoi presupposti non compete all'autorità giudiziaria ma è riservato ai soggetti privati direttamente coinvolti¹⁴, ossia i creditori che si pronunziano in sede di votazione. Il Tribunale dovrebbe limitarsi solo ad una verifica formale sul fatto che il debitore abbia prodotto la documentazione attestante tali presupposti e, al massimo, sul fatto che tale documentazione sia completa, coerente ed intellegibile, ma gli sarebbe precluso valutarne il merito.

Certa giurisprudenza è chiarissima sul punto: «Un primo orientamento, soprattutto dottrinale, ritiene che, in sede di giudizio di ammissibilità, il Tribunale deve limitarsi ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda; altro orientamento ritiene che il Tribunale, in tale sede, è tenuto ad accertare anche la fattibilità del piano ... e ciò al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano. Tale secondo orientamento, giustificato con l'esigenza di salvaguardare interessi di carattere pubblicistico e di evitare che la procedura di concordato preventivo possa essere utilizzata dagli imprenditori insolventi con finalità meramente dilatorie, non appare condivisibile, essendo in contrasto con il dettato normativo dal quale si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori»¹⁵. La giurisprudenza ha altresì precisato che il sindacato del Tribunale sul merito dei presupposti del concordato è escluso non solo in sede di ammissione ma in ogni fase del procedimento e persino in caso di contestazioni di fatti fraudolenti: «Tale principio, che il Collegio pienamente condivide, è applicabile non solo alla fase di valutazione dell'ammissibilità del concordato ma anche in sede di riesame della proposta L. Fall., ex art. 173»¹⁶.

¹⁴ Si veda la decisa posizione in questo senso, già enunciata nel titolo del contributo, di FABIANI, *La fattibilità del concordato preventivo è un giudizio che spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2011, p. 167. Si veda anche PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, p. 46.

¹⁵ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

¹⁶ Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

La sussistenza dei requisiti di ammissibilità, nel merito, verrebbe valutata dall'attestatore e non dal giudice, al quale «... è rimesso un compito di diversa natura e cioè quello di verificare, *ex ante*, che l'attestazione sia effettivamente funzionale allo scopo e ciò che sia redatta con modalità tali da apparire un documento facilmente intellegibile dal quale trarre il convincimento che la prognosi dell'esperto è, oppure no, attendibile»¹⁷.

L'approvazione dei creditori perfezionerebbe il negozio concordatario cosicché il ruolo del Tribunale sarebbe limitato solo ed esclusivamente alla verifica della regolarità della procedura, al fine di tutelare il consenso informato dei creditori, e all'accertamento delle maggioranze prescritte, mentre sarebbe esclusa qualsiasi valutazione nel merito in ordine alla fattibilità ed alla convenienza del concordato¹⁸.

In particolare, il sindacato sulla convenienza del concordato sarebbe escluso perché il Tribunale, «a seguito della riforma introdotta dai noti d.lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, ha visto sottratto alla propria sfera di indagine l'accertamento dei requisiti di meritevolezza e di convenienza della proposta concordataria»¹⁹. Infatti ora il quarto comma dell'art. 180 l.fall prevede espressamente i casi, limitati e tassativi, in cui il Tribunale ha competenza a giudicare la convenienza della proposta concordataria, ossia quando vi sia una contestazione da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, in difetto di suddivisione in classi, da parte di creditori rappresentanti il 20% dei crediti ammessi al voto. Al di fuori di questi casi, argomentando *a contrariis*, la regola è che il sindacato sulla convenienza da parte del Tribunale deve senz'altro ritenersi escluso.

Anche il sindacato sulla fattibilità del piano sarebbe sottratto al Tribunale²⁰. Ciò si ricaverebbe dall'art. 186 l.fall., ove è previsto che la risoluzione del concordato per inadempimento possa essere dichiarata solo su richiesta dei creditori e non anche d'ufficio: se il Tribunale non ha il potere di rilevare a posteriori l'avvenuto inadempimento, tanto meno avrà il potere di giudicare a priori le probabilità di adempimento, ossia la fattibilità del piano. Sul punto la Cassazione è chiarissima: «Dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori non è consentito al tribunale, e neppure alla corte di appello in sede di reclamo, verificare la probabilità di successo del concordato e non omologarlo quando appaia prevedibile un inadempimento del debitore che legittimerebbe i creditori a chiedere la risoluzione

17 FABIANI, *La fattibilità del concordato preventivo nella lettura delle sezioni unite*, in *Fall.*, 2013, p. 149.

18 In questo senso di veda App. Firenze, 27 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015.

19 Trib. Ravenna, 19 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015.

20 Così anche FINARDI, *Limiti al sindacato del tribunale sulla probabilità di successo del concordato in sede di omologa*, in *www.ilcaso.it*, consultato nel dicembre 2014.

del concordato. Una tale decisione, infatti, non potrebbe giustificarsi con la probabilità di inadempimento, posto che la relativa valutazione ai fini dell'omologazione è riservata ai creditori, ai quali soltanto, inoltre, e con esclusione dello stesso pubblico ministero, è riservata dopo l'omologazione la legittimazione a chiedere la risoluzione»²¹.

Si dovrebbe quindi concludere che, alla luce della natura privatistica dell'istituto, per l'omologa del concordato preventivo «L'unica condizione richiesta dalla legge fallimentare ... è costituita dal raggiungimento delle maggioranze entro il termine perentorio di venti giorni dalla chiusura del verbale dell'adunanza, di cui all'art. 178, quarto comma, legge fall.»²², senza necessità di alcuna ulteriore e diversa valutazione o verifica da parte del Tribunale.

Si registrano pronunce che affermano persino che, laddove il concordato sia stato approvato dai creditori, il Tribunale non avrebbe il potere di sindacarne i requisiti di ammissibilità, in particolare la fattibilità, nemmeno quando il commissario giudiziale abbia espresso parere contrario all'omologa contestando la stessa fattibilità del piano: «se i fatti incidenti sulla fattibilità del piano rappresentati dal professionista e valutati dal commissario giudiziale nella sua relazione ... dovessero risultare vagliati criticamente e regolarmente accettati dai creditori, l'omologa ... rappresenterebbe un atto dovuto»²³. Portando a conseguenze ancora più estreme l'assunto della natura privatistica e negoziale del concordato preventivo, si è affermato che, dopo la votazione e in assenza di opposizioni, il Tribunale non avrebbe nemmeno il potere di rilevare autonomamente gli atti fraudolenti ex art. 173 l.fall. quali circostanze impeditive dell'omologa²⁴.

21 Cass., 4 luglio 2014, n. 15345, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

22 Cass., 3 febbraio 2014, n. 232, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

23 Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, disponibile sulla banca dati *DeJure*. In questo senso si vedano anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, disponibile sulla banca dati *DeJure*, e Trib. Roma, 29 gennaio 2014, decr. n. 6, con nota di DEL LINZ, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità del piano di concordato preventivo con cessione dei beni e modalità di liquidazione*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel giugno 2014.

24 Sul punto si veda tra tutti BRENCA, *Osservazioni a margine dei poteri del Tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 259: «... l'assenza di tale presupposto, ovvero di opposizioni all'omologazione, viene assunto ad elemento impeditivo (pendente la fase stessa di omologazione), di qualsivoglia intervento teso alla rivisitazione delle condizioni legittimanti la procedura già preventivamente e positivamente esitate che hanno ottenuto, perciò, l'approvazione da parte dei creditori. ... Diversamente argomentando si finirebbe per svuotare di ogni contenuto la nuova formulazione dell'art. 180 legge fallim., relativamente alla distinzione operata tra ipotesi in cui siano presentate opposizioni da quella in cui, per converso, non sia presentata nessuna opposizione. ... Che il Tribunale debba (o possa) valutare l'incidenza, sull'ammissibilità del concordato, dei "fatti nuovi" non esaminati in fase di ammissione o di adunanza dei creditori, non sembra esservi dubbio. Né si intende sostenere, pendente il giudizio di omologazione, l'irrelevanza dell'emersione delle ipotesi

A conferma di tali assunti, in dottrina si è osservato che il dibattito relativo al sindacato del Tribunale sulla convenienza e la fattibilità del concordato era certamente ben noto al legislatore sicché, se fosse stata sua intenzione confermare la sussistenza di tale sindacato, avrebbe provveduto espressamente in tal senso, così come ha fatto laddove ha effettivamente voluto precisare alcuni presupposti di ammissibilità che devono essere accertati dal Tribunale, ad esempio inserendo nell'art. 160 l.fall. il secondo comma, il quale specifica che la soddisfazione prevista per i creditori privilegiati non può essere inferiore a quella realizzabile dalla liquidazione dei beni su cui insiste il privilegio e che, comunque, deve essere rispettato l'ordine della cause legittime di prelazione²⁵.

6 La natura pubblicistica del concordato preventivo

In realtà, l'orientamento che, alla luce della natura negozial-privatistica del concordato preventivo, esclude o limita quanto più possibile l'intervento del Tribunale nel concordato preventivo per rimettere l'istituto completamente all'autonomia negoziale delle parti, non è incontrastato.

Innanzitutto, si è rilevato che, anche laddove il concordato preventivo fosse un mero accordo negoziale tra debitore e creditori, all'autorità giudiziaria competerebbe comunque un certo sindacato. Infatti, il Tribunale ha necessariamente il potere di rilevare d'ufficio tutte le eccezioni che può rilevare d'ufficio in relazione contratti di diritto privato comune, come ad esempio la mancanza di un elemento essenziale ex art. 1325 c.c., la sussistenza di una causa di nullità ex art. 1418 c.c., tra cui in particolare

specificate nell'art. 173 legge fallim. Tuttavia, coerentemente alla struttura plurifasica del procedimento di concordato preventivo, la verifica di tali ipotesi, in sede di omologa, dovrà avvenire con la proposizione delle "opposizioni" di cui all'art. 180 legge fallim., e non, viceversa, con l'attivazione d'ufficio del procedimento ex art. 173 legge fallim., possibile, invero, fino a che non sia stata fissata l'udienza camerale che segna, come è noto, l'avvio del giudizio di omologazione. ... Aperto il giudizio omologatorio (e sino alla chiusura di esso coincidente col decreto di omologazione; cfr. art. 181), quindi, i fatti che possono dar luogo alla revoca dell'ammissione al concordato, devono essere rilevati con lo strumento dell'"opposizione" che può terminare, riscontrata l'effettività dei presupposti della revoca, con un decreto di diniego dell'omologazione medesima (eventualmente con contestuale sentenza di fallimento) reclamabile ex art. 183 legge fallim. ... In sostanza, pur senza mettere in discussione il ruolo svolto dall'art. 173 nell'ambito della procedura di concordato, deve riconoscersi un'operatività temporalmente circoscritta, escludendosi, comunque, che il Tribunale (ex art. 173) possa sindacare le modalità concrete di fattibilità del piano in relazione alla sua idoneità a soddisfare i creditori, ovvero valutare circostanze incidenti nella fase di ammissione alla procedura».

25 Così CARMELLINO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Es. for.*, 2013, p. 2.

la contrarietà a norme imperative, oppure la sussistenza dei requisiti di possibilità, liceità e determinatezza dell'oggetto o della causa²⁶.

Si vedrà nel prosieguo che proprio l'elemento causale è il grimaldello che è stato utilizzato dalla giurisprudenza per aprire il varco al sindacato del Tribunale sui presupposti di ammissibilità del concordato preventivo. Le speculazioni sulla causa del negozio concordatario si sono innestate, trovandovi terreno fertile, su quel filone dottrinale e giurisprudenziale che mette in discussione l'assunto della natura privatistica del concordato preventivo.

Molte pronunce e molti autori ritengono che la liberalizzazione del concordato preventivo descritta sopra non sarebbe stata così piena ed indiscussa e che questo istituto manterrebbe una forte connotazione pubblicistica, con conseguenti rilevanti poteri di controllo e di sindacato del giudice, anche dopo le citate novelle del 2005 e del 2007²⁷.

Anzi, proprio tali novelle avrebbero introdotto degli elementi nuovi volti a confermare la natura pubblicistica del concordato preventivo²⁸. La nuova previsione inserita nell'art. 162 l.fall. dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 per cui, in sede di ammissione alla procedura, il Tribunale può concedere al debitore un termine di quindici giorni per apportare integrazioni al piano, sarebbe la conferma che l'autorità giudiziale conserva il potere di valutare e sindacare il merito del piano concordatario²⁹: come potrebbe il Tribunale chiedere integrazioni al piano e nuovi documenti se non ha la competenza a valutarne il merito?

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la ormai celebre sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, hanno «evidenziato come, seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d'altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché

26 Sul punto si veda FINARDI, *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, in www.ilcaso.it, consultato nel settembre 2014.

27 Per una posizione nettamente a favore del sindacato di merito del Tribunale sui presupposti di ammissibilità del concordato e, in particolare, sulla fattibilità, si veda DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fall.*, 2013, 9, p. 1062. Si veda altresì LO CASCIO, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, in *Fall.*, 2011, p. 385.

28 Confronta AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267.

29 Così CORDOPATRI, *Il Processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344.

con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia»³⁰.

Il concordato preventivo non sarebbe riconducibile ad un accordo negoziale privatistico soprattutto in ragione della sua capacità di vincolare e limitare anche i diritti della minoranza dei creditori non aderenti (dissenzienti o astenuti), capacità estranea ed incompatibile con i principi fondamentali del diritto comune dei contratti.

La giurisprudenza ha sottolineato chiaramente tale distinzione del concordato preventivo, sia nella fase genetica che negli effetti, dai contratti di diritto privato, in particolare con riferimento al contratto che più gli si avvicina, ossia la *cessio bonorum* ex art. 1977 c.c.: «...il punto di partenza è l'irriducibilità dell'istituto, nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato (art. 1326 c.c.). Ne fa difetto un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti. L'accordo dei soggetti contraenti, secondo la rituale modalità di incontro della proposta e della conforme accettazione, non è solo una regola: ma è "la regola" fondamentale, la *Grundnorm* in materia. Rispetto a chi ne resta invece estraneo perché non esprime il consenso, l'accordo resta *res inter alios acta*; e come tale, *nec iuvat nec nocet*. È quindi letterale, in questo senso, la diversità ontologica dell'istituto concorsuale, dotato di effetti cogenti per l'intero ceto creditorio anteriore (L. Fall., art. 168), rispetto, ad es., alla forma contrattuale pura di *cessio bonorum*, tipizzata negli artt. 1977 e 1986: che, appunto, vincola solo i creditori che ne sono parte al divieto di azioni esecutive sui beni ceduti (art. 1980 c.c., co. 2) e, salvo patto contrario (espressione, ancora una volta, di scelta concorde), produce la liberazione del debitore nei limiti di quanto da essi ricevuto (art. 1984 cod. civ.). L'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti (oltre che dei terzi a vario titolo incisi dall'opzione concordataria), della proposta approvata a maggioranza assoluta (non più doppiamente qualificata, come nell'art. 177 previgente), rivela l'essenzialità dell'intervento del giudice: volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta»³¹.

Per tale motivo, l'accordo concordatario non si forma attraverso una mera trattativa privata ma attraverso un procedimento giudiziale, che deve rispettare precise regole processuali e che si svolge sotto la vigilanza del Tribunale. La funzione di tale procedimento non sarebbe solo quella di garantire la completezza e l'intelligibilità delle informazioni fornite dal debitore ma, in considerazione del sacrificio imposto ai creditori dissenzienti, dovrebbe essere anche quella di accertare il merito dei presupposti

30 Cass. S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

31 Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

di ammissibilità (in particolare convenienza e fattibilità) che giustificano e compensano tale sacrificio³².

Sinteticamente, non sarebbe sufficiente che il debitore informi i creditori e questi esprimano voto favorevole (se non addirittura si astengano), ma sarebbe necessario che l'autorità giudiziaria accerti la sussistenza effettiva delle condizioni in presenza delle quali la legge ammette il concordato preventivo: ecco che riemergono così la natura pubblicistica dell'istituto ed il ruolo del Tribunale.

Alla luce di siffatta rivalutazione delle connotazioni pubblicistiche del concordato preventivo, la Sentenza delle Sezioni Unite citata sopra, pur ribadendo che il giudizio sulla convenienza e sulla fattibilità del concordato tendenzialmente spetta ai creditori, si preoccupa di recuperare all'autorità giudiziaria un margine di sindacato sul merito dei presupposti di ammissibilità, non essendo sufficiente che la loro esistenza sia asserita dal debitore attraverso il professionista attestatore. Tali requisiti, con particolare riferimento alla fattibilità del piano, devono essere effettivamente sussistenti ed il relativo accertamento è competenza del Tribunale. Come anticipato sopra, le Sezioni Unite, avendo in mente il profilo pubblicistico dell'istituto, fanno leva sull'elemento causale³³ dell'accordo concordatario, individuando la sua causa concreta nella funzione di superare la crisi dell'impresa mediante la soddisfazione almeno parziale dei creditori. Se il piano non è effettivamente fattibile allora evidentemente viene meno la causa dell'accordo concordatario e non può essere negato al Tribunale il potere di accertare tale mancanza.

Il *ché* equivale a dire che al Tribunale compete, almeno indirettamente, il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario.

In vero, il ragionamento delle Sezioni Unite è mediato perché distingue la "fattibilità economica", ossia la prognosi circa le possibilità di realizzazione del piano, dalla "fattibilità giuridica"³⁴, ossia la conformità alle norme giuridiche inderogabili degli strumenti negoziali in cui si articola il piano³⁵: solo la "fattibilità giuridica" rientrerebbe necessariamente nella cogni-

32 Si veda PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Bonocore e Bassi (diretto da), Padova, I, 2010, p. 561 ss.

33 Per un quadro aggiornato ed approfondito sullo stato dell'arte in materia di causa del contratto si veda BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251.

34 La distinzione tra "fattibilità economica" e "fattibilità giuridica" è stata criticata da ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 867.

35 Per un commento sulla portata della citata Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema corte si veda LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, p. 525.

zione del Tribunale, mentre la “fattibilità economica” sarebbe senz’altro rimessa alle valutazioni dei creditori, i quali con il loro voto si assumono i relativi rischi economici³⁶.

La giurisprudenza immediatamente successiva ha sviluppato i corollari dei principi posti dalle Sezioni Unite e i confini della fattibilità giuridica sono stati estesi sino, di fatto, ad inglobare la fattibilità economica. Infatti, si è affermato che laddove le dichiarazioni dell’attestatore sulla fattibilità economica siano palesemente erranee, allora si verterebbe in tema di fattibilità giuridica piuttosto che economica, con la conseguenza che il Tribunale sarebbe legittimato ad accertare il difetto di fattibilità e dichiarare il concordato inammissibile³⁷.

Sempre sulla scorta della citata sentenza delle Sezioni Unite, è stato precisato che la caratterizzazione privatistica del concordato preventivo, seppure innegabile, non può valere a segregare il ruolo del Tribunale ad una mera verifica della regolarità formale degli atti e che non può, quindi, essergli negato, ad esempio, il potere di accertare d’ufficio la commissione di atti fraudolenti ex art. 173 l.fall. ³⁸.

La dottrina e la giurisprudenza³⁹ più favorevoli alla tesi della natura pubblicistica del concordato preventivo sono poi andate oltre i principi di-

36 Per una motivata ed attenta analisi critica della citata Sentenza, si veda FAUCEGLIA, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2538.

37 Trib. Bergamo 9 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015: «In linea di principio, non v’è dubbio che il tema dell’effettivo valore dei beni ceduti alla massa dei creditori con lo scopo di realizzare la causa del concordato preventivo (la soluzione/gestione della crisi attraverso il soddisfacimento di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve) inerisca alla cd. fattibilità economica del piano e sia, quindi, devoluto alle valutazioni che la massa dei creditori esprime con il voto, favorevole o sfavorevole, alla proposta (Cass., Sezioni Unite, n. 1521/2013). Tuttavia qualora il commissario abbia l’evidenza di una sopravvalutazione dei beni di entità significativa, e comunque tale da determinare una prognosi di certa impossibilità di soddisfacimento dei creditori chirografari, e sia in grado di dimostrarla previo ricorso all’accertamento tecnico eseguito da un c.t.u. di cui abbia chiesto ed ottenuto la nomina da parte del giudice delegato, il tribunale, verificato che gli accertamenti degli organi della procedura non si prestino a rilievi di incoerenza (e per fare ciò vanno considerate anche le eventuali deduzioni e contestazioni del debitore), non può che prendere atto del fatto che, in questa ipotesi, il tema del valore dei beni ceduti alla massa dei creditori incide direttamente sulla cd. fattibilità giuridica del concordato e, come tale, rientra nella sua sfera di cognizione».

38 Si veda Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, disponibile sulla banca dati *DeJure*: «Non è esatto che il tribunale sia privo del potere di negare l’omologazione, anche in assenza di opposizioni, se è in grado di rilevare l’esistenza di circostanze, quali per esempio atti in frode dei creditori, che ai sensi della L. Fall., art. 173 avrebbero implicato la revoca dell’ammissione. Un siffatto potere è infatti espressione del doveroso controllo sulla regolarità della procedura, non limitata ai soli dati formali, e la corrispondenza tra i poteri officiosi del tribunale nelle tre fasi dell’ammissione, dell’eventuale revoca e dell’omologazione del concordato è puntualizzata anche da Cass. Sez. Un. 1521/2013».

39 Si veda in particolare Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 con commento di LAMANNA, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva)*

chiarati dalle Sezioni Unite, spingendosi sino a sostenere che al Tribunale compete pieno sindacato sulla fattibilità del concordato, senza distinguere tra “fattibilità economica” e “fattibilità giuridica”, e che tale sindacato spetta d’ufficio e in ogni fase, tanto in sede di ammissione quanto in sede di omologazione, anche a prescindere dall’accertamento di atti fraudolenti o dalla proposizione di opposizioni da parte dei creditori: «Resta fermo che in sede di omologazione, e non solo per la via dell’art. 173 l.fall., è senz’altro consentito l’apprezzamento della ritualità della procedura e della fattibilità del piano del concordato. E, pure in costanza della mancata composizione della relativa polemica, è comunque indubbio che il Tribunale potrà e dovrà esercitare la sua piena ed esaustiva funzione di controllo anche in assenza di opposizioni»⁴⁰.

Sviluppando ulteriormente questi spunti, altra dottrina⁴¹, in una prospettiva processualistica, ha rilevato che in caso di simultanea pendenza di una domanda di concordato e di un’istanza di fallimento, non essendo scontato che la domanda di concordato sia pregiudiziale rispetto la procedura fallimentare, il Tribunale dovrebbe necessariamente poter valutare il merito delle due ipotesi (quindi la fattibilità e la convenienza del concordato) per decidere a quale di esse dare la prevalenza⁴².

Una recentissima sentenza di merito⁴³, ancora sulla scorta delle considerazioni delle Sezioni Unite in ordine alla causa del concordato preventivo, ha aperto il varco ad una valutazione che sostanzialmente supera anche la fattibilità per andare a coinvolgere persino la convenienza del concordato: si afferma che il Tribunale deve dichiarare inammissibile un concordato che preveda una percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari inferiore al 5% perché tale soglia sarebbe «la misura al di sotto della quale la consistenza dell’entità del soddisfacimento non è più minimale ma diviene inconsistente e quindi non apprezzabile come pagamento» sicché, in tale ipotesi, verrebbe meno la causa del negozio di concordato⁴⁴.

che rende necessario l’intervento delle SSUU, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel novembre 2011.

40 CORDOPATRI, *Il Processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344.

41 PAGNI, *Del controllo del Tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 633.

42 In questo senso si veda il recente Trib. Siena, decr. 6 giugno 2014, in www.unijuris.it, consultato nel maggio 2015.

43 Trib. Modena, 3 settembre 2014, in www.ilcaso.it, consultato nel giugno 2015.

44 È stato osservato che, a bene vedere, non sarebbe nemmeno necessario scomodare la categoria della causa del contratto per affermare che il concordato deve prevedere una qualche soddisfazione concreta dei creditori, atteso che tale elemento sarebbe imposto dall’art. 160 l. fall. si veda VILLA, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 218: «La verifica della “realizzabilità della causa concreta della procedura”, sostanziandosi nel controllo del contenuto della proposta in relazione alla

Allo stesso modo, altra giurisprudenza altrettanto recente sostiene che il Tribunale avrebbe il potere di sindacare anche la durata del piano concordatario, sia come profilo della fattibilità (che sarebbe incerta se proiettata troppo lontana nel tempo), sia per valutare se un pagamento troppo dilazionato nel tempo non faccia di fatto venire meno la causa del concordato, ossia una effettiva e non irrisoria, anche se minimale, soddisfazione dei crediti⁴⁵.

Secondo questo filone di pensieri, la causa del concordato preventivo e la sua natura processual-pubblicistica, sottrarrebbero il concordato preventivo all'autonomia negoziale delle parti, riconsegnandolo all'autorità giudiziale, per quanto riguarda la sua formazione, ed alla legge, per quanto riguarda i suoi presupposti ed i suoi contenuti.

7 L'ammissibilità del concordato chiuso

Come anticipato sopra, l'indagine svolta sulla natura privatistica o pubblicistica del concordato preventivo non è finalizzata a sé stessa ma è volta a fornire argomenti per rispondere al quesito pratico se il concordato chiuso sia ammissibile o meno, ossia se il debitore possa liberamente stabilire, nel piano concordatario o addirittura mediante atti negoziali precedenti alla domanda di concordato, le modalità negoziali di liquidazione dei beni concordatari e se queste modalità siano vincolanti per la procedura.

Come si è visto, sebbene sia in dottrina che in giurisprudenza la tesi privatistica sembri prevalente su quella pubblicistica, la questione sulla natura del concordato preventivo non può dirsi pacificamente risolta sicché tale argomento, da solo, non può fornire la risposta definitiva al quesito sull'ammissibilità del concordato chiuso.

Un secondo argomento rilevante in proposito è sicuramente quello del tenore letterale delle norme. L'art. 182 l.fall., in materia di liquidazione dell'attivo concordatario, disciplina la cessione dei beni del debitore richiamando le regole pubblicistiche e le procedure concorsuali dettate per il fallimento, le quali non lasciano spazio all'autonomia negoziale del debitore. Ad una prima lettura, quindi, il concordato chiuso non sembrerebbe compatibile con il dettato normativo. Tuttavia, la stessa norma precisa testualmente che tali regole e procedure concorsuali si applicano solo «Se il concordato ... non dispone diversamente». Il debitore, quindi, sarebbe

finalità di soddisfazione delle pretese creditorie, sembra risolversi nel sindacato sull'esistenza del presupposto di cui all'art. 160, comma 1°, lett. a), a prescindere dal richiamo di "categorie di stretta derivazione privatistica"».

⁴⁵ Trib. Prato, 30 aprile 2014, con commento di ROVATI, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano: la rilevanza dei tempi di adempimento del piano*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel novembre 2014.

libero di stabilire privatamente ed autonomamente le modalità di liquidazione dell'attivo concordatario e, in tale caso, le previsioni dell'art. 182 l.fall. non troverebbero applicazione⁴⁶ o, al più, troverebbero applicazione residua per colmare le lacune delle previsioni del piano⁴⁷. In questa prospettiva, il concordato chiuso deve ritenersi ammissibile. Qualsiasi diversa ricostruzione giuridica, per quanto avvincente, si scontrerebbe con il chiaro dettato dell'art. 182 l. fall., in *In claris non fit interpretatio*: ove le modalità di liquidazione degli *assets* siano stabilite dal debitore, non vi sarebbe applicazione delle modalità di legge.

Tuttavia, tale assunto non è pacifico⁴⁸.

Secondo alcuni autori, l'art. 182 l.fall. avrebbe natura inderogabile sicché, nonostante il tenore letterale della norma, non sarebbe concesso al debitore di sottrarsi alla disciplina della liquidazione concorsuale ivi richiamata⁴⁹. È stato altresì osservato che l'art. 182 l.fall., nel far salvo quanto diversamente previsto rispetto la liquidazione fallimentare, sancisce che tali deroghe possono essere previste dal concordato, non dal piano o dalla proposta concordataria: l'atto che può prevedere modalità di liquidazione diverse da quelle fallimentari sarebbe, quindi, il decreto di omologa emesso dal Tribunale e non il piano elaborato dal debitore⁵⁰. Il debitore non avrebbe il potere di stabilire modalità negoziali e privatistiche di liquidazione dell'attivo concordatario perché tale liquidazione deve avvenire secondo le regole concorsuali poste dalla legge, le quali possono essere derogate solo dal giudice in sede di omologa: in questa prospettiva il concordato chiuso non sarebbe ammissibile.

Anche il tenore letterale delle norme si presta ad interpretazioni opposte e non è, quindi, risolutivo ai fini che qui interessano.

Un terzo argomento individuato dalla dottrina a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso è quello, di carattere processual-civilistico, che richiama il principio della domanda *ex art. 112 c.p.c.*⁵¹. Il ricorso per

46 Così FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, p. 593.

47 Così LO CASCIO, *Natura della liquidazione concordataria*, in *Fall.*, 2011, p. 533.

48 Per un interessante caso concreto di particolare disciplina della liquidazione proposta dal debitore si veda RAVINA, *Proposta concordataria: i confini dell'autonomia privata tra par condicio e controllo del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

49 Così IVONE, MACARIO, *Concordato preventivo della fondazione esercente attività d'impresa e poteri del Tribunale nella disciplina della liquidazione*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

50 CONCA, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

51 Per una ordinata e chiara esposizione di vari argomenti a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso si veda FABIANI, *La "programmazione" della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in *Fall.*, 2012, p. 906.

l'ammissione di un concordato preventivo costituirebbe a tutti gli effetti una vera e propria domanda giudiziale sicché, laddove il debitore abbia formulato un *petitum* che prevede la liquidazione negoziale e privatistica dell'attivo, allora la pronuncia del Tribunale che imponesse le modalità di liquidazione previste dalla legge sarebbe resa *extra-petitum*: «la proposta di concordato è contenuta in un ricorso che ha anche valore di domanda giudiziale, sì che nel rispetto del principio dispositivo (art. 112 c.p.c.) il giudice non può accogliere una domanda che non è stata formulata»⁵². Il vizio di tale pronuncia sarebbe ancor più grave se resa in sede di omologa, atteso che sul *petitum* formulato dal debitore e disatteso dal Tribunale si è altresì formato l'accordo con i creditori.

Un quarto argomento a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso è quello relativo alla responsabilità per l'attuazione del concordato omologato. L'esecuzione del piano concordatario costituisce sostanzialmente l'oggetto dell'obbligazione che il debitore si assume con l'omologa del concordato, tanto che gli artt. 185 e 186 l.fall., in materia di esecuzione e risoluzione del concordato, parlano espressamente di "adempimento" del concordato omologato: il commissario sorveglia l'adempimento del concordato omologato e i creditori ne possono chiedere la risoluzione per inadempimento, precisando che quest'ultima non è ammessa «se l'inadempimento ha scarsa importanza». È lampante l'analogia con l'identico principio di diritto comune dei contratti posto dall'art. 1455 c.c.: «*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza...*». Pertanto, considerato che il debitore si assume la responsabilità "contrattuale" di raggiungere il risultato indicato nella proposta concordataria, pare coerente che esso abbia il potere di scegliere e di utilizzare gli strumenti che ritiene più opportuni per raggiungere tale risultato, mentre non pare corretto imporgli di affidare l'esecuzione del piano concordatario ad un liquidatore nominato dal Tribunale, anziché al soggetto scelto da lui, e secondo modalità previste dalla legge, anziché da quelle da lui stesso stabilite. Come si può, altrimenti, imputare al debitore la responsabilità per la mancata o inesatta esecuzione del piano se tale esecuzione è sottratta al suo controllo e rimessa integralmente alla procedura?

Un quinto argomento viene individuato nell'ingiustificata differenza di trattamento che troverebbero le cessioni di beni concordatari da compiersi in sede di esecuzione del concordato (dopo l'omologa) e quelle da compiersi in pendenza della procedura (prima dell'omologa). Le prime sarebbero soggette alle regole concorsuali richiamate dall'art. 182 l.fall., mentre le secondo sono rimesse alle modalità negoziali decise dal debitore, con sola precisazione che, se si tratta di atti eccedenti l'ordinaria ammini-

52 Ancora CONCA, *op. cit.*, p. 15.

strazione, è necessaria la preventiva autorizzazione del Tribunale ai sensi dell'art. 161, co. 7, l.fall. (prima del decreto di ammissione ex art. 183 l.fall.) oppure ai sensi dell'art. 167, co. 2, l.fall. (tra il decreto di ammissione e l'omologa). Se il debitore, in pendenza della procedura, conserva il potere di compiere cessioni dei propri beni mediante atti negoziali privati, per quale motivo dovrebbe perdere tale potere dal momento dell'omologa? Al contrario, tale potere dovrebbe ritenersi maggiormente legittimato atteso che gli atti negoziali di cessioni previsti nel piano hanno ottenuto l'approvazione dei creditori e, a quel punto, costituirebbero addirittura un atto dovuto di esecuzione del piano medesimo.

Infine, quale sesto argomento, è stato osservato, in maniera ancor più radicale e decisiva, che l'art. 182 l.fall. non troverebbe proprio applicazione in caso di concordato chiuso, risolvendo così a monte i dubbi circa l'ammissibilità dello stesso. Ciò perché il concordato chiuso non integrerebbe una cessione dei beni, che è il presupposto di applicazione dell'art. 182 l.fall.: «In realtà siamo in presenza di un concordato etichettato come con cessione dei beni, che però non richiede in concreto alcuna attività di liquidazione, per cui non sussiste, una volta ritenuto ammissibile e omologato il concordato, la necessità di nomina degli organi liquidatori e di controllo né della indicazione delle modalità di liquidazione ... La scelta del debitore di stabilire le modalità di esecuzione con accordi già confezionati comporta l'esclusione di tale norma, ma questo accade non perché l'art. 182 sia interamente derogabile dalla parte ma perché, in questi casi, non si è in presenza di un concordato con cessione dei beni e, quindi, l'art. 182 l.fall. non deve essere applicato»⁵³.

Alla luce di quanto sopra, nonostante l'indagine circa la natura del concordato chiuso e il tenore letterale delle norme rilevanti non forniscano una risposta inequivocabile ed incontestabile, pare ragionevole concludere che gli ulteriori argomenti esposti forniscono una solida e fondata base per predicare l'ammissibilità del concordato chiuso nel nostro ordinamento giuridico.

8 Il concordato chiuso e l'abuso del diritto

Giunti alla conclusione che il concordato chiuso deve essere considerato ammissibile, si deve tuttavia rilevare che sussiste sicuramente un limite di ordine generale al suo utilizzo.

In proposito, lo spunto è fornito ancora una volta dal caso del concordato della Fondazione San Raffaele. Come brevemente accennato sopra, la Fondazione aveva proposto un piano concordatario fondato sulla liquidazione

53 DE MATTEIS, GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Rimini, 2013, p. 699.

dei suoi *assets* mediante un contratto preliminare di compravendita delle azioni di una “società veicolo” da costituirsi mediante il conferimento degli *assets* medesimi. Nel caso specifico, la questione era complicata dal fatto che la controparte del preliminare era costituita (anche) da soggetti che erano stati amministratori della Fondazione medesima, sicché emergevano evidenti problematiche dal punto di vista di possibili conflitti d’interesse in capo ai medesimi.

Tale peculiare situazione rende palesi i rischi e le criticità che hanno indotto molti a negare l’ammissibilità del concordato chiuso.

In primo luogo, il concordato chiuso, se da una parte presente il vantaggio di eliminare l’alea, i costi ed i tempi della liquidazione concorsuale dei beni del debitore, dall’altra parte preclude la possibilità che la liquidazione concorsuale, invece, porti risultati migliori rispetto a quelli ottenibili mediante la liquidazione “blindata” dal debitore.

In secondo luogo, è evidente che il concordato chiuso porta con sé anche il rischio che le modalità di liquidazione dei propri beni stabilite liberamente dal debitore, al di fuori di ogni controllo e sindacato giudiziale, possano, invero, nascondere una svendita dei beni a condizioni ingiustamente vantaggiose per i cessionari scelti dal debitore medesimo, a scapito degli interessi dei creditori. Fuor di metafora, il pericolo del concordato chiuso è che, lasciando in capo al debitore il potere di disporre liberamente dei propri beni, questi scarichi il dissesto della propria impresa sui suoi creditori e tragga, anche solo indirettamente, un ingiusto tornaconto dalla liquidazione dell’attivo concordatario, ad esempio mediante una vendita preferenziale degli *assets* concordatari all’acquirente da lui scelto ad un prezzo inferiore al loro reale valore.

Il Tribunale di Milano nel caso della Fondazione San Raffaele dichiara espressamente che il concordato chiuso diventa inammissibile e financo illecito «se inteso come strumento finalizzato solo a preconstituire una cessione preferenziale di beni del debitore ad un prezzo predeterminato (e in ipotesi particolarmente vantaggioso) a favore solo di predeterminati soggetti»⁵⁴.

Ad avviso di chi scrive, è corretto predicare un sindacato del Tribunale sul concordato preventivo, in particolare sul concordato chiuso, ma tale sindacato non deve avere oggetto la convenienza della proposta né la fattibilità del piano, perché l’impianto normativo prevede che tali elementi siano verificati ed illustrati dal professionista attestatore e che siano valutati dai creditori mediante il voto. Il Tribunale deve verificare che il concordato non sia utilizzato per finalità diverse e incompatibili con quelle per cui l’istituto è ammesso dall’ordinamento, ossia il superamento della crisi dell’impresa e la miglior soddisfazione possibile per i creditori.

54 Decreto Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in www.unijuris.it, consultato nel marzo 2015.

La categoria che entra in gioco, piuttosto che quella della fattibilità o quella della convenienza, è quella dell'abuso del diritto, ormai ampiamente utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e in vari e diversi settori dell'ordinamento⁵⁵.

La predeterminazione negoziale e privata delle modalità di liquidazione degli *assets* aziendali è una alternativa alle procedure concorsuali sicuramente ammissibile a condizione che persegua (auspicabilmente in modo più efficace ed efficiente) le medesime finalità, mentre non è ammissibile laddove persegua interessi del debitore medesimo, interessi di terzi o comunque interessi diversi da quello della migliore soddisfazione possibile per la massa dei creditori.

In questo senso si è già chiaramente espressa certa giurisprudenza: «Si richiede, dunque, al giudice fallimentare un controllo più penetrante di quello meramente formale, per poter censurare ogni intento di piegare lo strumento concordatario a finalità diverse da quello per cui è predisposto, consistenti nell'agevolazione della soluzione anticipata della crisi d'impresa...». «L'abuso del diritto, concetto giuridico di portata generale, ha cominciato a trovare applicazione nei confronti di tutte le tipologie di concordato, compreso quello con riserva ... Quindi, il controllo del Tribunale, se non si sovrappone alla valutazione di fattibilità ..., è comunque deputato a garantire che l'accesso alla procedura non abbia intenti meramente dilatori»⁵⁶.

Applicando tale principio ai casi concreti la giurisprudenza ha potuto affermare che «sembrano potersi escludere allo stato profili di illegittimità o illiceità della specifica modalità liquidatoria consistente nell'accettazione dell'offerta condizionata di acquisto da parte di un soggetto pre-individuato (peraltro secondo una tempistica che la rende altamente preferibile alla ipotesi alternativa, pur prevista, delle ordinarie modalità liquidatorie competitive), non emergendo in questa sede sospetti di cessione preferenziale o "blindata", in conflitto di interessi, né l'elusione di norme imperative»⁵⁷.

Questo dell'abuso del diritto dovrebbe, quindi, essere, ad avviso di chi scrive, il percorso da seguire per risolvere la questione dell'ammissibilità del concordato chiuso e quella dei limiti del sindacato del Tribunale sul concordato preventivo in generale.

55 Per un quadro aggiornato ed approfondito sullo stato dell'arte in materia di abuso del diritto si veda BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 467 ss.

56 App. Salerno, 28 luglio 2014, n. 425, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

57 Trib. Terni, 26 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, consultato nel marzo 2015.

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia

