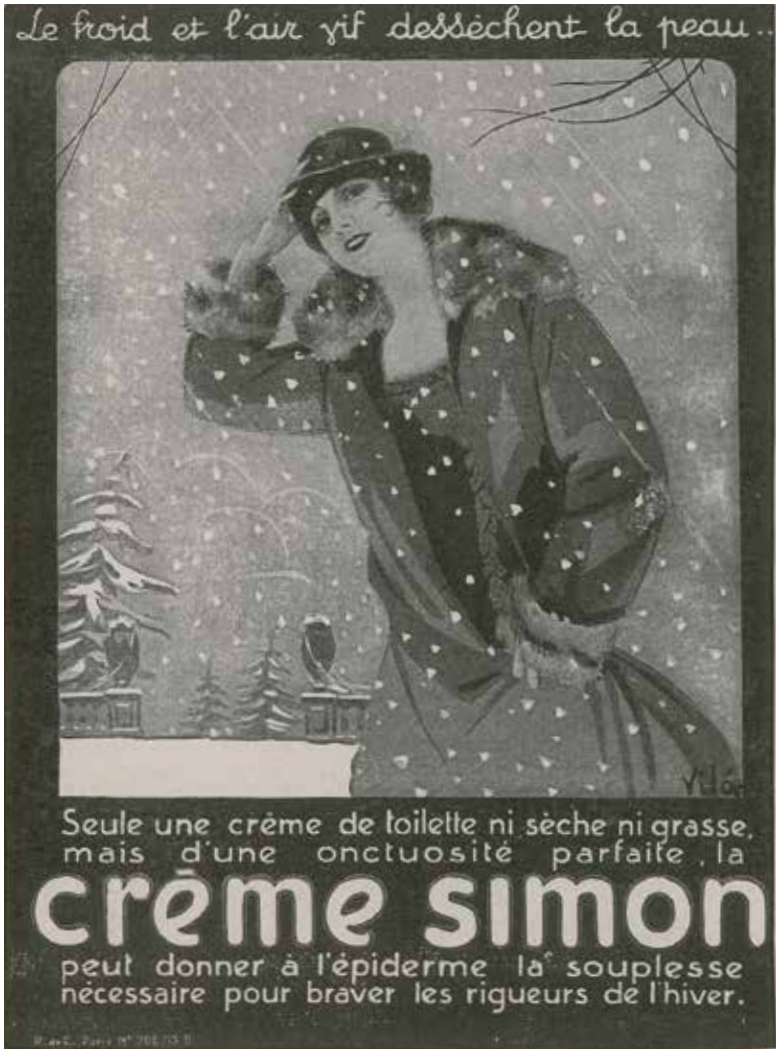
LA Lambaradan

ANNO 4 - N. 3
DICEMBRE 2012

Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in Abbonamento Postale – 70% NE/VR.



L | A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

Anno 4 - n. 3 - Dicembre 2012
Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

Direttore responsabile Ferruccio Vendramini - iscr. Albo Giornalisti di Venezia n. 24746
Direttore editoriale Lamberto Lambertini
Capo Redazione Federico Cena

Stampa
Cierre Grafica
via Ciro Ferrari, 5 - Caselle di Sommacampagna (Verona)
tel. 045 8580900 - fax 045 8580907 - www.cierrenet.it

Come nel ciclismo

In autunno, si sa, la lunga stagione del ciclismo si ferma. I professionisti vanno in vacanza, gli escursionisti guardano con nostalgia le loro biciclette a tecnologia più o meno avanzata, gli amatori continuano ad inguainarsi in tute semi-spaziali e pedalano anche sotto la pioggia, vittime consapevoli della loro bulimia atletica, con tanto di autodoping da endorfina.

E in autunno, questo in particolare, emergono gli scandali legati al dopaggio (quello "medico" questa volta) degli atleti vincenti: per sette anni, arrivando con la maglia gialla sui campi Elisi, Lance Amstrong ci ha raccontato che chi ha superato il trauma di un cancro non ha certo la testa per prendere l'Epo o fare l'emotrasfusione. E poi si scopre che le sue vittorie sono il frutto di un dosaggio mirato del doping, per andare più forte, senza essere scoperto.

E così, gli annali del Tour risultano senza vincitore per sette anni.

Ai primi di novembre abbiamo scoperto che Vinokourov ha pagato 150 mila euro ad un atleta più forte di lui sul traguardo della Liegi-Bastogne-Liegi, per poter vincere la corsa.

E chissà quanti altri hanno ottenuto la vittoria barando. E noi lì a guardare, con l'amarezza di chi non può più credere ai gesti sportivi futuri, sospettando che dietro ad ogni scatto in salita e ad ogni volata ci sia il trucco.

Così noi cittadini ed esercenti le professioni che un tempo si dicevano liberali siamo qui a guardare lo stupefacente spettacolo della caduta dell'ultima illusione sulla possibilità che fare politica sia occuparsi degli interessi altrui, sostenere i più deboli, considerare la cosa pubblica come "la cosa" (e la casa) di tutti.

Ed invece, come se non bastasse la mediocrità dei politici onesti, occorre anche venire a sapere che un uomo abbondantemente obeso si è mangiato (letteralmente) i soldi del suo partito e che un altro grande obeso ha dirottato fondi che dovevano andare a comunità protette e a deboli da proteggere.

Si dirà che il problema è l'obesità. Non è così: il Presidente della Regione Lombardia esibisce un discreto

SOMMARIO

- Come nel ciclismo 1
- Le tavole della nostra legge 4
- Diritto e legge
  di Domenico Barbero 5
- Rifiuto o non rifiuto? Il riutilizzo dei materiali da scavo secondo il recente D.M. n. 161/2012
  di Federico Peres e Luciano Butti 44
- L'avvocato e la famiglia
  di Paolo Doria 46
- La domanda c.d. prenotativa di concordato
  di Francesco Abate 59
- New York - Vicenza biglietto di sola andata dalla 38esima a Contra' Porti 24
  di Carlotta Preve 67
- L'évolution des relations entre avocats et magistrats en Italie depuis 1970. Les pouvoirs et les savoirs qui changent (1980)
  di Lamberto Lambertini 71
- Il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto
  di Daniele Maccarrone 79
- L'unione fa la forza, nella gioia e (meno) nel dolore: la responsabilità nei consorzi che eseguono un contratto pubblico
  di Stefanì Tieni 84
- Marchionimi e nomi commerciali nella lessicografia italiana del secondo novecento
  di Salvatore Riolo 88
- Gli effetti della clausola di c.d. *electio amici* e le modalità della sua formulazione
  di Davide Pachera 94
- Libero tempo in libera professione
  di Bela Barti 101
- La mia prima volta
  di Danny McEnroe 104
- Poesie
  di Bruno Castelletti 109
- La sera prima della Cassazione
  di Renè Gourmant 110

fisico stante l'età, in costume da bagno, quando non indossa giacche da fisarmonicista del liscio e camice da figlio dei fiori. Ed anche lui, che obeso non è, riceve regali, compra ville milionarie (come si fa, quando si dichiara di ricevere solo lo stipendio di 9 mila euro dalla Regione?).

E noi lì a guardare.

Però noi, come i ciclisti escursionisti o amatori (una parte importante dei liberi professionisti italiani, non è vero Gianpaolo?) non ci dopiamo, non compriamo le cause o il funzionario delle imposte, per vincere.

Noi non rubiamo i soldi, neppure ai nostri clienti.

Se abbiamo abitudini costose, ce le paghiamo di tasca nostra, magari risparmiando su qualche altra cosa.

La nostra etica è generalmente più simile a quella protestante, che a quella cattolica: i nostri errori li paghiamo di persona e non ci riesce facile trovare assoluzioni.

Lavorare con tenacia è il mezzo per soddisfare il nostro cliente, per vincere una causa, per fare un buon contratto e sappiamo che senza lavoro non avremo risultati sicuri ma, se siamo fortunati, effimeri successi.

Chi ha detto che nel vocabolario "sudore" viene prima di "successo"?

Noi non siamo come i ciclisti professionisti o i politici dell'imbroglio. Ma non sappiamo rappresentarci diversamente dal popolo delle partite IVA (il che significa, nel linguaggio corrente: il popolo degli evasori).

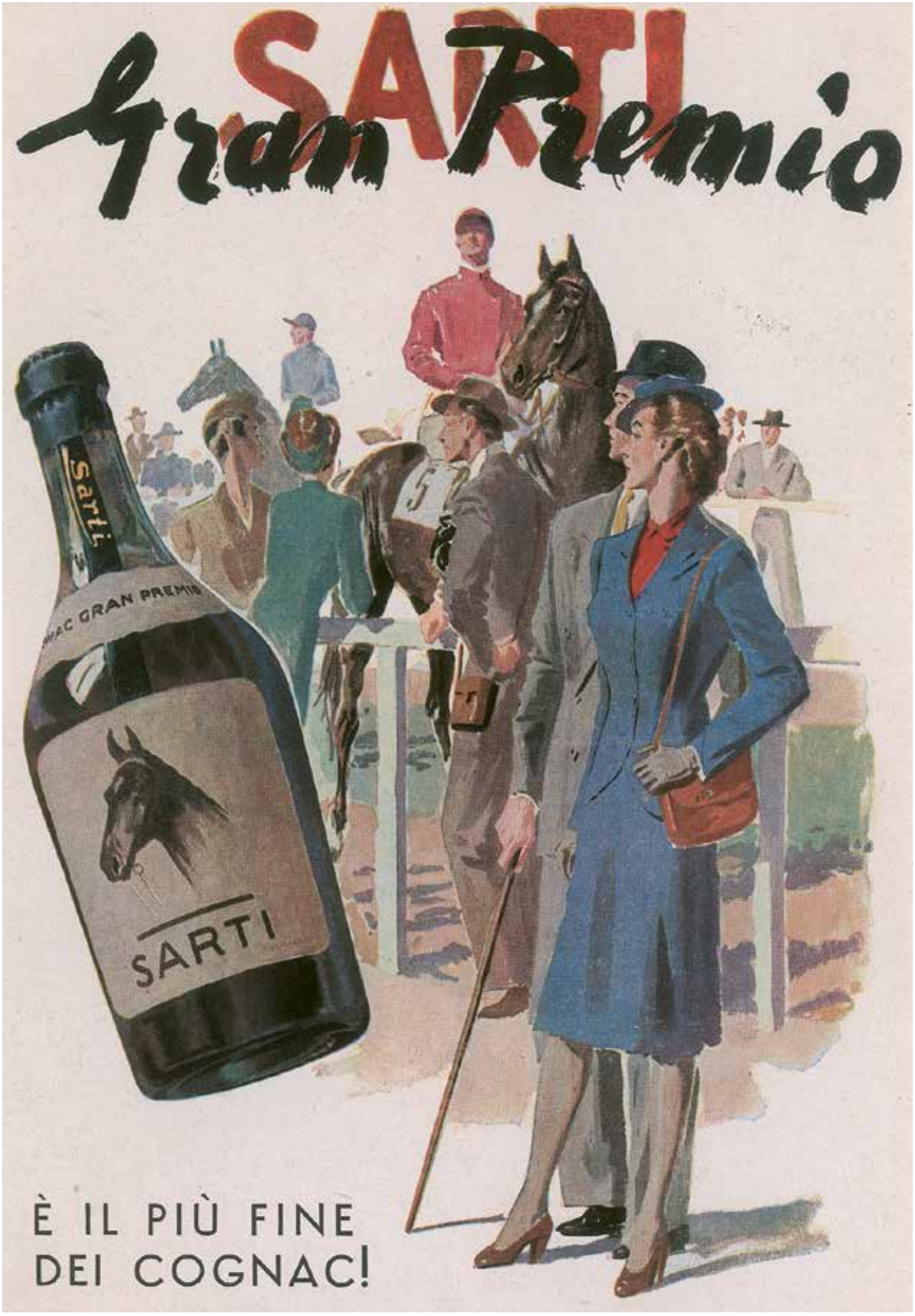
Noi non sappiamo farci rappresentare per dare alle nostre professioni una legislazione moderna ed efficiente (efficienza significa anche tutelare la sicurezza del professionista, non solo la spesa del cliente).

E tutto questo nostro "non sapere" viene letto all'esterno con accenti negativi: siamo considerati evasori fiscali, monopolisti gelosi dei propri privilegi, mestatori in lobbies di poteri.

Senza pensare che per fare una *lobby,* come diceva il mio amico Giuliano Gramegna, occorre gestire almeno un po' di potere.

E così contribuiamo al qualunquismo che vorrebbe i ciclisti professionisti tutti dopati, i politici tutti corrotti, i professionisti tutti evasori. Non male!

E noi lì a guardare?


SARTI
Gran Premio
Sarti
COGNAC GRAN PREMIO
SARTI
È IL PIÙ FINE
DEI COGNAC!

Le tavole della nostra legge

1) La professione di avvocato costituisce un mezzo per contribuire alla realizzazione di una società più giusta, fondata sull'etica della legalità.
2) L'avvocato è soggetto indipendente da qualunque potere ed interesse.
3) L'avvocato è un intellettuale pratico che trova, anche nella conoscenza del diritto e nell'esperienza della professione, le caratteristiche della propria partecipazione alla comunità in cui vive ed opera.
4) L'offerta della competenza professionale è basata sulla rigorosa ed approfondita conoscenza degli istituti giuridici e della prassi, necessari per applicare il buon diritto del cittadino, della società o dell'istituzione assistita.
5) L'avvocato, nell'espletamento del mandato, si confronta con magistrati, colleghi ed autorità diverse, nel rispetto delle reciproche funzioni e consapevole del ruolo che svolge, non solo nell'interesse del cliente.
6) La remunerazione dell'avvocato è una conseguenza e non la finalità dell'attività professionale.
7) L'avvocato applica la stessa diligenza e la stessa attenzione ad ogni pratica che decide di assumere, indipendentemente dal valore economico in questione.
8) L'avvocato basa sul rispetto degli altri e sulla fiducia il proprio rapporto con i collaboratori ed il personale del proprio studio.
9) L'associazione professionale è uno strumento adeguato ed efficace ad offrire il miglior servizio, essendo basato sulla totale condivisione dello stile professionale, dei costi e dei ricavi derivanti dall'attività legale.
10) Gli incarichi professionali vengono condivisi da tutti i professionisti dello studio, nella fase di assunzione per evitare incompatibilità con i principi fondamentali degli associati, nella fase di espletamento dell'incarico, basando sulla collaborazione di competenze e di disponibilità il successo dell'attività.

L'introduzione «Diritto e legge», che ha preceduto tutte le edizioni del «Sistema di Diritto privato», viene riproposta perché riflette i princìpi ispiratori di tutta l'opera di Domenico Barbero e ne costituisce il testamento scientifico e morale.

DIRITTO E LEGGE

Iustitia et pax osculatae sunt.
(Ps. 84, v. 11)

Le cose tutte quante
hanno ordine tra loro, e questo è forma,
che l'universo a Dio fa simigliante.
(Paradiso, I, 103-5)

1. Non siamo certo noi i primi che hanno sperimentato, nella storia dell'umanità, l'odioso linguaggio e l'intollerabile sopruso del dispotismo politico. Ma siamo noi che, usciti or ora dall'ultimo di questi esperimenti e tuttora impaniati nella paurosa eredità del suo tragico epilogo, ne sentiamo più vivo il morso crudele, nello spirito e nella carne: noi, quindi, che dobbiamo trarne le conclusioni e metterci alla ricerca d'una via d'uscita.

Lo «*stat pro ratione voluntas*» ci precorre di millenni, ripetendo un ammonimento, che l'umanità, o per indolenza o per durezza, tarda sempre a raccogliere, e quando lo raccoglie – a lunghissimi intervalli, i quali ci appaiono come le tappe cruente del suo erto cammino –, nel furore della rivolta dà in eccessi che non risolvono l'ingiustizia del conflitto, ma ne invertono i termini, trasportando gli oppressi nella posizione di oppressori.

Il conflitto, così, con alterne vicende, fra crisi che si rincorrono e rivolgimenti che ne spostano il punto di equilibrio, da una soccombenza a una rivincita, che crea un'altra soccombenza in cui cova un'altra rivincita, non trova modo di comporsi e pone ansiosa la domanda, se c'è la via d'uscita.

La via d'uscita! Non è questa che manca. È la volontà di entrarci e di percorrerla sino in fondo.

Dacché ho cominciato a intendere qualche cosa di ciò che dicono gli uomini, sconfitta e rivincita, offesa e vendetta, sono i motivi che ricorrono tra insopportati richiami a un equilibrio di ragione, e sono stato, alcune volte, sul punto di pensare che siano il binario obbligatorio su cui corre la vita.

Ma i termini del conflitto indicano essi stessi la via d'uscita. Se questo è nato e si perpetua sull'ingiuria di uno «*stat pro ratione voluntas*», ripetuta in mille modi e in foggie sempre diverse, la sua ricomposizione risiede nello stabilire la giustezza delle posizioni, ripristinando – se c'è mai stata – *la ragione al posto della volontà* (che qui vuol dire *dell'arbitrio*). Non c'è pace finché la forza non soggiace alla ragione: non c'è giustizia finché la «legge» – espressione della forza – non si sottomette al «diritto» – espressione della ragione –.

Questo discorso è, naturalmente, un doveroso assurdo pei dittatori che si rispettino; è un linguaggio babelico o giù di lì per quei filosofi, da HEGEL in qua, che han dato mano ed opera a divinizzare lo Stato (e che ora non so come possano recriminare su alcune sue realizzazioni, senza portare un pizzico di babele anche in casa propria e negli ambulacri delle loro idee); pei giuristi di professione – la maggior parte ancora – è semplicemente un non senso: perché, fuori della «legge», fuori del «codice», dove diavolo andrebbero a rintracciare la materia delle loro applicazioni?

Per l'uomo *tout-court*, per l'uomo qualunque, avrei detto, se anche su questo non ci fosse già un' ...ipoteca, può essere oggetto di riflessione. L'uomo qualunque sa meno di «legge» che di «giustizia», e quando vede che lo stesso giudice, da un giorno all'altro muta sentenza, ieri contro gli ebrei, contro la massoneria, contro l'antifascismo, domani a nome degli ebrei, della massoneria e dell'antifascismo, si domanda se può accadere che la «giustizia» cambi casacca da un giorno all'altro, come cambia la «legge» secondo il «potere».

La giustizia, o il «diritto» che fa lo stesso, ha bisogno di un fondamento più solido e più serio di quello che non sia l'instabile e vario umore degli uomini. Poiché un conto è adattarsi alle reali necessità, un conto è prestarsi al mutare delle opinioni o, peggio ancora, degli interessi di chi ha il potere.

2. Il «diritto», come la «morale», è una legge dell'uomo e non può essere inteso se non nella luce di una realtà umana integrale, direi, anzi, della realtà universale.

Come del resto ogni parziale realtà.

Vero è che, così limitata è la nostra capacità di conoscere il tutto, che la specializzazione del sapere è diventata ormai la condizione del progresso, sicché occorrono i giuristi, gli specialisti del diritto, come occorrono i medici, gli ingegneri, i chimici, gli agrari e i farmacisti; ma nessuno che si adoperi a conoscere il vero o una parte di esso, può non darsi cura, nell'atto in cui avvia la sua indagine in un ramo del sapere, di elaborare i suoi princìpi fondamentali così da mantenere il collegamento col tronco e controllare cammin facendo la derivazione del ramo. La stessa natura che è tutto un dipartirsi dall'unità verso la moltiplicazione, mentre forma la premessa della specificazione del sapere, ci rivolge un continuo invito a controllare che, dove noi affermiamo e quasi, talvolta, esaltiamo la specificazione del sapere, non vi sia in realtà scardinamento e avulsione della parte dal tutto. Giacché la specificazione confessa ed implica l'unità ed è, o può essere, un approfondimento della verità; l'avulsione corrompe l'unità e per ciò stesso è un errore. L'errore presto o tardi si sconta.

Queste parole, dopo una guerra che ha sconvolto e dilaniato l'umanità, imbestialito la civiltà e fatto dell'uomo un mostro in cui le belve quasi hanno diritto

di non riconoscere più il loro padrone, perché non è più superiore, sono un monito impellente. Monito per coloro che si contendono il «governo» e la «pubblica amministrazione» come un fatto personale. Monito per chi non è pago nemmeno del «governo» e agogna il «potere», per correre più speditamente, senza controlli e senza freni, le vie dell'arbitrio. Monito anche per chi si adatta o si rassegna a far da supporto, necessario supporto, a tutte queste ambizioni.

Nessuno può esimersi dal dovere di controllare la nota della sua voce nell'armonia dell'universo; nessuno può esimersi dal dovere di controllare l'innesto del suo ramo al tronco della verità, del tronco alla radice, della radice al germe.

3. E il germe? Ecco la grande inchiesta che ha sempre assillato l'umanità: il germe donde viene?

Chi s'inibisce anche il tentativo di rispondere a questa domanda, e si ferma alla constatazione che il germe c'è, è veramente perduto. Egli àncora il suo sapere alla sperimentazione d'una piccola cosa, che si evolve nel mistero quasi ad ammonirlo del mistero della sua origine e, per non saltare nel buio, rifiuta nientemeno che di cercare la luce. Bisogna farlo questo salto oltre il buio, perché scendere dai rami al tronco, alla radice, al germe, e quivi fermarsi per non saltare nel... buio, è lo stesso che seppellirsi, col germe, nel buio più fitto. Nella terra è la tomba; oltre la terra è l'essere, la sua spiegazione, il fondamento della sua conoscenza.

Tutte le scienze, parallelamente all'essere, prima di procedere per le varie diramazioni, devono fare a ritroso codesto cammino fino all'origine del germe, e stabilire il collegamento colla realtà suprema e una dell'Essere. Se pretendono di svilupparsi evitando di sapere non solo a che tronco s'innestano, a che radice attingono, a che germe risalgono, ma pure a che risalga il germe, si negano il fondamento: partono dal buio e non saranno sicure di uscire alla luce.

L'essere è nel suo sistema. E non si può pensare di conoscerne una parte che in questo sistema. Non si può pensare di far della scienza, che è conoscenza dell'essere e delle sue leggi, se non avviandola nel sistema stesso dell'essere. Un ramo senza tronco, un tronco senza radice, una radice senza germe, un germe senza... origine, tutto ciò è vaneggiamento di fantasia e conduce a fatali delusioni. O il germe di per se stesso è «ciò che è», ed è Dio (diciamola anche noi questa parola e non lasciamola a monopolio dei preti in chiesa e dei briachi all'osteria: può essere che ci faccia ritrovare il senso di molte cose); o non è tale, ed allora, vedano o non vedano gli occhi, c'è qualcos'altro di là.

Da questo qualcos'altro, che da capo è Dio, possiamo ancor meno prescindere nel porre i princìpi su cui sorge l'edificio del «diritto».

Certo non tireremo Dio in campo per spiegare la disciplina del muro divisorio, né diremo che sia necessario risalire fino a Dio per apprendere il sistema e il tecnicismo delle ipoteche. Ma è necessario risalire fin là, per stabilire il *fondamento* e la *natura* del diritto; e sarà forse necessario risalire al fallo di Adamo, per rendersi conto come nessuna legge, oltre il diritto e la morale, richieda all'essere qualche cosa che, talvolta, e spesso, è contraria all'inclinazione della sua natura. Non basta far capo al libero arbitrio di cui l'uomo è dotato a differenza degli altri esseri; il libero arbitrio spiega la responsabilità e la prevaricazione, non l'*inclinazione* a prevaricare.

Libero l'uomo di volere, come certo è libero Iddio, di sua indole però dovrebbe essere inclinato a volere *secundum legem*, com'è inclinato ogni altro essere verso la propria legge e schierato per istinto contro ciò che la insidia.

Questo sol fatto, se anche non dovessimo credere al resoconto del Libro sacro sulla prova del primo uomo e la sua caduta, ci rende avvertiti che un perturbamento dev'essere avvenuto nella natura dell'uomo, se per compiere in sé la sua legge, solo fra gli esseri del suo mondo, deve usarsi violenza e, malgrado ciò, tante volte la infrange (1).

La legge del diritto, che è *regola dell'uomo nelle relazioni cogli altri uomini secondo il criterio del giusto in base alla sua natura*, esisterebbe ugualmente se gli uomini, portati per indole ad osservarne i dettati, non la infrangessero mai. Non vi sarebbero tribunali e carceri, carabinieri e giudici, non vi sarebbe cioè l'*apparato coercitivo e sanzionatorio* del diritto, ma vi sarebbe ugualmente il «diritto», che è legge dell'uomo in quanto è *uomo fra uomini* e non solo in quanto sia *homini lupus*. Certo il diritto, in relazione a quest'ultimo fatto, che è purtroppo la triste realtà in cui viviamo, adempie anche, per dirla col CARNELUTTI, una funzione ortopedica, e ne sono in vario modo gli apparecchi tribunali e penitenziari, poliziotti e giudici. Ma è un errore il credere che in ciò *consista* il diritto e il non vedere nel diritto che un grande sanatorio dove l'umanità è in cura, fino a vaticinarne la scomparsa coll'avvento della morale, che starebbe al diritto come la salute alla medicina. Chi ha detto che la funzione del diritto «*è secolare ma caduca*», che «il *diritto c'è sempre stato*, perché l'umanità comincia dal basso, *ma non sempre ci sarà* perché procede verso l'alto», che «*man mano che la regola etica va acquistando la sua forza, il diritto perde a poco a poco la sua ragione*» (2), ha fatto un atto di fede (3), al quale mi voglio associare, ma non senza una riserva. Cammini pure l'umanità verso l'alto: è il voto d'ognuno e il suo destino. Ma non si creda che la più alta vetta in questo mondo sia contraddistinta dalla mancanza del diritto. Sarà contraddistinta dalla *mancanza della ribellione alla legge del diritto* e perciò, di riflesso, dalla *mancanza della coazione*. Ma fin quando al mondo ci saranno due uomini, fossero anche questi uomini S. Francesco e S. Chiara, il diritto è fra loro, a indicare il «giusto».

Noi confondiamo troppo spesso, anche volendo distinguere, fra diritto e morale. Dove non c'è un carabiniere o un ufficiale giudiziario, non vediamo più il «diritto» e ci affrettiamo a rimettere gli atti per competenza alla «morale»; che, d'altro canto, ci raffiguriamo come una rigida dama, dalla faccia severa, ma in fondo in fondo innocua, perché non usa i carabinieri, ma la voce della coscienza, con la quale ciascuno fa i conti che crede, quando e come crede. E tutt'al più, qualche volta, sentiamo chiedere «se il diritto» possa impunemente offendere la «morale»! Problemi d'anime, oneste o scellerate, le quali cercano nella morale un

(1) Qui vorrei invitare il lettore a leggere di J. MARITAIN, *Umanesimo integrale* (Roma 1946), quella pagina in cui si esplora, pur con rapido volo, quell'*ambivalenza del mondo* (pag. 90), chiarificatrice di tante posizioni della vita e della storia.

(2) CARNELUTTI, riportato dall'OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano 1943, pag. 453. Il motivo ritorna in altri punti dei suoi: *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, pagg. 5, 169.

(3) Lo chiama così egli stesso: «aver fede in questo progresso è la stessa cosa che aver fede in Dio» (CARNELUTTI, *Discorsi*, pag. 5).

rifugio dall'ingiustizia, o viceversa, nel diritto la sanatoria di certe azioni che il carabiniere non vede, ma la coscienza rimbecca. E non s'avvedono, le une, che il solo rifugio dall'ingiustizia ha sede proprio nel «diritto», perché «diritto» è «giusto»; le altre, che il «diritto», perché appunto è giusto, non può prestarsi a baluardo contro supposte aggressioni da parte della morale, né può schierarsi a difesa contro i rimbecchi della coscienza: non può concedere sanatorie negate dalla coscienza, vigile scolta, carabiniere, della morale (4).

Questi discorsi tradiscono una contaminazione incosciente fra morale e diritto, e fra diritto stesso e legge, che vorremmo chiarire, per fare un po' d'ordine prima nelle nostre idee, e poi nelle azioni.

4. Diritto e morale si sorreggono a vicenda, ma, per sorreggersi, devono prima distinguersi e poi devono amarsi.

A distinguersi cominciano anzitutto dal fine.

«Diritto» indica il «*giusto*» e come tale necessario all'esistenza dell'uomo nella società degli uomini. E secondo che per società si consideri quella degli uomini quali membri del consorzio umano, senza altra specificazione che degli Stati nei quali è ripartita l'umanità, o una società confessionale, come quella cristiana o ebraica o islamica, si è venuto a distinguere fra civile e canonico o, in genere, confessionale. (Qual peregrina, e autorevole, confusione, quella che nega al «diritto canonico», la natura di «diritto», cioè la nota della giuridicità, nel supposto che non disciplini le relazioni dell'uomo con l'uomo, ma dell'uomo con Dio!). «Morale» indica il «*bene*» e come tale necessario perché l'uomo raggiunga il suo ultimo fine, il fine supremo della sua esistenza. Il quale fine, unico in realtà e comune a tutti gli uomini, come unica è l'origine loro e la loro natura, è diversamente proposto dai vari sistemi morali. Tutti codesti sistemi concordano però in questo: nel proporre all'uomo, a ciascuno individualmente e a tutti uniformemente, un fine dell'esistenza che è diverso dall'ineluttabilità dell'arrivare quaggiù dalla culla alla tomba. S'interroghino i buddisti o i mussulmani, gli ebrei o i cristiani: ciascuno darà una risposta diversa, ma concordante in ciò, che il fine supremo dell'uomo non è di condurre alla men peggio questa vita, ma è dopo ed oltre.

Finché c'è distinzione tra codesti due fini, il fine ultimo dell'uomo e il fine immediato e contingente dell'umanità, vi è pure distinzione fra diritto e morale.

Ma, distinti nel fine, diritto e morale non sono sconnessi, e tanto meno contrari, nel loro contenuto. Ambedue si rivolgono all'uomo e all'uomo comandano. Spesso comandano la stessa cosa: per es., di non uccidere. Ma, anche in questa coincidenza, si conserva la distinzione data sempre dal fine. Il diritto dice «non uccidere» perché l'uccidere è l'opposto di collaborare per convivere (fine del diritto); la morale dice «non uccidere» perché se uccidi non raggiungi la beatitudine eterna (fine, per es., della morale cattolica).

Da questa diversità dei fini rispettivi si specifica pure un ambito in parte diverso. Il diritto spesso si accontenta dei fatti esteriori senza curarsi dei propositi

(4) Estimatore di questa realtà naturale del diritto, v. ora: A. ZIZAK, *La coscienza nel diritto*, Milano 1954.

non mandati ad effetto, perché il fine del diritto, più immediato, e contingente, non è, per lo più, compromesso da codesti propositi. Lasciate pure che tutti si *propongano* di commettere almeno un omicidio; se poi nessuno si azzardasse di tentarlo, fosse pure soltanto per il timore della prigione, il fine del diritto sarebbe raggiunto ben meglio che se, tutti alieni dal proposito, molti arrivassero, nell'esaltazione di un momento, a uccidere.

La morale va ben oltre, giungendo persino a un capovolgimento di posizione. Per la morale, può essere assai peggio desiderare il male, pur astenendosi dal farlo per il timore delle sanzioni predisposte dal diritto, che lo stesso trascendere sotto l'azione di un perturbamento non imputabile in causa.

È così che la morale involge tutto l'uomo come punto ed espressione di libertà, e ne giudica ogni azione interiore o esterna, sol che libera e cosciente; mentre il diritto investe soltanto o principalmente, gli atteggiamenti esteriori, anche talora incoscienti o non pienamente imputabili (tribunale dei minorenni, riformatori, manicomi, ecc.): perché al fine della morale, al suo ultimo fine, l'uomo si asseconda oppure si ribella con tutto se stesso in ogni atto libero, mentre al fine del diritto convergono soprattutto, oppure ne divergono, le relazioni con gli altri e le loro ripercussioni nella compagine sociale.

E quindi è che la regola morale non è passibile di coazione, mentre questa può e riesce a presidiare, più o meno adeguatamente, il fine del diritto. Si può impedire all'uomo di uccidere, con ciò assicurando il fine del diritto, non si può impedirgli di desiderare d'uccidere, assicurando con la coazione il fine della morale. La morale non conosce coazione ma solamente sanzione: e la sanzione consiste nel fallimento del fine.

Ma dopo questa distinzione, con queste intrinseche, inalienabili, differenze, diritto e morale si amano e si sorreggono. E qui è, dopo il problema della loro identità, il problema dei loro rapporti. L'ambito della «morale» comprende anche l'«osservanza del diritto». La pratica o meno del «giusto», secondo la norma giuridica, in cui si raggiunge o si compromette il fine del diritto, viene assunta e giudicata, accreditata o addebitata, nella pratica del «bene» secondo la morale, per rapporto al raggiungimento del fine supremo.

Lo sviluppo e l'affinamento della coscienza morale, che richiede la «pratica del bene» per libera volontà e senza coazione, conduce di per sé anche alla «pratica del giusto» secondo il diritto, che non è se non un aspetto – aspetto però fondamentale – della pratica del «bene». Ma in tal modo la morale non soppianterà il diritto, non esprimendo da sé l'indicazione del giusto, ma l'imperativo di osservarlo «*secondo l'indicazione che ne dà il diritto*». Esprime da sé l'ordine di «*praticare*» il giusto, ma fa capo al diritto «*per individuarlo*». E ottenendone la pratica per libera volontà, riuscirà infine, come già si disse, a soppiantare non già il «diritto», ma la «coazione»: che non è il diritto, ma un atteggiamento della società organizzata contro la violazione del diritto.

Perciò la domanda, se vi può essere un diritto in lotta colla morale, non può nemmeno essere posta, e così posta non ha senso, perché non crea una questione, ma rivela una confusione. Lotta non vi può essere fra diritto e morale, perché lotta non vi è tra il fine *contingente* e il fine *supremo*, fini entrambi dell'uomo. Lotta c'è stata, e ci può essere ancora, fra «legge dell'uomo» e «morale»; ma è prima una lotta fra «legge» stessa e «diritto», ché non può essere «di-

ritto» ciò che non sia nel «giusto» e non può essere «giusto» ciò che mettesse a conflitto il fine contingente con il fine supremo, o v'insinuasse del malumore.

5. Il «diritto», come la stessa «morale», è una legge dell'essere libero. Non legge fisica, a cui sia soggetto necessariamente; legge a cui deve liberamente assoggettarsi. Legge, insomma, dell'uomo.

Ma non tutta fatta dall'uomo. Legge *per l'uomo*: legge *alla* sua libertà; non *del* suo arbitrio. Legge prorompente dalla sua natura (1).

L'ondata di positivismo che ha pervaso il secolo XIX – e resiste ancora tenacemente, forse più per comodità che per ferma convinzione – si è gettata contro ogni espressione del diritto dalla natura dell'uomo, ha deformato e canzonato l'idea del diritto naturale ed ha forse creduto di averla annichilita sotto la mole dei «codici». Ma non ha potuto né può a meno di riconfessarlo ogni volta che si accinge, con la formazione di un nuovo codice, a ripeterne le esequie. Non è l'Araba fenice, che rinasce dalle sue ceneri. È la realtà insopprimibile, or negata ma sempre attuale, che, sotto la sferza del bisogno, soggioga gli egoismi e schiude perennemente le porte del futuro. Bisogna pur convincersi che, se non è pensabile di bruciare i codici per governarsi alla stregua della voce di natura, è ancor meno pensabile di formare i codici senza udire questa voce. Basterebbe aprire una qualunque delle raccolte di lavori preparatori e di relazioni ad ogni codice, per imbattersi di continuo in espressioni di tal fatta che respingono od accolgono, insomma giudicano, questa o quella proposta, questa o quella soluzione, come giusta od ingiusta. Che altro esprimono questi giudizi se non la voce di natura nella interpretazione che ne dànno gli autori del codice? Le valutazioni del giusto e dell'iniquo non possono invero effettuarsi che in base ad una norma precostituita e vigente: giusto è ciò che le si valuta conforme; iniquo è ciò che ne si valuta difforme. Ora la norma non può essere la stessa che si tratta di emanare, perché – tanto chiaro – non esiste ancora; né d'altra parte se ne scorge una seconda all'infuori di quella che lo stesso *Conditor rerum* ha impresso nel nostro essere, attraverso la natura. Si potrà chiudere gli occhi davanti a questa realtà, schermirsi comunque di fronte a questo sillogismo, ma il sillogismo costringe e la realtà si afferma.

Che poi il legislatore, ponendo quello che si chiama il «diritto positivo», cioè facendo la «legge», esprima o deformi la giuridicità di natura, è un'altra questione e fa nascere il problema dei rapporti fra c.d. «diritto naturale» e c.d. «diritto positivo», che direi piuttosto e più brevemente, fra «diritto» e «legge», poiché – osservo sin da ora e chiarirò più avanti – il tradizionale dualismo, dialettico

(1) È con grande piacere che da uno dei miei valorosissimi maestri ascolto ora levarsi, autorevolmente, una voce di schietta e simpatica adesione a questa granitica realtà del diritto naturale, tanto derisa e canzonata dal positivismo giuridico e pur tanto perenne e perennemente risorgente per imporsi all'attenzione dei nemici del preconcetto e sitibondi della verità (v.: B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustinianea*, in *Jus*, 1950, pag. 2 e segg. e ancora: *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, *ibid.*, pag. 107).

e polemico, fra diritto naturale e diritto positivo deve, in un certo senso, essere vinto e superato (2).

Il vero diritto, il «Diritto», in qualunque forma sperimentato, naturale o positiva, scritta o consuetudinaria, non può che avere le radici nella natura dell'uomo. Distaccato da questa fonte non lo possiamo più intendere né lo sapremmo riconoscere: non possiamo dire che sia diritto il contenuto del codice se lo isoliamo nel codice, recidendo i ponti e le vie di comunicazione con la natura dell'uomo. Il codice non è che una vetrina, la quale porta l'insegna del «diritto»; ciò che vi è dentro non è diritto per virtù dell'insegna ma per sua natura, non per la forma esteriore ma per sostanza interiore.

Il contenuto della vetrina del fiorista sarà «fiori», se ed in quanto la natura dice fiori; se non vi fossero che figure finte o vasi vuoti, non c'è insegna che tenga, quelli non sono fiori, o son falsificazioni. Nessuna bottega, nessun libro, e nemmeno il codice, ha il privilegio di fermare il consumatore all'insegna, al titolo. Bisogna rendersi conto che non si tratti d'un'insegna bugiarda, di un... titolo alterato! E per far ciò bisogna uscire dal titolo e dall'insegna, penetrare, oltre il titolo e l'insegna, nella sostanza delle cose. Questo fa lo scienziato naturalista, che si accinge a classificare il contenuto della bottega del fiorista. Perché, in nome di quale principio, per quale canone superiore, non dovrebbe fare altrettanto lo scienziato del diritto, che si accinge a classificare il contenuto del codice? Lasciandosi fermare dall'insegna, non saprà se ciò che coltiva è un sistema di valori o di forme falsificate, né saprà se, impegnandoci le proprie forze, serve al bene dell'umanità o coltiva germi corruttori.

Chi non sente l'angoscia di questo dubbio ed entra nel codice a capofitto, incurante di sapere se coltiva grano o gramigna, se lavora in un tempio o in un ergastolo e, peggio ancora, vedendo profilarsi qua e là piante di gramigna od ombra di ergastolo, non si cura di salire al tempio, in nome del codice, non ha titolo a lagnarsi delle grame conseguenze che fatalmente maturano dai codici contro natura. È l'ora di scuotere il torpore del quietismo e dell'agnosticismo positivista, di metter via, non – badate – il «diritto positivo» (che, se diritto, positivo o no, è la legge del giusto quale natura esige), ma il «positivismo del diritto», e quel «formalismo metodico», sua diretta filiazione, che sono la negazione d'ogni giuridicità sostanziale, classificazione di forme in base all'insegna e al titolo, sistemi di scienza non ancorati all'intrinseco dell'essere ma abbarbicati all'estrinseco di una forma, scardinamento e avulsione di questa *forma dell'uomo* dalla *norma d'Iddio*; non specificazione del sapere sul dato obbiettivo dell'essere, ma negazione della scienza sul dato arbitrario dell'imposizione; non magnificazione dell'uomo nella dignità della sua legge, ma umiliazione dell'uomo al potere dell'uomo.

Uno dei massimi esponenti della nostra cultura giuridica, in un libro famoso, ripubblicato di recente, col numero 1, nella collana de «I classici del diritto» dall'editore Sansoni, scrive codeste testuali parole: «una società rivoluzionaria o un'*associazione a delinquere* non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano la legge, ma ciò non esclude che, in questi casi, non

(2) Su questa via mi par di vedere essersi posto anche l'OLIVERO, *Diritto naturale e diritto della Chiesa*, estr. da *Il diritto ecclesiastico*, 1950, pag. 14 e seguenti.

si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti, che isolatamente presi e *intrinsecamente* (sic!) considerati, siano *giuridici*... Basterà rilevare che questa è la verità *importantissima*, contenuta nella dottrina *così largamente diffusa* [quanto, purtroppo, è vero!], che *il diritto non è che una "forma"* e che per esso e pel suo concetto *è indifferente il suo contenuto materiale*» (3).

Una concezione siffatta e, davvero, così diffusa, forma tanto il terreno su cui muove i suoi passi, il polo magnetico a cui orienta le sue indagini, la nostra scienza del diritto, che la rivolta di queste pagine, prima di apparire un tentativo d'eresia, sono sicuro, desterà un senso di stupore. Anche se l'idea del diritto naturale non è mai caduta presso i filosofi (4), anche se qualche voce si è levata qua e là fra gli stessi giuristi a richiamarne l'esistenza (5), la coscienza dell'ambiente, direi la pubblica opinione della classe dei giuristi, ci dorme sopra tranquillamente, e cercare di ridestarla non è facile impresa e non è senza pericolo di passare per disturbatore. Eppure io non mi sento di riconoscere un'associazione a delinquere, sia pure presa isolatamente, *intrinsecamente giuridica*; non mi sento di ammettere che sia *indifferente* per il «diritto» il contenuto materiale del «comando», sia che disponga il giusto, cioè comandi razionalmente, sia che inciti alla delinquenza (6).

6. Il diritto ha le sue radici nella natura dell'uomo e nella sua razionalità. Tutto il «diritto»: anche quello «positivo», se vuole essere «diritto». Non è «diritto» quello che, repugnando alla natura dell'uomo, venisse comunque proposto e imposto con questo nome.

Il tradizionale dualismo fra «diritto positivo» e «diritto naturale», dev'essere – come ho detto appunto – abbandonato o superato, se ha il senso di affermare la possibilità di due «diritti», uno contro l'altro, o diverso, anche solo, dall'altro. Quando non servisse a dissolvere il «diritto naturale» in una sparuta ideologia, che accetta le umiliazioni del «fatto compiuto», servirebbe a mantenere e a tramandare l'equivoco d'una distinzione artificiosa fra «diritto» e «giustizia», che in pratica finisce per piegare la «giustizia» ai piedi del «non diritto». Non ha senso ammettere due diritti distinti, ed eventualmente contrastanti, nell'unità

(3) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, pagg. 36-37.

(4) Basterebbe ricordare il non antico *Saggio teoretico di diritto naturale* del TAPARELLI D'AZEGLIO, ristampato a Roma nel 1928, e la ricca sintesi di pochi anni fa dell'OLGIATI, nei due volumi: *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto, e il concetto di giuridicità e S. Tommaso d'Aquino*, Milano 1941.

(5) Ma si è trattato per lo più di affermazioni che mettono il diritto naturale a *norma del ius positivo condendum*, senza peraltro osare una *valida censura contro il ius conditum*, che avesse infranto quella norma, fuorché la minaccia del castigo della storia (CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, pag. 20): troppo poco per i dittatori in... attività di servizio! Non oltre questa posizione, cresciuto alla scuola positivista, osai andare io stesso nel mio lavoro, *Il diritto soggettivo*, pubblicato nel *Foro italiano*, Roma 1939, parte IV, pag. 1 (ora riprodotto nei citati: *Studi di teoria generale del diritto*).

(6) V. ancora su questo punto: BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 908 e segg. Del resto il processo Eichmann, che proprio in questi giorni si sta svolgendo in Israele ha qualche cosa da dirci anche sul piano pratico, e forse soltanto sulla scorta del diritto naturale riesce a salvare la sua legittimità.

di tempo e di spazio, come non ha senso ammettere, nell'unità di tempo e di spazio, due rette non coincidenti.

Di fronte a questo dualismo, e ai contrasti che rende inevitabili, avrà sempre maggior successo, perché ha maggiore praticità, l'idea positivista che toglie di mezzo uno dei termini. Di qui la ragione, ma insieme l'equivoco, del CARNELUTTI, quando denunciava la confusione del discorrere, antico e nuovo, di «diritto *naturale*, come di un'altra specie del diritto, accanto al diritto positivo, o di diritto *razionale* e perfino di diritto *filosofico* o (perché no?) di diritto *scientifico*»; e continuava: «tutti equivoci sempre meno perdonabili, col passare degli anni; se la scienza ha da cominciare a conoscere se stessa; peggio che equivoci, tutti errori, culminanti nella incoerenza tra il sostantivo e il predicato, ché il diritto, come tale, *non è e non può essere se non positivo*, complesso di comandi umani» (1).

Il diritto «*come tale*»! Non è questo un apriorismo? Non è un gesto di forza dove la ragione non convalida? Dove, quando, a chi, è mai stato rivelato che il diritto «*come tale*» è solo quello positivo? E come viene dimostrato? A nessuno e in nessun modo. Ma è comodo pensare così; soprattutto è utile: e questo basta, anche se non è provato, a far battere il pugno, perentoriamente, sul tavolo (2). È comodo e utile, perché ciò che gli uomini temono, ciò di cui hanno paura, non son le norme ma le verghe, e le verghe non presidiano che le norme positive. Sì! Ma questo non vuol dire che le verghe siano norme, e non vuol dire che i comandi umani diventino norme per via delle verghe, perché, vedremo più avanti, le verghe possono presidiare anche ogni sorta d'ignominie.

Di quest'idea si può trionfare non appellandosi a un «diritto naturale» come valore distinto dal «diritto positivo», superiore e moderatore di questo, ma opponendo in blocco il «Diritto», che prima di essere «positivo» deve anzitutto essere «Diritto», e quando sia «Diritto» non può comunque repugnare alla natura umana.

In questo senso, come la morale, il «diritto» è un *assoluto*. Non è ammissibile l'affermazione d'un diritto giusto e d'un diritto ingiusto, più che non sia ammissibile una morale buona ed una cattiva. Un «diritto ingiusto» è contraddizione in termini, come una «morale cattiva».

Quand'ho letto – in CARNELUTTI – «una sentenza è giusta quando è conforme alla regola del diritto. Ma la regola del diritto a sua volta quando è giusta? Qui non c'è altra via che postulare una regola superiore alla regola del diritto» (3), ho provato la più schietta simpatia per questo bisogno dello spirito di non confondere il «giusto» col «legale», ma insieme mi ha colpito lo smisurato equivoco di separarlo dal «diritto».

Diritto-giustizia sono indissociabili. Il diritto non può essere ingiusto, come una retta non può essere curva; l'ingiusto non è diritto, in qualunque forma realizzato, come il curvo non è retto. Soltanto l'equivoco, sia pure larvato, d'un dualismo

(1) *Metodologia del diritto*, Padova 1939, pagg. 29-30.

(2) Oggi però a questo riguardo le idee del CARNELUTTI sono radicalmente mutate ed enormemente progredite, benché non abbiano ancora preso forma in una esposizione approfondita e sistematica; e il diritto naturale è divenuto anche nel suo credo una granitica realtà.

(3) *Discorsi*, pag. 17.

un solo olio
per tutte le stagioni
AGIP
AGIP
SPECIAL
ENERGOL
BP
SPECIAL ENERGOL 'VISCO-STATIC'

di diritto, naturale e positivo, può fare un simile sgambetto logico. Il diritto è un *prius*, quanto la stessa morale: non nato per sostituirla provvisoriamente né destinato ad esserne soppiantato. E non si può assumere di valutarlo, come espressione di giustizia, in base a una «regola superiore». Il che dopo tutto non approderebbe a niente, giacché resterebbe a domandarsi per quale altra regola, questa regola superiore, non più nota del diritto, sarebbe giusta a propria volta. Non si può e non giova montare alle stelle di regola in regola; sopra l'ultima stella raggiunta vi sarebbe una stella più alta da raggiungere. Bisogna trovare un punto fermo, a guisa di assoluto: e questo è la «natura» nell'essere, il «diritto» nel valore.

Non è la giustizia del «diritto» che deve e può essere misurata in base a una regola superiore, ma è la giustizia della «legge», che può e dev'essere misurata in base alla regola del «diritto». Uscire dal diritto per trovare il «giusto» è ancora effetto dell'abito mentale positivista di considerare «diritto» solamente il «legale». I cui frutti esiziali non son tanto da temere nella inconcludenza logica e pratica di spostare la sede del «giusto» dal diritto a un'altra regola non più nota del diritto, quanto, e assai più, nell'inconveniente di mantenere l'ingiusto, quando fosse «legale», sulla scena della vita sotto i panni del «diritto».

«Diritto» è «giusto», per definizione e per natura: per intrinseca esigenza. E ciò che fosse «positivo», legale o no, senza essere «giusto», non sarebbe «diritto».

C'è bensì una dualità fra le norme giuridiche: vi sono norme che *prorompono* dalla natura umana e norme che nascono *ex condicto*. Ma codesta dualità rispecchia spazi diversi. Il c.d. *ius quia condictum* ha i natali nel *condictum*, cioè nell'ordine dell'autorità, come «formulazione imperativa», ma il sigillo come «diritto» non è tutto in quest'ordine; ché, se questo ripugnasse alle norme che prorompono dalla stessa natura, resterebbe «imperativo», ma non sarebbe «diritto»; resterebbe *condictum*, senza essere *ius*. Il sigillo di Stato è necessaria garanzia di ufficialità del *condictum*, ma non ha il magico potere di trasnaturare in «*diritto*» ciò che fosse «*delitto*». Quanti delitti hanno avuto il sigillo di Stato! Non è un delitto la «schiavitù»? È stata forse diritto quando e perciò, che un tempo ha ricevuto il marchio del sigillo di Stato? È forse diritto dove lo riceve ancora? Tornerebbe domani ad essere diritto fra noi se, Dio non voglia, tornasse a ricevere, fra noi, il sigillo di Stato? (4).

Personalità di diritto e libertà personale prorompono, per ogni uomo, dalla natura umana, qualunque sia il colore della pelle o il taglio degli occhi, e non c'è *condictum*, non c'è sigillo di Stato, che abbia la virtù di sovvertire, *giuridicamente*, questa norma. Che è e resta il *ius*: *ius* d'accordo col *condictum*, se il *condictum* la rispetta e le dà – come deve – la protezione del suo braccio; a dispetto del *condictum*, se osasse disconoscerla.

(4) Noto con piacere le decise parole con cui l'OLIVERO, *op. cit.*, pag. 11, concordando in questa tesi, risponde all'obiezione che a questa stregua si escluderebbe la giuridicità dello stesso diritto romano in quanto accetta la schiavitù: «*codesta riflessione non mi suona neppure più come un'obiezione, ma anzi la sottoscrivo*». Esatto: sottoscriviamo in due!

Ma non tutte le norme prorompono, come questa, dalla nostra natura; moltissime norme, di cui disputano tutti i giorni avvocati e magistrati, non ricevono come questa quell'impulso da natura che travolge ogni barriera, fosse pure il *condictum*. Queste sono le norme che formano il *ius quia condictum*: norme che solo il *condictum* trae dall'ambito di una mera, e non esclusiva, *razionalità*, e introduce nell'ambito della *giuridicità*, la quale non è soltanto criterio di *razionalità*, ma è soprattutto criterio di *regolarità esclusiva* (5): cioè tale da *escludere*, per la stessa persona nell'identità di tempo e di spazio, due regolamenti difformi di una stessa materia.

7. E qui appunto si delineano gli spazi, di cui ho detto più sopra: lo spazio del *ius naturae*, dove il criterio di *regolarità esclusiva* prorompe dalla stessa natura e non ammette alternativa o scelta da parte del nostro arbitrio; lo spazio del *ius condictum* (*ius quia condictum* ed *ex condicto*), dove la *razionalità* può essere varia e molteplice e l'*esclusività* è determinata dalla scelta *ex condicto*.

Vi sono, nel complesso delle relazioni sociali, aspetti e momenti d'importanza essenziale, aspetti e momenti di importanza secondaria, strumentale o accessoria, rispetto al fine del diritto, la collaborazione per convivere. Aspetti quindi, i primi, di *necessità categorica*, che contengono in se stessi, che sono essi stessi il criterio *esclusivo* di *regolarità*, in quanto fuori da essi non è più *razionalità*, e quindi nemmeno *regolarità*, ma *sregolatezza e disordine* (fermo che l'ordine e la regola si concepiscono soltanto per rapporto *ad assecutionem finis*).

Non occorre andare molto lontano per trovare di questi aspetti, né andare molto indietro per udire il frastuono di violenze profanatrici proprio ad opera del *condictum*. Non ammettono alternativa o libertà di scelta per *condictum*, le domande se l'omicidio sia da permettere o da punire, se da permettere e da punire siano la violenza, la rapina, il furto, lo strupro, l'adulterio, la schiavitù, la diffamazione, la calunnia, l'ingiuria; se gli ebrei, a intermittenza, perdano il diritto alla vita; se alla tessera del pane possa essere pregiudiziale la tessera di un partito; se la famiglia si possa sciogliere a capriccio dei coniugi. Non prolungo inutilmente questa serie di «se» (che potrebbe essere lunghissima), perché non scrivo un trattato dei diritti dell'uomo; ma è chiaro che a tali domande, e alle moltissime altre che si potrebbero fare, la risposta è categorica: il criterio di *regolarità* prorompe dalla natura umana con tale carattere d'*esclusività razionale*, che non ammette alternativa, non ammette scelta o scantonamento ad opera di *condictum*, s'afferma contro il *condictum* e contro la sua assenza, contro l'assenza cioè d'una «legge» dell'uomo, che munisca di *vis coercitiva* il precetto *giuridico naturale*.

Gli altri aspetti, quelli della seconda specie, secondari, strumentali, accessori, ammettono vari criteri di *regolarità razionale*. La discriminazione di *esclusività*, essendo tutti *razionali*, può avvenire fra essi secondo concetti di *opportunità* e di *convenienza* (1). Qualunque sia la scelta, la *giustizia* sarà salva, se è salva

(5) V. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania 1936, pag. 17.

(1) Qualche cosa di simile – benché osservato con occhio diverso – mi sembra d'intravvedere in BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto* (Torino 1934), dove a pag. 49, lamen-

la *razionalità*, se cioè la scelta cade fra criteri che, per quanto diversi, e non per sé esclusivi, siano tutti *razionali*. Fra i diversi criteri, tutti in sé razionali, diventa allora *esclusivo* quello scelto *ex condicto*. Questa scelta, in quanto ammessa (per la comune razionalità dei criteri su cui cade), crea il *ius quia condictum*, perché discrimina il criterio scelto fra tutti i suoi corrazionali e lo eleva a criterio di *regolarità esclusiva*.

E questo è il campo del *dominio della «legge»*, lo spazio messo a discrezione, dentro i limiti della razionalità, del *«diritto positivo»*. Se a interrompere la prescrizione occorra un'intimazione scritta o basti una richiesta orale, se il muro divisorio sia da presumere comune, se il processo debba essere prevalentemente scritto od orale, non sono dilemmi che la natura imponga e risolva. Operano ragioni di convenienza, che senza togliere *razionalità* al criterio scartato, ne indicano un altro come *più opportuno*. E qui la scelta *ex condicto* diventa il criterio di *regolarità esclusiva*: diritto positivo.

Ma si tratta di problemi tecnici, di norme, a volte sussidiarie, rese necessarie dalla necessità di attuare gl'*imperativi categorici di regolarità esclusiva, prorompenti da natura senza via di scelta*. Norme, così, di attuazione (fermo il rispetto e il riconoscimento per *regolarità esclusiva* di natura) dei diritti della personalità umana e delle sue prerogative (libertà, vita, onore, socievolezza, ecc.); norme di attuazione (fermo il rispetto e il riconoscimento per *regolarità esclusiva* di natura) dei rapporti della società coniugale e familiare; norme di attuazione del godimento dei beni destinati alla vita (fermo il rispetto e il riconoscimento, per *regolarità esclusiva* di natura, del diritto per ciascuno a questo godimento nella misura necessaria allo sviluppo e all'applicazione della personalità fisica e morale, e all'esercizio dei diritti, che sono anche doveri, superiormente acquisiti).

Norme tecniche – ripeto –, la cui forza di *regolarità* deriva dalla scelta *ex condicto*, ma di cui non è *esclusiva la razionalità*. È certamente razionale il *sistema patrimoniale imperniato sulla proprietà*. È razionale anche il capitalismo (non faccio il politico, ma il giurista). Potrebbe essere razionale anche il socialismo. Parlo, naturalmente, di un socialismo in senso puramente *economico*, senza nessun riferimento ai presupposti storici o ideologici, da cui prenda ispirazione e che possano imprimergli una concretezza non accettabile.

Se dunque la *razionalità* appartiene all'una o all'altra ipotesi, e quindi nessuna è investita per natura della funzione di criterio di *regolarità esclusiva*, nessuna è *«diritto»* per se stessa e per natura; e allora la scelta può essere fatta mediante *«legge»*, la quale, optando per uno dei due o tre criteri *razionali*, pone questo a criterio di *regolarità esclusiva*. Con questa scelta, e dal momento in cui è fatta, questo criterio è «diritto». Ma diritto *quia condictum* (2). Diritto il quale – a differenza del *ius naturae*, il cui valore di *regolarità esclusiva* ha sede nella sua *esclusiva razionalità*, che non ammette alternativa o scelta, e come tale s'impone

ta, per es., «l'equivoco funestissimo di addurre a prova dei propri risultati scientifici le ragioni del codice» e la tendenza *«a dare valore giuridico a espedienti puramente legislativi*, e quindi ad attribuire *carattere essenziale* a una discussione che verte semplicemente sulla *maggiore o minore opportunità di quegli espedienti»*.

(2) *Ex sola lege humana* – come si legge in S. Tommaso – *vigorem habent*.

a tutto e a tutti, indipendentemente dall'adozione mediante «legge positiva» e, se occorre, contro di essa – ha pur sempre nella *razionalità*, benché non esclusiva, cioè comune ad altri criteri, il *presupposto essenziale della sua validità*, ma trova nel *condictum*, cioè nella scelta fatta con «legge» *fra più criteri razionali*, il titolo che lo eleva a *criterio di regolarità esclusiva* (3).

Così non vi è più un diritto *positivo* opposto al diritto *naturale*; non vi è più alcun dualismo che significhi antitesi o divergenza, che ammetta comunque una possibilità di conflitto ovvero dischiuda la porta ad un diritto... ingiusto! È una duplicità, che significa soltanto *determinazione* nella varietà (4), e peraltro *accordo*. Né il diritto naturale ripudia quello positivo, né questo pretende di far da sé senza quello o, eventualmente, anche contro. È l'armonia dell'universo che «in una sinfonia prodigiosa, canta la gloria di Dio», e lo stesso «*universo a Dio fa simigliante*». E anche il *diritto positivo* si presenta con carattere di conformità alla natura, essendo *conforme alla natura umana* il modo in cui nasce, cioè la determinazione *ope legis* nell'ambito dei criteri che solo da una scelta positiva possono acquistare quella *esclusività*, che è necessaria perché un criterio diventi norma.

8. Questa teoria, come ogni teoria, dischiude un problema pratico.

La teoria positivistica, dall'affermazione che è diritto solo ciò che è nel codice e tutto ciò che è nel codice, ha risolto il problema pratico nel modo più semplice, o più semplicistico; studiamo il codice, tutto il codice, solamente il codice; applichiamo il codice, tutto il codice, solamente il codice. Ad occhi chiusi. O, per meglio dire, coi soli mezzi dell'*esegesi interna*, della *tecnica codicistica*.

Ed ecco, in Francia, nei corsi universitari, divenuti metodicamente «*cours de côde civil*», ripudiato persino il nome di «*diritto civile*», come se questo fosse da sé un tendenzioso adescamento a una giuridicità sostanziale, che, pur nel dovuto rispetto del codice, si rifiutasse di «*totalizzarlo*». Il fenomeno era spiegabile storicamente (1), dato il vivo desiderio che il «codice» mettesse fine a una congerie caotica di leggi, ordini, consuetudini (*coûtumes*) – tutto «diritto positivo» –, che affondavano le radici nella società feudale medioevale, spazzata via dalla Rivoluzione. Ma fu l'esasperazione del metodo: imitata – come sempre o troppo spesso – anche in Italia. Il «*droit*» divenuto «*côde*» ha trasformato in «codice» anche il nostro «diritto» (2); e mentre in Germania, paese di «recezione» del diritto romano, per l'influenza forse del romanticismo, nomi famosi come Savigny resistevano alla codificazione e avviavano invece quella monumentale elaborazione del «Sistema del diritto romano attuale», che durò tutto il secolo scorso (e solo all'inizio di questo piegò di fronte al *Bürgerliches Gesetzbuch*), in Francia e da noi, l'antica *Jurisprudentia*, dalla maestà di una *divinarum atque*

(3) Su questo problema v. ulteriormente: BARBERO, *Rivalutazione del diritto naturale*, nei citati *Studi di teoria generale del diritto*, pag. 73.

(4) Di quella *multa varietas rerum humanarum* che impone la ricerca e appunto la determinazione del *quid congruentius* (v. su S. Tommaso: OLIVERO, *op. cit.*, pag. 12).

(1) V.: OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, pag. 7 e seguenti.

(2) Ecco l'opera famosa di FRANCESCO SAVERIO BIANCHI, intitolarsi non «diritto», ma *Corso di codice civile*.

humanarum rerum notitia, decadde e s'isterilì – mi si perdoni la parola – in una meccanica *esercitazione di codice*.

In tal modo, attraverso la «sterilizzazione» della giurisprudenza, il metodo positivista ha preparato l'ambiente e le condizioni tecniche ideali per la dittatura fascista. Che non sarebbe forse passata con una giurisprudenza più cosciente, e pertanto più gelosa, della superiorità della sua funzione; e che potrebbe anche ripresentarsi se la giurisprudenza non si affretta a prendere coscienza di codesta superiorità, a rifarsi un abito mentale, che ripristini la «*ragione*» dovunque sia bandita, fosse anche dalla... «legge», e a considerare se stessa non come fucina di sentenze ottenute meccanicamente attraverso l'introduzione di un articolo di legge, ma fattrice di giustizia indagata e, se occorre, faticosamente rintracciata al vaglio di tutti gli elementi di ragione, chiudendo anche, arditamente, la porta in fronte a chiunque pretenda di entrare nel suo tempio a portarvi la profanazione con lo stivale speronato o con la faccia infarinata.

Più libera in sostanza, pure nel formalismo – e parrebbe contraddizione – di quel sistema giuridico, la giurisprudenza anglosassone (3) fu ed è ben più vigile scolta delle istituzioni civili.

Ora questa libertà alla nostra giurisprudenza nessuno la può dare se essa stessa non se la prende, come nessuno l'avrebbe mai carpita se essa stessa non l'avesse lasciata per istrada andando dietro ciecamente all'indirizzo positivista e rinunciando alla sua «ragione» per fare omaggio e sottomissione a una «volontà» incontrollata, per quanto legale. Omaggio e sottomissione indubbiamente dovuti all'autorità costituita; ma non ciechi e incontrollati fino ad applicare per «*diritto*» qualunque sua «volontà», se fa difetto la «*razionalità*», che è, come s'è detto, il presupposto indeclinabile di qualsiasi «*giuridicità*». Qui non s'insinua, con nessun pretesto e sotto nessuna veste, l'insubordinazione; si ha ben presente il precetto di Pietro che ai suoi discepoli faceva obbligo di obbedire ai propri superiori, ed aggiungeva: *etiam discolis* (4). Ma un conto è la malvagità del superiore, un conto è la malvagità – o l'ingiustizia – dei suoi precetti e sia pure delle sue «leggi». E la predicazione di Pietro non fu già in contrasto con la necessità dell'*oboedire magis Deo quam hominibus* (5), né impedì a lui stesso e a migliaia d'altri, con lui, di morire eroicamente in un atto di ribellione alla legge ingiusta, che li voleva devoti agli dei «falsi e bugiardi» e negatori del Dio vero e reale: ribellione che non fu insubordinazione, ma fece di quei ribelli, coraggiosi e inermi, gli artefici e i martiri della più grande rivoluzione, in cui lavarono col loro sangue iniquità «legali» inveterate e dischiusero un nuovo mondo.

Si parla tanto e da tante parti, oggi, di martiri, che quasi più non si distingue tra il martire vero e il volgare gaglioffo, a cui è stata fatale l'ultima avventura. Ma se la parola conserva il senso d'un sacrificio supremo a testimonianza d'un'idea, dobbiamo pur riconoscere che accanto ai martiri della religione, accanto ai

(3) V.: TREVELYAN, *Storia dell'Inghilterra nel secolo XIX*, Einaudi, 1943, pag. 45 e *passim*.

(4) *Epist.*, I, 2, 18.

(5) Vorremmo che qui ci fosse consentito di richiamare un'altra nostra pagina sul foglio *Justitia*, Roma 1949, nn. 4-5, pag. 1: BARBERO, *Negazione della legge ingiusta come valore giuridico*, in *Diritto naturale vigente*, Roma 1951, pag. 109.

martiri della libertà, accanto ai martiri – passi anche questo – dell'iniquità e dell'oppressione, non possiamo schierare – noi moderni – quelli che vorrei chiamare i *martiri del diritto*. Mentre sulle montagne, nelle città e fra i casolari, si combatteva e si moriva, nelle aule giudiziarie, con freddo ritmo di mestiere, si applicava la «legge». E proprio quella «legge» – non il «diritto» –, per cui dall'altra parte si combatteva e si moriva.

Non c'è da prendere cappello! Non è un'accusa che faccio a «*uomini*» (tranne quei di mala fede – e son men che non si creda – o di cieca faziosità, che non spetta a me di giudicare). È la denuncia di un «*metodo*»: del «*metodo positivista*», che, se ha affinato l'esegesi della formula, ha tolto il fiato alla «giustizia», ha spento l'anelito del «diritto», in un atto di abdicazione che ha permesso alle coscienze di ritenersi in *dovere* di applicare per «diritto» strane formule di oppressione, interiormente ripugnanti, esternamente legali. Responsabilità enorme di una *scienza del diritto* straniata dalla natura.

Questo è il pettine a cui vengono i nodi del problema pratico della giustizia. Chi gioisce della liberazione, come può pensare che un'ora prima la «giustizia», cioè il «diritto», avesse un volto così diverso, così orrendo e terrificante, perché la «legge» aveva un altro padrone? Sarà dunque fatale, sarà una «legge» anche questa, che il c.d. diritto «ingiusto», ma «legale», non possa essere cancellato se non a colpi di spugna inzuppata nel sangue?

È a quest'assurda necessità, che si vuol resistere riportando, come in tutte le scienze, anche in quella del «diritto», questa nostra *natura*, che volenti o nolenti, ci accompagna e non ci lascia per quanti colpi riceva ad opera di ordini o di «leggi», e rimonta instancabilmente le «leggi» che attentano alla sua incolumità.

9. Riportare così il «diritto» alla «natura», nel senso di ricondurlo al sigillo della «razionalità», non vuol dire, come accusava Benedetto Croce una quarantina d'anni fa, chiudere noi e il nostro diritto in uno stato di fissità beota, senza moto, che vorrebbe dire senza vita e senza storia (1).

Non si vede perché la natura e la ragione dovrebbero fermare la vita, chiudere la storia, disfare la realtà; non si vede perché la storia, la realtà e la vita dovrebbero uscire dai binari della natura e della ragione o quanto meno ignorarli e rinchiudersi, per camminare, nel «codice». Se è vero che non cambia, per arbitrio di uomini, il «diritto naturale» – che per noi è il «diritto» –, non è men vero che in questo codice, della natura e della ragione, c'è una norma per ogni passo di cui progrediscano la vita e la storia. E se il «diritto» non cambia – tranne in ciò che è rimesso alla scelta del *condictum* fra i più possibili razionali –, non è detto che il cambiare delle circostanze di fatto della vita e della storia, delle condizioni culturali, che il mutare insomma della fattispecie, non determini un mutamento *nei modi di applicazione*: «i principi non variano né le supreme regole pratiche della vita umana; ma si applicano con modi essenzialmente diversi, che rispondono a uno stesso concetto solo secondo una *similitudine di proporzioni*» (2).

(1) B. Croce, *Filosofia della pratica*, Bari 1909, pag. 541.
(2) J. Maritain, nel già citato *Umanesimo integrale*, pag. 113.

Questa non è fissità, perché il moto è nei *fatti*, non nella *legge* che li governa; né la storia si è conclusa perché la legge di gravità, a identità di situazione, è stata sempre la stessa, e sarà sempre la stessa, fino a consumazione del tempo.

La posizione non muta perché dall'ambito di leggi fisiche si passi all'ambito di leggi etiche (volendo in questo comprendere anche le leggi giuridiche, in quanto, come le morali, rivolte a un essere libero di osservarle e di violarle). La possibilità di violarla non toglie che la regola, a identità di fattispecie, sia sempre la stessa. Se questa fosse, per questa ragione, un'utopia, sarebbe non meno utopistico – e massime in questi tempi – il «diritto positivo», perché ogni debito insoluto, ogni delitto impunito, ogni evasione alla norma legale (che rimane anch'essa immutata dalla sua emanazione alla sua abrogazione), son tanti fatti *contra ius*, che renderebbero utopistico il *ius*, naturale o positivo, se la sua realtà normativa fosse subordinata alla sua osservanza. E se fosse una chimera, se fosse vero che «specula nel mondo delle chimere» chi crede «che la giustizia sia *il diritto* piuttosto che *sopra il diritto*» – così diceva un tempo CARNELUTTI (3) –, sarebbe chimera anche l'ammenda che egli ha fatto «di quella specie d'agnosticismo etico», che gli è parso, per lungo tempo, «il carattere della scienza del diritto» (4), perché è ancora maggior chimera pensare che il diritto esca, come «Diritto», dalla testa del legislatore, anche se «storto» e ingiusto, accontentandosi di sussurrare a lui, di cui intanto si fa, e si esige che sia fatto, l'ingiusto volere come diritto: bada, però, che c'è, sopra la tua, una regola che non conosco, alla quale tu, prima, sei tenuto a sottostare mentre fai e manipoli il diritto per me!

10. Ma riportare il «diritto» alla realtà *naturale*, ripudiando il «positivismo», che lo rinchiude nel codice, reso a un tempo culla e tomba di questa gran legge che ci sovrasta, senza un anelito agli spazi dorati dal sole, non vuol dire, d'altro canto, imparentarsi col «giusnaturalismo»; come ripudiare il «positivismo» non vuol dire negare il «diritto positivo». Tanto poco c'è corrispondenza fra «*diritto naturale*» e «*giusnaturalismo*», quanto poca ce n'è fra «*diritto positivo*» e «*positivismo giuridico*».

Giusnaturalismo e positivismo sono due atteggiamenti speculativi di fronte al «diritto», due sistemi o metodi contrastanti nella ricerca del «diritto», mentre il «diritto», naturale o positivo, è l'innocente oggetto che ne sopporta le ingiurie e ne ha fatto le spese. Il «positivismo giuridico» pecca nel non voler scorgere alcun valore giuridico prima del codice od oltre il codice. Il «giusnaturalismo» peccò di non aver scorto nell'uomo altro valore che la sua distinta ed isolata individualità. Così, mentre il positivismo costruisce il suo sistema unicamente sul codice e si limita a classificare il contenuto del codice, senza curarsi di vedere se è grano o gramigna, il giusnaturalismo ha costruito il proprio unicamente sull'individuo e sul principio d'individualità, senza darsi per inteso che l'uomo è individuo, ma è anche socievole, e non è prima individuo e quindi socievole, prima singolo e poi Stato, ma è ad un tempo e tutt'insieme «individuo-socievole», individuo chiamato per natural vocazione allo «Stato».

Perciò, mentre il diritto, diciamo pur, naturale si adegua incessantemente

(3) *Discorsi*, pag. 132.

(4) *Metodologia del diritto*, pag. 29.

all'evolversi di questa realtà individual-sociale dell'essere umano, il diritto del giusnaturalismo resta fisso e immutabile sulla realtà monca e unilaterale, cioè sulla irrealtà (poiché la realtà non è che nella sua completezza), di un uomo puramente e unicamente individuo.

Il giusnaturalismo ha fatto così dell'umanità non un «organismo di uomini» (società), ma una «somma d'individui», il cui risultato, comunque sia invertito o sovvertito l'ordine degli addendi, rimarrebbe invariato; e ha fatto dell'individuo, con Gian Giacomo Rousseau, fin l'autore dello Stato, e, logicamente, il suo padrone.

Questa concezione ha travisato la natura e il diritto naturale, non meno che il positivismo ha travisato dal canto suo il diritto positivo. E ha usurpato l'etichetta di naturale, quasi «conforme a natura» (determinando le reazioni più aspre dell'antigiusnaturalismo, che nel giusnaturalismo ha condannato, con fatale cecità, il diritto naturale), mentre nulla è più contrario a natura e al suo diritto, di questo individuo del giusnaturalismo, soprattutto russoniano, che entra in società per contratto, cioè per libera elezione, e avrebbe così potuto farne a meno. L'uomo *non entra* in società per elezione, ma *vi nasce* per natura; ci vive, prospera e finisce, postovi dalla sua natura e incessantemente risospintovi da una natural legge di collaborazione sociale, sol obbedendo alla quale può superare e colmare la propria insufficienza. Chiamato a vivere cogli altri uomini, tutti dotati, chi più e chi meno, della capacità di assoggettare la materia per asservirla ai propri bisogni, è però incapace di bastare a se stesso. Non occorre dimostrarlo; ce lo dipinge così l'esperienza di ogni giorno e quella di tutti i secoli. Ha bisogno degli altri. Ma lo stesso bisogno, per la stessa ragione, hanno gli altri di lui. Deve perciò rendersi utile agli altri. In questa legge fondamentale di *collaborazione* è il cemento della società e l'equilibrio del diritto. Lavoro e collaborazione: *lavoro per avere, collaborazione per dare*.

In questi due poli, fra cui ruota l'asse della sua vita, possiamo ravvisare i due massimi princìpi, d'*individualità* e di *socievolezza*, che caratterizzano l'«uomo» prima e quindi il «diritto». Essere per gli altri onde essere per sé: ecco l'uomo. Lavorare per collaborare: ecco il diritto. Non prima individuo e poi socievole, né prima socievole di poi individuo; ma individuo e socievole ad un tempo, «individuo-socievole» inscindibilmente. Certo che il fine e il frutto della collaborazione, cioè il fine e il frutto del vivere sociale, è ancora in fin dei conti la perfezione dell'individuo, dirò anzi degl'individui, singolarmente considerati, che han saputo realizzarlo; ma ciò non è disconoscere la, strumentale sì, ma profonda e, nell'economia umana, immanente e irriducibile realtà del vivere sociale.

E questo non è «giusnaturalismo». Questa è la realtà. E averne disconosciuto pur soltanto una parte fu anzi l'errore del «giusnaturalismo». Enorme errore, il quale fu scorto appena dopo che aveva dato i suoi frutti nella famosa «dichiarazione dei diritti dell'uomo». Questa dichiarazione, che fu certo il trionfo del giusnaturalismo, fu anche la sua tomba. Si può dire che il giusnaturalismo visse per questo trionfo e in esso morì.

Segno d'importanza storica parimenti enorme. Soltanto un errore che affermasse l'individuo sopra tutto e fin sopra la sua stessa realtà naturale, poteva forse travolgere l'enorme ingiustizia, che a suo danno s'era venuta accumulando nel corso dei secoli. Né il diritto di Roma né la sua rinascita agli albori del millennio

avevano impedito che l'individuo fosse cacciato in uno stato di servitù, che incominciava dal disconoscere proprio i diritti fondamentali della sua personalità in quanto individuo. A risollevarlo di qui, la Provvidenza della storia, che veramente *ludit in orbe terrarum*, e più sovente che non si creda sfrutta pei suoi disegni eterni la forza di presa che il paradosso ha sulla mente umana, sembra avere designato, insieme all'esaltazione della mente umana come suprema realtà col razionalismo illuminista, l'esaltazione dell'individuo e della sua individualità come unico valore nell'ordine pratico, etico, economico e giuridico.

Compiuta questa funzione storica, riguadagnate all'individuo le sue prerogative individuali, la dottrina morì. Morì bandita da coloro medesimi che ne avevano colto i frutti; come si dice che, adempiuta la sua funzione fisiologica, muoia il fuco, aggredito e sopraffatto dalle medesime forze che lo hanno allevato.

11. L'avvicendamento del «giusnaturalismo», che pervertiva l'ordine di natura col fare dell'individuo l'autore e il padrone dello Stato, nel «positivismo», che fa dello Stato il padrone dell'individuo e persino l'autore del soggetto giuridico mediante l'attribuzione della personalità di diritto, non rappresenta che una fase, una delle più vicine, della ininterrotta vicenda di lotte fra codesti due termini: Individuo e Stato. Sia che si affermi l'Individuo sopra lo Stato o fuori dello Stato, sia che lo si affermi sotto lo Stato o, come in una recente esperienza, dentro lo Stato, ma in guisa che le singole individualità vi si disperdano come singole realtà per diventare cellule disindividuali della individualità unica e realtà suprema dello Stato, si affermano comunque posizioni che nell'ordine di natura fanno dei due termini, Individuo e Stato, due centri di opposizione e di lotta. Configurare la compagine sociale o statale come un essere la cui individualità compete unicamente allo Stato, non è meno errore che rappresentarla come una somma, se non viene avvertito lo zoppicare di questo come di ogni paragone. È vero che, nel corpo, le singole membra non sono reciprocamente soggette ma vicendevolmente organizzate (e in ciò sta il retto del paragone con la Società e lo Stato); ma non è men vero che, nel corpo, le singole membra non hanno propria individualità né fine distinto da quello del corpo: e questo dà l'andamento zoppicante al paragonarvi la Società e lo Stato, che son fatti bensì di elementi organizzati, ma *individui, persone*, aventi propria esistenza e un *fine anche individuale*, quel fine dell'etica (ecco qui la connessione tra etica e diritto divenire strettissima), che ciascuno raggiunge per proprio conto e può raggiungere separatamente dagli altri, massa organizzata o amorfa, Stato o anarchia. Dissolvere l'Individuo nello Stato può sembrare, ma non è, sopprimere l'opposizione fra Individuo e Stato ed eliminare la lotta. È anzi esasperarla con la pretesa di sopprimere uno dei termini necessari. Individuo e Stato sono due momenti, certo conciliabili, ma, come ho già detto, immanenti e irriducibili, d'una realtà inscindibile che è la *realtà umana*. Non Individui senza Stato né Stato senza Individui, ma Individui di Stato e Stato di Individui. Questa è la realtà umana. Quando Iehova, tratto Adamo dal nulla, perché non fosse solo – come narra il Libro sacro – gli estrasse dalla sua stessa carne una compagna, *adjutorium simile sibi*, creò insieme l'individuo e la società, e indicò nel procedimento il valore umano della molteplicità individuale e dell'unione sociale. Mettere l'individuo sopra la società, mettere la società sopra l'individuo, sfaldare la società nella somma degli individui, dissolvere l'Individuo

nel mito d'uno Stato quale solo esistente, è, in quest'ordine di idee, tutto un corrompere l'armonioso ordine di natura.

Nel quadro di questa realtà naturale si esprimono e si lumeggiano, si integrano direi, i due momenti dell'Individuo e dello Stato. Momenti che, di fatto, spesso hanno rappresentato una lotta fra i due termini, determinata dall'ambizione di «dominare» più che di «governare» e dalla ripugnanza a «soggiacere» più che ad «ubbidire», ma che, in quanto meta e valore, non possono esprimere che l'*organizzazione d'una compagine d'individui, fra i quali, per omogeneità di stirpe, di religione, di lingua e di cultura, per condizioni storiche e geografiche, si vuol realizzare nel modo più conveniente la disciplina della collaborazione e il modo della convivenza.*

Questo è lo Stato, questo l'Individuo nello Stato. E in questa definizione delle posizioni dei due termini è anche definita la realtà parziale che ciascuno esprime: l'individuo è la realtà *ontologica*, lo Stato è una realtà *funzionale* (strumentale). L'Individuo è l'«essere»; lo Stato non è che il «*convivere stesso degli individui fra loro nella disciplina della collaborazione*». In altri termini: *l'Individuo «è» lo Stato «serve»*.

Ma, intendiamoci subito, questo «servire» dello Stato non si risolve in un punto di egoismo individuale né torna ad essere quella subordinazione già esclusa dello Stato all'Individuo; non è il «servire» dell'amministratore alle dipendenze di un padrone; non è un «servire l'individuo né la società», bensì «all'individuo e alla società»: una *mediazione al fine del diritto*. Perciò non è punto di subordinazione, ma di equa distribuzione. Questo essere dell'individuo con gli altri e degl'individui fra loro, che in forma generica è «Società» e in forma concreta è «Stato», riconosce all'individuo i suoi «diritti», che si compendiano nel *lavoro*, ma gl'impone con pari forza i suoi «doveri», compendiati nella *collaborazione*.

Sopra gl'individui non c'è lo «Stato», che – ripeto – è lo stesso essere degl'individui fra loro in un modo concreto di collaborazione (lo Stato siamo noi in quanto conviviamo e collaboriamo in un dato modo), ma il «diritto», a cui dobbiamo sottostare come singoli e come Stato.

Qui s'affacciano diverse questioni, alcune con riflessi di tinta politica (i quali noi lasceremo accuratamente in disparte per non uscire dai binari della nostra ricerca), altre di indole o di tecnica giuridica: *personalità e sovranità* dello Stato, forma della sua *struttura*, entità e ambito della sua *funzione*. Questioni, le ultime soprattutto, alle quali molti chiedono e molti dànno risposte. Ma sono risposte politiche, risposte di parte o di partito, che muovono da postulati, a volte inconsci e subcoscienti, raramente controllati alla veridicità di princìpi stabili, giuridici; e per ciò stesso capaci di conseguenze incerte e traballanti, portate in alto dal vento, lasciate cadere se il vento cessa, spazzate via se cambia.

12. I caratteri etnici, linguistici, culturali e geografici, di una data comunità, imprimono ad essa una individualità, la quale non è se non un principio d'identificazione, che ci permette di vedere sempre la stessa comunità dietro al variare dei singoli di volta in volta presenti, di affermarne la continuità in tutte le sue vicende, nei suoi trionfi e tra le sue sventure, di dire, con compiacimento o con rammarico «*questa bella*» o «*povera Italia*», da Dante a Leopardi, ai poeti di domani, benché Dante, Leopardi e i poeti di domani non siano gli italiani di oggi.

G
LE FOURREAU DURANDAL
EST
LA SOLIDE DOUBLURE DU PNEU

Di codesta individualità o identità ideale si avvale la legge per trarne in vario modo individualità di carattere giuridico: così l'azienda e le università patrimoniali, fra gli oggetti di diritto; fra i soggetti, le «*persone giuridiche*» e in primo luogo la personalità giuridica del popolo politicamente organizzato, che è quanto dire la *personalità dello Stato*.

Ma codesta personalità è una concezione puramente tecnica, una forma puramente giuridica, benché, non per questo, meno giuridicamente reale, – d'una *realtà normativa*, qual'è tutta la realtà giuridica –, la quale, però, d'altro lato non cambia che lo Stato siamo noi, politicamente organizzati, noi arbitri – razionalmente – della nostra organizzazione e indipendenti – politicamente – dalle altre organizzazioni consimili, cioè dagli altri Stati.

Ed ecco la *sovranità*. Sovranità nei due aspetti di *superiorità e indipendenza*: superiorità *all'interno*, indipendenza *dall'esterno*. Due aspetti, che se, a un certo punto, possono esprimere la sintesi di un'unica realtà, imprimono alla sovranità una duplice dinamica.

L'indipendenza dall'esterno può esser bene riferita tanto al popolo organizzato quanto alla stessa organizzazione personalizzata nello Stato.

La superiorità all'interno non può essere riferita indifferentemente all'uno o all'altro, e forse non va riferita, al di là d'un artificio tecnico, né all'uno né all'altro.

Mi spiego. Che la sovranità, come superiorità all'interno, sia riferita direttamente allo «Stato» e sia da questo irradiata alla persona che lo regge (il «Sovrano» o il «Capo dello Stato»), ovvero si attribuisca direttamente al Sovrano fino a legittimare sulla sua bocca le parole del Re di Francia, «*lo stato sono io*», è una concezione non più che puramente tecnica, frutto di questo o quell'orientamento politico, la quale non cambia (e non cambierà in alcun regime) che il superiore non è lo Stato, ma la persona che è a capo della nostra organizzazione, che regge e dirige («*governa*») la nostra convivenza. Se avrebbe fatto sorridere cent'anni fa, sotto il regime dei restaurati assolutismi politici, farebbe ridere anche oggi chi del popolo credesse di andare in giro come un «pezzo» della sovranità popolare. La «sovranità popolare» è un dogma o una facezia, *dal punto di vista politico*, secondo che il popolo sa veramente eleggersi i rappresentanti che lo rappresentano, cioè che pensano ciò che lui pensa e vogliono ciò che lui vuole, o s'accontenta della «busecca» in cambio del suo voto. Ma *dal punto di vista giuridico*, non è comunque da confondere e nemmeno da allineare con quella che voglia dire *sovranità interna dello Stato*. Questa – riferita tecnicamente allo Stato stesso o al Sovrano – è sovranità *politica*, sovranità vera ed effettiva, che si risolve comunque nella *superiorità di chi regge e dirige l'organizzazione* sopra i singoli organizzati; l'altra è una sovranità che, a concedere tutto, potremmo dire *genetica*: che non consiste nell'*essere*, ma nel *creare* il sovrano, esprimendo gli organi dell'organizzazione statale. Sovranità impropria, evidentemente, che si confonde, balbetta e poi capitola di fronte alla prima domanda: *sovranità rispetto a chi*? La sovranità, non c'è dubbio, in quanto *superiorità* è un rapporto di alterità, il quale implica sottomissione; e non c'è chi sappia indicare dove, quando, quali siano i sottomessi alla sovranità popolare, intesa come sovranità effettiva del popolo! Sovrano su se stesso? La sovranità popolare vuol dire, se mai, *indipendenza*, ma non mai *superiorità;* vuol dire che *non c'è superiore*, all'assem-

blea popolare, nella funzione giuridica *di esprimere gli organi* dello Stato, non che il popolo *è superiore* nella funzione politica *di amministrare* lo Stato; vuol dire che gli organi dello Stato sono determinati dal rapporto di maggioranza numerica delle libere volontà espresse degli stessi organizzati, non che questi organizzati, né singolarmente né tutti assieme, abbiano un *potere politico su se stessi o sugli altri*. In ultima analisi, vuol dire: *libertà*. Libertà, ovverossia esplicazione non coercita del proprio razionale arbitrio, nel momento e per il momento della scelta degli organi dell'organizzazione comune.

28

13. E questo è lo Stato a struttura democratica, lo *Stato democratico*.

La democraticità tuttavia – e parlo solo di questa perché oggi è questa che polarizza la passione dei popoli liberi – non pertiene all'*essenza*, ma alla *struttura* dello Stato. Per i partiti politici – oggi quale partito, sinceramente o con riserve mentali, non si fregia della qualifica di partito democratico? –, per i partiti politici potrà essere un postulato, ma giuridicamente – e non possiamo che appellarci a una giuridicità di natura –, anche se la nostra simpatia politica va tutta intera alla democraticità, dobbiamo avere il coraggio di guardare in faccia ai suoi limiti, giacché il maggior pericolo che minacci la democrazia sarebbe quello di impostarla su false basi teoriche, riconoscendole inconsciamente una taumaturgia che non ha. Bisogna rendersi conto che la democrazia è un *metodo*, cioè un modo e un mezzo di realizzare lo Stato; ma lo Stato è una *necessità*, una necessità di natura, la quale si realizza, e si è sempre realizzata, eccetto parentesi di anarchia, con noi o senza di noi, cambiando modi e mezzi secondo che riescano al fine.

Non che lo Stato sia il fine. Il fine è quello del «diritto», la collaborazione per convivere. Lo Stato è anch'esso un mezzo per la realizzazione di questo fine, ma è un mezzo necessario, un mezzo di cui, qualunque nome gli si dia, non s'è ancora visto il surrogato (e, se fosse concepibile una curiosità contro se stessi, sarei curioso di vedere quale sarebbe alla fine – se non uno Stato universale – il surrogato dello Stato che ci ammannirebbe non tanto la dottrina, quanto la prassi marxista, che intanto esaspera e totalitarizza lo Stato come mezzo per arrivare, con l'eliminazione delle classi attraverso la lotta di classe, alla sua soppressione, secondo l'idea – o il sogno? o il pretesto? – del maestro da cui si nomina); mentre la sua *struttura* – democratica o principesca, per fare i casi opposti – è d'una *medianità ulteriore*: opportuna più o meno secondo che riesca più o meno a realizzare lo Stato, ma non necessaria univocamente in un senso o nell'altro; e pertanto surrogabile, tanto è vero che storicamente è stata spesso surrogata e si è passati e ripassati da una forma all'altra, dalla monarchia assoluta all'aristocrazia e all'oligarchia, dalla democrazia alla dittatura e dalla dittatura alla democrazia, come conferma l'esperienza di questi ultimi trent'anni. È fatale, poiché lo Stato è necessario, che se non riesce a realizzarlo il metodo democratico, si andrà nel metodo aristocratico, oligarchico o dittatoriale. Se la democrazia cincischia, ma non fa, se sta in piedi ma non cammina – e camminare qui significa realizzare forme di convivenza che soddisfacciano le esigenze della comunità governata – è una porta spalancata allo Stato dittatoriale, che attende solo il dittatore. Un'altra volta ho detto che fra l'ordine imposto e la libera confusione, la comunità si adatta più facilmente al primo, anche a costo di rimet-

terci la... «sovranità popolare» (1). Non giudico se, così, faccia bene o male. Constato solo il fatto; e aggiungo che il «diritto» è più nell'ordine che nella confusione, in quanto questa, per il fatto di essere... libera (cioè possibile), non realizza la libertà meglio che l'ordine imposto, e spesso moltiplica i soprusi.

Naturalmente, come in tutte le cose umane, la perfezione è un sogno, spesso un sogno di pochi, e il bene non è quell'assoluto che dice il termine, ma un meglio relativo che è uguale al minor male. È questione, ovunque, di limiti. E certamente è molto nobile colui che preferisce un pizzico di libertà personale a tutti i beni che possa offrire la soppressione della libertà, perché tutti gli altri beni senza quello della libertà (che è il primo dei diritti, ma chiama con sé tutti i doveri, per essere diritto di tutti) si scoloriscono e intristiscono. Ma non è più nobiltà in chi specula su questa passione della libertà per chiudere la via agli altri beni, che uniti alla libertà, sono pure il condimento della vita. Non è nobile né giusto imporre la miseria nel nome della libertà, e sarebbe ipocrita meravigliarsi che coloro per i quali la libertà fosse ridotta a un nome si adattino al sacrificio di questo altissimo nome per un po' di quei beni che la «libertà» loro negasse.

Il «diritto» non ha sposato la «democrazia», e non avalla per sé più la democrazia che un'altra forma, nella quale si realizzi una convivenza nel giusto. Il «diritto» è «giusto», e sta colla democrazia, se la democrazia è nel giusto e realizza il giusto; passa all'opposizione contro qualsiasi forma, non esclusa la democrazia, se questa va fuori del giusto. Quindi lo Stato democratico non deve dogmatizzare se stesso come se fosse esso stesso e per se stesso il «diritto», come se il «diritto» si trovasse inseparabile da lui, illudendosi d'avere in sé, nella sua stessa democraticità, un titolo giuridico indefettibile, qualunque cosa combini. Deve rendersi conto di essere anch'esso condannato, come ogni singolo uomo, a guadagnarsi la vita nel sudore della fronte: che per esso vuol dire, impegnarsi a realizzare condizioni di vita per la comunità secondo la norma del giusto, cioè secondo il «diritto». Il suo titolo, e, più che un titolo sulla carta, la sua forza nella vita, sta in questa realizzazione. Come nel difetto di ciò sta la sua condanna.

14. Fuori del «diritto», un vero flagello sociale, una sintesi d'iniquità, è lo «*stato totalitario*»: antigiuridico per se stesso, per la sua definizione, che ripudia quelli che sono i confini naturali dello «Stato» arrogandosi una natura e, coerentemente, funzioni e compiti giuridicamente inammissibili.

Ma lo Stato «totalitario» non è l'antitesi del «democratico». Democraticità e totalitarietà stanno su piani diversi: la democraticità, come si è visto, pertiene alla struttura, cioè al modo di composizione dell'organismo statale; la totalitarietà investe tutta la concezione dello Stato e, soprattutto sul piano dei compiti e delle funzioni, i rapporti fra Stato e Individuo.

Lo Stato «totalitario» si ritiene e si afferma non più come l'*organizzazione*, ma come la sintesi degl'individui, l'*immedesimazione* integrale (o appunto «totale») di Stato e Popolo, in cui ciascun individuo dal ruolo di «*persona*» è degra-

(1) BARBERO, *Il metodo democratico*, Milano 1945. Oggi, a distanza di vari anni dagli entusiami della ritrovata libertà, il serpeggiare d'un certo malumore, certe frasi a sfondo di «era meglio prima», ne costituiscono la riprova e richiamano all'urgenza di rimettersi in carreggiata.

dato al ruolo d'«*ingrediente*» di ciò che *solo* è e che è *tutto*, cioè lo Stato. Tutto parte dallo Stato, tutto confluisce e rifluisce allo Stato; non vi è che lo Stato e tutto è lo Stato; lo Stato è tutti noi e noi siamo lo Stato, rifratto per il numero delle nostre individualità meramente computistiche; gl'individui non sono per sé, ma servono soltanto a fare il computo delle dimensioni dello Stato. Una specie di «*panteismo*» tradotto in «*panstatismo*»!

Questo è lo «Stato totalitario».

Quindi l'individuo, se tutto ciò fosse vero, non soltanto non dovrebbe, ma non potrebbe nemmeno estraniarsi dallo Stato, respirare un attimo come «lui» e non come Stato, mettersi in testa qualche cosa che non è nella testa dello Stato, avere un'etica *a latere* dell'etica dello Stato (della sua etica come Stato), e – figuriamoci poi – affermare una ragione, che non sia la «ragion di Stato». Solo che (se ancora ciò fosse vero), non solo non si vede quale sia la testa e il ventre di questo corpo di Stato, ma non si capisce nemmeno l'istituzione del «confino» e l'introduzione di pene per i delitti di «leso Stato», se non buttando all'aria tutta la tronfia teoria; come non si capisce la bestemmia che buttando all'aria il panteismo (che è in fondo la stessa logica con cui Cristo confondeva i suoi accusatori: «ma se io caccio i demoni in nome del demonio, mi sapete voi dire dove va il suo regno?»). E viene il dubbio che la teoria dello «stato totalitario» sia un abile pretesto, una scaltra allegoria, per dire che non conta se non la testa del «duce» e il ventre di quei pochi che gli si piantano attorno a sostenerne l'incarnazione.

Di qui un apparato *coercitivo*, che è l'unica forza – benché ne sia insieme la sua confutazione *in re* – del totalitarismo di Stato. Lo Stato totalitario si regge solo sulla forza, proprio perché è la negazione dell'ordine sociale naturale, e, così, dell'ordine giuridico, che è fondato su individui di natura socievole, su «*individui socievoli*», come ho già detto in altra parte, ma ciascuno «*persona*»; individui perciò che, in quanto «socievoli», vogliono essere *organizzati*, ma in quanto «persone» non vogliono essere ridotti al rango di mere *unità computistiche*. Qualsiasi disconoscimento di codesta realtà, non trovando appoggio nella natura, e cioè, nella ragione, non può appoggiarsi che alla forza.

15. Ora la forza non è il «diritto». E non lo fa.

Non è e non fa il «diritto», nemmeno sotto il nome di «coazione legale», perché il «diritto», quando è tale per sé, è capace di coazione, ma la coazione non è capace di trasnaturare in diritto ciò che fosse delitto. Non è vero che «se la bilancia è il simbolo della giustizia, i simboli del diritto sono le verghe e la scure» (1): questa è un'assegnazione di simboli male attribuita ai romani e inventata fra noi. Le verghe e la scure ne presidiano l'osservanza; sono gli angeli custodi della giustizia e del diritto, non la giustizia e il diritto. I carabinieri e la casa di pena vengono dopo il giudice e la casa di giustizia. E nella casa di giustizia il giudice opera con la bilancia, non con le verghe e la scure. Il rapporto fra «coazione» e «diritto» deve essere riveduto.

Il «diritto» è una realtà che trae valore dalla *razionalità* e univocità dal *condictum* dove la *razionalità* sia molteplice. La «coercibilità» e la «coazione» sono,

(1) CARNELUTTI, *Discorsi*, pag. 15.

rispettivamente, una possibilità e un fatto, che devono trovare giustificazione nel «diritto». La forza può essere applicata vuoi a presidio del «diritto» vuoi a imposizione d'inconfessabili arbitrii. Basta che un uomo, o un gruppo di uomini, dica: io intendo comandare e qualunque cosa comandi voglio essere ubbidito; se ha mezzo di ridurre all'obbedienza chi non la presta spontaneamente, attua un sistema di coazione anche senza trovarsi nell'ordine del diritto né della mera legalità. E non importa che sgherri e bravi, poliziotti e giudici, prestino man forte al despota: non saranno che dei complici (caso Eichmann) e nulla può mutare che applicheranno per «diritto» l'arbitrio legale o addirittura illegale, se ciò che viene comandato non ha intrinsecamente la nota del «diritto». Questo è il fondo abissale in cui precipita, e scompare, la teoria del «diritto-forma», che dovunque scorge organizzazione, anche se questa è *per delinquere*, ivi colloca il diritto (2). Non «diritto» c'è, ma «forza ingiusta», e quasi sempre illegale.

Che del resto la «coercibilità» sia un carattere storico, un carattere che accompagna la norma già in se stessa giuridica, non che la forma o che la rende giuridica, si dimostra pure in altro modo, attraverso il procedimento per cui la regola stessa viene resa coercibile. Nessun dubbio che la «coercibilità», come la norma sostanziale a cui fa da carabiniere, deriva anch'essa da un'altra norma. La coercibilità di una norma ha sede in un'altra norma, in un altro comando, il quale ordina appunto l'applicazione della forza a prevenire o reprimere la violazione della prima, o a eliminarne gli effetti, per quanto sia possibile. Senonché, anche quest'altro comando potrebbe essere violato. Di qui la necessità di un terzo comando, e così di un quarto, di un quinto, i quali via via coerciscano il comando anteriore. Si crea così una catena di comandi o norme *coerciti* e di comandi o norme *coercenti*. In sostanza però, tutte norme, tutti ordini, tutti comandi; e tutti intrinsecamente, benché vari di contenuto, della stessa natura. Perché, allora, la giuridicità dell'uno si dovrebbe ricercare nell'esistenza dell'altro? Che cosa aggiunge il susseguente al precedente? Lo rende forse razionale (cioè giuridico) se non lo è in se stesso? No. Lo rende soltanto *coercibile*; cioè vi aggiunge non la *necessità di osservarlo*, ma la... *paura di violarlo*.

A questa «paura di violarlo» viene, come nodo al pettine, la risposta alla domanda se la norma *ingiusta* ma *legale* debba essere osservata.

Lo stesso modo di proporre la domanda coercisce, direi, la risposta. Se si facesse questione di stabilire se la tal norma è o non è ingiusta, potrei comprendere ogni dubbio, giacché si tratta di valutare un fatto e, per quanto il principio possa essere chiaro, può sempre restare il dubbio se il fatto rientri o non nel suo ambito: per quanto sia chiaro che chi ha colpa di danno è obbligato a risarcirlo, può essere però dubbio se, nel caso, vi sia o non vi sia la colpa. Si tratta, in altri termini, di accertare l'ipotesi. Ma data questa per certa, come vien data nella domanda «se una norma *ingiusta*, perché legale, va osservata», non si può restare in dubbio nell'applicare il principio, cioè la tesi, che la *norma ingiusta* – ma, intendiamoci, *ingiusta sostanzialmente*, cioè irrazionale, non soltanto «meno opportuna», «meno conveniente» fra più razionali – *non impegna e non va osservata*. Qualsiasi riluttanza pratica all'attuazione di questa tesi non è più questione di *necessità di sottostare* al precetto «legale» riconosciuto «ingiusto», ma è

(2) V. *retro* la nota 6 a pag. XVII.

questione di *paura a sottrarvisi*, per le conseguenze – pure ingiuste – che il sottrarvisi può avere. Al rapinatore che vi punta l'arma e vi domanda il portafoglio, vi arrendete non certo per *necessità di giustizia*, ma per *paura dell'arma*; se aveste coraggio, o possibilità, mandereste all'aria lui e la sua pistola. Che differenza c'è, ora, se il rapinatore, invece di essere un malandrino da strada, è un malandrino di Stato, che vi domanda la libertà, la personalità e i beni con una formuletta «legale», puntandovi addosso, non la bocca di un'arma, ma un intero esercito, con pistole, moschetti, mitragliatrici e cannoni? È chiaro che, non per questo apparato, il suo gesto è meno «rapina» e maggiormente «diritto» di quello del malandrino che vi ferma all'angolo della strada. Ciò che distingue la violenza del bandito da quella del carabiniere, dice CARNELUTTI, è il fine: questo e non quello fa la guerra per la pace (3).

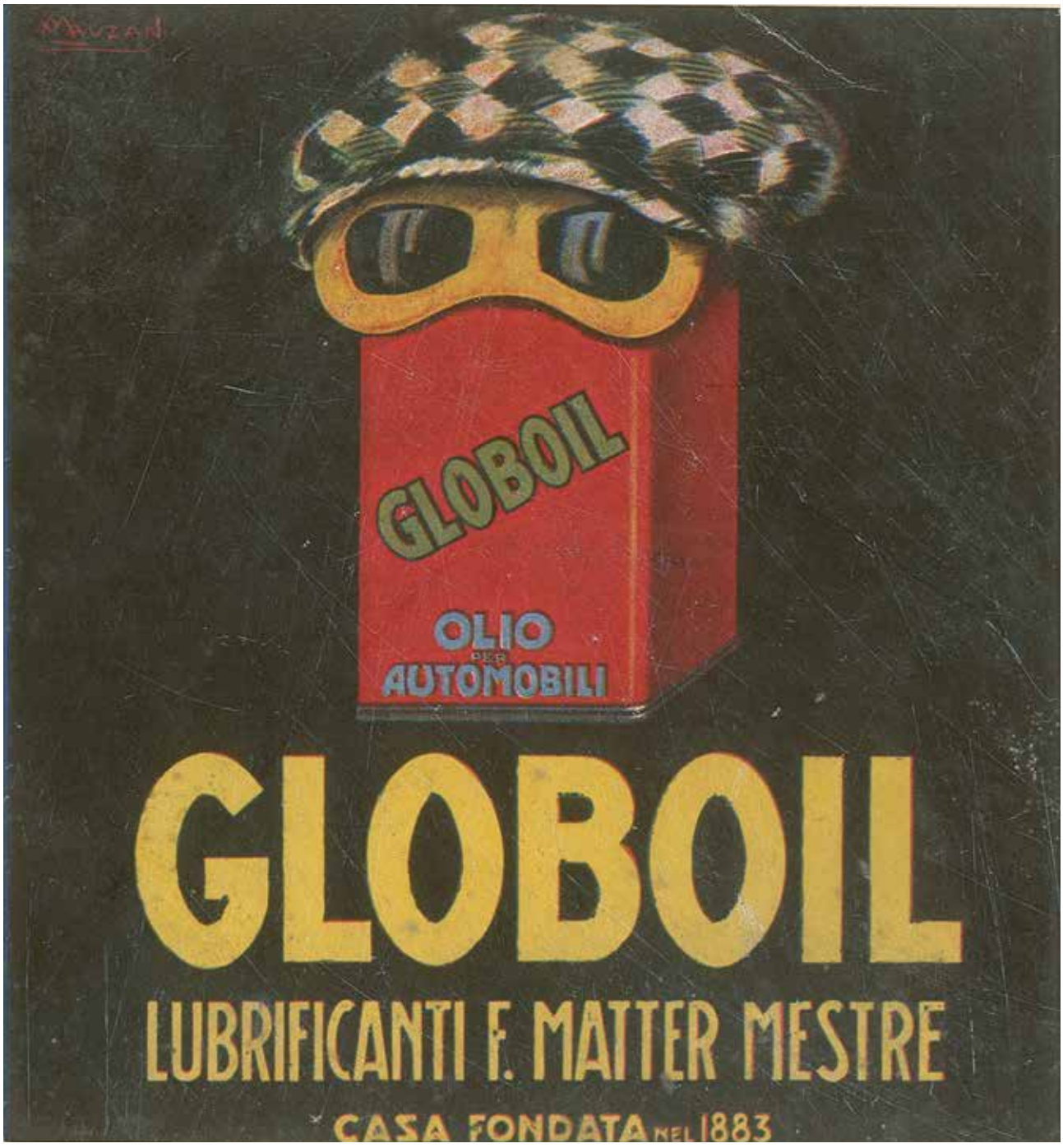
È chiaro allora che non per l'apparato «*legale-coercitivo*» il comando è «diritto»; ma se è prima «diritto» – e questo lo sarà se razionale e giusto: soltanto qui c'è la pace! – giustificherà a sua difesa l'apparato «*legale-coercitivo*». Legalità e coazione possono insomma servire tanto ad attuare il «diritto» che a imporre l'iniquità.

Ma quando fossimo al punto che l'iniquità viene proprio dai lombi della «legalità», anche l'«illegalità» potrebbe allora servire a restaurare il «diritto».

Non è, in queste o dietro queste parole, un invito alla rivoluzione.

Sono convinto profondamente – e non voglio essere frainteso – che, dove non siano compromessi i princìpi e le esigenze fondamentali del «giusto», che sono poi le regole supreme, irriducibili, del «diritto», il rispetto della legalità e della legge, anche se questa è invecchiata, anche se il tempo e il progredire delle vicende umane l'avessero in fine allontanata, e direi anche alienata, dalla coscienza della comunità, anche se fosse difettosa sul piano delle contingenze e della opportunità, è ugualmente un dovere e vale più delle agitazioni a sfondo rivoluzionario, o pseudorivoluzionario, cioè, insomma, confusionario. Le rivoluzioni più efficaci, che assicurano alla posterità i risultati più duraturi, che non lasciano rancori, perché non creano soccombenze macchiate di violenza, e pertanto attutiscono, o almeno disciplinano gli stessi istinti di rivincita, sono quelle che si compiono nell'ordine della legalità, col superamento ragionato, dibattuto e legalmente deliberato, cioè attuato con nuove leggi, delle leggi invecchiate o difettose. Sono convinto fermamente – e non voglio essere frainteso – che anche siffatte leggi, invecchiate o difettose, rimangono leggi, cioè «diritto» positivo, *condictum* (sempreché non compromettano quelle supreme regole, irriducibili, per la loro *razionalità e regolarità esclusiva di natura*), finché non sono abrogate o sostituite, e quindi vanno rispettate, osservate, difese per il tempo necessario a superarle con nuove leggi, con un nuovo *condictum*, più perfetto o meno difettoso, meno vecchio, più puntuale, più rispondente alla coscienza e ai bisogni della comunità governata. Ma quando si giunge al punto in cui attraverso la «*legalità*» sono conculcate la «*razionalità*» e la «*regolarità esclusiva di natura*», allora non solo è urgente, ma è soprattutto *necessario*, rimettersi in carreggiata, perché ove ciò non dovesse avvenire pacificamente, è fatale che avvenga per via violenta.

(3) *Discorsi intorno al diritto*, pag. 15.


GLOBOIL
OLIO PER AUTOMOBILI
GLOBOIL
LUBRIFICANTI F. MATTER MESTRE
CASA FONDATA NEL 1883

Non è dunque, ripeto, nelle mie parole un invito alla ribellione. È se mai un invito, e se fosse consentito in uno scritto che ha per scopo la disamina obbiettiva dei termini del problema, vorrei dargli il tono d'un accorato appello, alla «giustizia», il solo valido baluardo contro la ribellione e la rivoluzione.

La rivoluzione, nessuna rivoluzione, è mai venuta o verrà per la diagnosi dei rapporti fra «legalità» e «giustizia»; viene per la *rottura* di codesti rapporti; viene o verrà se ed in quanto la «legalità», senza curarsi di fare – o credendo di essere essa stessa – la «giustizia», cioè il «diritto», se li mette sotto i piedi.

16. Ma il concetto di legalità si riferisce anche allo Stato.

L'abbiamo visto sin qui sotto l'angolo visuale dell'attività dello Stato: legalità dei suoi atti, soprattutto delle sue norme, per rapporto alla giustizia. Da questo punto di vista il principio di legalità, che vuol dire conformità a un ordine formale predisposto, può addirittura decidere della loro validità: un atto illegale, se siamo in quell'ambito in cui lo Stato con la scelta fra diversi razionali crea il *ius quia condictum*, manca di validità perciò stesso che è illegale, perché il «ius» può mancare *ex ratione naturae*, quando il «*scelto*» *è irrazionale*, ma può anche mancare *ex ratione condicti*, se la «*scelta*» *è illegale*.

Riferita allo Stato, cioè agli organi che lo costituiscono e gli conferiscono concretezza, la valutazione può cambiare.

Qui si dischiude un vasto campo d'indagine, ove il seguirsi dei fatti mette dinnanzi a situazioni, che gli stessi teorici preferiscono, molte volte, ignorare che definire, soprattutto finché durano (ed è umano e spiegabile), e se s'accingono a definirle si attardano – ho l'impressione – in formulette, che stanno alla soluzione dei problemi pratici, come un quadro di natura morta alla soddisfazione dell'appetito.

Per rifarmi a una di queste situazioni – la più recente –, di legalità e illegalità, riferite al «governo», si è fatto un gran discutere durante l'esperienza del neofascismo in Italia (1943). Preoccupati soprattutto del fatto della «legalità», da una parte si diceva: non è un governo legale, quindi non è il governo e tutt'al più è un governo «di fatto»; dall'altra parte si rispondeva denunciando un colpo di stato nel 25 di luglio e, affermando l'illegalità del periodo susseguito fino all'8 settembre, si rivendicava al nuovo governo il significato d'una sutura al solo tronco della legalità, cioè all'ordine precedente il 25 di luglio.

Che questa fosse una scempiaggine oggi tutti possiamo dirlo; allora... potevano dirlo soltanto loro, quelli della «repubblica sociale»; e più acutamente di tutti lo disse il pubblico accusatore al processo di Verona, quando agli imputati contestò il reato di avere offerto al Re la possibilità «*giuridica*» (sic!) di buttare all'aria il regime.

Dopo questo, però, io mi domando: se, malauguratamente, le cose fossero andate in altro modo, se alla «repubblica sociale» sia pur per le armi altrui e ad altri succube, fosse arriso il successo, oggi, non c'è dubbio, dominerebbe incontrastata. Ma questo avrebbe forse ridotta o sanata la frattura per cui era nata illegale?

La riflessione che faccio qui, per un caso a noi così vicino, si propaga a un vasto panorama di storia di rivolgimenti politici e sociali, di colpi di stato e di

rivoluzioni. E poiché scorgo dovunque di codeste fratture, a lungo andare *dimenticate*, ma non certo *sanate*, mi domando quale governo, sulla faccia della terra, possa chiamarsi «legale», se legalità volesse dire trasmissione dei poteri politici per una serie continua... di «girate». E perciò mi domando quale governo avrebbe titolo ad esigere obbedienza, se il suo titolo di governo fosse in codesta «legalità».

Che il tempo sia un gran medico è cosa che tutti sappiamo: sana i dolori dello spirito, sana persino le fratture delle nostre ossa. Ma è anche il meno taumaturgico dei medici: non ha mai fatto un miracolo! E non farà mai il miracolo di ridar la testa, per esempio, a Luigi XVI, anche solo per firmare la trasmissione dei poteri, cioè in sostanza dello Stato, alle armi della Rivoluzione, e così sanare questa frattura, fra le meno remote, nella legalità dello Stato di Francia. Il quale tuttavia, nemmeno con questo miracolo, sarebbe rimesso in regola con la legalità, perché di là in avanti, nel corso di mezzo secolo, altre due fratture registra coi due Napoleoni, e una terza – la rivoluzione di febbraio – portò sul trono Luigi Filippo. Il tempo allontana queste cose, ma non le sana; le rende vecchie e poi vecchissime e poi antiche, e quando non ne restano che poche e vaghe reminiscenze, le passa agli archivi della sua archeologia, ma – lui che le altre cose... «affatica di moto in moto e l'uomo e le sue tombe e le reliquie della terra e del ciel travolge»... – non riesce a colmare il vuoto di una firma.

Eppure la vita continua. Nuove leggi, nuove obbedienze ci sono imposte e richieste. E nessuno dei francesi oggi pensa o si preoccupa che la sua quarta repubblica in poco più di un secolo è quattro volte illegale.

Questa complessa vicenda, che ogni Stato ha dietro di sé, non fa nascere il dubbio che il fondamento dello Stato sia in qualcosa di diverso dalla sua mera «legalità»? Il dubbio in me è nato; e non c'è come il dubbio, che una volta nato, non dà pace e fa pensare e frugare. Finché si crede d'aver trovato. Si crede! Chissà poi se è questa la verità! Intanto forse, giova esporla. Se convince un'altra persona raddoppia le probabilità di esserlo.

17. I criteri, su cui nel corso dei secoli si è fondata la legittimità degli Stati e dei governi, hanno subìto mutamenti, rispetto a cui il riconoscimento teorico non può difendersi dall'accusa d'essersi fatto prevenire dalla violenza dei fatti. Accusa tra le più gravi per la speculazione teorica, perché in sostanza le rinfaccia di non aver visto né vinto, ma d'essersi fatta rimorchiare. Il «diritto divino», fuori discussione per tanto tempo, sia che il principe o l'imperatore fosse il figlio del Cielo o il Cielo stesso disceso in terra (non pensavano ancora questo o qualcosa di simile i giapponesi fino alla prova della bomba atomica?), sia che dovesse realizzarsi attraverso l'«*investitura*» (quanta storia intorno a questo istituto, anacronisticamente rievocato e storpiato, ancora quasi di recente, dal primo Napoleone, e che oggi non è più nemmeno un rudere!), è stato soppiantato dal «consenso popolare». Non vorrei fare il troppo facile profeta dicendo che anche questo, come tanti altri dogmi, è destinato a fare il suo tempo, se a codesto «consenso» non si dà, fin da oggi, un valore che lo allontani quanto si può dall'utopia e lo accosti alla realtà.

Ora la realtà è che il «consenso popolare» è *implicato nel fatto che il governo governi*, cioè che regga e conduca, mediante le sue norme, la convivenza della

comunità. Tengo a sottolineare: *mediante le sue norme*. Il che vuol dire: non col terrore delle sue armi (benché una forza armata sia il presidio normale di qualsiasi governo, non tanto a propria difesa quanto a difesa dell'ordine nell'interesse della comunità). Al consenso popolare non possiamo riservare il significato d'una accettazione gioiosa, d'una adesione conclamata; tutta la storia ci smentirebbe. Se anche fosse soltanto un'accettazione rassegnata, sarebbe pur sempre un consenso. E un tale consenso appunto è implicito nel fatto che il governo governi; altrimenti è la ribellione, o è il terrore. Ciò che di una volontà o d'una pretesa di governare fa un governo effettivo non è l'ordine di successione (se c'è tanto meglio), non è il consenso plebiscitario (se c'è tanto meglio; e che ci sia o no dipende dal grado di maturità politica dei governanti), ma la realtà operante d'una *corrispondenza in atto fra «comando» ed «obbedienza»*. Non domandiamo di più a questo «consenso popolare»; ci esporremmo al rischio, com'è successo alla teoria del «diritto divino», di farci vincere dai fatti. Se chi comanda è obbedito, purché soltanto quest'obbedienza non sia il triste simulacro d'una situazione di terrore (benché poi sia prestata meno per alacre adesione che per effetto del *timore* – ben diverso dal *terrore* – di quello che può essere un normale apparato sanzionatorio), non domandiamo di più in nome di una teoria del consenso popolare.

Domandiamo invece al governo che sia governo di giustizia, perché questo, come vedremo, è il vero sostegno, l'indefettibile sostegno, di qualsiasi governo. Quando guardiamo al governo cerchiamo più ciò che fa, che non come sia nato. Un governo illegittimo è come un figlio illegittimo: non cessa di essere governo, come il figlio illegittimo non cessa di essere uomo; e se fa e fa bene, val più d'un nobil signore, lustro soltanto di legittimità e infracidito nel sangue.

18. Non c'è, ripeto, in codeste parole, un invito alla rivoluzione giustificata in anticipo: c'è un invito alla giustizia, la sola capace di evitare la rivoluzione. Nessuna rivoluzione, fra tante che ce ne son state, ha mai aspettato queste mie parole, come nessuna rivoluzione, fra quelle che possono venire, retrocederebbe d'un passo davanti a una dichiarazione d'illegittimità.

E so bene che ciò non vorrebbe dir niente, se vi fosse motivo di condanna; so bene che la condanna d'illegittimità, se fosse giusta condanna, va pronunciata ugualmente, che il condannato vinca o soccomba. Ma è proprio l'ipotesi che voglio mettere in discussione, ed è proprio con questa discussione che cerco d'assicurare a una teoria il giudizio di fatti, condannati al loro accadere in nome della legittimità, riconosciuti dopo l'accadimento senza che l'illegittimità sia stata sanata. Perché ancora devo sentire in base a che cosa siano oggi legittimati i governi nati illegittimi (che son la quasi totalità). Più d'una volta, come s'è visto, dinnanzi al fatto compiuto, la legittimazione è avvenuta col ripudio della teoria che lo aveva condannato. È un procedimento molto comodo, ma non logico altrettanto; un procedimento che non dà scosse perché subisce tutte le scosse, non prende mai del rivoluzionario, perché segue tutte le rivoluzioni, e quando ha la testa pesta dà ragione per giunta a chi gliel'ha pestata.

È anche codesta una specie di saggezza. Ma confina col «*senno del poi*»; che tante volte è il meglio, ma... non per una teoria!

Se la illegittimità del governo, intesa come rottura dell'ordine formale precostituito alla sua origine, fosse in se stessa il titolo della sua condanna, non vi è

posizione che possa essere sanata se non saldando quella rottura. E così la Francia di oggi dovrebbe essere restituita agli eredi di Carlo X, per essere rimessa nell'ordine della legalità (posto che la Restaurazione, rimettendo sul trono Luigi XVIII avesse saldato la frattura del precedente venticinquennio). Se l'illegittimità è – e può esserlo – un furto o una rapina, non basterà... confessarsi per acquistare il perdono e la proprietà del maltolto; bisognerà restituire. Nessun possesso di origine violenta o clandestina vale ai fini della prescrizione acquisitiva, finché non cessa la violenza o la clandestinità: è un principio di ragione, consacrato anche nell'art. 1163 del nostro codice civile.

Ma questo stesso principio serve a sviluppare e a condurre in porto la nostra argomentazione. Insisto nel confronto: illegittimità = violenza, rapina. Il rapinato, però, a meno di non tornare a una concezione dello Stato e del potere politico di proprietà del sovrano, non è il sovrano spodestato né il suo governo, perché sovrano e governo si concepiscono tali non già per un loro diritto soggettivo privato, ma per una *funzione pubblica nell'interesse della comunità*. Rapinata perciò è la stessa comunità. Ora, finché l'organizzazione nata dalla rivoluzione, cioè impostasi colla violenza, si regge sulla violenza tenendo soggetta la comunità col terrore delle armi, non acquista carattere né giuridicità di «governo»: il suo possesso violento non serve ai fini della legittimazione. Ma se cessa la violenza e continua il possesso, cioè l'esercizio di fatto della funzione governativa, questo implica, come s'è visto, il «consenso popolare» – che è il consenso del rapinato – in quel tanto di corrispondenza fra comando e obbedienza, che permette appunto di governare. E il *fatto di governare*, rimossa ormai la violenza con siffatto consenso, attribuisce all'organizzazione il titolo giuridico di «governo». Da codesto momento essa è il «governo».

Risulta ormai in che senso abbia detto e in che senso torni a dire, che il *governo è un fatto il quale ha in se stesso la sua giuridicità* (1). Il governo – dissi appunto – è un fatto: un fatto in continua e necessaria realizzazione; un fatto *in faciendo*, non *in facto esse* né *in fieri*; il cui solo realizzarsi implica la sua giuridicità. Realizzarsi, naturalmente, come *governo*: che vuol dire *amministrando* – e non terrorizzando – *la comunità governata* (2).

Il governo perciò – proseguivo –, qualsiasi governo, si regge o si smonta non per attributo od accusa di legalità o di illegalità, ma per attuazione o difetto di effettivo governare. Se governa – se governa in effetti e non soltanto se vi si accinge ma non ce la fa, se rimbocca le maniche ma non riesce a lavorare; ed ora aggiungerò: né se invece di amministrare, pur non senza difetti, si dà soltanto a terrorizzare –, non gli manca proprio nulla per essere «governo» giuridicamente né gli nuoce più il fatto della sua origine illegale.

Chi governa *di fatto* governa *di diritto*, se per «governare» s'intende *guidare ed attuare la collaborazione della comunità nella legge del diritto*.

(1) Richiamo qui l'introduzione («*Diritto e legge*») alla prima edizione di questo *Sistema*, Milano 1946, I, pag. 23, di cui questa è un ampliamento.

(2) Politica non è che l'arte – o la scienza – di amministrare la «polis», cioè a dire lo Stato. Ed è una rara scoperta il programma di coloro che vorrebbero amministrare senza fare della politica!

19. Con siffatta impostazione finisce per essere pienamente superata la posizione tradizionale che di fronte allo *hiatus* dell'illegittima origine ripiega sulla distinzione tra «governo di fatto» e «governo di diritto». Per dedurne che cosa?

La domanda riproduce, in termini quasi analoghi, la stessa questione che ponemmo di fronte alla distinzione fra «diritto naturale» e «diritto positivo». E vuole a un dipresso la medesima risposta. Senza disconoscere, e anzi riaffermando, l'inderogabile necessità del «diritto positivo», notammo allora come questo, che qualifichiamo «positivo», in tanto appunto è «diritto positivo» in quanto prima di tutto, per la sua razionalità, si possa dire «diritto»; e che sarebbe inutile, e più che inutile dannoso, e soprattutto erroneo, mantenere sulla scena, sotto i panni del «diritto», e sia pure con l'etichetta di diritto «positivo», un *diritto ingiusto*, contraddizione in termini. Analogamente, suppergiù, dobbiamo trattare la distinzione tra «governo di fatto» e «governo di diritto»: quello che si presenta come governo «di fatto», o ha la nota del «governo» (amministrazione della comunità in un ordine razionale di collaborazione secondo la norma del giusto) e non gli manca niente altro per essere governo «di diritto», o non ha questa nota, in quanto sia, per esempio, un sistema di oppressione che trae norma dall'arbitrio e forza solo dal potere, e non è un «governo» né in diritto né in fatto, benché sia un «*fatto*», come qualsiasi violenza.

Vuol dire allora – ma la conclusione in questi termini sgorga molto più limpida, molto più franca e sicura di sé –, che nessun impegno lega la nostra coscienza al rispetto d'un tal «fatto», nessuna obbedienza siam tenuti a prestare; giacché la violenza non ingenera doveri, ma realizza costrizioni, per quanto vale a imporsi, e quindi legittima la difesa. Nessuna validità giuridica hanno gli ordini e le norme, gli atti, che hanno causa da una tale situazione; sono ordini e norme, atti, che si subiscono in quanto e per quanto non ci sia modo di sottrarvisi; ma è la forza non il dovere, la costrizione non la coscienza, che impedisce l'evasione. L'evasione pertanto non costituisce violazione; come – ricordiamolo oggi – non costituisce delitto aver subito l'imposizione. Delitto, più o meno, secondo l'entità, è averla suffragata, averle dato man forte, averla avallata. Non, averla subita. Perché non da tutti e non sempre si può pretendere l'eroismo in nome della giustizia, cioè del diritto. L'eroismo in fondo è carità, è amore, o meglio è l'effetto di carità e di amore, i quali superano la giustizia e diventano doveri forse solo allora, quando sacrificarli all'imposizione significherebbe far cambio, per un bene finito e contingente, del Bene sommo e infinito. E a una valutazione serena e soprattutto equilibrata dei fini della giustizia, cioè dei fini del diritto, non può nemmeno sfuggire che, se sono in conflitto beni d'ordine contingente, qualche volta l'eroismo, in talune persone, è un sacrificio che, individualmente, resta sempre ammirevole, ma socialmente può essere vano e persino dannoso.

All'inconsistenza dottrinale non fa nemmeno da contrappeso, nella teoria della dualità del governo di fatto e di diritto, un vantaggio tecnico o pratico. Essa non serve a risolvere la questione di principio di stabilire in astratto per quale nota intrinseca il «governo» sia «governo»; e non serve di più a risolvere la questione di fatto di apprezzare, in concreto, quando un governo è il «governo».

Nella questione di principio tale teoria si appoggia all'ordine formale estrinseco della legalità, che è un dato caduco – e tante volte caduto! –, una sabbia mobile da cui non prende alcuna spinta e a cui non rende alcuna presa: perché invero,

se codesto governo, che si crede di mettere in condizione di inferiorità riconoscendolo soltanto (e quasi tacciandolo) come governo «di fatto», in fatto dura e si consolida, essa si arrende al fatto compiuto e finisce col tributargli tutti gli onori di «governo»... con gl'interessi composti pel disconoscimento anteriore. Così è sempre avvenuto, così non c'è da dubitarne, avverrebbe domani.

Nella questione di fatto, cioè, come ripeto, di stabilire o apprezzare in concreto quando un *fatto di governare* sia *governare di diritto*, spegne tutte le luci e si getta in braccio al più pauroso empirismo.

La questione di fatto è certo molte volte di più difficile soluzione della questione di principio. E i giuristi più degli altri sono assuefatti a difficoltà del genere, nei quotidiani cimenti. Quante volte la norma è certa, è certo il principio, ma è dubbio il fatto; è dubbia cioè la valutazione se il fatto cade o no sotto il dominio di quella norma.

Ora qui noi rispondiamo che un *fatto di governare* è *governare di diritto*, che, in termini più brevi, chi governa di fatto governa di diritto, quando quel fatto consiste – principio – nel *guidare ed attuare la collaborazione della comunità nella legge del diritto* (cioè del «giusto»); e si riconosce in concreto – valutazione di fatto – dal fatto che la comunità accetti quella guida, anche se in questa accettazione ha la sua parte di *vis* persuasiva l'ammonimento che le viene dall'apparato sanzionatorio, dalla presenza del carabiniere (di cui non manca alcun governo).

Con questo certo non si presume d'aver quietato in anticipo tutti i dubbi che di volta in volta le diverse contingenze possono portare al tavolo della discussione sul fatto. Nessuna teoria, e molto meno in questo campo, può presumere tanto, e non deve nemmeno aspirarci: non è qui la sua meta. Ma se restano dei dubbi – e ne restano certamente – applicando questo criterio, questi dubbi non svaniscono e anzi rimangono sotto un velo più fitto quando si applichi la distinzione fra governo «di fatto» e «di diritto». Come apprezzare che un governo, da governo di fatto è divenuto di diritto? La distinzione presuppone una linea di demarcazione nella realtà come nel tempo. Dove passa questa linea? Che cosa determina il passaggio dalla zona del «fatto» alla zona del «diritto»? La «*restaurazione*» (Luigi XVIII)? Alla fine di Carlo X ci vorrebbe allora Carlo XI o Luigi XIX! Ma non ci son stati: c'è stato invece Luigi Filippo. E poi c'è stata la repubblica. E poi Luigi Napoleone, per poco presidente e quindi imperatore. E poi di nuovo la repubblica. E oggi è ancora la repubblica! *Il consenso plebiscitario?* Non c'è stato nemmeno questo, il che peraltro non ha impedito che Cavour e Pio IX, Metternich e Alessandro di Russia, Disraeli e Bismark, trattassero con Napoleone III, come «governo» dei francesi. *Il tempo*? Quanto tempo impiega un governo di fatto a diventare di diritto?...

Domande imbarazzanti, ma inevitabili. Evitabili, anzi, solo ammettendo che... chi governa di fatto governa di diritto; purché il fatto sia «governare» e non, come ho detto, «terrorizzare». Se allo stato di fatto l'azione di governo fosse così assecondata che ogni ordine dato sia un ordine eseguito, ogni tributo imposto un tributo corrisposto, ogni norma emanata una norma osservata, in verità non vediamo che cosa manchi a quest'azione per essere governo «di diritto» (cioè giuridico), qual effetto... malefico possa avere su di essa lo *hiatus* formale di legittimità.

CONCLUSIONE

È oggi ovunque diffusa e va ognor più diffondendosi l'aspirazione, sempre antica e nuova, a una giustizia sostanziale, alla giustizia dei fatti e non delle formule, che il legislatore non crea e che s'impone anche lui come dato naturale; anteriore alle leggi e informatrice di esse, benché sempre aderente (anzi, perché aderente) alle condizioni della vita, espresse in aspirazioni ed esigenze materiali sociali e religiose. Questo è il «*diritto*».

Ma il «diritto» diventa vita per la trafila dei fatti, primo dei quali la «*legge*»; come per via dei fatti (senza esclusione della legge) può anche essere misconosciuto, vituperato e conculcato. La «legge» perciò – e intendo, naturalmente, l'atto concreto di legislazione – è soggetta anch'essa al «diritto», cosicché non s'identifica necessariamente con esso, come non s'identifica nel «giuridico», ovverosia nel «giusto», necessariamente, il mero «legale». Questo e la «legge» sono prodotti dell'uomo; il «diritto» è un prodotto, direi anzi un aspetto, della natura umana.

La «forma di governo» e il «modo di costituirsi», come la semplice «legalità», non cessano indubbiamente d'interessare il diritto; *ma non ne sono dominati se non entro il limite, in cui all'atto pratico, sono garanzia di adempimento della legge di collaborazione sociale* (legge del diritto). *Oltre questo limite sono affare di politica.* E aggrapparsi alla «legalità» per disconoscere, sul piano giuridico, un governo che «governi» è altrettanto inconcludente, in teoria e in pratica, che riconoscere per la legalità un governo senza dominio. I c.d. «governi nominali», di cui han fatto esperienza quasi tutti gli Stati europei durante l'ultima guerra, se non son privi di *ragione politica*, se non sono affatto epicentri di mere ufficialità cerimoniose, se hanno – e possono esplicare – un'importanza pratica quanto si voglia notevole, non son tuttavia governi *se non in tanto e per quanto giungano effettivamente a condurre e a realizzare, pur da lontano, la collaborazione nel paese.* Al di là di questo limite sono propositi o speranze, illusioni o delusioni, non sostanza, non realtà di governo. Sarebbe del tutto irrazionale dedurre la legalità da una fonte che non dà più, sia inaridita o intoppata! Il governo attinge la sua realtà *da ciò che fa*, prima e più che *da come nasce*; ogni governo di fatto, se governa realmente – e «governare», voglio ripetere e ci metterei su due accenti, significa «*realizzare la collaborazine della comunità nella legge del diritto*», – *implica la propria giuridicità e giustificazione di diritto.*

Con questa concezione, che tiene il governo saldamente avvinto alla sostanza del «diritto» pur oltre (se occorre) la «forma del legale», e così lo sottomette ai termini essenziali del diritto, rivendicando al «diritto» il dominio sulla «politica» e retrocedendo la «politica» a strumento del «Diritto» (non viceversa, come purtroppo è più sovente inteso), mi par di apprestare un fondamento anche teoricamente più solido al fenomeno dei mutamenti statali contro l'ordine di legalità e a quella che si potrebbe chiamare la prassi della «legalizzazione di fatto» a consolidamento avvenuto. E mi pare d'aver gettato il ponte per superare l'accusa e l'obbiezione, prorompenti da questa prassi a tale teoria, di acquiescenza al fatto compiuto.

Fatto compiuto, sì, il «governo»; anzi fatto in continuo ed attuale compimento. Ma forse l'unico fatto che, appunto per questo, e in questo, cioè nel suo compi-

mento pieno e tautologico, implica tutta la sua giuridicità: una giuridicità *ab intrinseco*. Gli altri fatti si possono giudicare o condannare in base ad altri criteri, non escluso quello di legalità; questo sol fatto, il «governo», quanto più è veramente, tautologicamente «governo», tanto più reca in sé, perciò stesso, la sua giustificazione di diritto. *Perché allora diventa il diritto operante, l'impasto e il connubio più fecondo fra «legge»* (fatto) e *«diritto»* (valore).

Milano, 25 aprile 1945.

LAWS ARE LIKE SAUSAGES. IT IS BETTER NOT TO SEE THEM BEING MADE.

Otto von Bismarck (1815–98)

theschooloflife.com

EDITRICE LE FONTI
FINANZAEDIRITTO.it
Quotidiano finanziario e giuridico

Lambertini & Associati a fianco di ILTA nella cessione delle attività a AMADORI

stampa | chiudi

10 Settembre 2012 Scritto da: Redazione

Lambertini & Associati ha assistito ILTA gruppo di 42 aziende attive nella produzione avicola con più di 250 mila metri quadrati di allevamenti e 100 milioni di euro circa di produzione nella operazione di cessione ad Amadori SpA.

L'operazione, del valore di circa 75 milioni, è parte del piano di ristrutturazione aziendale di ILTA.

Il team di legali dello Studio Lambertini era composto dagli avvocato Lamberto Lambertini e Debora Cremasco.

Amadori è stato assistito dal dott. Michele Bocchini e dai legali interni.

La transazione – segnala l'Avv. Lamberto Lambertini – *consentirà ad ILTA di adempiere alle indicazioni del piano di risanamento aziendale ed ha riguardato una serie di asset per un totale di 75 milioni di euro.*

FEDERICO PERES E LUCIANO BUTTI

Rifiuto o non rifiuto?

Il riutilizzo dei materiali da scavo secondo il recente D.M. n. 161/2012

Qualunque intervento edilizio che preveda un'attività, anche modesta, di scavo comporta inevitabilmente una produzione di materiale di esubero (terre, rocce ecc.). Come qualificare questo materiale e come riutilizzarlo, o meglio, se e come riutilizzarlo e, di conseguenza, come qualificarlo, costituisce un tema sul quale il legislatore italiano è intervenuto a più riprese. Dal 1997 ad oggi si contano, più o meno, quindici provvedimenti normativi a livello nazionale (tre solo nel 2012); a questi si affiancano numerose disposizioni dettate dalle Regioni (alcune poi bocciate dalla Consulta), nonché svariate *linee guida* predisposte, a livello locale, da Province e Comuni. In estrema sintesi, la questione può essere posta nei termini seguenti.

Stante una precisa indicazione del legislatore comunitario in forza della quale "*tutto è rifiuto*", le imprese produttrici di beni non hanno avuto, per molti anni, alcuna alternativa: tutto quello che non costituiva il loro *prodotto principale* (liberamente commercializzabile), andava qualificato come *rifiuto* e, di conseguenza, doveva essere conferito ad imprese autorizzate al trasporto, allo smaltimento o al recupero di rifiuti, a prescindere dal fatto che alcuni di questi residui di produzione potessero avere un valore di mercato e fossero destinati ad un effettivo riutilizzo nella stessa impresa o per il fabbisogno di terzi. Due le conseguenze: un rilevante aumento dei costi di gestione e, in caso di conferimento a terzi non autorizzati, pesanti conseguenze sul piano penale (dalla contravvenzione *di gestione non autorizzata*, sino al delitto di *traffico illecito di rifiuti,* quest'ultimo contestato tutte le volte in cui, dalla violazione della normativa avente per oggetto ingenti quantitativi, il trasgressore consegue un vantaggio economico).

Ebbene, il terreno in esubero prodotto nel corso di un intervento edilizio non si è mai sottratto alla regola generale del "*tutto è rifiuto*"; tuttavia, forse perché nel settore dell'edilizia, più che in altri, risultava talvolta clamorosamente evidente lo spreco di risorse sia naturali che economiche, ecco arrivare "in soccorso" una incessante produzione normativa e regolamentare, caratterizzata da intermittenti aperture e da improvvise drastiche chiusure. Cambiare continuamente le regole non dà certezza, anzi; da qui il proliferare di prassi profondamente diverse nel nostro territorio, da qui un ulteriore disincentivo (non bastasse la crisi …) a pianificare opere ed investimenti. Si badi: non si tratta di un problema che riguarda solo l'appaltatore che materialmente esegue lo scavo e, in questo modo, produce il materiale/rifiuto in esubero; anche il committente è stato infatti coinvolto non solo dal legislatore in modo più o meno chiaro, ma soprattutto, in modo più o meno fondato, dalle tutt'altro che isolate indagini della magistratura.

E arriviamo così al decreto n. 161; dopo sei anni di attesa, dopo che il legislatore comunitario si è convinto del fatto che, per effettivamente *prevenire* la produzione dei rifiuti, è necessario valorizzare i residui riutilizzabili (i cd. *sottoprodotti*), ecco che una disciplina – dettagliata e complessa – dei materiali da scavo ha finalmente trovato spazio nella Gazzetta Ufficiale n. 221 del 21 settembre 2012 ed è entrata in vigore il 6 ottobre 2012.

Problema risolto? Purtroppo no. La propensione del legislatore nazionale a fidarsi poco o

nulla dei suoi concittadini, soprattutto quando si tratta della materia ambientale, lo ha portato, anche questa volta, a concepire un insieme di regole (sedici articoli e sette Allegati tecnici) che di fatto costringono i soggetti coinvolti a muoversi in un vero e proprio campo minato nel quale ogni errore, ogni svista può rivelarsi "fatale". Facciamo un esempio; qualunque committente, grande o piccolo, impresa o privato cittadino, che dia in appalto l'esecuzione di un'opera edilizia dovrà, innanzitutto, decidere (lui, non l'appaltatore) se gestire i materiali di scavo come *rifiuti* (e sopportare i rilevanti oneri economici conseguenti) oppure, ricorrendo le condizioni, come *sottoprodotti*. Se sceglierà questa seconda soluzione dovrà predisporre (lui, non l'appaltatore) un *Piano di utilizzo* dei materiali di scavo, corredato di analisi chimiche di caratterizzazione e delle necessarie relazioni tecniche, spesso nel contraddittorio con l'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente (ARPA). Ottenuta l'approvazione da parte dell'Autorità competente (silenzio assenso? forse sì, forse no …), potrà dare corso agli interventi e riutilizzare il terreno scavato con le modalità indicate nel *Piano*; ultimato il riutilizzo dovrà darne notizia agli Enti. Attenzione: se questa banale informazione finale dovesse essere inviata anche con un solo giorno di ritardo rispetto al termine di efficacia previsto nel *Piano*, tutto il materiale riutilizzato sarà considerato *rifiuto* e in questo modo un banale intervento di riempimento o di sistemazione, benchè effettuato con terra assolutamente pulita, potrebbe integrare, se prevarrà un'interpretazione formalistica e rigorosa, un abbandono di rifiuti o peggio una discarica abusiva. Ma non solo; con un approccio molto discutibile in forza del quale "le colpe dell'appaltatore ricadono sul committente", ogni violazione posta in essere dall'esecutore dell'opera rispetto a quanto previsto dal *Piano* o dal regolamento, comporterà, ancora una volta, la trasformazione del materiale in *rifiuto*.

Che dire in conclusione? La nuova disciplina offre senza dubbio un'opportunità alle imprese, perché i costi della gestione *come rifiuti* delle terre e rocce da scavo, soprattutto nei grandi cantieri, sono proibitivi. Sottrarsi alla normativa sui rifiuti, per materiali che normalmente non presentano criticità ambientali significative, costituisce perciò un obiettivo importante. Per conseguirlo senza cadere nei numerosi *tranelli* che, come abbiamo visto, la nuova disciplina contiene, occorrono soprattutto due cose: il committente del cantiere deve *sin dall'inizio* porsi il problema della gestione dei materiali di risulta dello scavo e le modalità di tale gestione devono essere analiticamente regolate nel *contratto di appalto*.

PAOLO DORIA

L'avvocato e la famiglia: osservazioni metodologiche e casistiche sulla separazione personale e sulla crisi coniugale

§1 – Premessa: cenni metodologici nel diritto di famiglia

Questo studio trae origine dai corsi di diritto civile che tengo ormai da più di due lustri nella scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Padova e nella scuola di formazione forense "E. Schiavo" di Vicenza, seguendo rigorosamente il metodo casistico. Ad un certo punto la raccolta del materiale didattico su questioni controverse e casi dibattuti (*ex facto oritur ius*) in materia di diritto di famiglia ha consentito la realizzazione di questo breve saggio che racchiude in maniera sintetica le problematiche trattate con i giovani discenti che hanno frequentato i miei corsi.

L'impostazione metodologica del giurista che affronta il tema della controversia familiare è estremamente delicata e parte dal problematico confronto con il cliente, che in questa materia assume le vesti di un vero e proprio assistito. Se si è tutti d'accordo sul fatto che il processo costituisca una pena, mai come nel diritto di famiglia questa asserzione trova il riconoscimento di tutta la sua fondatezza.

È con questa consapevolezza che ci si deve avvicinare alla contesa familiare: il patrocinato vive un dramma interiore che non ha nulla a che vedere con una questione condominiale o il pagamento di un debito, ma rappresenta il fallimento di un progetto di vita e di comunione di intenti che coinvolge inevitabilmente non solo il partner, ma anche gli innocenti figli minori, gli ascendenti e tutta la cerchia di amici e parenti.

Per questi motivi sono solito ripetere che nel giudizio di separazione non vi è mai un vincitore, ma vi sono sempre due parti soccombenti, aldilà dell'esito della sentenza, che può intervenire a volte dopo molti anni di infuocato processo. Le udienze, gli atti, le deposizioni testimoniali e le consulenze psico-pedagogiche si traducono spesso in momenti di grande sofferenza interiore che costituiscono la pena che la parte deve scontare indipendentemente dall'esito del giudizio.

Questa situazione processuale e umana richiede all'avvocato un'etica della sobrietà, della pacatezza e della mediazione che lo porti ad essere un autentico promotore di legalità effettiva nei confronti delle parti, alimentando "*tutte le possibilità per una soluzione stragiudiziale*". Purtroppo, nella pratica professionale,

questo senso di responsabilità che dovrebbe portare il difensore a rendersi efficacemente parte diligente al fine di ricondurre la contesa familiare nell'ambito di una ragionevole conciliazione, non solo non si riscontra frequentemente, ma addirittura è spesso totalmente disatteso dal contegno di alcuni patroni che soffiano sul fuoco degli immancabili rancori e rimpianti dei coniugi per condurli, forse più per gli interessi dei difensori che degli assistiti, sulla via tortuosa degli strazianti giudizi di separazione giudiziale, al solo fine di renderli ulteriormente infelici e di privarli della serenità di un immediato futuro privo degli incubi del processo di famiglia. Abbastanza sorprendente è l'esclusione da un serio programma di mediazione del contenzioso familiare, se non nei limiti dei patti di famiglia, pur trattandosi per lo più di diritti indisponibili, visto il criticatissimo decreto legislativo n. 28 del 2010, di cui si spera che la Consulta faccia al più presto giustizia, ripristinando la piena operatività del diritto delle parti alla difesa e al giusto processo. Naturalmente rimane sempre in ambito familiare la facoltà per il giudice, consentita dal 2° comma dell'art. 155 *sexies* c.c., di avviare, con il consenso delle parti, un percorso di mediazione, anche se l'esperienza pratica registra certamente più insuccessi che soluzioni positive.

Di sicuro il ruolo del difensore serio, scrupoloso e diligente richiede la massima consapevolezza della necessità di attingere a tutte le proprie risorse psicologiche e tecniche per tentare di trovare una soluzione bonaria che porti a definire le questioni di famiglia, anche a costo di inevitabili sacrifici da parte dei coniugi, spesso inconsapevoli delle grandi difficoltà e incertezze che riserva il giudizio di separazione personale.

Ho già trattato altrove il tema delicato del confronto in studio con il cliente prima dell'instaurazione del giudizio: in questa sede non rimane che ribadire la grande delicatezza di questo approccio, soprattutto se sono coinvolti, come spesso accade, dei minori che hanno il diritto di essere sentiti dal giudice in ordine ai provvedimenti riguardanti il loro affidamento, quando ultradodicenni, visto l'art. 155 *sexies*, 1° comma c.c.

Pertanto, credo che l'approccio metodologico al contenzioso familiare debba esaltare in maniera ancora più significativa rispetto ad altre materie le esigenze di conciliazione delle parti, pur nella consapevolezza che questo contegno del patrono può comportare, in determinate situazioni, un'apparente impressione di arrendevolezza, laddove non si assecondi acriticamente l'impostazione preventiva del proprio assistito, spesso condizionata dall'inevitabile impulso delle emozioni che la frattura familiare comporta. Il patrono non deve esitare a contrastare le tesi manifestamente infondate del proprio assistito, anche a costo di incrinare il rapporto di fiducia professionale ed incorrere nella revoca del mandato. Del resto, il modello di difensore a cui bisogna puntare non è certo quello a cui arrida solo il successo commerciale: "*ricchi diventan soltanto coloro che sotto il titolo di avvocati sono in realtà commercianti o mezzani, o finanche, come usano certi specialisti in processi di divorzio, disinvolti affittacamere*".

§2 – L'affidamento dei figli

Il problema dell'affidamento dei minori nasce ovviamente con la separazione personale dei coniugi, che può essere chiesta, ai sensi dell'art. 151 c.c., quando si realizzano anche alternativamente nella vita coniugale fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla prole. Sul punto si profilano due diversi orientamenti: da una parte la tesi decisamente maggioritaria ritiene che l'intollerabilità possa risultare dalla stessa decisione di iniziare il giudizio di separazione, senza che il giudice possa sindacare sulla rilevanza o meno delle ragioni addotte a fondamento della domanda, potendosi tradurre l'intolleranza in un mero atteggiamento di rifiuto della convivenza per iniziativa anche di un solo coniuge; dall'altra parte la tesi minoritaria sostiene che l'intollerabilità della convivenza presupporrebbe la prova di circostanze che per la loro particolare gravità rendono oggettivamente penosa la comunione di vita tra coniugi, per cui non potrebbe essere revocato l'impegno del matrimonio in maniera unilaterale senza un controllo della serietà delle ragioni che comportano la cessazione della convivenza. Strettamente connesso con la separazione è il problema dell'affidamento dei figli minori.

Come è noto, la legge n. 54/2006 ha innovato profondamente la materia sull'affidamento dei minori, invertendo sostanzialmente il rapporto di regola ed eccezione tra il previgente affidamento congiunto ed esclusivo; ora, vista la valorizzazione del diritto alla bigenitorialità del minore, inteso come diritto ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche in caso di crisi della coppia, è stato introdotto dal 2° comma dell'art. 155 c.c. il criterio prioritario della valutazione dell'affidamento ad entrambi i genitori, ovverosia dell'affidamento condiviso. L'affidamento

condiviso, in realtà, come è stato giustamente sottolineato, si distingue nettamente dal tradizionale affidamento congiunto: infatti l'affidamento condiviso prevede la ripartizione tra i genitori dei compiti di cura ed educazione dei minori, non essendo necessaria ovviamente la parità di permanenza dei figli con ciascun genitore né la dualità della residenza, mentre l'affidamento congiunto vede i genitori esercitare il loro ruolo assieme, a mani unite. La ripartizione dei compiti genitoriali si riflette nell'esercizio della potestà parentale che deve essere esercitata da entrambi (art. 155 3° comma), anche se opportunamente la stessa norma prevede che il giudice possa stabilire che la potestà venga esercitata separatamente per le questioni di ordinaria amministrazione; ovverosia, può essere concesso a ciascun genitore di adottare autonomamente le decisioni di natura routinaria.

L'affidamento esclusivo, regolato dall'art. 155 *bis* c.c., è disposto solo quando l'affidamento all'altro coniuge è contrario all'interesse del minore. Si deve avere riguardo, quindi, non tanto alle ragioni della separazione, visto che l'affidamento può essere riconosciuto anche al coniuge cui sia imputabile l'addebito, quanto all'esclusivo interesse dei minori. Sulle modalità per valutare quando sussistano i presupposti per la scelta per l'affidamento esclusivo le opinioni divergono: vi è chi ritiene che l'istante debba provare la violazione dei doveri o l'abuso dei poteri inerenti la potestà da parte dell'altro genitore (art. 330 1° comma c.c.), ovvero il fatto che quest'ultimo tenga una condotta pregiudizievole nei confronti della prole (artt. 333 1° comma c.c.), dovendo dare non la prova positiva della propria maggiore idoneità all'affidamento, ma quella negativa della inidoneità dell'altro genitore; altri, invece, escludendo espressamente che si debba fare ricorso alle situazioni estreme di cui agli artt. 330 e 333 c.c., sostengono che sia necessario semplicemente rinvenire nella fattispecie concreta, da valutarsi caso per caso, che l'affido condiviso sia contrario all'interesse dei figli, impedendo od ostacolando una condizione di vita equilibrata, serena e soddisfacente.

Di sicuro una situazione di mera conflittualità tra genitori da sola non è di per sé sufficiente per far optare per il regime dell'affidamento esclusivo, tranne nel caso in cui il grado di litigiosità sia talmente elevato da non consentire di trovare un accordo tra genitori anche sulle cose più banali. L'analisi della fattispecie per rinvenire l'interesse o meno del minore ad una o piuttosto all'altra forma di affidamento sembra rimessa al giudice, che dispone dei poteri istruttori d'ufficio di cui all'art. 155 *sexies* c.c., dovendo "*valutare caso per caso ciò che è contrario agli interessi del minore*".

L'art 155 *bis* c.c., al secondo comma, pone una regola di sbarramento alla facile richiesta di affidamento esclusivo dei figli, che spesso vengono utilizzati dai genitori a scopo strumentale per ottenere vantaggi economici: se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può trarre argomenti di prova ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli (e quindi anche in tema di affidamento), salva l'applicazione della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c.

Nell'eventualità che si ritenga opportuno optare per l'affidamento condiviso, bisogna determinare i tempi e le modalità di presenza dei figlio presso ciascun genitore: l'affidamento condiviso non esclude affatto, infatti, che vi sia una prevalenza nel collocamento dei minori. Anzi, al contrario, credo che lo spirito della legge n. 54/2006 non sia quello di trasformare i figli in pacchi postali, ponendoli in una condizione di perenne trasferimento tra le residenze dei genitori, ma che sia assolutamente prioritario, soprattutto nella prima infanzia, l'interesse ad individuare una prevalente permanenza presso uno dei genitori, se non altro per consentire ai figli di focalizzare il proprio ambiente domestico di riferimento. Parimenti, credo che sia da escludere nella generalità dei casi l'alternanza

dei genitori nella casa familiare mantenendovi con continuità solo i figli.
In definitiva, l'affidamento dei figli investe un tema centrale della crisi familiare e implica l'assunzione di importanti responsabilità da parte dei genitori che, nella vigenza della regola generale dell'affidamento condiviso, di cui però il legislatore non ha specificato nel dettaglio i caratteri lasciando vari margini di discrezionalità e incertezza, sono chiamati a collaborare seriamente tra di loro nell'esclusivo interesse dei figli, anche dopo la frattura, temporanea o definitiva del loro legale affettivo.

§ 3 – L'assegno di mantenimento dei figli nella separazione

Il quarto comma dell'art. 155 c.c. dispone che ciascuno dei genitori debba provvedere al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, considerando i seguenti elementi: 1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.
Il minore deve vedersi assicurato tutto ciò che è necessario al soddisfacimento dei suoi bisogni secondo il tenore di vita mantenuto in precedenza. La fonte dell'obbligo del contributo al mantenimento dei minori discende dagli articoli 147 e 148 c.c.
È già stato autorevolmente escluso che l'istituto dell'affidamento condiviso comporti in modo automatico che ciascuno dei genitori debba provvedere paritariamente, in modo diretto ed autonomo, alle esigenze dei figli minori. Il principio del mantenimento deve essere applicato, dunque, tenendo conto dei parametri indicati.
In relazione ai tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore bisogna valutare se sia disposta una collocazione prevalente. Ma anche ove fosse disposto il collocamento paritario, si potrebbe giustificare ugualmente la richiesta di un assegno di mantenimento, soprattutto in considerazione degli ultimi due parametri del quarto comma dell'art. 155. Nel caso in cui le risorse economiche dei genitori fossero assolutamente sproporzionate, dovrebbe essere disposto un maggiore contributo al mantenimento dei figli a carico del coniuge più facoltoso. Ma la parte innovativa dell'art. 155 c.c. è insita nell'ultimo elemento indicato dalla norma, ovverosia nella valorizzazione del lavoro di cura

e casalingo svolto da ciascun coniuge, superando la tradizionale distinzione secondo cui solo il lavoro professionale è retribuito, mentre quello domestico non è retribuito e quindi non è adeguatamente riconosciuto. La valutazione economica della cura e dei compiti domestici deve riversarsi sull'assegno di mantenimento a carico del genitore che non vi adempie. Infatti, la corresponsione dell'assegno è improntata ad un principio di proporzionalità che deve intendersi non in termini meramente reddituali, ma come criterio di adeguatezza rispetto all'effettiva presenza (affettiva ed economica) del genitore nella vita quotidiana dei figli.
Un solo breve cenno merita il problema del mantenimento dei figli maggiorenni: l'obbligo del contributo a loro favore non cessa per i genitori automaticamente con il raggiungimento della maggiore età; infatti l'art. 155 *quinquies* c.c. prevede che il giudice possa disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. L'obbligo di contributo al mantenimento dei figli maggiorenni cessa solo quando abbiano raggiunto una propria autonomia ed indipendenza economica. L'art. 155 *quinquies* c.c., nella formulazione introdotta dalla legge n. 54/2006, ha posto dei dubbi sulla legittimazione ad agire per la richiesta dell'assegno, affermandosi in prevalenza la tesi che la legittimazione spetti

in via autonoma e concorrente al figlio e al genitore con esso convivente.
La corresponsione dell'assegno è periodica e il problema più ricorrente nella pratica forense è la sostanziale mancanza di parametri concretamente quantificabili per la determinazione della misura dell'importo dovuto: si pensi alla difficoltà di determinare i bisogni attuali del figlio, il tenore di vita, per non parlare della valenza economica dei compiti domestici dei genitori.
Non meno problematica è la ricostruzione dei patrimoni dei coniugi, soprattutto quando le dichiarazioni reddituali siano incongruenti con il tenore di vita concretamente goduto, anche se in questo caso è possibile richiedere lo svolgimento delle indagini di polizia di tributaria previste dall'ultimo comma dell'art. 155 c.c. I tentativi di individuare dei modelli statistici di calcolo non paiono ancora soddisfacenti, per cui la determinazione va rimessa sostanzialmente al giudice e alle parti caso per caso. Proprio per questo motivo, ancora più importante pare la raccomandazione di moderazione, equilibrio e sobrietà proposta nella parte introduttiva di questo saggio: a volte sacrificare cento euro cambia la qualità della vita di un'intera famiglia per gli anni che vengono risparmiati al giudizio.

§ 4 – L'assegno di mantenimento del coniuge debole

Il coniuge debole, visto l'art. 156 c.c., ha diritto all'attribuzione di un assegno di mantenimento a proprio favore, al fine di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto nella convivenza matrimoniale.
Gli elementi per il riconoscimento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole sono la non addebitabilità della separazione, la mancanza di adeguati redditi propri e la sussistenza di una disparità economica tra i due coniugi.
L'art. 156 (al contrario dell'art. 5, 6° comma della legge n. 898/1970 per l'assegno divorzile, che aggiunge anche l'elemento dell'impossibilità per il coniuge richiedente di procurarsi redditi propri – anche se pare che questo principio vada applicato anche alla separazione) prevede che il coniuge richiedente non abbia adeguati redditi propri: in sostanza l'istante deve trovarsi in concrete condizioni di squilibrio economico rispetto al proprio partner.
L'adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente va valutata avendo riguardo allo standard di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi durante il matrimonio, considerando la posizione sociale della famiglia. Nella concreta determinazione dell'assegno di mantenimento si dovranno considerare anche le eventuali elargizioni di terzi aventi carattere non saltuario.
Non vi è alcun dubbio che il tenore di vita incida come parametro primario sulla determinazione del contributo al mantenimento.
Spesso succede che i redditi dichiarati al fisco dal coniuge più facoltoso appaiano totalmente inattendibili ed incompatibili con il suo tenore di vita pacificamente goduto *coram populo*.
In effetti le dichiarazioni dei redditi spesso non forniscono un quadro attendibile della situazione economica del dichiarante, rilevante ai fini della determinazione dei contributi economici alla famiglia; in base alla comune esperienza, le infedeltà maggiormente significative si riscontrano nelle aree del lavoro autonomo o di impresa, specialmente nei settori a contatto con il consumatore finale, dove non si verifica quella contrapposizione di interessi che solitamente spinge alla emersione degli imponibili.
In questi casi può essere utile ricorrere alla prova presuntiva costituita dagli elementi che indichino indirettamente la percezione di un reddito più cospicuo (ad esempio vacanze continuative e abituali in amene località turistiche, godimento di beni di lusso, pubblicazione di dati ufficiali dei redditi medi della categoria o della professione ecc.), o, in casi particolari, alle indagini di polizia tributaria che sono espressamente previste dall'ultimo comma dell'art. 155 in tema di mantenimento dei figli.
L'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole deve essere corrisposto periodicamente, ha natura eminentemente assistenziale e può essere modificato, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 156 c.c., quando si verifichi una variazione della situazione economica anche di un solo coniuge. Può essere richiesta la prestazione di una garanzia reale o personale a tutela del pagamento dell'assegno di mantenimento e, in caso di inadempienze, può essere disposto il sequestro dei beni dell'obbligato o può essere emesso l'ordine di pagamento diretto ai terzi debitori del coniuge tenuto al versamento dell'assegno.
Purtroppo, le stesse considerazioni finali di incertezza manifestate in tema di contributo per i figli valgono anche per i concreti criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge debole: non esistono parametri certi, ma di fatto si deve procedere valutando le situazioni caso per caso, con la solita raccomandazione di moderazione e ragionevolezza nella gestione della controversia familiare.

§ 5 – L'assegnazione e il comodato della casa familiare

L'art. 155 *quater* c.c. prescrive che il godimento della casa familiare deve essere assegnato tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. La norma si riallaccia sostanzialmente al sistema previgente, che prevedeva la tutela dell'interesse dei minori di non subire un forzoso allontanamento dalla propria casa, intesa come centro degli affetti in cui si svolge la vita della famiglia.

La relazione della Commissione affari sociali alla proposta sfociata nella legge n. 54/2006 ha dato parere positivo al testo Di Teodoro alla condizione che venisse specificato "*l'interesse del minore alla stabilità della residenza come criterio per l'assegnazione della casa familiare*". Infatti, i criteri per la scelta dell'assegnazione della casa familiare debbono individuarsi nel concreto atteggiarsi dell'interesse dei figli, nelle modalità di permanenza presso ciascun genitore, nella localizzazione prevalente e nelle esigenze abitative. È da escludersi, anche in caso di affidamento condiviso, che sia ipotizzabile l'alternarsi dei genitori nella casa familiare durante il periodo di permanenza dei figli presso di sé: questa soluzione, infatti, comporterebbe la creazione di tre diversi luoghi di abitazione e lo smembramento ulteriore di quello che era il luogo originario di vita.

Ovviamente, l'assegnazione dell'abitazione familiare al coniuge affidatario non può essere impedita dal fatto che l'immobile sia in proprietà esclusiva dell'altro partner, anche se si potrà tenerne conto nella regolazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, visto l'art. 155 *quater*; in particolare, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, l'onerosità dell'attribuzione del diritto di godimento della casa familiare non si traduce necessariamente in un corrispondente diritto alla controprestazione economica, ma può comportare la diminuzione degli obblighi patrimoniali; in sostanza, il valore dell'assegnazione deve essere messo in rapporto con le somme dovute a titolo di mantenimento e con le altre prestazioni collegate.

Va ancora specificato che l'assegnazione della casa coniugale può essere disposta solo a favore del coniuge non avente sulla medesima alcun diritto di godimento, reale od obbligatorio, oppure quando il bene sia in comunione. Infatti, nel caso in cui non vi sia l'assegnazione della casa familiare, torna ad applicarsi il diritto di proprietà.

Spesso accade che i genitori affidino in comodato ai figli l'abitazione coniugale per sopperire ai loro bisogni abitativi. Non è certo questa la sede per discutere della carenza delle politiche in materia di casa a favore delle famiglie: comunque, un dato evidente di questa lacuna si evince proprio dalla ricorrenza con cui emerge il problema del comodato della casa familiare. Il comodato può assumere tradizionalmente due configurazioni: il c.d. precario, disciplinato dall'art. 1810 c.c. che, in mancanza di fissazione di un termine di durata, consente al comodante di recedere dal comodato e di chiedere la restituzione del bene non appena lo richieda; il comodato a termine, invece, previsto dall'art. 1809 c.c., consente la restituzione alla scadenza convenuta oppure, se non è stata indicata una data precisa, quando il comodatario si sia servito della cosa in conformità del contratto, salvo che sopraggiunga un impreveduto e urgente bisogno da parte del comodante. Il problema che si pone riguarda l'ipotesi in cui la casa familiare sia stata consegnata in comodato a uno dei due coniugi perché vi possa abitare con la famiglia. In questo caso, in sede di separazione, si può porre un contrasto di titoli di godimento tra il diritto di assegnazione della casa coniugale e il comodato. Se è indicato un termine preciso di durata, la soluzione è semplice, perché rimane valida la data concordata tra il comodante e il comodatario: il giudice della separazione non può emettere un provvedimento che incida sulla sfera giuridica di soggetti che sono rimasti estranei al giudizio, né l'assegnazione della casa familiare può innovare la situazione precedente. Molto più complessa è la questione quando il comodato non preveda un preciso termine di durata. Sul punto sussiste un contrasto giurisprudenziale. La tesi dominante ritiene che, nel caso di consegna della casa familiare, non possa essere ravvisato un comodato c.d. precario, con il diritto di recesso *ad nutum* da parte del comodante, perché la nozione di casa familiare, quale luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita domestica, appare concettualmente incompatibile con un godimento provvisorio e incerto. Secondo le Sezioni Unite la destinazione dell'immobile alle esigenze familiari è idonea a fungere da termine implicito della durata del rapporto e tale vincolo non può considerarsi automaticamente caducato con la separazione personale dei coniugi, perché la casa appare indirizzata a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nelle sue potenzialità in espansione. Questa tesi fa salva l'ipotesi in cui subentri un urgente e impreveduto bisogno dei comodanti, nel qual caso, per effetto dell'art. 1809 c.c. può essere chiesta la restituzione dell'immobile, non potendosi risolvere l'assegnazione della casa coniugale in una sostanziale espropriazione del diritto di proprietà del comodante.

Altra tesi minoritaria, invece, ritiene che non assuma rilievo ai fini della fissazione di un termine neanche per via interpretativa la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione dei coniugi, all'affidatario dei figli, dovendo comunque considerarsi il comodato precario con facoltà di recesso *ad nutum* da parte del comodante. La giurisprudenza dominante ritiene che il coniuge assegnatario possa godere della casa in comodato richiamando due fondamenti teorici: viene applicata analogicamente la disciplina in materia di locazione e si ammette la successione *ex lege* nel contratto, richiamando l'art. 6 della legge n. 392/1978; inoltre, si ritiene che il coniuge comodatario non agisca per proprio conto nel comodato, ma quale esponente del nucleo familiare. Entrambe queste argomentazioni sono criticate dalla dottrina. Da una parte si evidenzia che l'identità del comodatario è molto più rilevante del conduttore e nel contratto di locazione è preminente l'interesse del locatore non tanto alla restituzione della cosa locata, quanto piuttosto al pagamento del canone; infatti, in caso di morte del conduttore, a' sensi dell'art. 6 della legge n. 392/1978 gli succedono nel contratto il coniuge gli eredi o gli affini conviventi, mentre nel caso di decesso del comodatario, visto l'art. 1811, il comodante può chiedere la restituzione del bene. D'altra parte la configurazione della famiglia quale centro autonomo dai soggetti che la compongono appare in contrasto con lo spirito della riforma del 1975, dalla quale emerge un'idea di famiglia intesa come comunità nella quale ciascuno dei compartecipi mantiene la propria identità e realizza le proprie esigenze di convivenza e solidarietà umana. Comunque, anche la dottrina dominante ritiene che il coniuge affidatario possa opporre il diritto di assegnazione della casa familiare al comodante: qualcuno sostiene che non vi sia una successione *ex lege* nel comodato, ma il contratto rimarrebbe quello originale tra il comodatario e il comodante, mentre il giudice potrebbe limitare il diritto di godimento del comodatario con la creazione, attraverso una sentenza costituiva di assegnazione, di altro diritto di godimento a tutela degli interessi superiori dei figli. Altri, invece, considerano entrambi i coniugi parti del contratto di comodato, anche se vi abbia partecipato uno solo, pur in contrasto con l'art. 179 c.c. che esclude dalla comunione il bene che pervenga per liberalità. Altri ancora, infine, ritengono che l'attribuzione in comodato dell'immobile consegnato dai nonni si giustifichi con l'obbligo di mantenimento che incombe sugli ascendenti ai sensi dell'art. 148 c.c. La tesi minoritaria, invece, critica l'impostazione dominante ritenendo che non tenga in debito conto la concreta volontà dei comodanti che di norma vogliono agevolare le esigenze abitative del figlio, e solo mediatamente della famiglia.

È evidente che la situazione attuale non consente una soluzione assolutamente univoca, visto il contrasto sussistente sia in giurisprudenza che in dottrina.

Personalmente ritengo che nella normalità dei casi non si possa negare che, quando l'immobile è consegnato in comodato dai nonni per il godimento da parte della famiglia del figlio comodatario, qualora vi sia l'assegnazione all'altro coniuge affidatario di figli minori in sede di separazione, non si possa non tenere conto dell'interesse prevalente della famiglia, per cui opterei per l'opponibilità dell'assegnazione al comodante, nei limiti ovviamente delle necessità familiari e del termine di opponibilità ai terzi dell'assegnazione, salvo l'improvviso e impreveduto bisogno da parte del comodante.

§ 6 – La violazione dei doveri matrimoniali e l'addebito della separazione

Mentre la separazione può essere chiesta in base all'obiettiva intollerabilità della prosecuzione della convivenza coniugale, nel caso in cui un coniuge venga meno ai doveri di assistenza e collaborazione prescritti dall'art. 143 c.c., può essere riconosciuto l'addebito della separazione a suo carico, visto l'ultimo comma dell'art. 151 c.c.

Bisogna individuare se il coniuge abbia tenuto un contegno nel corso del rapporto matrimoniale che, alla lunga, non solo abbia fatto venir meno l'*affectio coniugalis*, ma abbia reso intollerabile la prosecuzione della convivenza. Non è sufficiente il semplice contegno che porti alla violazione dei doveri matrimoniali, ma occorre anche l'accertamento della colpevolezza del coniuge ed il nesso causale tra la sua condotta e l'evento dell'intollerabilità della convivenza. Il giudizio di addebitabilità è un giudizio di imputabilità a titolo di dolo o colpa, per cui non può aver alcun rilievo il comportamento del coniuge che provochi l'intollerabilità della convivenza a causa di una malattia, di uno stato di necessità o di un errore. Il fatto costituente l'addebito deve essere cosciente e volontario, anche se non è necessario che sia espressamente animato dall'intento di portare alla frattura del vincolo matrimoniale. Pertanto non ogni violazione dei doveri matrimoniali risulta rilevante, ma solo quella che abbia portato, per la sua gravità, all'intollerabilità

della convivenza. Inoltre, non è sufficiente neppure accertare che uno dei coniugi abbia violato i doveri coniugali, ma occorre verificare che tale condotta sia stata l'unica causa della separazione e non sia stata provocata dall'ingiustificato comportamento dell'atro coniuge, dovendosi, in mancanza, procedere alla pronuncia di separazione senza addebito.
La violazione del dovere di fedeltà non legittima di per sé la pronuncia di una separazione con addebito a carico del coniuge adulterino, ma occorre che l'adulterio non si verifichi in un contesto di crisi familiare e abbia provocato da solo la situazione di intollerabile convivenza coniugale o il grave pregiudizio all'educazione della prole. Se poi la violazione del dovere di fedeltà si espliciti dopo la separazione di fatto o dopo che è iniziato il procedimento di separazione, occorre che l'adulterio comporti la lesione del decoro e dell'onorabilità dell'altro coniuge e si traduca in infedeltà apparente e umiliante
Ai fini della dichiarazione di addebito può essere rilevante anche l'ingiustificata astensione dai rapporti intimi. Inoltre, costituiscono violazione dell'obbligo di assistenza il comportamento del coniuge freddo, scostante e privo di manifestazioni d'affetto, e ovviamente anche quello ingiurioso e violento; rappresenta altresì motivo di addebitabilità l'imposizione del divieto che finisca con il costituire grave offesa alla dignità dell'altro coniuge e arbitraria lesione del diritto di determinarsi liberamente per quanto attiene alla realizzazione e cura della persona. Infine, possono assumere rilievo ai fini dell'addebito anche atteggiamenti in pubblico di *mobbing* verso il coniuge, fatto oggetto di ingiurie e denigrazioni, così come l'abbandono economico e fisico del partner che venga colpito da una grave infermità. Personalmente ritengo assolutamente inaccettabile e superato il motivo di addebito della separazione a carico della moglie che abbia iniziato un'attività lavorativa contro la volontà del marito, per pretesa violazione del dovere di concordare l'indirizzo familiare ai sensi dell'art. 144 c.c.: si tratta di un ingiustificato retaggio della posizione di sudditanza della donna che deve vedersi riconosciuto il diritto assoluto e inderogabile di determinare la propria realizzazione umana e professionale anche nella scelta di poter svolgere un'attività lavorativa senza dover ottenere alcun previo consenso del proprio coniuge.
L'addebito della separazione comporta delle conseguenze economiche: il coniuge a cui è addebitata la separazione perde nei confronti dell'altro l'eventuale diritto al mantenimento e conserva solo il diritto all'assegno alimentare, qualora ricorrano i presupposti previsti dall'art. 433 c.c.; inoltre, l'addebito comporta la perdita della qualità di erede e il coniuge a cui sia stata addebitata la separazione, nel caso in cui goda del diritto agli alimenti, conserva solo il diritto ad un assegno a carico dell'asse ereditario.
Anche in materia di addebito della colpa, però, la prassi professionale insegna che il percorso tortuoso e straziante del giudizio di addebitabilità non giustifica certamente le conseguenze poco significative previste per il coniuge responsabile della violazione dei doveri matrimoniali che abbiano portato all'impossibilità della prosecuzione della convivenza: si tratta di giudizi che, anche in questo caso, rischiano di tradursi in autentiche vittorie di Pirro.

§7 – Il problema del risarcimento del danno in ambito familiare

Non è questa la sede per un puntuale esame della tutela risarcitoria intrafamiliare, rimandando per maggiori approfondimenti ai contributi indicati nelle note bibliografiche. Ci si limita, pertanto, a brevi cenni sul tema.
La questione del risarcimento del danno in ambito familiare in seguito alla violazione dei doveri e degli obblighi coniugali è relativamente recente, perché per molti anni si è ritenuto che l'istituto della responsabilità aquiliana non fosse applicabile al diritto di famiglia. In particolare, l'impostazione tradizionale riteneva che i diritti intrafamiliari non fossero caratterizzati dalla patrimonialità, né l'adempimento dei doveri coniugali fosse generalmente suscettibile di esecuzione coattiva, perché avrebbe determinato una coartazione della libertà personale; si eccepiva anche nello stesso senso che l'eventuale violazione dei doveri familiari comportasse gli specifici rimedi previsti dal diritto di famiglia. Per esempio, come si è visto al paragrafo precedente, la grave violazione dei doveri coniugali implica l'addebito della colpa, con le conseguenze della perdita del diritto al mantenimento (art. 156 c.c.), del venir meno della quota di riserva nella successione (art. 548 c.c.) e della determinazione in termini restrittivi dell'assegno di divorzio (art. 5, 6° comma, legge div.).
Nel corso del tempo, è emerso un diverso orientamento favorevole a riconoscere l'invocabilità delle regole sulla responsabilità extracontrattuale, nel caso di violazione dei doveri familiari. Da un lato, infatti, si è ampliata in generale la categoria dei danni risarcibili con

particolare attenzione al danno alla persona, dall'altro si è sottolineato che la semplice dichiarazione di addebito della colpa nella separazione costituisce una sanzione in molti casi inefficace e scarsamente incisiva. Si è escluso, però, che vi sia automatismo tra la violazione dei doveri coniugali e la responsabilità extracontrattuale, dovendosi negare che l'ingiustizia del danno possa essere ravvisata nella semplice crisi coniugale in sé e per sé considerata, poiché ciascun coniuge ha il diritto di separarsi e divorziare. Anche la semplice relazione extraconiugale non integra di per sé gli estremi del danno ingiusto, ma è necessario riscontrare una lesione dell'onore, della dignità e della reputazione dell'altro coniuge che sia caratterizzata dal requisito della gravità o addirittura del dolo, ovverosia l'intenzione di ferire il partner con la condotta fedifraga. Particolarmente controversa è la responsabilità esofamiliare dell'amante nei confronti del coniuge tradito per aver indotto il partner alla violazione dell'obbligo di fedeltà: decisamente preferibile è la tesi più rigorosa che nega la configurabilità di questo tipo di danno, perché è impossibile assimilare il rapporto matrimoniale a quello contrattuale. Il rimedio risarcitorio in ambito familiare è stato definitivamente riconosciuto anche dalla S.C. con la nota sentenza n. 9801 del 2005: la cassazione ha ammesso il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui il coniuge taccia al proprio partner prima del matrimonio la propria *impotentia coeundi*. La casistica giurisprudenziale più in generale ha ammesso la domanda risarcitoria per responsabilità aquiliana, oltre che nelle ipotesi in cui l'illecito configuri un reato penale, quando vi sia la violazione dell'obbligo di assistenza morale, educativa e materiale dei minori e quando vi sia l'inadempimento dell'obbligo di assistenza morale e materiale tra coniugi. Inoltre, la responsabilità risarcitoria è stata riconosciuta nel c.d. *mobbing* familiare, che ricorre quando siano posti in essere comportamenti persecutori con abitualità e continuità all'interno della famiglia, e nell'ipotesi della violazione del diritto di visita dei minori, sia da parte del coniuge affidatario che non affidatario.

Una fattispecie particolare riguarda l'infedeltà omosessuale: in una decisione, poi riformata e rimasta

isolata, si era ritenuto che fosse dovuto il risarcimento del danno all'altro coniuge in caso di relazione adulterina omosessuale, in quanto veniva ravvisata nell'omosessualità un comportamento intrisecamente e gravemente lesivo della dignità e del rispetto dovuto all'altro coniuge; tuttavia poi si è affermata una diversa tesi, secondo cui non esistono criteri oggettivi in riferimento ai quali è possibile affermare che l'infedeltà di tipo eterosessuale sia meno grave e provochi meno sofferenza rispetto a quella omosessuale, per cui tutte le relazioni adulterine debbono subire lo stesso trattamento anche sotto il profilo risarcitorio. Un breve cenno, infine, va riservato all'introduzione ad opera della legge n. 54 del 2006 dell'art. 709 *ter* c.p.c.: infatti, detta norma consente al giudice, in caso di gravi inadempienze relative all'affidamento dei figli e all'esercizio della potestà, di disporre il risarcimento del danno sia a favore dell'altro genitore che dei minori. Secondo la tesi nettamente preferibile, il legislatore avrebbe definitivamente consacrato l'ingresso dell'illecito aquiliano nelle relazioni familiari, dovendosi respingere le diverse tesi che ritengono che l'art. 709 *ter* c.p.c. disponga condanne risarcitorie a titolo punitivo o sanzionatorio. Resta inteso, infine, che per i casi più gravi di abusi familiari, rimangono valide le misure di protezione di cui agli articoli 342 *bis* e *ter* c.c. introdotti con la legge n. 154 del 2001, che consentono al giudice di disporre particolari provvedimenti come l'ordine di cessazione della condotta abusante e l'allontanamento del coniuge responsabile dalla casa familiare.

§8 – Contratto preliminare di compravendita e comunione legale dei coniugi

Altra questione molto dibattuta, ancorché non strettamente legata all'istituto della separazione, riguarda il rapporto tra la comunione legale dei coniugi e il contratto preliminare di compravendita di un bene immobile appartenente alla proprietà comune familiare.
Il problema riguarda la necessità di integrare o meno il litisconsorzio nei confronti del coniuge rimasto estraneo alla stipula del contratto preliminare di vendita nel giudizio *ex* art. 2932 c.c. instaurato per ottenere il trasferimento coattivo di un'immobile rientrante nella comunione familiare. In realtà, la fattispecie non riguarda solo aspetti processuali, ma investe appieno anche l'istituto sostanziale della comunione coniugale e il regime di amministrazione dei beni che vi ricadono.
Come è noto, il regime legale del rapporto patrimoniale familiare è quello della comunione, con possibilità di deroga a favore della separazione solo a fronte di esplicito accordo delle parti, visto l'art. 159 c.c.

La comunione legale, a' sensi dell'art. 177 c.c., comprende i beni acquistati dai coniugi anche separatamente durante il matrimonio (esclusi i beni acquistati in precedenza, quelli ricevuti per successione o donazione e quelli di uso strettamente personale), i frutti e i proventi dei beni e delle attività di ciascuno dei due coniugi non ancora consumati al momento dello scioglimento della comunione (c.d. comunione *de residuo*) e le aziende costituite e gestite da entrambi i coniugi durante il matrimonio.
L'amministrazione ordinaria dei beni della comunione spetta disgiuntamente a ciascun coniuge, mentre gli atti di straordinaria amministrazione, visto l'art. 180 c.c., debbono essere compiuti congiuntamente da entrambi e, in caso di disaccordo, è necessario l'intervento del giudice (art. 181 c.c.). Gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, se riguardano beni immobili e beni mobili registrati, sono annullabili, su domanda dell'altro coniuge, da proporsi entro un anno dalla conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla trascrizione (art. 184, 1° e 2° comma c.c.). Gli atti di disposizione unilaterale di beni mobili, invece, sono validi, ma obbligano il coniuge disponente a ricostituire, in natura o per equivalente in denaro, l'integrità della comunione (art. 184 3° com-

ma c.c.). Sui beni che formano la comunione sussiste un vincolo di destinazione a favore del mantenimento della famiglia e dell'educazione dei figli opponibile ai creditori. Infatti, mentre i creditori della famiglia, ovverosia i cui crediti sono afferenti la comunione, possono soddisfarsi sulla totalità dei beni comuni e, se questi non sono sufficienti, anche su quelli personali di ciascun coniuge, ma solo nella misura della metà del credito (art. 190 c.c. – responsabilità parziaria e limitata), i creditori personali dei coniugi debbono agire preventivamente sui beni di proprietà esclusiva, e solo se questi sono insufficienti possono soddisfarsi sui beni della comunione, ma solo nei limiti del valore della quota del coniuge debitore (art. 189, 2° comma c.c.).

La comunione legale familiare è ben distinta dalla comunione ordinaria: la seconda, definita come comunione *pro indiviso*, costituisce una proprietà plurima parziaria in cui il diritto di proprietà è unico ed ha per oggetto il bene nella sua interezza; conseguentemente il diritto di ciascuno dei partecipanti alla comunione non ha per oggetto né il bene nel suo complesso, né una parte fisicamente individuata, ma una quota ideale, proporzionata al rispettivo diritto di partecipazione. La comunione ordinaria, in sostanza, è una comunione per quote e i comproprietari costituiscono una unica parte complessa per cui è necessario che la volontà negoziale si formi nei confronti di tutti, non potendosi ipotizzare la possibilità per il promissario acquirente di ottenere una sentenza costitutiva nei confronti dei soli comproprietari promittenti, essendo inefficace il contratto rispetto ai comproprietari rimasti estranei all'atto.

Al contrario, del tutto diversa è la situazione nel caso di comunione legale tra coniugi, secondo la ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale: si tratta di una proprietà plurima parziaria senza quote, nel senso che i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni della comunione, né è ipotizzabile l'ingresso di un estraneo nella comunione familiare. La quota non è un elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari di ciascun coniuge, di determinare i limiti della responsabilità sussidiaria dei coniugi con i propri beni personali rispetto ai creditori della comunione e di fissare la proporzione del riparto della differenza tra attivo e passivo al momento dello scioglimento della comunione. Nei rapporti con i terzi, dunque, ciascun coniuge ha il potere di disporre non della sua quota, ma dell'intero bene comune e il consenso dell'altro coniuge è un negozio (unilaterale) autorizzativo, da intendersi nel senso che rimuove un limite all'esercizio di un potere, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile, si traduce in un vizio nel negozio; conseguentemente, non si tratta di un caso di acquisto inefficace in quanto *a non domino*, ma di un acquisto *a domino* in base a un titolo viziato a' sensi del 1° comma dell'art. 184 c.c.

In definitiva l'atto di alienazione di un immobile posto in essere da uno solo dei contitolari è un negozio efficace e sottoposto alla sola sanzione dell'annullabilità per iniziativa del coniuge pretermesso, nel limite annuale di prescrizione già citato in precedenza. Diversa, invece, è la disciplina di acquisto di immobili destinata a ricadere nella comunione ai sensi dell'art. 177 lett. a c.c.: questi negozi, infatti, sono estranei all'amministrazione dei beni comuni, perché il meccanismo di acquisizione non è condizionato da alcun concorso, implicito o esplicito, della volontà del coniuge rimasto estraneo alla stipula dell'atto di acquisto. In caso di acquisizione di un bene, la contitolarità viene acquisita automaticamente *ex lege* anche dal coniuge non stipulante in quanto beneficiario degli effetti reali del negozio.

In relazione al regime delle alienazioni dei beni della comunione, si è creato un contrasto giurisprudenziale in senso alla S.C., non ancora del tutto sopito, sulla necessità di integrazione del contraddittorio con il coniuge non stipulante quando sia stato promesso in vendita un bene immobile comune, in seguito all'azione costitutiva *ex* art. 2932 c.c. promossa dal promissario acquirente.

Alcune decisioni, richiamando la natura personale e non reale del preliminare, hanno escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario tra i coniugi, argomentando sul fatto che l'azione svolta dal promissario acquirente sarebbe esperibile nei soli confronti del coniuge stipulante al fine di conseguire una pronuncia che disponga il trasferimento del bene nei limiti della quota di sua pertinenza.

L'orientamento maggioritario, invece, partendo dal ragionamento del giudice delle leggi, secondo cui la comunione legale non è una comunione per quote, ma ciascuno dei due coniugi può disporre dell'intero bene, nei limiti già indicati, deve essere disposta, in caso di domanda costitutiva *ex* art. 2932 c.c., l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge pretermesso, atteso che quest'ultimo è titolare di una situazione giuridica che può essere pregiudicata dalla disposizione che coinvolge il patrimonio comune.

Secondo l'orientamento dominante, che sembra più corretto, non è possibile l'ingresso di un terzo estraneo nella comunione per cui non può essere esperita l'azione di cui all'art. 2932 c.c. neanche nei limiti della quota del coniuge promittente venditore. Inoltre, la sentenza che tien luogo del contratto definitivo deve necessariamente riprodurre il medesimo assetto di interessi contenuto nel preliminare, per cui, ove il contratto abbia per oggetto l'intero bene, il promissario acquirente non potrebbe agire per il trasferimento della sola quota del promittente venditore. Ancora, considerando l'effetto solo obbligatorio e non reale del preliminare, il bene oggetto del contratto non è ancora uscito dalla comunione familiare, per cui il coniuge pretermesso rimane titolare di una situazione giuridica inscindibile che postula il litisconsorzio necessario, essendo il bene esposto all'azione esecutiva del terzo. Infine, visto l'art. 180 c.c., l'amministrazione dei beni della comunione spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi per gli atti di straordinaria amministrazione, per cui va affermata la necessaria partecipazione di entrambi i coniugi nei giudizi aventi ad oggetto atti di straordinaria amministrazione del patrimonio familiare comune.

Naturalmente bisogna avere ben chiara la nozione dell'istituto del litisconsorzio necessario secondo l'interpretazione data all'art. 102 c.p.c. dalla Suprema Corte: il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi previsti dalla legge, ogni qual volta la decisione richiesta, indipendentemente dalla sua natura (di condanna, di accertamento o costitutiva), sia di per sé inidonea a spiegare i propri effetti nei riguardi delle sole parti presenti, stante la natura plurisoggettiva e inscindibile, sia in senso sostanziale, sia, talvolta, processuale, del rapporto dedotto in giudizio. Sul piano sostanziale il litisconsorzio si impone quando vi sono più soggetti inscindibilmente coinvolti nella vicenda, in guisa tale che tutti devono agire o essere convenuti nello stesso processo. In definitiva, tutti debbono partecipare allo stesso processo quando la mancanza di una delle parti comporti l'impossibilità per la decisione di produrre un risultato utile e pratico anche solo nei confronti delle parti presenti.

Infine, va dato atto di un ulteriore orientamento, non tanto in relazione al contratto preliminare, quanto piuttosto nella diversa ipotesi di revocatoria fallimentare di un atto di acquisto di uno dei due coniugi. In questo caso si è distinto tra l'atto e il rapporto patrimoniale di cui l'atto è fonte. Se l'oggetto del giudizio, come nella revocatoria fallimentare, è l'atto, i soggetti legittimati a partecipare al giudizio sono solo quelli che hanno partecipato alla conclusione del contratto di alienazione del bene immobile, anche se questo abbia generato un rapporto (nella fattispecie di comunione legale) di cui è diventato contitolare un soggetto estraneo a detto contratto. Quest'ultimo non può ritenersi litisconsorte necessario in un giudizio relativo ad un atto a cui è rimasto estraneo, anche se l'atto abbia comportato indirettamente un arricchimento del patrimonio familiare. Infatti, la revocatoria fallimentare non determina alcun effetto restitutorio, ma comporta solo l'inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa dei creditori, rendendo il bene trasferito assoggettabile all'esecuzione concorsuale, senza caducare ad ogni altro effetto l'atto di alienazione nei confronti dell'acquirente.

§8 – Conclusioni

Le conclusioni del presente contributo non possono che riportare all'inizio del tema: l'analisi dei principali istituti che riguardano le problematiche di una coppia in crisi che si appresta ad affrontare il dramma della separazione conferma che il processo non può portare ad una piena soddisfazione della parte che pure riveste, in determinati casi, il ruolo di autentica vittima della prepotenza e dell'arroganza del proprio partner. Mi è capitato di assistere un coniuge in un giudizio di separazione personale, che pure avrebbe dovuto avere carattere "urgente", secondo una di quelle definizioni utilizzate dalla curia che assumono un tono grottesco e paradossale, visto il triste confronto con la realtà: il processo, infatti, durò oltre undici anni in primo grado. Nel corso del giudizio, scandito da tutti gli imprevisti a cui i patroni sono purtroppo abituati (sostituzione dei giudici istruttori, rinvii delle udienze a date inaccettabili, "congelamenti" dei ruoli, ecc.), venivano escussi come testi amici, parenti e financo compagni di classe ultraquattordicenni dei figli. La domanda di addebito della separazione, benchè certamente fondata, venne respinta, perché la sostituzione dei giudici e l'edulcorazione del verbale avevano portato a smarrire il senso delle testimonianze. Qualche mese dopo la conclusione del processo, la moglie venne uccisa dall'amante. Come ultimo atto, dovetti accompagnare il marito a pagare l'avvocato della moglie, contro cui si era battagliato in tribunale per undici anni. Un accordo a denti stretti sicuramente avrebbe consentito in poco tempo di ottenere la separazione e successivamente anche il divorzio. Forse, si sarebbe anche risparmiato un dramma.

FRANCESCO ABATE

La domanda c.d. prenotativa di concordato

Premessa. Le riforme del triennio 2005/2007

Con il "decreto sviluppo" (d.l. n. 83/2012 conv. l. 7 agosto 2012, n. 134) si realizza una tappa di grande importanza nel percorso di ammodernamento della legislazione fallimentare. Il programma riformatore ebbe inizio con i provvedimenti legislativi del triennio 2005/2007 (d.l. 17 marzo 2005, n. 35 conv. l. 14 maggio 2005, n. 80, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169) cui seguirono appendici interpretative, modificative e migliorative contenute in leggi e decreti degli anni successivi.[1] Modifiche, innovazioni ed abrogazioni vennero eseguite con il metodo della novellazione dell'articolato originario recato dal r. d. 16 marzo 1942, n. 267 che continua a costituire il testo base della legge fallimentare.

Con il decreto legge n. 35 venne modificata radicalmente la disciplina del sistema revocatorio fallimentare[2], fu rivisitato il concordato preventivo, vennero introdotti i nuovi istituti del piano attestato di risanamento e degli accordi di ristrutturazione.

La legge di conversione contenne, tra l'altro, norme di delega al Governo per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (art. 1, co. 5°) nel rispetto dei criteri direttivi indicati nel comma successivo. Il decreto delegato n. 5/2006 apportò consistenti innovazioni su quasi tutti i capi della legge fallimentare, ivi compresa la abolizione dell'amministrazione controllata. Con l'ultimo provvedimento il governo subentrato al precedente emanò disposizioni integrative e correttive, riferite sia a disposizioni di nuova introduzione sia al testo originario della legge fallimentare, sulla base di una nuova delega vincolata, peraltro, al rispetto dei principi recati dalla legge n. 80.

Dopo un periodo di inerzia durato più di sessant'anni, il legislatore effettuò interventi mirati ad obiettivi intermedi indirizzati al risultato complessivo del superamento delle rilevanti criticità della legge fallimentare sintetizzate nella constatazione, generalmente condivisa, della inadeguatezza della disciplina vigente (anche con riguardo alla necessità di tutela delle sempre attuali esigenze di risanamento) quale causa di fattori di penalizzazione delle imprese, del mercato e del risparmio. Intese perseguire, in particolare, l'ammodernamento del sistema normativo anche nella prospettiva di adeguamento ai nuovi precetti costituzionali in tema di giusto processo inseriti nell' art. 111 Cost., la rimozione della eccessiva rigidità degli istituti destinati alla soluzione concordata delle crisi, il contenimento della durata delle procedure ed il miglioramento delle potenzialità di soddisfazione delle ragioni dei creditori e di conservazione dell'impresa.

L'idea di fondo che sorregge l'impianto della riforma è quella di ridurre gli ambiti degli aspetti pubblicistici delle procedure e di potenziare i ruoli, i poteri e le facoltà dei soggetti privati coinvolti nelle procedure stesse, investendo sui loro auspicati contributi ed iniziative, da attuare anche attraverso l'utilizzo dei nuovi e più duttili strumenti messi a disposizione nella prospettiva della migliore soluzione delle crisi. Si scelse, così, di avviare un percorso opposto a quello originario, di ispirazione pubblicistica, che si era rivelato, nel tempo, insufficiente ed inadeguato.[3]

1. In dottrina si definisce tale modalità di produzione legislativa come "cantiere aperto" e si formula il quesito se sia più utile un sistema pronto a recepire le diverse esigenze di volta in volta proposte all'attenzione del legislatore dal mercato e dall'economia o quello basato sulla sperimentazione delle norme per un certo tempo prima della loro revisione.

2. La dimidiazione del periodo sospetto e la introduzione di numerose ipotesi di esenzione hanno ridotto enormemente le possibilità concrete di esperimento dell'azione revocatoria fallimentare.

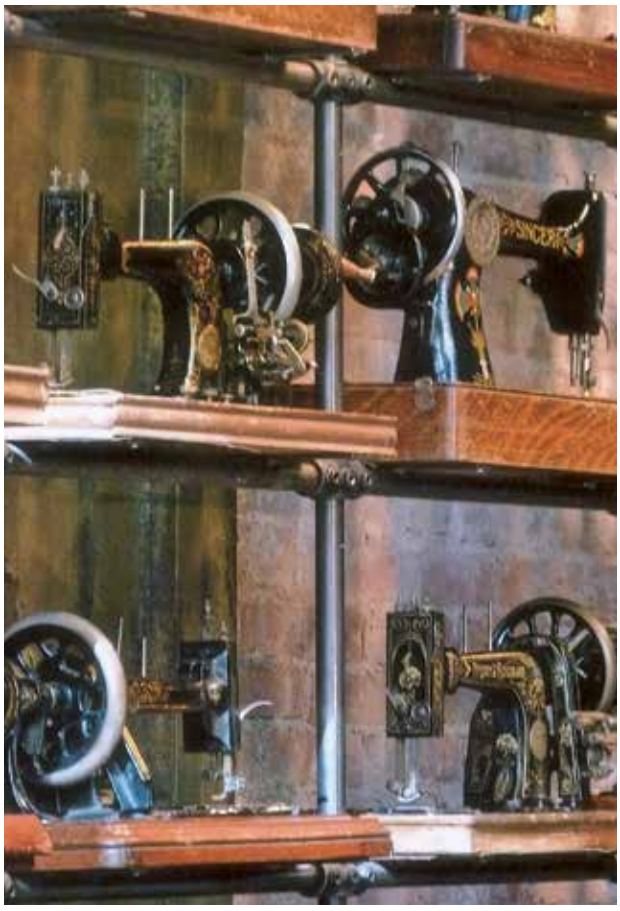
3. Anche in quegli anni l'economia del Paese attraversava un periodo di crisi ed il Governo inserì le nuove norme nel

Particolare importanza, nella duplice prospettiva della privatizzazione e dell'obiettivo di risanamento dell'impresa, assunsero gli istituti di composizione concordata delle crisi, sui quali il legislatore mostrò di voler investire in maniera decisa, dedicando, tra l'altro, articolata attenzione radicalmente innovativa alle discipline del concordato preventivo e del concordato fallimentare.

Nel nuovo assetto, da un lato, tali discipline risultano profondamente modificate in funzione del superamento delle inadeguatezze palesate dal regime originario (peraltro, scontano anch'esse gli inconvenienti nascenti dal metodo di innovare mantenendo in vita il telaio del sistema in vigore), dall'altro, viene notevolmente ampliata la platea degli istituti concorsuali con la introduzione nell'ordinamento degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 - *bis*) e del piano attestato di risanamento (art. 67, 3° co., lett. d), situati in una gamma di crescente de - giurisdizionalizzazione del settore.

Il "nuovo"concordato preventivo risulta di più agevole accesso per effetto della soppressione dei requisiti di natura personale di ammissibilità relativi alla iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese e della sua immunità da precedenti concorsuali e penali per determinate categorie di delitti di cui al vecchio testo dell'art. 160, 1° co. nn. 1, 2 e 3 l. fall. (il requisito della regolare tenuta della contabilità è sostituito dall'onere di produrre, assieme al ricorso ed alla documentazione di rito, la relazione di un professionista qualificato attestante la veridicità dei dati aziendali, oltre che la fattibilità del piano) e della modifica del presupposto oggettivo, qualificato come stato di crisi (che è concetto più ampio e comprensivo di quello di insolvenza descritto nell'art. 5 l. fall., anche se di difficile definizione in termini giuridici).[4]

Nello schema cui deve corrispondere la proposta del debitore risultano sostanzialmente eliminate le rigidità del sistema precedente, caratterizzato dalla ineludibile alternativa concordato con garanzia/concordato



con cessione dei beni[5] e dal necessario soddisfacimento dei creditori integralmente se privilegiati o in misura non inferiore al 40% se chirografari (oggetto di impegno nel concordato con garanzia e di fondata previsione di sufficienza degli esiti della liquidazione nell'altra fattispecie). Il nuovo regime introduce il principio di flessibilità del contenuto della proposta, come espressione di autonomia negoziale, e comporta la detipizzazione dell'istituto, entro il limite imposto dalla necessità di rispettare la inderogabile funzione di regolazione dei crediti.[6]

---

quadro di provvedimenti volti a favorire la competitività del sistema economico nella situazione risultante dal sempre più ampio e difficile confronto con altri sistemi nel mercato globale.

4. Al fine di superare i dubbi sorti in sede di prima applicazione (una tesi escludeva l'accesso al concordato dell'imprenditore in stato di insolvenza), il legislatore ha ritenuto sufficiente emanare una norma di interpretazione autentica limitandosi a precisare che per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza (art. 36 d. l. 30 dicembre 2005, n. 273 conv. l. 23 febbraio 2006, n. 51)

5. Non vi sono più dubbi circa l'ammissibilità del concordato c. d. misto, in passato oggetto di contrastanti opinioni in dottrina e giurisprudenza, e non è più di attualità la problematica relativa alla possibilità che nel concordato garantito potesse essere lo stesso patrimonio del debitore a costituire la garanzia.

6. La nuova disposizione (art. 160, 1° co.) prevede che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori possano essere proposte attraverso qualsiasi forma, sicchè la elencazione che segue ha carattere meramente esemplificativo. In deroga al disposto dell'art. 1197 c. c. è consentito l'adempimento con mezzi diversi dal denaro; non è prescritta una percentuale minima di pagamento ai creditori;

Ad arricchire le potenzialità del "nuovo" concordato stanno la possibilità di attribuzione delle attività ad un assuntore, la facoltà di suddivisione dei creditori in classi (secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei) destinatarie di trattamenti differenziati, senza, però, che possa essere alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione, la possibilità che creditori privilegiati non vengano soddisfatti integralmente.[7]

La descritta pluralità di strumenti realizza una vasta gamma di combinazioni tra le quali il debitore può individuare la soluzione che egli ritiene più adeguata alla situazione della sua impresa, per farne oggetto della proposta e del piano da sottoporre alla valutazione dei creditori.

Preme evidenziare come il mutato assetto dell'istituto, quale risulta dalle innovazioni sopra riferite, abbia evidenti ricadute positive sulla funzione di conservazione dell'impresa (esaltata nella fisionomia dell'istituto a seguito della soppressione dell'amministrazione controllata) sia, in via generale, grazie alle disposizioni volte ad agevolare l'accesso alla procedura e a favorirne l'esito positivo sia, in via diretta, per effetto delle norme specificamente mirate alla prosecuzione dell'attività ad opera dello stesso imprenditore concordatario o di altro soggetto che subentri.

Il "decreto sviluppo"

In rapporto a tale riforma, la nuovissima normativa svolge un ruolo prezioso di completamento con carattere di tendenziale organicità: elimina lacune, scioglie dubbi interpretativi, regolamenta aspetti delle procedure da sempre ignorati dal legislatore, apporta innovazioni di grande rilievo pratico attese dagli operatori. L'intervento è frutto, oltre che della sensibile attenzione riservata alle problematiche proposte dalla situazione congiunturale dell'economia, di una lodevole considerazione degli approdi cui sono pervenute le dottrine giuridiche ed economiche in tema di crisi delle imprese, anche attraverso la puntuale traduzione in norme di diritto positivo di soluzioni elaborate in sede scientifica. Ma l'aspetto della normativa che preme mettere in particolare evidenza è la chiara scelta in favore della propensione verso la conservazione dell'impresa. Pienamente coerente con l'orientamento della riforma precedente è anche l'altra connotazione e cioè il *favor* delle soluzioni negoziali, con attenzione non limitata agli aspetti privatistici della loro disciplina, che, pur indipendente dalla prima, in quanto presidia anche le soluzioni liquidatorie, è pensata pure come funzionale al raggiungimento dell'obiettivo (principale) di conservazione.

Sono numerosi gli istituti e le procedure toccati dalla nuova riforma. Enumerare gli interventi più importanti dà un'idea della vastità dell'intervento[8] ma di alcu-

non è imposto un limite massimo temporale entro il quale la soddisfazione dei creditori deve avvenire; non è richiesta la prestazione di idonee garanzie. Si controverte in dottrina sulla ammissibilità di un concordato con cessione parziale dei beni e la tesi favorevole subordina la liceità alla condizione che i beni non ceduti vengano impiegati nella prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

7. Purchè il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato della liquidazione del bene o diritto sul quale cade la prelazione, avuto riguardo al valore di mercato dell'oggetto indicato nella relazione giurata di un professionista qualificato (art. 160, 2° co. l. fall.)

8. La revocatoria e le esenzioni, la decorrenza del periodo sospetto, la consecuzione delle procedure, il contenuto delle attestazioni, la indipendenza dell'attestatore e la sua responsabilità penale; in particolare per quanto riguarda il concordato preventivo: la domanda di concordato c.d. in bianco, la indicazione nel piano delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, il regime degli atti nella fase anteriore alla ammissione, la disciplina dei rapporti pendenti, la valutazione del silenzio dei creditori nel periodo di venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza, la possibilità di modifica del voto in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del concordato, l'estensione dell'ambito dei crediti da nuova finanza che possono fruire del trattamento di pre - deduzione, la facoltà per i creditori dissenzienti che rappresentano almeno il venti per cento dei crediti ammessi di proporre opposizione alla omologa per contestare la convenienza della proposta nelle procedure in cui non sono state formate classi, la disciplina della nuova figura del concordato con continuità aziendale volta ad eliminare impedimenti alla prosecuzione dei contratti in corso anche attraverso la possibilità di pagare i creditori c.d. strategici anteriori, ed alla partecipazione, a determinate condizioni, a procedure di assegnazione di contratti pubblici; con riguardo agli accordi di ristrutturazione: il trattamento dei creditori estranei, il riconoscimento della pre deduzione ai crediti nascenti da finanziamenti autorizzati dal tribunale nella fase anteriore alla omologa, l'autorizzazione del tribunale a pagare crediti anteriori ove ricorrano le condizioni prescritte in tema di concordato con continuità aziendale; la saldatura degli effetti protettivi del pre accordo con quelli della domanda di concordato presentata in luogo del deposito dell'accordo nel termine fissato dal tribunale; inoltre: la sospensione delle norme codicistiche in tema di conservazione del capitale sociale, l'estensione alle operazioni ed ai pagamenti autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 *quinquies* della esenzione dai reati di bancarotta, le modifiche a norme del TUIR in tema di sopravvenienze attive e di perdite su crediti.

ne innovazioni balza evidente già in sede di prima lettura la "qualità" per il loro forte impatto sul sistema.

La novità che ha incontrato il più immediato ed ampio successo presso gli operatori[9] è la disposizione di cui al sesto comma dell'art. 161 l. fall. La norma consente il deposito della domanda di concordato (soggetta a pubblicazione nel registro delle imprese entro il giorno successivo a cura della cancelleria) con riserva di produrre la proposta, il piano e la documentazione di rito (entro un termine da fissarsi dal giudice tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni)[10] con il solo onere di allegare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e con preclusione (sanzionata con la inammissibilità della domanda) a carico di chi nel biennio precedente ha presentato analoga domanda non seguita dall'ammissione alla procedura o dalla omologa di accordo di ristrutturazione. La scarna disciplina della fattispecie prevede che il ricorrente, nel termine fissatogli, possa presentare, in alternativa, domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione a norma del primo comma dell'art. 182 *bis*, fruendo della conservazione degli effetti prodotti dal ricorso sino alla omologa. In caso di infruttuoso decorso del termine, al provvedimento di inammissibilità potrà seguire l' apertura della fase pre - fallimentare, secondo dispongono i richiamati commi secondo e terzo dell'art. 162. Con il decreto di fissazione del termine il tribunale prescrive al ricorrente obblighi informativi periodici, relativi anche alla gestione finanziaria dell'impresa, da osservarsi sino alla scadenza del termine e per la cui violazione è prevista l'applicazione dei già richiamati commi dell'art. 162.

Gli effetti della domanda per il debitore. La nuova finanza

La presentazione della domanda produce innanzi tutto gli effetti per il debitore disciplinati nelle disposizioni di nuovo conio di cui al settimo comma dell'art. 161. La fase tra la presentazione del ricorso ed il provvedimento del tribunale non era oggetto di disciplina

9. I primi ricorsi risultano presentati a poche ore dalla data di inizio dell'efficacia della nuova normativa e si contano ormai a decine.

10. Nel caso di pendenza di procedimento per dichiarazione di fallimento il termine è di sessanta giorni prorogabili di non oltre sessanta giorni in presenza di giustificati motivi.

positiva e costituiva uno dei punti di criticità dell'istituto. Con le nuove norme si dispone che il debitore possa continuare a compiere autonomamente gli atti di ordinaria amministrazione (fermi gli obblighi informativi); ma di quelli eccedenti la ordinaria amministrazione è consentito il compimento solo se urgenti e previa autorizzazione del tribunale (per l'esercizio di tale potere possono essere richieste sommarie informazioni). I crediti sorti in tale periodo fruiscono del trattamento di pre - deduzione se originati da atti legalmente compiuti e funzionali alla procedura. A queste stesse condizioni atti pagamenti e garanzie sono esentati dall'azione revocatoria in virtù della disposizione aggiunta nella lettera e) del terzo comma dell'art. 67. Il trattamento di pre deduzione e la esenzione sopravvivono anche in caso di pronuncia di inammissibilità della domanda.

Produce, poi, gli effetti di cui all'art. 182 *quinquies*, co. 1°, 2° e 3° in tema di finanziamenti necessari per affrontare il fabbisogno dell'impresa sino alla omologazione, quale che sia il tipo di concordato: è prevista la facoltà per il debitore di contrarre finanziamenti pre - deducibili, anche individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative, e concedere pegno o ipoteca a garanzia, previa autorizzazione del tribunale e a condizione che un professionista qualificato attesti la funzionalità dell'operazione alla migliore soddisfazione dei creditori.[11] La nuova norma non contiene previsioni relative a finanziamenti effettuati dai soci. Si ritiene che la lacuna debba essere colmata estendendo alla fattispecie la disciplina dettata per i finanziamenti "funzionali" e per quelli "esecutivi".

La materia della c.d. nuova finanza merita una digressione per la sua importanza e la disorganicità della disciplina sparsa in disposizioni relative alle varie fasi della procedura. Alle norme testè riportate si aggiungono quelle di cui all'art. 182 *quater*, co. 2°, 3° e ultimo concernenti i finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda e quelle di cui al 1° (e 3°) comma dello stesso articolo relative ai finanziamenti della fase esecutiva. Tali disposizioni, nella versione originaria (d.l. n. 78/2010 conv. l. n. 122/2010) accordarono il trattamento di pre - deduzione ai crediti nascenti dagli apporti di "nuova finanza" effettuati da parte di banche ed intermediari finanziari e, in deroga agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c. c. e nel limite dell'80%, da parte dei soci nella fase di esecuzione del concordato preventivo (e degli accordi); inoltre "parificarono" ai predetti crediti prededucibili quelli derivanti dai finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari (non anche da soci) nella fase di accesso "in funzione della presentazione della domanda" di ammissione al concordato (e di omologa degli accordi) alla duplice condizione che i finanziamenti fossero previsti nel piano concordatario (o negli accordi) e che il Tribunale disponesse la pre - deduzione nel decreto di omologa del concordato (o degli accordi)[12]. Con il nuovo art. 217 *bis* fu disposta la esenzione dai reati di bancarotta con riferimento ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo (oltre che degli accordi e del piano attestato di risanamento).

Nel "decreto sviluppo" tale misura di incentivazione del ricorso alle soluzioni concordate risulta ora confermata con rilevanti modifiche.[13] Viene soppressa la limitazione soggettiva già contenuta nel primo comma dell'articolo sicchè le disposizioni agevolative sono applicabili a chiunque effettui i finanziamenti. Il beneficio della prededuzione viene esteso ai finanziamenti effettuati dai soci nella fase di accesso al concordato (e agli accordi di ristrutturazione) sempre nel limite dell'80 % del loro ammontare e ferma, s'intende, la duplice condizione che i finanziamenti siano previsti (o meglio, inclusi) nel piano concordatario (o nell'ac-

11. Con l'aggiunta dell'ultimo inciso nell'art. 217 *bis* la esenzione dai reati bancarotta viene estesa ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzate dal tribunale a norma dell'articolo in commento. Restano fuori dalla esenzione i finanziamenti funzionali anche se "confortati" dal provvedimento con il quale il tribunale riconosce la pre - deduzione.

12. Eguale trattamento venne attribuito ai compensi spettanti ai professionisti qualificati autori delle relazioni previste negli artt. 161, 3° co. e 182 *bis*, 1° co. alla condizione che la pre deduzione fosse espressamente disposta dal Tribunale nel provvedimento di ammissione al concordato o nel decreto di omologa degli accordi. I crediti dei finanziatori e dei professionisti venivano esclusi dal voto e dal calcolo delle maggioranze nel concordato e dal computo della percentuale dei crediti prevista dall'art. 182 *bis* 1° e 6° negli accordi.

13. L'innovativo utilizzo dello strumento della pre - deduzione (originariamente limitato, nella previsione di cui all'art. 111, 1° co. n. 1, alle spese di procedura ed ai debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se autorizzato) per accordare a crediti anteriori maggiori probabilità di soddisfacimento, il più delle volte al fine ulteriore di agevolare l'esito positivo della procedura, vide le prime realizzazioni legislative negli anni ottanta nella disciplina dell'amministrazione straordinaria. La giurisprudenza ne fece applicazione nel fallimento consecutivo a favore dei crediti sorti nella procedura di amministrazione controllata (e nel concordato preventivo, secondo un orientamento dei giudici di merito).

cordo) e che il tribunale disponga il trattamento stesso nel provvedimento di ammissione al concordato (o di omologa dell'accordo). Il nuovo testo del terzo comma dell'articolo aggiunge la condizione che il finanziatore abbia acquistato la qualità di socio in esecuzione del concordato (o dell'accordo). Viene confermata la esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze (e dal computo della percentuale dei crediti negli accordi) dei finanziatori anteriori anche se soci e viene soppressa la disposizione che accordava il beneficio della prededuzione al professionista attestatore.

A completare la disciplina con riguardo alle esigenze legate al fabbisogno finanziario dell'impresa nella fase intermedia tra l'accesso e la omologazione provvedono, come si è detto, le nuove norme di cui all'art. 182 *quinquies*, 1°, 2° e 3° co.[14]

E' opinione quasi unanime dei commentatori che la pre - deduzione che assiste i crediti dei finanziatori nelle varie fattispecie sopra elencate operi sia nel concordato e negli accordi sia nell'eventuale fallimento consecutivo.

Altri effetti conseguono in tema di pagamenti di crediti anteriori per prestazione di beni o servizi (art. 182 *quinquies*, 4° co.) se si tratta di concordato con continuità aziendale secondo la definizione contenuta nel primo comma dell'art. 186 *bis*. La nozione fornita da tale norma si basa sulla previsione, contenuta nel piano concordatario, di prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione o il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione. La facoltà di pagamento di creditori anteriori è subordinata alla autorizzazione del tribunale ed alla condizione che vi sia attestazione, proveniente da professionista qualificato, che le prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione non è necessaria (ma l'autorizzazione sì) ove affluiscano nuove risorse senza obbligo di restituzione o con obbligo postergato per pagamenti sino a concorrenza delle stesse. In proposito viene prospettata la difficoltà di coordinamento tra le norme citate, dato che nell'art. 186 *bis* si fa riferimento alle previsioni del piano, si precisano i contenuti specifici del piano stesso (ed inoltre si richiede una ulteriore relazione attestante la funzionalità della prosecuzione dell'attività di impresa alla migliore soddisfazione dei creditori) mentre la domanda prenotativa è, per definizione, priva di piano. Poichè la norma del citato quarto comma dell'art. 182 *quinquies* dispone espressamente l'applicabilità anche in caso di domanda presentata a norma dell'art. 161 sesto comma, si deve ritenere preferibile l'opzione interpretativa secondo cui il debitore che richiede l'autorizzazione ad eseguire pagamenti di debiti anteriori debba anticipare la redazione della parte del piano relativa alla prosecuzione dell'attività di impresa (rispettando le prescrizioni di cui al 2° comma dell'art. 182 *quinquies*) a quella che sarebbe una *interpretatio abrogans* dell'inciso relativo al richiamo del citato sesto comma dell'art. 161 e che comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina, in particolare, del pre - accordo di cui all'art. 182 *bis*, 6° co.

Altro effetto è quello previsto nell'art. 182 *sexies* in tema di sospensione dell'osservanza delle regole societarie sulla conservazione del capitale sociale. La nuova norma dispone che dalla data del deposito della domanda di concordato, anche con riserva, e sino alla omologazione non si applicano le disposizioni in tema di riduzione del capitale sociale per perdite e di riduzione del capitale stesso al di sotto del limite legale nelle società per azioni (artt. 2446, 2° e 3° co. e 2447 cod. civ.) e nelle società a responsabilità limitata (artt. 2482 *bis*, 4°, 5° e 6° co. e 2482 *ter* cod. civ.) e non opera la causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale nelle stesse società (artt. 2484, n. 4 e 2545 *duodecies* cod. civ.) restando ferma per il periodo anteriore l'applicazione dell'art. 2486 cod. civ. sui poteri degli amministratori di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio dal momento in cui si verifica una causa di scioglimento. La sospensione cessa non soltanto in coincidenza con l'esito fisiologico della omologazione ma anche, com'è ovvio, nei casi di rigetto della domanda di omologa, di pronuncia di inammissibilità della proposta di concordato, di cessazione della procedura a sensi degli artt. 173 e 179.[15]

Gli effetti per i creditori e sui rapporti pendenti.

La pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese produce gli effetti per i creditori di cui alle disposizioni recate dall'art. 168, comprendenti, nel nuovo testo, oltre alla estensione del divieto alle misure cautelari, la inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipo-

14. Disposizione concorrente si trova, poi, nell'immutato testo dell'art. 167 che, al secondo comma, prevede, tra l'altro, la possibilità per il debitore ammesso al concordato di contrarre mutui previa autorizzazione del giudice delegato.

15. L'effetto sospensivo opera anche negli accordi di ristrutturazione.

teche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione; da tale stessa data la norma di cui al secondo comma aggiunto all'art. 69 *bis* fa decorrere, a ritroso, il computo dei termini previsti negli artt. 64, 65, 67,1° e 2° co. e 69 in caso di fallimento consecutivo alla domanda di concordato. Con quest'ultima disposizione acquista pieno diritto di cittadinanza il principio di consecuzione delle procedure concorsuali, sorto nel contesto del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali. La domanda prenotativa può determinare altresì effetti sui rapporti pendenti alla data di presentazione, in base alla disciplina *ex novo* introdotta con l'art. 169 *bis*, ove il ricorrente chieda al tribunale, già in tale atto, autorizzazione allo scioglimento e/o alla sospensione di uno o più contratti.[16]
Il testo dell'art. 169, che fa riferimento alla presentazione della domanda del concordato senza altre specificazioni, e la *ratio* della norma consentono di ritenere che l'applicazione delle disposizioni ivi richiamate si verifichi nella data di deposito del ricorso contenente il nuovo tipo di domanda.[17] La mancata ammissione al concordato comporta la caducazione, *ex tunc*, degli effetti della domanda, eccezion fatta per quelli originati da atti legalmente compiuti.

Luci ed ombre della innovazione.

Le ragioni che sorreggono l'introduzione nella disciplina del concordato del nuovo istituto vengono indicate nella esigenza di anticiparne gli effetti protettivi a copertura di un periodo (verosimilmente necessario per la elaborazione di un piano e di una proposta) nel quale è frequente l'adozione da parte di creditori di iniziative individuali di aggressione al patrimonio del debitore [18] e contemporaneamente aprire una fase di osservazione dell'impresa nella quale (almeno secondo il modello ispiratore) un ruolo importante è affidato al giudice.
Sin dai primi commenti le valutazioni positive dell'esperimento (apprezzato anche, sotto il profilo sistematico, per la valorizzazione dell'approdo dottrinale che distingue domanda, piano e proposta) non nascondono le perplessità nascenti principalmente dall'uso strumentale che può essere fatto della nuova possibilità per perseguire fini estranei rispetto alla soluzione concordata della crisi, come, ad esempio, prendere tempo in attesa di momenti migliori, particolarmente in caso di pendenza di procedimenti per dichiarazione di fallimento, o per tentare di sottrarsi alla dichiarazione di fallimento per effetto del decorso del termine di cui all'art. 10.
Delle numerose problematiche applicative che vengono affrontate già nei primi commenti si segnalano le principali.
L'onere di deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi ha fatto sorgere il dubbio che il nuovo istituto possa essere utilizzato soltanto dalle società. Ma il dato letterale non giustifica una interpretazione restrittiva, che, irragionevolmente, penalizzerebbe gli imprenditori individuali poichè appare rispettoso del-

16. L'assenza di disposizioni in tema di rapporti pendenti nel concordato preventivo ha fatto sorgere il problema del regime applicabile. Com'é noto, sono state proposte la soluzione dell'estensione del regime fallimentare, quella della obbligatoria prosecuzione e quella della possibilità di scioglimento su autorizzazione del giudice come atto eccedente l'ordinaria amministrazione. La nuova norma persegue un ragionevole contemperamento degli interessi in conflitto (quello del debitore a non dover dare esecuzione a rapporti incompatibili con gli obiettivi del piano concordatario; quello del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione e quello del ceto creditorio ad evitare l'aggravio dei costi della prosecuzione) disponendo l'intervento tutorio del giudice sulla iniziativa del debitore e l'attribuzione al contraente del diritto ad un equo indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento come credito anteriore e, quindi, soggetto al concorso. E' altresì disposta la esclusione dalla facoltà di scioglimento della clausola compromissoria e la inapplicabilità del nuovo regime ai rapporti di lavoro subordinato, ai contratti preliminari di vendita trascritti aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo destinati ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado o (In base al nuovo testo dell'art. 72, 8° co.) immobili ad uso non abitativo destinati a sede principale dell'attività di impresa, ai contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare a norma degli artt.2447 *bis,* 1° co. lett. b) cod. civ. e 72 *ter* l. fall. ed al contratto di locazione di immobili stipulato dal debitore come locatore (art. 80, 1° co. l. fall.)
17. Nell'applicazione delle disposizioni richiamate (artt. 45 e da 55 a 63) la data di deposito della domanda prenotativa s'intende sostituita a quella della dichiarazione di fallimento indicata come momento rilevante ai fini di quanto disposto nelle norme stesse.

18. L'esigenza di potenziare l'*automatic stay* a favore dell'impresa in crisi che si accinge ad accedere a strumenti di composizione concordata era già stata recepita dal legislatore con la introduzione nella normativa riguardante gli accordi di ristrutturazione delle misure connesse al c.d. pre - accordo. Si osserva, peraltro, che il ricorso a quest'ultimo istituto risulta ora disincentivato, apparendo preferibile l'utilizzo del nuovo strumento della domanda prenotativa, che determina direttamente gli effetti protettivi e non preclude la via dell'accordo. Per altro verso, motivo di preferenza per il pre - accordo può essere quello di poter seguire il percorso inverso e disporre di maggior tempo, sfruttando i termini previsti nelle discipline dei due istituti, per operazioni e scelte da compiere prima della apertura del concordato.

la *ratio* della prescrizione ritenere soddisfatto l'onere in questione attraverso la produzione degli inventari che devono essere redatti da tutti gli imprenditori ai quali sono dirette le disposizioni contenute nell'art. 2117 c.c.[19]

Quanto al raccordo (non disciplinato dalle nuove norme) tra la domanda ed i ricorsi per dichiarazione di fallimento la tesi prevalente ritiene che si debba provvedere alla riunione dei fascicoli e procedere in via pregiudiziale all'esame della domanda concordataria, salva la possibilità di rigetto dei ricorsi a norma dell'art. 22, 1° co. richiamato nell'ultimo comma dell'art. 161.[20] Il coordinamento con la disposizione (art. 181 cit.) che fissa per la durata massima della procedura il termine semestrale decorrente "dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161" sembra debba essere operato nel senso che la decorrenza del termine coincida con lo scioglimento della riserva contenuta nella domanda. Con riguardo alla imposizione di obblighi informativi si discute se la stessa riguardi tutte le procedure o solo quelle in cui aspetti particolari la rendono necessaria.[21]

Sotto altro profilo e in maniera ancor più puntuale, si osserva che una domanda che si limiti all'esiguo contenuto minimo richiesto per corrispondere al modello legale presenta un *deficit* informativo tale da impedire al giudice ed ai creditori una seria valutazione sulle prospettive di soluzione della crisi, mancando ogni elemento di conoscenza sui futuri assetti del piano e della proposta in un contesto comprendente la evenienza, peraltro fisiologica, che venga percorsa la strada degli accordi in luogo di quella del concordato. Dottrina e prassi, in attesa delle pronunce giurisprudenziali, si fanno carico di adottare correttivi e di configurare un percorso virtuoso nell'utilizzo concreto della nuova opportunità.[22] In premessa si evidenzia la necessità che vengano adempiuti gli oneri prescritti in via generale per l'accesso alla procedura e relativi alla giustificazione dei poteri di chi presenta il ricorso, alla competenza del giudice adito, alla sussistenza dei presupposti soggettivo ed oggettivo del procedimento nonché quello, nuovo, nascente dalla previsione di inammissibilità a carico di chi nel biennio precedente abbia presentato analoga domanda con esito infruttuoso.

La disamina della normativa nel suo complesso, peraltro, suggerisce numerosi spunti per ravvisare l'esistenza di ulteriori oneri informativi a carico del ricorrente. E' nel suo stesso interesse fornire al tribunale elementi per la determinazione dell'ampiezza del termine e della eventuale proroga; in maniera ancor più incisiva ed approfondita egli deve informare sui futuri contenuti del piano e della proposta quando richieda al tribunale i provvedimenti tutori previsti in tema di compimento di atti eccedenti la ordinaria amministrazione, di accesso a finanziamenti, di scioglimento o sospensione di rapporti pendenti, di pagamento di crediti anteriori (nel concordato con continuità aziendale).

Ottobre 2012

19. Analoga problematica si pose nella interpretazione della norma posta con l'art. 1 della c.d. legge - Prodi con riferimento al requisito della esposizione debitoria qualificata superiore, oltre che al limite numerico, a cinque volte al capitale sociale versato e "risultante dall'ultimo bilancio approvato" e che venne risolta ritenendo la equipollenza al bilancio dell'inventario previsto nell'art. 2217 c.c. e così consentendo la sottoposizione alla procedura dell'imprenditore individuale.

20. Ci si chiede anche quale effetto possa avere la presentazione della domanda sul decorso del termine annuale di cui al citato art. 10.

21. Secondo le istruzioni operative indicate dal Tribunale di Milano l'imposizione degli obblighi in questione dovrebbe essere limitata alle procedure di grande rilievo, a quelle in cui vengono richieste al tribunale le autorizzazioni previste nella fase di pendenza della domanda, a quelle in cui il debitore non sia stato in precedenza sentito su ricorsi per dichiarazione di fallimento fornendo informazioni sulla sua situazione patrimoniale e finanziaria, ai concordati con continuità aziendale.

22. Un accorgimento volto a contenere l'uso meramente dilatorio del nuovo istituto, evidentemente già praticato in misura rilevante, è quello di prescrivere a pena di inammissibilità della domanda il patrocinio di avvocato.

L'Arena.it

Ai Top Legal Awards 2012 finalisti tre studi veronesi

PROFESSIONI. Sono Gazzani, Lambertini&Associati e Mercanti-Dorio
Brillano nella sezione Pmi in quella dei migliori studi dell'anno del Nord. Premio meramente simbolico

01/11/2012

– A +

Tra i finalisti del Top Legal Awards 2012, premio dedicato ai numeri uno del mercato dei servizi legali in Italia, bandito dalla rivista Top Legal (primo mensile italiano del mercato legale) in collaborazione con il Gruppo Sole 24 ore, si schierano anche tre studi professionali veronesi: Studio Gazzani, Studio Lambertini&Associati e Studio Mercanti Dorio. «Gli Awards rappresentano il coronamento di un anno di lavoro, non solo per gli avvocati ma anche per noi» scrive la redazione della rivista milanese, «in 12 mesi abbiamo messo sotto la lente l'attività, le dinamiche, le problematiche di un'intera categoria» Nell'ambito della tradizionale suddivisione in Premi individuali, di Studio e di Settore, la sesta edizione del Top Legal Awards prevede tre nuovi premi per lo «Studio dell'anno» (Pmi, Inovazione e Best place to work) diretti a «valorizzare temi individuati come cruciali nello scenario degli ultimi dodici mesi». Al titolo di «Studio dell'anno Pmi», assegnato alla realtà meglio dotata di strutture e competenze per seguire le piccole e medie imprese, insieme ad altri otto finalisti concorre lo Studio Gazzani di Verona, associazione professionale di dottori commercialisti ed esperti contabili nata nel 1955 «sempre presente e vicino alle Pmi» spiega Massimo Gazzani. Oltre alla sede cittadina lo studio è presente a Isola della Scala, a Milano e a breve anche a Roma. Attualmente i professionisti coinvolti sono 18, «attivi nei vari e principali settori dell'economia italiana, con un interesse particolare all'internazionalizzazione, tramite Gmn International, associazione di studi legalmente indipendente tra le prime 20 al mondo, del quale lo Studio Gazzani è unico e valido rappresentante in Italia». La nomination al Top Legal Awards «è frutto di molti anni di attività professionale sempre ad alto livello». Doppia nominations per lo studio legale Lambertini & Associati (22 professionisti di cui 5 associati, distribuiti nelle sedi di Verona, Vicenza, Milano e Roma) in lizza sia per il riconoscimento come migliore «Studio dell'anno del Nord», per il quale è in finale anche lo studio scaligero Mercanti Dorio, sia per la categoria Pmi. «Stiamo per aprire una sede anche Venezia» rivela l'avvocato Lamberto Lambertini, alla guida l'omonimo studio che spiega la propria candidatura in virtù «delle importanti operazioni compiute per la cessione di marchi di azienda, come Lumberjack, e le ristrutturazioni di debiti di rilevanti società». Gli Awards, di natura meramente simbolica, saranno consegnati al primo classificato di ciascuna categoria durante la serata di premiazione che si terrà a Milano il 19 novembre. A decretare i vincitori una giuria composta da professionisti di spicco del mondo aziendale e finanziario italiano.F.S.

CARLOTTA PREVE

New York - Vicenza biglietto di sola andata dalla 38esima a Contra' Porti 24

Quando mi hanno detto che ci saremmo dovuti trasferire da New York a Vicenza ho pensato – seriamente – che si trattasse di uno scherzo. Effettivamente era fine ottobre, avevo appena finito di avvolgere la mia casetta di Brooklyn di ragnatele bianche, scheletri sostituivano le bandiere a stelle e strisce nei giardini dei vicini e davanti alle porte enormi zucche illuminate sorridevano compiaciute: ho quindi subito pensato ad uno spaventoso e ben riuscito scherzo di Halloween! Ebbene. *There was no trick or treat*.

Ed ora eccomi qua, da ben quattro mesi approdata a Vicenza, catapultata dalla città *that never sleeps* ad un'altra che non dorme mai ma per via delle campane (suonano sempre, senza sosta, a tutte le ore del giorno, talvolta anche ad orari diversi, intonando *jingles* a me sconosciuti). Dalla *Big Apple* alla Città del Palladio con un biglietto di sola andata in mano.

Non prendo più la linea F direzione Manhattan, non scorgo la statua della libertà dal vagone della *subway*, non siedo accanto a un *hipster* impegnato a sfogliare le pagine del suo *e-book*, non sento il musicista jazz che strimpella alle 7,30 del mattino, non raccolgo il *Village Voice* all'angolo della 38esima, non mi cambio più le scarpe in ascensore.

Ora vivo in San Biagio Street e tutti i giorni vado in studio a piedi, a mezzo blocco di distanza, in Porti Avenue. Al bar si parla dialetto, mi chiedono già se voglio il solito (che nonostante le circostanze non è ancora "corretto" – lo giuro) e rispondo imbarazzata alle domande di persone stupefatte dalla tranquillità con cui vivo questo cambiamento! Effettivamente il mio spirito di adattamento mi ha davvero colpito, parafrasando una canzone di Billy Joel *"Now I'm in a Vicenza State of Mind"* e con mia grande sorpresa riesco già a ordinare con scioltezza dei *bigoi all'arna* al ristorante (senza chiedere il menu in inglese per capire se l'*arna* sia un pesce o un formaggio) e chiedere una teglia di pasticcio quando voglio delle lasagne, ho addirittura capito che *toso* non è solo il presente del verbo tosare, che i cicchetti non sono degli *shots* che i vecchietti si fanno al bar e che *Ghè Xe* non è un motto tailandese.

Ma andiamo con ordine. Tutto è incominciato una sera di novembre del 2008 quando mi comunicano la mia ammissione al Master in Law (LL.M) presso la Cardozo University, Law School della Yeshiva University di New York. Di lì a pochi mesi da Torino mi trasferisco a vivere a Manhattan, ricomincio a frequentare le lezioni all'università, scopro che gli appunti non si prendono più a mano ma sul *notebook*, che Benjamin Cardozo non è un benefattore messicano immigrato negli USA, bensì un grandissimo giudice, filosofo e primo ebreo a essere nominato nella Court of Appeals di New York. Inizio così una delle esperienze più entusiasmanti e formative della mia vita.

Il salto culturale è stato immediato: dalla prima lezione di *Security Regulations* mi sono resa conto che il metodo socratico era ben lontano dalle mie esperienze educative precedenti. E che dire dei *papers* da consegnare ogni settimana nei quali non si poteva superare il limite delle 500 battute. Un vero e proprio incubo vista l'idiosincrasia per la sintesi che connota il nostro mestiere. Il colpo finale alle mie certezze è avvenuto quando ho sostenuto il Bar Exam nello Stato di New York: i trequarti delle prove erano a risposte multiple tipo Edipeo Enciclopedico della Settimana Enigmistica. All'esame mi sono presentata non con il mitico *trolley* d'ordinanza bensì con un cronometro da centometrista.

Sicuramente uno dei momenti più emozionanti di questi ultimi tre anni e mezzo è stato il giorno della *Swearing-in Cerimony* nella First Appellate Division di New York dove la stessa giudice Sonia Sotomayor, prima donna Latina alla Corte Suprema, ha iniziato la sua carriera. (Magari) io non avrò mai modo di arrivare alla Supreme Court ma per un minuto mi sono sentita a metà strada tra Ally Mcbeal (celebre avvocato nella omonima serie tv americana) e Judge Judy (versione US del mitico Giudice Santi Licheri). Seduta tra un

wasp e un ragazza avvolta nel suo splendido sahari colorato ho finalmente capito la profondità e la forza dell'*American dream*.

Finita la fase studente (lo so, leggermente *overage*), mi sono cimentata nel "meraviglioso" mondo del *job hunting*! Nonostante ci siano regole ben precise da rispettare, decine di saggi scritti sull'argomento, manuali *for dummies* e interi corsi universitari sul tema, nessuno ti spiega mai abbastanza quanto sia in realtà difficile sopravvivere nella giungla di un sistema basato esclusivamente sul *net working*. New York è una città che va sempre di corsa. E vi assicuro che non si tratta di una semplice diceria, la parola d'ordine è non perdere mai tempo. Mi è capitato di fare un colloquio con un avvocato che effettivamente di tempo da "sprecare" con me non ne aveva molto. Il colloquio è stato sicuramente uno dei più informali della mia vita: nella *lady's room*. Potete capire che entrata a Palazzo Canossa gli affreschi e gli stucchi della sala riunioni mi sono sembrati – molto – rassicuranti.

Nonostante a Vicenza non mi stiano facendo rimpiangere per nulla quanto ho lasciato (complice forse una nuova ed autentica passione per lo spritz – altro che *cosmo'*), del mio lavoro a New York mi mancheranno però sempre: i due colleghi gemelli omozigoti che per una settimana ho ripetutamente scambiato uno per l'altro tra le risate generali dello studio (l'umorismo degli avvocati è il medesimo in tutto il mondo), i *sandwich* a colazione a Bryant Park a piedi nudi sul prato, il mitico *Blu Book* sulla scrivania, i miei primi clienti – due cugini Yiddish che sembravano usciti da un film di Mell Brooks, i vestiti macchiati e le ustioni alle labbra prima di imparare a bere un *large coffee to go* camminando verso l'ufficio senza rovesciarmene più della metà addosso, lo stupore nel scoprire che le cancellerie sono polverose e disorganizzate in tutto il mondo, il mio capo che arriva in studio in Harley Davidson con i *bikers* sotto il vestito di sartoria e la vista mozzafiato sull'Hudson River al tramonto.

Scrivere questo testo è stata una bella occasione per fermarmi e organizzare i miei pensieri e le mie emozioni di fronte ad un cambiamento non solo logistico, ma anche professionale e personale. Nonostante le note di colore, nella realtà dei fatti devo ammettere che

con l'eccezione dello *skyline*, tra la 38esima e Contrà Porti 24 di differenze non ce ne sono poi tante. L'interesse dei nostri assistiti è sempre al primo posto, l'impegno e l'etica a qualsiasi latitudine restano i veri *drive*, la collaborazione e il confronto tra colleghi imprescindibile forza per uno studio legale.
Si dice comunque che non sei un vero Newyorker a meno di non aver litigato almeno una volta per un taxi, di non aver pianto in *subway*, di non aver ucciso uno scarfaggio con le tue mani e di non aver visto Woody Allen per la strada. Ho fatto in tempo a fare solo tre di queste cose e lascio a voi indovinare quella che ancora mi manca. Questo però vuol forse dire che un biglietto di ritorno un giorno lo prenderò.

MAGISTRATURE : L'INDÉPENDANCE EN QUESTION
DROIT COMPARÉ : FRANCE - ITALIE

Revue juridique des Barreaux

de Chartres, des Hauts-de-Seine, de Seine-Saint-Denis, du Val-de-Marne, du Val-d'Oise, de Versailles et de la Chambre des Avoués près la Cour d'Appel de Versailles avec le concours des Barreaux de Lille, Lyon, Marseille et Toulouse

DALLOZ

Février-Juin 1999 N° 55-56 - 250 F

L'ÉVOLUTION DES RELATIONS ENTRE AVOCATS ET MAGISTRATS EN ITALIE DEPUIS 1970

LES POUVOIRS ET LES SAVOIRS QUI CHANGENT

Lamberto LAMBERTINI

Président du Conseil de l'ordre des avocats de Vérone

1. Faire l'analyse des relations entre les deux figures principales de la justice signifie inévitablement opérer des choix drastiques et réduire à une univocité approximative des phénomènes sociaux particulièrement complexes et des parcours cognitifs qui sont souvent peu communs. Il s'ensuit un manque évident de qualité historique et une accentuation tout aussi évidente de la subjectivité des thèses exposées. Le tout n'est que partiellement atténué par le fait qu'une partie au moins des considérations constituent le patrimoine commun de la partie consciente de la profession d'avocat en Italie. Le fait que l'on puise dans des sources diversifiées et quantitativement importantes n'ajoute rien au contraire à une impossible prétention d'objectivité.

Parmi les conditions nécessaires que ces considérations tiennent pour sûres, il faut rappeler les suivantes :

L'appréciation sociale de l'activité de magistrat et de l'activité de l'avocat est très différente, pour ne pas dire opposée. Tandis que l'avocat supporte le soupçon de vendre sa propre logique au client le plus aisé, en embrassant sa cause, le magistrat est vu et est considéré comme étant un contre-pouvoir par rapport aux déviances du pouvoir et à la corruption politique et économique.

L'histoire des institutions judiciaires et des professions ne coïncide pas avec l'histoire d'un pays, même si le champ juridique joue un rôle déterminant dans le procès dans lequel on reproduit les phénomènes sociaux.

La formation professionnelle des avocats et des magistrats est radicalement différente, même si la base théorique s'est formée sur les mêmes bancs universitaires. La pratique judiciaire de l'avocat est (ou devrait être) accomplie à travers un rapport quotidien avec l'avocat plus âgé, qui transmet un savoir lié essentiellement à son expérience.

Le magistrat approfondit seul ou au sein des écoles privées les institutions de droit qui lui permettront de passer un concours difficile et sélectif et restera en contact avec son collègue plus âgé uniquement pendant les six mois de

« uditorato » (apprentissage en tant qu'auditeur), en étant appelé ensuite à administrer, même seul, la juridiction.

L'évolution professionnelle des deux figures est tout aussi différente. Le magistrat progresse selon une carrière automatique. L'avocat se mesure quotidiennement avec le marché et doit nécessairement évoluer, pour ne pas rester à l'écart.

Enfin, il ne faut pas négliger le fait que l'inamovibilité permet, au magistrat qui le désire, de rester indifférent aux suggestions de la communauté à laquelle il appartient. Le fait même que l'avocat soit exposé devant sa clientèle lui impose un rapport quotidien et un partage profond du climat culturel au sein duquel il évolue.

2. En entrant, maintenant dans le vif du sujet, il est opportun d'observer que la situation sociale et politique italiennes, de 1970 à aujourd'hui, a subi de profonds changements qui n'ont pas toujours été évolutifs.

Le réveil des consciences critiques, devenu à la fin des années 60 un véritable processus collectif, a atteint une bonne partie de ces hommes qui sont engagés dans l'application de la justice, en apportant avec eux des changements idéologiques radicaux : la cooptation de sujets de classes sociales différentes, l'attention sur des secteurs et des sujets oubliés auparavant.

La magistrature de l'après-guerre est, en grande partie, celle qui avait administré la justice au cours de la période fasciste et qui passait, sans aucune solution de continuité, dans le système démocratique et républicain.

Les difficultés d'interprétation et de mise en place de la nouvelle Constitution italienne sont le symptôme d'une idéologie réactionnaire liée à des privilèges de classe, à une culture bigote, et à l'impunité certaine des « puissants ».

Pendant cette période il est cependant difficile d'identifier une subjectivité dans la profession d'avocat, dispersée dans une infinie diversité d'entités individuelles.

Un auteur scandaleux pour l'époque (Troisi) parle d'une profession d'avocat de province, vilement et faussement déférente; il parle aussi de juges soucieux surtout de maintenir une vie paisible, d'éviter les problèmes, d'avancer dans une carrière scandée par des concours internes.

3. Vers la fin des années 60, la magistrature accueille les représentants des classes sociales modestes, qui se sentent détachés de ces intérêts, liés au privilège et qui avaient constitué le ciment pour définir les magistrats « gli ermellini da guardia » (Pellegrini).

Le « lien » entre les fils de la petite bourgeoisie de l'expansion économique et les fils du milieu traditionnel bureaucratique intellectuel fournira l'élément clé de la magistrature dans les décennies suivantes.

Ces magistrats sont reconnus pour leur capacité, en plus de leur dessein, à enquêter dans des secteurs jusqu'alors protégés par l'immunité reconnue au privilège économique.

Ainsi naissent les juges de première instance, définis péjorativement « juges d'assaut ». Les enquêtes s'orientent vers les financements illicites (des magnats du pétrole aux partis du Gouvernement), vers l'espionnage interne chez Fiat sur les opinions des employés; une manière différente d'aborder et de mener les enquêtes sur les délits de la mafia.

Ainsi naît et se développe un nouvel esprit protagoniste dans l'intervention judiciaire. L'objectif est celui d'imposer la légalité entendue comme « pouvoir des sans pouvoirs » (Havel) et étant donné que les politiciens semblent incapables d'assumer leur rôle, les juges se placent comme un « contre-pouvoir » indépendant de toute pression, poussés par un idéal voué à la réalisation de la justice substantielle.

4. Dans le même temps, la profession d'avocat – objet d'un processus semblable à celui des magistrats en ce qui concerne l'accès des milieux les plus modestes et les moins obséquieux dans ses rangs – passe de l'individualité à l'organisation de sa propre représentation.

En 1969, la Fédération des syndicats des avocats italiens se dote d'une charte de revendications qui a pour objet la participation des citoyens à l'administration de la justice : la demande de la certitude du droit, la nouvelle définition du rôle de l'avocat qui n'est plus considéré comme une élite ou un médiateur d'intérêts, mais comme un élément essentiel de la société, la juridiction comme un instrument de réglementation des conflits et de garantie du respect du principe de légalité.

L'avocat prend définitivement conscience de ne pas être une personne désintéressée et un défenseur honorifique, comme il est décrit dans les chroniques judiciaires du XIX^{e} siècle, mais bien au contraire d'être un sujet social capable d'interpréter la demande de justice voulue par le citoyen.

Les avocats font aussi des choix d'ordre idéologique et, au gré des réformes substantielles (Statut des travailleurs en 1970) et de procédures (nouveau Code de procédure du travail en 1973) s'engagent dans des secteurs du droit, comme par exemple celui des relations industrielles, secteurs qui jusqu'alors avaient été complètement oubliés.

5. Pendant ces années-là les magistrats et les avocats, souvent liés par les mêmes critères idéologiques, collaborent pour la réalisation du statut social (droit des travailleurs, des femmes, droit à l'instruction, sécurité sociale) et pour leur intrusion massive dans les sanctuaires de l'État (services secrets), dans la politique (Loge massone P2), dans l'économie (Calvi et le Banco Ambrosiano, le scandale Lockeed).

C'est une parenthèse qui ne dure pas longtemps : déjà dans la seconde moitié des années 70, les initiatives judiciaires à l'encontre de certains secteurs de la rébellion politique des jeunes créent des polémiques, des oppositions, des incompréhensions.

Le chemin parcouru ensemble se divise rapidement : les magistrats sont convaincus d'être les sujets qui peuvent, dans les moments de crise, se substituer aux pouvoirs défaillants de l'État. Ils le démontreront au cours de la lutte

_Ma chère amie, toutes mes sympathies sont pour les Italiens .

contre le terrorisme, en comptant dans leurs rangs, de nombreuses victimes, pour leur engagement actif et démocratique lié à la société.

Les avocats ne reculent pas devant leurs devoirs (le sacrifice de AMBROSOLI, administrateur judiciaire de la banque privée de SINDONA, assassiné sur ordre de SINDONA lui-même, est emblématique) mais ils luttent pour récupérer leur rôle de garants des droits du citoyen contre l'État, à travers l'expression de nouveaux éléments de subjectivité au cours du procès (associations en faveur de l'environnement, groupements féministes et associations qui veulent se constituer partie civile dans les procès pénaux).

Au cours de ces années, le débat sur le *« garantismo »* est emblématique; face à une législation lourde pour la solution de problèmes graves, les avocats et les magistrats s'affrontent.

Jusqu'à la moitié des années 80, il sera même impossible de réunir au cours d'un congrès les magistrats et les avocats sur les thèmes principaux du droit pénal. Ils sont séparés les uns des autres par une interprétation opposée du rôle du magistrat dans les juridictions.

Cette situation se vérifiera 10 ans plus tard.

Le terrorisme ayant été vaincu, les années 80 marquent un tournant quant aux problèmes pointus de l'idéologie judiciaire; ceux-ci mettent en évidence une forte récupération des pouvoirs de l'État contre les enquêtes « qui dérangent » et bâillonnent une magistrature opiniâtre et vivace.

Ce sont également des années peu intense pour la profession d'avocat, qui consolide ses représentations associatives, mais qui n'est pas en mesure d'opposer sa propre représentativité politique ni d'avoir une capacité en matière de propositions afin de résoudre les graves problèmes d'une justice civile bloquée et d'une justice pénale en difficulté.

Des associations d'avocats pénalistes se développent pendant ces années-là et elles connaîtront un élan plus soutenu dans les années qui suivront.

6. Le début des années 90 est caractérisé par le phénomène judiciaire appelé « Mains Propres » et par la perte du rôle de l'avocat dans les procès pénaux basés sur la détention préventive comme moyen de pression pour les aveux judiciaires et sur la conciliation. Pendant ces années, la profession d'avocat parvient à se doter d'un organe de représentation unitaire, alternatif à l'organe institutionnel; il aura aussi une incidence sur certaines réformes en matière de procès.

7. Dans le même temps, la magistrature atteint son niveau le plus élevé en matière de popularité : le pool de magistrats de Milan et le moins compétent d'entre eux (DI PIETRO) deviennent de véritables personnages médiatiques : leurs idées sont suivies, ils rejettent les lois, ils traitent sur un même pied d'égalité avec le pouvoir législatif et politique.

C'est à cette époque que le procès a lieu dans la première phase d'instruction et que le débat est déplacé sur les journaux, qui parfois se limitent à reproduire des photocopies du Parquet chargé de l'enquête.

On ne parlera jamais assez du Procureur de Tortona, qui a falsifié les procès-verbaux de l'interrogatoire de certains inculpés pour homicide volontaire dans l'affaire des jets de cailloux sur l'autoroute, dans le but de démontrer aux médias ses capacités.

Sans la télévision et la première page des journaux, le procès n'existerait pas : le défenseur aussi n'existerait pas et l'inculpé serait déjà condamné.

Dans une telle situation, les avocats et les magistrats s'affrontent sans jamais ouvrir un véritable débat sur les différentes idéologies en matière de procès : les congrès sont organisés de sorte que les deux protagonistes ne parviennent pas à se rencontrer.

8. La séparation des carrières du ministère public de celles du juge (mot d'ordre de l'association « Magistrature démocratique » jusqu'à ces dernières années) devient un sujet d'affrontement, parmi ceux qui craignent la soumission du « PM » au pouvoir politique et ceux qui considèrent comme étant intolérable l'échange de compétence entre l'accusation et le juge tiers.

On a assisté en Italie, à propos du thème de la séparation des carrières, à une confrontation politique entre le chef de l'opposition, inculpé dans de nombreux procès pénals et la majorité en place. Le chef de l'opposition a atténué son comportement parlementaire en échange de son engagement personnel pour la réforme de la charte constitutionnelle sur le thème de la justice.

9. Cette situation ne semble pas, toutefois, empêcher une nouvelle confrontation entre les avocats et les magistrats; il s'est créé, dans de nombreuses réalités locales, une collaboration qui a porté à la création d'observateurs de la justice, qui ont pour but le contrôle de l'élément existant et l'intervention dans le déroulement concret des procès. Un désir diffus de nouvelles confrontations plus approfondies apparaît.

C'est dans ce sens que le préambule du nouveau Code déontologique doit être interprété, et que les avocats italiens ont adopté, on peut lire à cet effet :

« L'avocat exerce sa propre activité en toute liberté, autonomie et indépendance, pour sauvegarder les droits et les intérêts de la personne, en assurant la connaissance des lois et en contribuant de cette manière à la mise en place du système juridique pour les fins de la justice.

Dans l'exercice de sa fonction, l'avocat veille sur la conformité des lois aux principes de la Constitution, dans le respect de la convention pour la sauvegarde des droits de l'Homme et du système communautaire; il garantit le droit à la liberté et à la sécurité et l'inviolabilité de la défense; il assure la régularité du jugement et de la réplique (contraddittorio) ».

Avec cette déclaration de principes, l'avocat sort de son domaine limité aux dossiers individuels, pour récupérer un rôle central dans le procès et dans la société. Ce rôle qui a été réaffirmé constitue le premier pas essentiel pour soigner le malaise de la justice italienne.

Lamberto LAMBERTINI

BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

- Troisi, *Diario di un giudice,* Einaudi, 1995.
- Battaglia, *I giudici e la politica,* La Terza, 1962.
- Pellegrini, *Gli ermellini da guardia,* Savelli, 1973.
- Canosa-Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi,* Il Mulino, 1974.
- Cosi, *Il giurista perduto. Avvocati e identità professionale. Quaderni del notiziario forense,* Firenze, 1987.
- Giuliano Berti Arnoaldi Veli, *La storia della Fesapi,* Rassegna degli Avvocati Italiani, 1993-1998.
- A.A.V.V., *Storia d'Italia,* Annali. I Professionisti. Einaudi, 1996.
- Borgna-Cassano, *Il giudice e il principe,* Donzelli, 1997.

DANIELE MACCARRONE

Il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto

Relazione tenuta al Convegno svoltosi a Verona il 21 settembre 2012 in tema di Contratti pubblici organizzato dal dipartimento di diritto amministrativo della Fondazione Veronese di Studi Giuridici

Il presente contributo si propone di fare il punto sulle cause di esclusione dalle gare d'appalto ad un anno e qualche mese dal decreto legge 13 maggio 2011 n°70, convertito in legge 12 luglio 2011 n° 206, che ha introdotto il comma 1 bis dell'articolo 46 del Codice dei contratti.

Detta norma, avrebbe dovuto avere il merito di limitare le cause di esclusione dalle gare d'appalto, eliminando o quanto meno riducendo la cosiddetta "*caccia all'errore*" da parte delle stazioni appaltanti e, soprattutto, limitando gli spazi di intervento delle stesse in sede di redazione dei bandi.

Vedremo tuttavia che la norma non ha avuto gli effetti taumaturgici che qualcuno le aveva frettolosamente attribuito perché, complice un tenore letterale tutt'altro che chiaro, ha prodotto molte incertezze e conseguenti, inevitabili, contrasti giurisprudenziali.

È certo però che la norma, con riguardo allo specifico argomento delle cause di esclusione, abbia di fatto introdotto il principio della supremazia della legge rispetto al bando e, quindi, della "*lex generalis*" rispetto a quella "*specialis*".

Ricordiamo tutti molto bene il dibattito degli anni 90 sulla natura del bando e sulle implicazioni concrete che determinavano le diverse possibili classificazioni. In quegli anni, si affermò forte la convinzione che il bando costituisse la "*lex specialis*" della gara, avesse natura di provvedimento amministrativo e, come tale, dovesse essere impugnato nel termine decadenziale, non potesse essere disapplicato dal giudice amministrativo e vincolasse l'amministrazione (che poteva solo intervenire in autotutela).

A ciò si accompagnava un'altra questione assai dibattuta legata ai termini per impugnare i bandi. Ci si chiedeva se il bando, contenente previsioni illegittime, dovesse essere impugnato nel termine decadenziale di 60 giorni ovvero unitamente al provvedimento di esclusione o di aggiudicazione. Ricordiamoci peraltro che in quel periodo vigeva il D.L. 67/97 che, in attesa della conversione in legge 135/97, riduceva a 30 giorni il termine per la proposizione del ricorso (sebbene poi la giurisprudenza ebbe modo di chiarire che la dimidiazione non riguardava le impugnative dei bandi).

Quel dubbio è stato risolto sostenendo che la clausola che impedisse la partecipazione (cosiddetta "*clausola escludente*") andasse impugnata nel termine decadenziale; le altre unitamente al provvedimento conclusivo (almeno questa era la posizione del Consiglio di Stato fino al 1998).

Sul punto ricorderete senz'altro il grido lanciato nel 2002 dal Dott. Baccarini allora Presidente del nostro Tar, che si dichiarava inorridito per la posizione assunta a quel tempo dalla V sezione del Consiglio di Stato (della quale è oggi Presidente), che estendeva fino all'esagerazione l'obbligo di immediata impugnativa del bando, ricomprendendovi pure le clausole che non erano affatto escludenti (come quelle inerenti i criteri di valutazione delle offerte).

La questione trovò poi una stabile definizione con l'Adunanza Plenaria n°1/2003 che affermò alcuni basilari principi, che hanno orientato le nostre scelte: (i) il bando deve essere impugnato solo quando contiene clausole escludenti e sono tali quelle che hanno ad oggetto requisiti soggettivi; (ii) l'impugnativa del bando presuppone che il ricorrente abbia presentato domanda di partecipazione alla gara, perché solo questo differenzia e qualifica l'interesse.

Tutto questo per dire che il bando aveva un ruolo centrale anche sul regime delle clausole di esclusione e la mancata impugnativa dello stesso poteva risultare de-

terminante. Per questa ragione, l'idea che, nel dubbio, il bando dovesse sempre essere impugnato, è diventata per molti una regola di vita.
Concentrando ora l'attenzione sulle cause di esclusione ed avvicinandoci così all'argomento del contributo, era pacifico che la stazione appaltante potesse indicare tutte le clausole di esclusione che volesse e che quelle fossero vincolanti per i partecipanti, per l'Amministrazione e per il Giudice amministrativo, salvo che fossero annullate in autotutela o formassero oggetto di impugnativa al TAR.
L'Amministrazione avrebbe potuto prevedere, sanzionandola con l'esclusione, l'obbligo assurdo di redigere l'offerta economica sulla "*carta del pane*" e detta previsione, in mancanza di un intervento in autotutela o di un gravame davanti al Giudice amministrativo, sarebbe stata vincolante per i partecipanti, per la stazione appaltante e per lo stesso Giudice.
L'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti, come introdotto dal Decreto legge 70 del 2011, noto come Decreto Sviluppo, ha indubbiamente rivoluzionato il quadro così delineato, ponendo un limite forte (sebbene inferiore, a mio modo di vedere, da quello ritenuto dalla prima giurisprudenza) al potere della stazione appaltante di introdurre cause di esclusione.
La norma infatti recita:

"*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanza concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle…".*
Il primo commento alla norma (e non solo il primo, purtroppo) è stato pressappoco questo: le cause di esclusione sono soltanto quelle previste dal Codice dei contratti e quelle che attengono alla identità ed al contenuto dell'offerta. Questa interpretazione la troviamo nella prima giurisprudenza (siamo alla fine dell'anno passato) e anche in alcune sentenze più recenti (TAR Toscana, 6 settembre 2012, n°1536, per fare un esempio).
La mia interpretazione è completamente diversa.
La norma, che ha in effetti una formulazione non felicissima, per essere compresa deve essere divisa in tre parti.

La prima: "*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".*
Appare chiaro come il primo elemento di rilievo sia l'introduzione da parte del legislatore di una causa di esclusione generale, connessa al "*mancato adempimento delle prescrizioni previste dal codice dei contratti, da regolamento e dalla legge*".
In altre parole, il mancato adempimento delle prescrizioni di legge costituisce di per sé causa di esclusione. E ciò, dal mio punto di vista, dovrebbe accadere senza che sia necessaria un'esplicita comminatoria di esclusione nei bandi.
La norma infatti non dice "*i bandi possono prevedere cause di esclusione per il mancato adempimento delle prescrizioni di legge*". Dice al contrario, che la stazione appaltante "*esclude*" (non dice neppure "*può escludere*") i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dalla legge.
Dobbiamo inoltre considerare che la norma si salda con la previsione dell'articolo 64 del Codice dei contratti (nel testo introdotto con il Decreto Sviluppo) ove, al comma 4 bis, prevede che i bandi siano predi-

sposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero, con le indicazioni delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1 bis. La norma peraltro aggiunge che le stazioni appaltanti, nella deliberazione a contrarre, debbano motivare espressamente eventuali deroghe al bando-tipo.
A prescindere da quello che sarà quando arriveranno i bandi tipo (se saranno coerenti rispetto alle prime indicazioni applicative date dall'Autorità di vigilanza e pubblicate sul sito, non dobbiamo aspettarci nulla di buono), non v'è dubbio che la norma in commento faccia chiarezza: il mancato adempimento delle prescrizioni della "*lex generalis*" comporta l'esclusione.
E ciò, a mio parere e contrariamente a quanto sostenuto dai primi commentatori e da una parte dalla giurisprudenza, deve valere a prescindere che la violazione sia stata prevista a pena di esclusione dal Codice dei contratti o dal suo regolamento.
È sbagliato sostenere, norma alla mano, che le cause di esclusione siano solo quelle previste dal Codice dei contratti; occorre dire invece che l'esclusione possa essere comminata solo per le violazioni delle prescrizioni previste dal Codice dei contratti.
Alcuni esempi dimostrano, mi auguro, la correttezza di quanto sostengo.
Consideriamo un dato di partenza: il Codice dei contratti disciplina le modalità di partecipazione alle procedure di gara, ma non fa un'elencazione delle cause di esclusione. A ben vedere solo per i requisiti generali di cui all'articolo 38 del Codice dei contratti possiamo dire che sussista una chiara previsione di esclusione.
Questo però non significa che tutte le altre prescrizioni non possano dare luogo all'esclusione.
L'articolo 37 dello stesso Codice, ad esempio, nel disciplinare i raggruppamenti temporanei di impresa, prevede al comma 8 che possano partecipare alla gara anche i raggruppamenti costituendi, imponendo tuttavia in questi casi la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutte le imprese.
La norma non dice nulla in ordine alle conseguenze della mancata sottoscrizione, ma non v'è dubbio che in quel caso debba procedersi all'esclusione del raggruppamento.
Allo stesso modo, nell'ambito dei requisiti di capacità economico-finanziaria, disciplinati dall'articolo 41, noi non troviamo un'espressa comminatoria di esclusione per il soggetto che non abbia fornito i requisiti di cui, ad esempio, alle lettere a) e b) (le dichiarazioni di almeno due istituti di credito e i bilanci dell'impresa relativi all'ultimo triennio), ma non c'è dubbio che la mancanza del requisito (dedotto anche aliunde) debba comportare necessariamente l'esclusione (segnalo per completezza un TAR Abruzzo 9 novembre 2011 n° 632, che sostiene l'illegittimità di un'esclusione per la sola omessa allegazione delle referenze bancarie).
Il principio allora resta quello di sempre: il mancato rispetto delle prescrizioni determina l'esclusione dalla gara se quella prescrizione sia funzionale ad una esigenza dell'Amministrazione, se attenga ad un requisito di partecipazione ovvero se sia comunque rilevante per verificare la serietà, il contenuto e le caratteristiche dell'offerta.

La seconda: la stazione appaltante esclude inoltre i candidati "*nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanza concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte".*
La norma quindi, dopo avere previsto – nella prima parte – l'esclusione per il mancato adempimento delle prescrizioni del bando, in questa seconda parte stabilisce che la stazione appaltante possa altresì escludere i concorrenti quando risulti incerto il contenuto o la provenienza dell'offerta ovvero quando si abbiano dubbi sull'integrità del plico.
A prescindere dalla eterogeneità dei casi contemplati dalla norma, pare evidente che il legislatore abbia voluto tutelare l'integrità e l'identità dell'offerta. Ed è dunque rispetto a questa doppia finalità che andranno misurati i diversi casi pratici.
Si è posto ad esempio di recente il problema di un'offerta che, regolarmente sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa, mancava della fotocopia del documento di riconoscimento del sottoscrittore.
In questo caso, posto che il Codice dei contratti non prevede che l'offerta sia accompagnata dalla fotocopia del documento di riconoscimento e posto altresì che l'offerta non sia una dichiarazione sostitutiva sul possesso dei requisiti, dobbiamo chiederci se la mancanza del documento ingeneri dubbi sulla identità o genuinità dell'offerta.
La giurisprudenza risponde in maniera contraddittoria. Da una parte il TAR Lombardia, Milano (sentenza 23 maggio 2012 n° 1397) in linea con il TAR Lombardia, Brescia (sentenza 26 marzo 2012 n° 530), ritiene illegittima l'esclusione, atteso che nonostante la diversa previsione del bando, la mancanza del documen-

to non determini incertezza sulla provenienza dell'offerta. Dall'altra, il TAR Lazio, I sezione bis di Roma (sentenza 6 dicembre 2011 n° 9597), sostiene invece l'esatto contrario.
A prescindere dall'applicazione pratica che ne farà la giurisprudenza, il principio che pone questa parte della norma mi pare molto chiaro: quando si hanno dubbi sulla identità o genuinità dell'offerta, la stazione appaltante deve necessariamente escludere il concorrente. E questo dovrà accadere anche in mancanza di una espressa comminatoria di esclusione.

La terza: "*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle…*"
Anche questo passaggio mi pare di facile lettura, come pure la previsione di nullità in esso contenuta: la stazione appaltante non può prevedere altre cause di esclusione in aggiunta a quelle conseguenza diretta del mancato rispetto della legge ed a quelle inerenti il contenuto dell'offerta, la sua provenienza o la sua integrità.
Dico di più. La stazione appaltante oggi non avrebbe motivo di prevedere cause di esclusione, ben potendosi limitare a richiamare il comma 1 bis dell'articolo 46 del Codice dei contratti ed aggiungere, a scanso di equivoci, che ogni violazione delle prescrizioni della legge determinerà l'esclusione dalla gara.
Il discorso, come ho sopra evidenziato, muterà quando arriveranno i bandi tipo, che vincoleranno le stazioni appaltanti in coerenza con il disposto dell'articolo 64 del Codice.
Non c'è dubbio comunque, che la sanzione della nullità delle clausole in contrasto con la previsione dell'articolo 46, sia il vero elemento forte della norma oggetto di questo contributo.
Perché detta previsione, d'un canto, indirizza l'operato delle stazioni appaltanti in sede di redazione dei bandi; d'altro canto, consente loro di disapplicare i bandi che dovessero prevedere clausole escludenti diverse da quelle contemplate dalla norma (sappiamo spesso che chi scrive il bando è soggetto diverso rispetto a chi, in commissione di gara, dovrà poi farne applicazione).
La previsione di nullità supera anche il problema dell'impugnazione, consentendo così al Giudice amministrativo di non applicare la previsione nulla, anche se questa non sia stata specificamente oggetto di gravame.
Il termine nullità può lasciare un po' perplessi i civilisti tutte le volte in cui viene riferito non già ad un contratto, ma ad un provvedimento amministrativo.
Dobbiamo però considerare, cominciando ad abituarci all'idea, che il legislatore della legge 241/90 ha ormai sdoganato il provvedimento amministrativo nullo.
L'articolo 21 septies, introdotto con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, prevede infatti la nullità del provvedimento amministrativo "*quando questo manca degli elementi essenziali, quando è viziato da difetto assoluto di attribuzione, quando è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*".
In conclusione dunque; la norma in commento ha avuto certamente il merito di ridurre la fantasia creativa delle nostre amministrazioni nella individuazione delle cause di esclusione, sancendo sul punto la prevalenza della "*lex generalis*" sulla "*specialis*".
Ha ancorato queste ultime alla violazione delle prescrizioni del Codice dei contratti, del Regolamento attuativo e più in generale della legge, ammettendo ulteriori esclusioni solo per violazioni che rendono incerta l'identità o la genuinità dell'offerta.
Ha previsto la nullità di ulteriori clausole di esclusione introdotte dalle stazioni appaltanti.
Questo non significa tuttavia, avere eliminato la cosiddetta "*caccia all'errore*", perché questa rimane (ed è una fortuna che resti), costituendo una caratteristica ineludibile di ogni procedura concorsuale, nella quale accanto all'aspetto sostanziale, è necessario valorizzare anche il profilo formale.
Questo non significa neppure avere eliminato le incertezze sulle cause di esclusione, come dimostra, ohimè, il contrasto giurisprudenziale su alcune questioni.
Ho la certezza tuttavia, che il quadro sia oggi di gran lunga migliore rispetto al precedente e questo, considerato i disastri ai quali ci ha abituato il nostro distratto legislatore, rappresenta una inaspettata novità, un preannuncio di futuro per chi ci crede ancora.

Kosca

STEFANÌ TIENI

L'unione fa la forza, nella gioia e (meno) nel dolore: la responsabilità nei consorzi che eseguono un contratto pubblico

La lunga pista che, oggi, dovrebbe portare all'aggiudicazione e (se gira bene) anche alla realizzazione di un'opera pubblica, è sempre più battuta da soggetti che, per farsi "forza e coraggio", ricorrono all'unione in consorzi, siano essi stabili oppure ordinari, anche nelle forme delle società consortili. Accade spesso però, che le società consorziate non conoscano l'estensione delle proprie responsabilità, per il caso di inadempimento di un'altra impresa facente parte dello stesso gruppo. Non pare inutile quindi, una sintetica ricostruzione del regime delle responsabilità, per quanto dagli esiti prevedibili.

I. La disciplina applicabile ai consorzi stabili

Il principale riferimento normativo, che fornisce una definizione di consorzio stabile, è l'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici.
Detta norma prevede in particolare che:
"*1. Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.*
2. Il regolamento stabilisce le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente; stabilisce inoltre i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione.
[3. Il regolamento detta le norme per l'applicazione del sistema di qualificazione ai consorzi stabili e ai partecipanti ai consorzi medesimi] (comma abrogato).
4. Ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile, nonché l'articolo 118…".
Si premette che la figura del consorzio stabile – ed in particolare il regime della responsabilità, introdotto con la Legge n°119 del 1994, ha subito diverse modifiche nel tempo, fino ad assumere i connotati che di seguito si riassumono a grandi linee.
Il consorzio stabile, costituito dai consorziati allo scopo di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici, è destinato ad operare per un tempo non inferiore a cinque anni, presuppone la istituzione di una comune struttura di impresa ed è in possesso di un'autonoma qualificazione.
Il tratto maggiormente distintivo, rispetto ai consorzi ordinari, è senza dubbio dato dall'indicazione relativa alla istituzione da parte dei consorziati di un "comune struttura di impresa", che si contrappone all'"organizzazione comune" propria del consorzio di cui all'articolo 2602 del codice civile.
Nei consorzi ordinari manca il profilo di soggettività ed autonomia proprio di quelli stabili. Ciò nonostante, accanto alle disposizioni direttamente dettate dall'articolo 36, i consorzi stabili sono disciplinati, attraverso il rinvio contenuto nel comma 4, dalle disposizioni di cui al capo II, titolo X, del libro V del codice civile, nei limiti della compatibilità.
Ad integrare la disciplina è poi il regolamento attuativo del Codice dei contratti. Quest'ultimo, nella formulazione originaria dell'articolo 97, comma 1, del D.P.R. n°554 del 1999, ha previsto una regola in tema di responsabilità che poi è in parte mutata a seguito del nuovo D.P.R. n°207/2010, come in seguito si dirà.
Per quanto riguarda il regime della responsabilità del

consorzio e delle singole consorziate nei confronti della committente, bisogna distinguere i casi in cui gli appalti vengano assunti ed eseguiti direttamente dal consorzio, in nome e per conto dello stesso, dai casi in cui i lavori siano assunti ed eseguiti dalle singole consorziate, a quest'ultime affidati direttamente dal consorzio.

Ed ancora, si dovranno distinguere gli effetti della responsabilità nei rapporti esterni rispetto a quelli nei rapporti interni al consorzio.

Anzitutto è chiaro che il consorzio stabile, pur essendo sfornito di personalità giuridica, sia "*un autonomo centro di rapporti giuridici e pertanto assume la responsabilità, garantita dal fondo consortile, dei contratti che stipula in nome proprio*" (Cassazione civile, III sez., 9 dicembre 1996, n°10956; in senso conforme, 3 luglio 2008, n°18235).

In esecuzione del dettato dell'articolo 36, comma 4, del Codice dei contratti, ai consorzi stabili si applicano le regole contenute nell'articolo 2615 del codice civile, nei limiti della compatibilità. Occorre quindi, individuare come detta norma si applichi in modo compatibile alla struttura della fattispecie definita dal Codice dei contratti.

Il punto di partenza è dato dal predetto articolo 36, comma 2, che ammette l'affidamento delle prestazioni direttamente ai consorziati, ma fa salva la responsabilità solidale di questi ultimi affidatari dell'esecuzione dei lavori.

Ne consegue che, in linea generale, tutti i consorziati per conto dei quali il consorzio abbia partecipato alla gara, siano solidalmente responsabili dei confronti della stazione appaltante, in relazione all'esecuzione degli appalti di cui il consorzio sia rimasto aggiudicatario.

II. Il regime delle responsabilità

Andando più nel dettaglio si può fare una prima distinzione. La responsabilità nei confronti dell'appaltante, sarà circoscritta al solo fondo consortile ove l'esecuzione dei lavori sia effettuata dal consorzio in quanto tale, utilizzando a tal fine la "comune struttu-

ra di impresa", senza che vi sia alcun coinvolgimento operativo delle imprese consorziate.
In altri termini, la responsabilità discende in modo diretto dalla modalità operativa del consorzio, trovando applicazione la disciplina dell'articolo 2615, comma 1, codice civile, ove il consorzio si sia aggiudicato i lavori come consorzio-impresa ed operi effettivamente come tale. Ne consegue che, per le obbligazioni assunte a nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, "*…i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile; con esclusione, dunque, di qualsivoglia responsabilità dei singoli consorziati…*" (E. Paolini, *I consorzi nei lavori pubblici*, Padova, Cedam, 2001, 20; in senso conforme, G. Fischione, in AA.VV., *La legge quadro in materia di appalti pubblici*, Padova, 2000, 396).
Di contro, ove il consorzio – pur aggiudicatario della gara come consorzio-impresa – affidi l'esecuzione dei lavori ai consorziati, troverà applicazione il combinato disposto dell'articolo 2615, comma 2, e articolo 36, comma 2, del D.lgs. 163/2006, con la conseguenza che tutti i consorziati affidatari dei lavori saranno solidalmente responsabili verso il soggetto appaltante, unitamente al fondo consortile.
La solidarietà nella responsabilità è giustificata anzitutto dalla struttura del rapporto contrattuale: quando infatti il consorzio stipula un contratto e affida i lavori ad uno o più consorziati, "*…non occorre un atto di cessione all'impresa destinataria dei lavori stessi, ma attraverso l'attività contrattuale del consorzio i lavori restano acquisiti alle singole imprese, in forza del rapporto consortile e con gli effetti che gli sono propri, in virtù di legge…*" (Cassazione civile, I sez., 16 marzo 2001, n°3829). Non si crea infatti una duplicità di contratti di appalto (un appalto della stazione appaltante al consorzio e un subappalto del consorzio alle imprese consorziate), ma un unico contratto che il consorzio stipula in nome proprio ma per conto delle imprese consorziate (Tar Lombardia, 4 febbraio 1988, n°71).
Si evidenzia poi che la previsione dell'articolo 2615, comma 2, è conforme (e quindi compatibile) con quella del Codice dei contratti, con la conseguenza che alla responsabilità solidale dei consorziati si somma quella del fondo consortile. Ciò significa che ciascun consorziato, anche ove non sia stato indicato in sede di offerta dal consorzio stabile come soggetto per conto del quale il consorzio concorre, e non sia affidatario dell'esecuzione dei lavori, rischia certamente la propria quota di fondo consortile.
Se il consorzio affida l'esecuzione dei lavori ai singoli consorziati, questi ultimi rispondono in solido nei confronti dell'appaltante; tra l'altro, ove in sede di offerta il consorzio abbia indicato di partecipare per conto di alcuni soltanto dei consorziati, scatta nei confronti di questi ultimi la responsabilità solidale con il fondo consortile (cfr. AA.VV., Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, Milano, 397).

Peraltro, il rischio di ciascun consorziato è più ampio nel caso di insolvenza di uno o più dei consorziati, giusta la previsione della seconda parte del comma 2 dell'articolo 2615 del codice civile ove si prevede che in caso di insolvenza nei rapporti tra consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione alle quote. Si tratta però della disciplina dei rapporti interni al consorzio, per la quale si rinvia al punto successivo. Anche il nuovo regolamento attuativo del Codice dei contratti, risulta conforme alla disciplina appena tracciata.
Ciò non è sempre stato così perché il vecchio regolamento, D.P.R. n°554/1999, all'articolo 97 prevedeva una responsabilità dei consorziati solidale, ma sussidiaria, che consentiva una preventiva escussione del consorzio. L'innovazione apportata dall'articolo 94 del nuovo D.P.R. n°207/2010, allineando la disciplina regolamentare con la disposizione di cui al primo comma dell'articolo 36 del Codice dei contratti, chiarisce che l'Amministrazione, laddove voglia far valere tale re-

sponsabilità, è titolata ad agire direttamente nei confronti di tutti in consorziati, esecutori e non, in virtù del rapporto di solidarietà che lega gli stessi.

III. La responsabilità nei rapporti interni

Chiarito il regime della responsabilità delle consorziate nei confronti della stazione appaltante, è bene ora individuare gli effetti che la stessa responsabilità produce nei rapporti interni al consorzio.
Per quanto riguarda i rapporti esterni infatti, è chiaro che nei confronti della stazione appaltante, la responsabilità del singolo consorziato si sommi con quella del consorzio che ha agito per suo conto, creando, per effetto di questo vincolo solidale, una duplicità di legittimazioni passive, quella del consorzio e del consorziato, in via alternativa o cumulativa.
La legge, quindi, rende *"…responsabili (anche) i consorziati, nonostante la mancata spendita del loro nome, essendo sufficiente che le obbligazioni siano assunte nel loro interesse. Il consorzio, dal canto suo, anche quanto agisce "per conto" di un singolo consorziato, rimane comunque obbligato in virtù di una garanzia "ex lege…"* (Cassazione civile, III sez., 21 febbraio 2006, n°3664; in senso conforme, 27 settembre 1997, n°9509).
Per quanto riguarda i rapporti interni, la regola generale, dettata all'articolo 2615, comma 2, secondo periodo, del codice civile, prevede che in caso di inadempimento il debito venga ripartito tra tutti i consorziati, in proporzione alla quota di ciascuno.
Quando il consorzio agisce in nome proprio, ma per conto di alcuni dei consorziati, questi ultimi rispondono illimitatamente in quanto debitori principali, mentre la responsabilità del consorzio si giustifica in funzione dell'assunzione *ex lege* di un'obbligazione di garanzia (Volpe Putzolu, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, Tr. G., IV, Padova, 1981, 317).
Il consorziato che abbia pagato per intero l'obbligazione assunta dal consorzio per suo conto potrà esercitare l'azione di regresso nei confronti degli altri consorziati per conto dei quali l'obbligazione sia stata assunta, limitatamente alle rispettive quote di intervento o di partecipazione o di interessenza all'affare in questione (De Angelis, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale nei consorzi con attività esterna*, Soc 1983, 1393).
L'ultima parte del comma 2 dell'articolo 2615 (riproducendo quanto generalmente previsto dall'articolo 1299 del codice civile) dispone che, in caso di insolvenza nei rapporti tra i consorziati, il debito dell'insolvente si ripartisce fra tutti in proporzione alle quote. In tale evenienza, dunque, la spesa deve essere ripartita tra tutti gli altri consorziati in misura proporzionale ai contributi da ciascuno dovuti.

Si fa presente che trattandosi di rapporti meramente interni, questi ultimi possono essere derogati per espressa pattuizione contrattuale. Gli statuti dei consorzi possono quindi prevedere una diversa disciplina regolativa dei rapporti interni, stabilendo, ad esempio, una responsabilità personale per i danni derivanti dal proprio inadempimento ed, in generale, dal proprio comportamento.
In questo modo, nei rapporti interni, alla predetta responsabilità, *pro quota* di tutti i consorziati, potrà essere affiancata una responsabilità personale e per intero dell'inadempiente.
In conclusione, qualsiasi sia la forma di unione ammessa dal legislatore e scelta dalle imprese per aggiudicarsi la realizzazione di un opera pubblica, dall'Amministrazione committente non si scappa: per l'inadempimento di un consorziato, possono dover pagare tutti e subito.
Nei rapporti interni invece, tutto dipenderà dalle previsioni statutarie e, quindi, dal livello di condivisione di gioie e dolori che i consorziati hanno scelto.

SALVATORE RIOLO

Marchionimi e nomi commerciali nella lessicografia italiana del secondo novecento

La pubblicazione del professor Salvatore Riolo, docente di Dialettologia Italiana nella Facoltà di Lettere e Filosofia e di Fonetica e Fonologia nella Facoltà di Medicina dell'Università di Catania, è opera, oltre che di riconosciuto valore scientifico nel settore della linguistica e della lessicografia, di grande interesse culturale e pratico per i cultori di materie giuridiche ed aziendalistiche e per gli stessi operatori (marketing, pubblicità); e si fa apprezzare anche dai non addetti ai lavori come oggetto di godibile lettura.

La ricerca è temporalmente concentrata sulla seconda meta del secolo scorso, epoca della nascita e della maggiore diffusione di nomi commerciali in evidente connessione con la profonda e celere evoluzione delle attività economiche e con la trasformazione dei rapporti sociali (davvero suggestiva, con riguardo al passaggio dalla società agricolo – pastorale alle fasi successive, la periodizzazione condivisa dall'autore dei mutamenti avvenuti It1 quel periodo: bottega 1945 1950, industrializzazione 1950 1960, supermercato 1960 1970, demonizzazione del consumo 1970 – 1980, de-ideologizzazione del consumo 1980 – 1987, recessione economica, supermercati e centri commerciali 1988 – 1996, economia del nuovo millennio dal 1997).

Di particolare utilità per la migliore consultazione dell'opera sono alcuni fili conduttori della studio e della esposizione.

Nell'introduzione l'Autore ci ricorda che anche nella nascita di alcuni nomi commerciali opera il meccanismo del passaggio da nome proprio a nome comune che trae origine dal nome dell'inventore o costruttore, dalla denominazione della società produttrice, da un toponimo; contestualmente richiama lo speculare fenomeno del c.d. "volgarizzamento" dei marchionimi e cioè la loro trasformazione in nomi comuni: un nome, brevettato o comunque protetto che all'origine contrassegna un determinato prodotto, attraverso l'uso protratto nel tempo e progressivamente generalizzato, finisce per indicare genericamente tutti i prodotti appartenenti alla identica tipologia a prescindere dal produttore, con la conseguente perdita della tutela giuridica della quale fruiva.

Egualmente segnalata all'attenzione del lettore e la più diffusa tecnica di formazione (in via generale, non e mai spontanea né improvvisata ma frutto di conio "a tavolino") che consiste nella composizione mediante l'utilizzo di acronimi e di nomi creati con patti di parole tagliate e fuse in una nuova parola. Non meno interessante, e davvero originale, e l'idea di un *"eurolessico commerciale comune"* inteso a raggruppare i numerosi nomi commerciali costituiti da stessi tipi lessicali che, con gli ovvi aggiustamenti grafici e le evidenti diversità di pronunzia, si ritrovano sostanzialmente invariati nelle principali lingue europee.

Il lemmario, parte centrale del volume, contiene alcune centinaia di voci elencate in ordine alfabetico.

Ad ogni lemma seguono, oltre alla descrizione del significato, che passa anche attraverso la

menzione delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'oggetto o procedimento denominato, sezioni dedicate dalle fonti lessicali utilizzate, all'etimologia, alla datazione, ai dati tratti dall'archivio elettronico dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi. Quest'ultima sezione, segnalata come del tutto nuova ed esclusiva, e di grande importanza pratica nella ricerca della condizione giuridica del vocabolo e della verifica della correttezza delle fonti (indicate in altra sezione) che considerano il termine stesso come beneficiario di registrazione. I testi che accompagnano le singole voci sono arricchiti, per la gran parte, dalla narrazione di circostanze connesse all'origine del nome; e si tratta, il più delle volte, di aneddoti e curiosità che l'Autore riferisce con arguzia, come in un amichevole colloquio con il lettore, e che rendono la lettura oltremodo piacevole oltre che interessante ed utile.

Può giovare alla migliore rappresentazione dei contenuti del volume far seguire alle considerazioni di carattere generale alcune esemplificazioni. Tra i marchionimi nati dai nomi propri degli inventori o ideatori degli oggetti o procedimenti denominati si ricordano:

bachelite (invenzione del chimico belga Baekeland),

biro (l'inventore ungherese Làszlò Biro brevettò la prima penna a sfera e successivamente cedette i diritti alla Bic,

braille (l'insegnante cieco francese Louis Braille ideo questa sistema di lettura per i suoi allievi presso l'istituto dei non vedenti di Parigi),

ferodo (è anagramma del nome dell'inventore del materiale utilizzato nei sistemi frenanti Frood),

gillette (l'industriale statunitense King Camp Gillette brevetto il rasoio di sicurezza a doppia lama ma soltanto alcuni anni dopo la sua creatura fece il giro del mondo),

thonet (il disegnatore e produttore di mobili viennese M. Thonet brevetto e produsse questa tipo di sedia con legno incurvato e sedile impagliato),

winchester (l'industriale statunitense O. F. Winchester produsse per primo questo tipo di fucile e di carabina a ripetizione),

vale (il fabbro statunitense L. Yale brevetto la serratura di sicurezza a cilindro con chiave profilata e fu presidente della omonima società produttrice).

Sono nomi tratti dalle denominazioni delle imprese produttrici:

beretta (la nota pistola semi automatica e prodotta dalla omonima fabbrica darmi di Gardone Val Trompia che a sua volta prende nome dal fondatore),

borsalino (Giuseppe Borsalino, appartenente ad una famiglia di cappellai alessandrini, fondo la fabbrica produttrice del cappello di feltro maschile con tesa eli medie dimensioni che ebbe grandissimo successo e massima diffusione negli anni che precedettero la prima guerra mondiale),

burberry (e il nome dell'azienda londinese che per prima produsse e diffuse questa genere eli impermeabile monopetto di taglio sportivo, corto, e spesso di colore chiaro, con bottoni fino al collo),

campari (Gaspare Campari avviò la casa produttrice di bevande *(Cordial. Bitter, Soda)* il figlio Davide la ingrandì),

jacuzzi (gli italo americani Candido e Roy Jacuzzi fondarono la *Jacuzzi Bros. Inc.* che produce tale tipo di vasca da bagno con idromassaggio),

liebig (il chimico tedesco Justus von Liebig ideò il procedimento per la produzione di estratto di carne e per lo sfruttamento commerciale costituì una società con sede in Urugay, Paese che negli anni trenta era tra i maggiori produttori di carni bovine),

pernod (la *Pernodfils* produsse nell' ottocento un liquore fortissimo a base di assenzio su ricetta di un certo Claude Nicolas Ordinaire e che divenne la bevanda preferita dagli intellettuali parigini nonostante gli effetti devastanti sulla salute; 1a bevanda fu vietata e qualche tempo dopo la casa produttrice mise in commercio un liquore meno nocivo ed aromatizzato all'anice contrassegnato come *Pernod 45)*.

Per molti di questi vocaboli si e verificato il "volgarizzamento" che, come si è visto, fa assumere al termine la funzione di indicare genericamente i prodotti di quella tipologia commerciale *(biro, gillette, ferodo* ed anche *campagnola, giardinetta.jeep, kleenex)*.

Tra i nomi che traggono origine da toponimi si segnalano:

bikini (l'atollo dell'Oceano Pacifico nel quale vennero condotti esperimenti atomici nel dopoguerra dette nome al celebre due-pezzi per la "carica esplosiva" che il costume femminile, per 1'epoca di ridotte dimensioni, ebbe nelle prime apparizioni sulle spiagge;

bourbon (è la contea del Kentucky dove questa tipo di whisky venne prodotto per la prima volta),

bristol (luogo di produzione di questa tipo di cartoncino a superficie levigata è Bristol, città inglese capoluogo della contea di Avon),

crodino (è l'aperitivo analcolico prodotto con le acque di Crodo, nota località termale piemontese),

faesite (Faè è la località del Bellunese dove per la prima volta venne avviata la lavorazione di questa materiale da rivestimento in fibre di legno).

La curiosità di chi apprezza la narrazione di aneddoti e di eventi singolari legati all'origine di certi nomi

può essere piacevolmente soddisfatta attraverso la lettura delle voci:
frisbee: la denominazione del leggero disco di plastica si ritiene derivi dalla denominazione *(Frisbie)* di una pasticceria americana i cui contenitori per torte venivano lanciati per gioco come i dischi successivamente diffusi in tutto il mondo.
Guinness: il libro che riporta i primati ottenuti nelle più svariate (e singolari) attività sembra trarre origine da quanto accaduto in una battuta di caccia nel corso della quale un direttore delle birrerie inglesi *Guinness* mancò clamorosamente alcuni pivieri dorati; segui una disputa tra i cacciatori sui punto se il piviere dorato (e mancato!) fosse l'uccello più veloce e, nella constatata mancanza di dati editi, il direttore, verosimilmente preso in giro dai compagni, penso di reagire anteponendo all'*hobby* venatorio quello della compilazione di un libro dedicate ai primati, risultato sicuramente più ricco di soddisfazioni.
Lenci: la società torinese che per prima produsse questa tipo di panno, usato prevalentemente per confezionare bambole, bambolotti e simili, scelse come propria denominazione un acronimo formato dalle iniziali delle parole latine *Ludus est nobis constanter industria* (il gioco è sempre il nostro lavoro) e che contrassegno anche il nota prodotto.
Veronal: la denominazione del farmaco ad azione analgesica e sedativa, che è il più antico tra i barbiturici, deriva dal nome della nostra città. Secondo una tesi qui sarebbe stato preparato per la prima volta tale farmaco; altra spiegazione colloca l'atto di nascita del nome nel corso di una visita turistica del medico tedesco autore della invenzione (Von Mering) che, evidentemente, condivise l'apprezzamento dei molti illustri visitatori rapiti dalle bellezze della cifra. Secondo ancor più suggestiva spiegazione il Von Mering sarebbe state indotto alia scelta del nome dal fatto di ritenere Verona anche un luogo particolarmente riposante!
II lettore curioso troverà molto interessante consultare tante altre voci tra le quali segnalo *viagra, land rover, bergamino, gerovital, moon boat, paciugo, tweed, calomelano.*

F.A.

* * *

Di seguito riportiamo alcuni brevi estratti dell'opera del prof. Riolo, relativi a voci note ed entrate ormai nell'uso comune, per il piacere dei nostri lettori.

"**avionàl** s.m. inv. (nel DM 2000), s.m. (nel DO 1967), S. (m.) (nello Z 1959), duralluminio per costruzioni aeronautiche. La voce è quasi sempre ignorata dai dizionari italiani con poche eccezioni costituite dal DM 2000, dal DO 1967 e dallo Z 1959. **B**: sulla scia dei monolingui italiani nemmeno i bilinqui italiano – L2 annoverano questo termine, probabilmente per la sua natura molto specialistica o perchè no ricorre che in rari casi. **E**: la parola è formata dal fr. *avion* 'aereo' e *al*(*luminio*): *alluminio* viene da una voce inglese, *aluminum*, risalente a inizio Ottocento, che a sua volta risale, in ultima analisi, al lat. *alumen* 'allume'. **F** r: DM 2000. GRADIT: n. comm., TS, 1955. **U**: nessuna occorrenza trovata.
(…)
bic s. f. inv., tipo di penna biro, introdotta in Europa nel 1949 e prodotta dall'omonima casa produttrice. Ebbe, e ha, straordinaria diffusione, essendo una penna a sfera economica e di buona fattura, perchè prodotta in serie con una tecnologia di alta precisione. È un n. comm. diffusissimo nella lingua parlata, ma viene tralasciato da tutti i dizionari della lingua italiana adoperati per questa ricerca. **B**: pure i bilingui italiano – L2 ignorano il termine in esponente, probabilmente anche per la sua assenza nelle loro fonti primarie, cioè i vocabolari monolingui. La parola, non riportata come lemma autonomo, compare, tuttavia, s. v. *biro* nella sezione francese-italiano di questo vocabolario, dove viene tradotto con *Bic.* **E:** der. dal nome di M. Bich, italiano di origine ma naturalizzato francese (1914-1994), fondatore dell'azienda produttrice di questo tipo di penna. **GRADIT:** manca il lemma. **F** r: DMC 2003. Il bilingue LRm 2005, nella parte italiana, s.v. *biro* indica il termine come marchionimo e anche nella sezione francese-italiano il vocabolo viene tradotto con *Bic* (con l'iniziale maiuscola), inoltre accanto sia al lemma di partenza francese sia a quello di arrivo italiano è posto il simbolo r. **U**: invenzioni nazionali 1, marchi nazionali 60, disegni e modelli nazionali 3, modelli di utilità 2.

clìstron (cfr. *Klystron;* piuttosto rara la forma *clistrò-ne) s. m. inv.* (nel DO 2006, DM 2000, G 2005, DISC 1997 e 2005), s.m. (nel DO 1967 e 2000 VT 1997), tubo termoelettronico usato come aplificatore e generatore di onde ad altissima frequenza e generatore di onde ad altissima frequenza. È vocabolo raro nei dizionari della lingua italiana, compare solo nel DISC 2005, DM 2000, DO 1967, 2000 e 2006, G 1968, 1987 e 2005. **B**: la voce è quasi del tutto assente nei vocabolari bilingui italiano – L2 con le sole eccezioni del ricchissimo re-

pertorio italo-inglese a cura di F. Picchi (1999 e 2007) e dello H 1991 e 2003. Il termine è lemmatizzato sia dall'OE 998 sia dal CE 1998, nessuno dei quali, però, lo considera denominazione protetta. Nella forma *Klystron* è anche vocabolo tecnico che ricorre nel tedesco. **E**: è un adattamento italiano dell'inglese *Klystron*, che secondo il DM 2000, è formato dal gr. *kluster* 'siringa' e dal suff. – *tron* 'trone' du *electron* 'elettrone'. **D:**1956 (DM 2000, DO 2006). Mentre per l'italiano, il DISC 2005 fa risalire il termine al 1948, secondo l'OE 1998 la forma inglese *klystron* risale, invece agli anni Trenta dello scorso secolo. **GRADIT:** (lo tratta s.v. *Klystron*) n. comm., TS, 1956. **F** r: G 1968, 1987 E 2005. Stessa indicazione, tra i bilingui, nell H 1991, in cui sia la parola in esponente (*clistron)* sia quella (k*lystron*) nella lingua di arrivo sono corredate del simbolo r. L'informazione è scomparsa nell'edizione 2003 dello H. DM 2000 considera marchionimo la variante *klistron.* Le indicazioni fornite dalle varie edizioni del Garzanti italiano per quanto attiene alla tutela legale di questo tecnicismo non trovano riscontro nei dati degli archivi UIBM (v. **U:**). **U:** nessuna occorrenza trovata.
(…)

kleenex *s.* ingl., in it. *s. m. inv.* (nel G 2005, DO 2006, DISC 1997 e 2005, DM 2000, GB 1994), *s. m.* (nel DO 2000, DIR 1988), n, comm. di un tipo di fazzoletti igienici di carta che si gettano dopo l'uso. Secondo il DISC 1997 e 2005 questa denominazione è usta per antonomasia per i fazzoletti di carta di qualsiasi marca e tipo. Il vocabolo in esame è stato preso in considerazione da vari, moderni e ricchi monolingui italiani: dal DIR 1988 e 2002, DISC 1997 e 2005, DM 2000, DO 2000 e 2006, G 2005, GB 1994; è omesso, invece, in altre opere dai lemmari meno ricchi e/o aggiornati come il DEA 1995, DEFD 1993, DO 1967, N 1992, ma anche nell'aggiornato e ricchissimo VT 1997. **B:** anche nel campo dei bilingui *Kleenex* è registrato soltanto nella sezione italiano – L2 dei repertori più recenti come il CM 1995, GK 2001, h 1991 e 2003, OP 2001, R 2001, LRm 2005, ES-PAR 2005, TAM 1997; non mancano, tuttavia, opere ricche e recenti, come il DIT 1999, GT 2003, P 1999 e 2007, SI 2003, che hanno ignorato questo lemma,. I bilingui della vecchi scuola lessicografica, fra i quali il DAV 1973, DD 1971, ESCH 1983, ST 1992, SK 1986, TO 1989, non registrano mai tale denominazione. **E:** der., molto probabilmente, dal verbo ingl. (*to*) *clean 'pulire' e suffisso –ex,* usato spesso in nomi commerciali (si confronti, in tal senso, *ampex, celotex, goretex, lastex, lurex, pirex, scottex, perpex,* ecc.). **D:** 1964 (DISC 2005, DM 2000, DO 2006). **GRADIT:** n. comm., CO, 1964. **F r:** DM 2000, DISC 1997 e 2005, DO2000 e 2006. G 2005. Questa indicazione, oltre che nei monolingui appena citati, è contenuta pure nella parte italiano – L2 di vari bilingui come il CM 1995. GK 2001, H 1991, OP 2001, R 2001, LRm 2005, ES-PAR 2005, TAM 1997. Più in particolare si nota che la maggior parte dei dizionari (CM 1995, GK 2001, H 1991, OP 2001. LRm 2005, ES-PAR 2005) appongono il simbolo r sia al lemma in italiano sia alla parola in esponente italiano. Altro fatto da sottolineare è che l'edizione 2003 dello H ha eliminato l'indicazione che *Kleenex* sia un marchionimo, laddove opere analoghe degli stessi anni (cfr. *supra)* forniscono tale indicazione. Infine, l'informazione che il termine in esame sia un marchionimo si può pure leggere nei monolingui inglesi CC 1995, CE 1998, CIDE 1995, OE 1998 e nel monolingue tedesco WR 2002. **U:**marchi nazionali 31.

peppermint s. inglese, in it. usato come *s. m. f. inv.* (nel VT 1997), «s. ing.» (nel DO 1967), *s. m. inv.* (nel GB 1994, DISC 1997 e 2005), «Termine equivalente all'ital. m*enta piperita*, e usato anche in Italia soprattutto come n. comm. per indicare l'essenza della menta comunque oppure il liquire, e le pastiglie o caramelle o chewing gum aromatizzati con tale essenza» (VT 1997, s.v.). La voce è di alterna fortuna, perlomeno a livello lessicografico, poiché ricorre solo nel VT 1997, DO 1967 e 2000, DISC 1997 e 2005, GB 1994. Significativo appare il fatto che il DO ha eliminato il lemma nella sua ultima edizione, mentre esso era già stato vocabolizzato a partire dall'edizione in due volumi del 1967. Ancora più significativo, forse, il *modus operandi* di due importanti dizionari italiani di ultima generazione, il DM 2000, che ignora la voce, e il DISC, che lemmatizza *peppermint*_tutte le sue tre edizioni pubblicate fino ad oggi. **B**: 1989 (DISC 2005). **F**: VT 1997 **GRADIT**: manca l'indicazione di n. comm., ES, 1985. **U**: marchi nazionali: 10.
(…)

pepsi cola *loc. s. inv.*, n. comm. di una bevanda analcolica gasata e dolce a base di acqua, zucchero, anidride carbonica, caramello, caffeina, ecc. È simile alla *coca-cola*. Al contrario della sua 'storica rivale' la *pepsi* ha avuto meno fortuna lessicografica, infatti manca in tutti i dizionari monolingui italiani, nei bilingui italiano-L2, nei monolingui inglesi, tedeschi, adoperati in questo studio, con l'unica eccezione, tra i monolingui, del DM 2000. Fra i bilingui l'unica, interessante, eccezione è costituita dal LRm 2005, che lemmatizza sia *pepsi* che *pepsi cola*, ponendo sia alle voci in esponente italiana

sia a quelle (*Pepsi e Pepsi Cola*) nella lingua di arrivo il simbolo ®. *Pepsi cola* propriamente è il nome di una multinazionale statunitense costituita nel 1898, specializzata nella produzione di snacks e bevante gasate; in particolare, la produzione della *Pepsi-cola* fu avviata dal farmacista americano C. Bradham nel 1893. Negli anni Trenta la ditta fallì e il suo marchio e produzioni vennero rilevati da altri. Negli anni Cinquanta dello scorso secolo, grazie a auna efficace promozione pubblicitaria, la denominazione *Pepsi cola* divenne molto nota. Nel mercato degli Stati Uniti d'America la *pepsi* detiene una quota di vendite molto maggiore della *Coca-cola,* quest'ultima invece, è più consumata nel resto del mondo; da qui, presumibilmente, il maggiore accoglimento a livello lessicografico della *Coca-cola* nei lessici di ogni genere utilizzati in questo studio. **E**: dall'ing. *Pepsi cola*, comp. dal gr. *pepsi* 'pepsi' e dell'ing. *cola* 'cola'. **F**: DM 2000. **GRADIT**: n.comm., CO, XX sec. **F®**: DM 2000, LRm 2005. **U**: marchi nazionali l3.
(…)

subbùteo *s.m.* (nel G 2005, GB 1994, DO 2000 e 2006), *s.m. inv.* (nel DISC 1997 e 2005), gioco da tavolo che simula una partita di calcio, con pedine al posto di giocatori; fu inventato nel 1947 dall'inglese P. Adolph. Si trova soltanto nei dizionari italiani più ricchi e, solitamente, più recenti: il DM 2000, DO 2000 e 2006, DISC 1997 e 2005, G 2005, GB 1994; se ne nota, tuttavia, l'assenza nel DIR 1988, DEA 1995, DEFD 1993, N 1992, VT 1997. La voce è anche dell'inglese e del tedesco, che la scrivono con iniziale maiuscola. **B:** molti i bilingui italiano-L2 che ignorano la voce. L'unico lessico a lemmatizzarla è il GK 2001, che la traduce con *Subbuteo*. **E**: denominazione commerciale suggerita dall'ornitologo inglese P. Adolph, perché il subbuteo, dal lat. Scient. *Falco subbuteo* 'falco lodolaio', è riprodotto sui prodotti del Subbuteo. **D**: 1979 (DISC 2005, DM 2000, DO 2006). Il monolingue inglese della Oxford (OE 1998) ci informa che in inglese la voce risale agli anni Quaranta del Novecento. **GRANDIT**: n. comm., TS, 1979. **F®**: DISC 1997 e 2005, DM 2000, DO 2000 e 2006, G 1987 e 2005. Medesima indicazione nell'unico bilingue italiano-L2 che annovera questa voce, cioè il GK 2001. La forma *Subbuteo* è considerata dal CE 1998 e dall'OE 1998 un marchio registrato. **U**: nell'archivio UIBM esistono due schede s. v. *subbuteo*: una di cui al reg. num. 0000824509 del 16/09/2000; primo deposito reg. num. 0000950714 del 27/12/2004; primo deposito reg. num. 268833 del 10/03/1973; ultimo rinnovo reg. num. 613179 del 29/12/1993.".

olivetti
Lettera 22

DAVIDE PACHERA

Gli effetti della clausola di c.d. *electio amici* e le modalità della sua formulazione

(Lodo Arbitrale, pronunciato in Treviso il 28 giugno 2012, Presidente: Prof. Avv. Matteo De Poli, Arbitro: Lamberto Lambertini, Arbitro: Giuliano Pavan)

"Laddove le obbligazioni assunte dal contraente originario di un contratto preliminare di cessione di azioni, formino una pattuizione accessoria, interdipendente e correlata al trasferimento delle azioni stesse, per effetto dell'*electio amici*, esercitata al momento del transfert delle azioni, l'*electus *subentra* ex tunc *nelle predette obbligazioni, secondo lo schema del contratto per persona da nominare."

….omissis….

*Ritiene il Collegio che la Convenzione contenga un unico negozio inscindibile per persona da nominare e che, quindi, B. sia fuoriuscita dal contratto nel momento in cui ha indicato P. quale soggetto che avrebbe acquistato le quote; in altre parole, P. è subentrata per effetto dell'*electio amici *nella posizione contrattuale che già era di B., assumendo tutti gli obblighi derivanti da detto subentro, ivi compresi quelli di rimborso del finanziamento soci a P. e della liberazione della medesima dalle obbligazioni assunte nei confronti delle banche finanziatrici.*

Tale conclusione appare quella più aderente alla volontà delle parti così come suggellata nella Convenzione per i seguenti motivi:

• Anzitutto, la scissione delle obbligazioni di rimborso del finanziamento e di manleva degli obblighi di garanzia rispetto all'acquisto delle azioni non si sorreggerebbe dal punto di vista economico; appare ragionevole, piuttosto, che l'assunzione di dette obbligazioni sia fatta dal soggetto che, acquistando le azioni di C., subentra in tutto e per tutto nella posizione di socio di C, ivi compresa la posizione di garante della Società stessa. P. aveva chiaramente interesse a che la sua fuoriuscita dalla vicenda societaria di C. fosse totale e comprensiva anche degli impegni di garanzia; B. per contro non avrebbe avuto alcun interesse a rimborsare un finanziamento soci e a sollevare il socio cedente dagli obblighi di garanzia verso le banche se non avesse beneficiato in prima persona dell'acquisto delle azioni di C. non solo B. non avrebbe avuto alcun interesse dal punto di vista economico ad accollarsi determinate obbligazioni disgiuntamente dall'acquisto delle azioni; esse sarebbero state prive di causa, non ravvisandosi alcun corrispettivo a favore di B. e non potendo certo tali atti essere qualificati come atti di liberalità; alla luce del disposto dell'art. 1367 c.c. – qui assunto a materiale per fondare un giudizio di equità, e ciò per le ragioni sopra indicate – quindi, appare coerente l'interpretazione contrattuale per cui il contratto è unico;

• È condivisibile l'affermazione di B. per cui nella prassi contrattuale delle cessioni di partecipazioni sociali, obblighi quali quelli per cui si controverte in questa sede sono generalmente pattuiti tra socio entrante e socio uscente; e siffatta interpretazione appare accoglibile anche argomentando ex art. 1368 c.c.;

• Se si accedesse alla tesi di P. per cui l'art. 2 della Convenzione avrebbe dato solo la facoltà a B. di indicare un sogeetto cui intestare le azioni, allora tale pattuizione avrebbe semplicemente conferito la facoltà all'acquirente di procedere all'intestazione di tipo fiduciario delle azioni stesse (ipotesi, quest'ultima, che peraltro non avrebbe necessitato di un accordo specifico con P.); ma la formulazione letterale della previsione citata si attaglia ad una fattispecie diversa da una semplice intestazione fiduciaria, deponendo a favore, piuttosto, di un vero e proprio trasferimento del contratto mediante nomina del terzo. L'espressione contenuta all'art. 2 "al promissario acquirente che si impegna ad acquistarle per sé e/o per persone fisiche e/o giuridiche che si riserva di indicare al momento del transfert delle azioni" *è quella generalmente utilizzata nei contratti per persona da nominare e fa riferimento all'acquisto, non ad una mera intestazione fiduciaria (in tal caso acquirente sarebbe stata B., mentre il fiduciario sarebbe stato solo un titolare formale); in altre parole, interpretare quella clausola nel senso che essa riserva la facoltà a B. di indicare un intestatario fi-*

duciario significherebbe forzare in modo ingiustificato il dettato letterale della disposizione pattizia;

• *la valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla conclusione della Convenzione – che ben può essere preso in considerazione per determinare quale fosse la reale volontà dei contraenti -, pare al Collegio conforme alla tesi dell'unitarietà del negozio racchiuso nella Convenzione. Se pur è vero che P. reagì alla dichiarazione di B. (contenuta nella lettera del 6 maggio 2009) di aver ceduto il contratto stigmatizzando il fatto che la cessione non era prevista dall'art. 2 della Convenzione, non di meno P. concluse il contratto definitivo con la stessa P., accettando senza riserve e, comunque, per fatti concludenti che questa fosse subentrata tout court nella posizione contrattuale originariamente assunta da B.. Invero, se P. avesse considerato la previsione di cui all'art. 2 della Convenzione come mera facoltà per B. di indicare il soggetto cui intestare le azioni – così non è, visto che nella lettera inviata al legale di B. in data 23 giugno 2009 è la stessa P. a puntualizzare come la Convenzione sia riconducibile all'interno della fattispecie del contratto per persona da nominare; ma accediamo per un attimo all'ipotesi -, allora P. avrebbe dovuto pretendere che al contratto di cessione delle azioni stipulato avanti il Notaio B. il 31 luglio 2009 partecipasse anche B. Né tale conclusione può essere superata dalle argomentazioni di P. per cui B. utilizzò nella propria missiva l'espressione "cessione di contratto" (riferendosi dunque all'istituto di cui all'art. 1407 ss. c.c.), così dimostrando la consapevolezza che l'art. 2 le dava la facoltà solo di indicare un soggetto intestatario delle azioni e ii) se la clausola di cui all'art. 2 avesse voluto conferire la facoltà a B. di sostituire un terzo a sé(ovvero, se si fosse trattato di contratto per persona da nominare), allora avrebbe evitato* "sino al momento del transfert" *(evidenziazione di chi scrive) e non* "al momento del transfert"; *dicevamo, tali argomentazioni non sono sufficienti a ribaltare la conclusione sopra illustrata. Ciò perché: quanto alla prima, l'espressione utilizzata nella lettera del 6 maggio 2009 era verosimilmente imprecisa e non riferita all'istituto codici stico della cessione del contratto, bensì alla facoltà di cui all'art. 2 della Convenzione, trattandosi di lettera scritta dalla parte personalmente e non dal legale di B.; è dunque scusabile e, comunque, non significativo, un utilizzo impreciso dell'espressione "cessione del contratto". Quanto alla seconda argomentazione, vale la medesima considerazione: se pur è vero (perché non contestato) che il testo della Convenzione fu predisposto dal consulente di B. (dottore commercialista), è altrettanto vero che esso non fu redatto da un giurista; ora, senza voler in alcun modo mettere in dubbio la professionalità e la preparazione del professionista che ha assistito B. nella stesura del contratto, ancora una volta appare verosimile che un dottore commercialista si sia concentrato sull'essenza dell'affare e sugli aspetti salienti dal punto di vista economico di tale operazione, senza ponderare con dovizia di attenzione la differenza tra l'espressione "sino al momento" e "al momento", differenza che, oltretutto, non appare poi così dirimente;*

• *il contenuto del contatto definitivo stipulato tra P. e P. depone a sua volta a favore della tesi per cui P. ha considerato Po. quale sua (nuova) controparte contrattuale, sia nella Convenzione, sia nel contratto definitivo; ciò lo si ricava dalla dichiarazione di P. di non aver più nulla a che pretendere da P. (dichiarazione che non avrebbe, in effetti, avuto alcun significato se P. non avesse mai assunto le obbligazioni di cui veniva liberata al momento della stipula del definitivo). Ma ciò lo si ricava soprattutto dall'art. 3 del contratto definitivo, il quale prevede che P. è obbligata* "a manlevare e a tenere indenne la Parte Venditrice da ogni e qualsiasi responsabilità alla quale questa ultima dovesse andare incontro, ovvero da ogni e qualsiasi adempimento, ovvero obbligo di pagamento, che quest'ultima fosse tenuta ad effettuare, in ragione e in relazione al contratto di finanziamento, stipulato con atto ricevuto dal dott. P. B. … registrato a C. il novembre 2005. Conseguentemente, Parte Acquirente assume a proprio carico l'obbligo di adempiere ogni e qualsiasi obbligazione, ovvero di pagare ogni e qualsiasi debito, ovvero di risarcire ogni e qualsiasi danno, a favore degli istituti di credito aventi diritto, ed eventualmente a terzi successori nel diritto, ovvero aventi causa a qualsiasi titolo, in regione e in relazione a quanto sopra ecc.". *Se P. ha preteso di inserire tale previsione, non l'ha fatto certo per ottenere una duplicazione di soggetti obbligati (B. ai sensi della Convenzione, ultrattiva rispetto al contratto definitivo, da un lato, e P. ai sensi del contratto definitivo, dall'altro lato), bensì perché considerava P. il soggetto obbligato – ai sensi di quanto pattuito nella convenzione in cui quest'ultima era subentrata – e ha ragionevolmente voluto riscrivere tale pattuizione anche all'interno del contratto definitivo. In altre parole, considerare B. il soggetto obbligato ai sensi della Convenzione confliggerebbe con il contenuto del contratto definitivo e, inoltre, garantirebbe a P. un vantaggio ingiusto, perché essa potrebbe pretendere l'adempimento della stessa obbligazione da due soggetti diversi, azionando due pattuizioni contrattuali contenute in due contratti distinti; par al Collegio che siffatta conclusione sarebbe (questa sì) contraria ad equità.*

….omissis….

PQM

Il Collegio, definitivamente pronunciando sulle domande azionate in giudizio così provvede:

- accertato che la Convenzione racchiude un unico negozio unitario, cui B. è diventata estranea a seguito della c.d. electio amici, rigetta le domande azionate da P, non essendo opponibile a B la clausola compromissoria che regge il presente procedimento arbitrale e contenuta all'art. 14 della Convenzione;

….omissis….

****

Commento

Premessa

Nella prassi quotidiana degli affari, il contratto preliminare ha assunto la funzione economica di strumento di chiusura immediata dell'affare, per essere successivamente, utilizzato, da un lato, come base per il controllo delle sopravvenienze e, dall'altro, come veicolo "cartolarizzato" di circolazione dell'affare stesso.

La clausola per persona da nominare, – c.d. *electio amici* – apposta in un contratto preliminare, realizza proprio quest'ultimo scopo, costituisce cioè un mezzo attraverso il quale realizzare una "vendita dell'affare" e garantire così una più spedita circolazione dei diritti, abbreviando i termini formali del doppio trasferimento mediante la concentrazione dell'attività negoziale.

Riveste dunque una particolare rilevanza pratica il lodo arbitrale che stiamo per accingerci a commentare, il quale analizza la portata e gli effetti della c.d. *electio amici*.

Il fatto – La società P. prometteva alla società B. – entrambe socie di C. – di cedere a quest'ultima la propria partecipazione sociale, la quale a sua volta, si impegnava ad "*acquistarla per sé e/o per persone fisiche e/o giuridiche che si riservava di indicare al momento del transfert delle azioni"*.

Con la medesima convenzione, la società acquirente si assumeva, altresì, l'obbligo di rimborsare alla parte alienante il finanziamento soci erogato a favore della società e di liberarla da determinate obbligazioni assunte nei confronti degli istituti bancari nell'interesse della società partecipata.

Le parti prevedevano, inoltre, che le obbligazioni di cui al contratto preliminare non sarebbero venute meno in caso di loro mancata ripetizione nel contratto definitivo

Anteriormente alla stipula del contratto definitivo di cessione delle azioni, la società acquirente esercitava la facoltà di c.d. *electio amici*, qualificandola come cessione del contratto.

Compiuto il trasferimento delle azioni a favore della società P., terza designata, quest'ultima non liberava la società venditrice dalle obbligazioni assunte nei confronti degli istituti bancari né le rimborsava il finanziamento soci.

La società venditrice ascriveva l'inadempimento delle predette obbligazioni alla contraente originaria, ritenendola unica obbligata all'adempimento delle medesime.

Pertanto, secondo quanto previsto dalla clausola compromissoria contenuta nella convenzione preliminare, promuoveva un arbitrato irrituale, al fine di veder condannare la contraente originaria all'adempimento delle obbligazioni di cui alla convenzione preliminare rimaste inadempiute.

In diritto – La società P. fondava la propria pretesa sull'argomento secondo il quale gli impegni assunti con la convenzione preliminare sarebbero stati autonomi e slegati dal transfert delle azioni, sicché l'esercizio della facoltà di *electio amici* avrebbe avuto il mero effetto di consentire l'intestazione formale e fiduciaria delle azioni ad un soggetto terzo e non, invece, quello di consentire il subentro del terzo nella posizione contrattuale dell'acquirente, secondo lo schema del contratto da persona da nominare di cui all'art. 1401 c.c.

La società B., contraente originario, dal canto suo, rivendicava l'esistenza di un unico contratto dal contenuto inscindibile al quale, in forza della c.d. *electio amici*, sarebbe subentrata con efficacia *ex tunc* la società terza nominata.

La Decisione – La questione principale affrontata dal collegio arbitrale è stata quella di accertare l'effettivo contenuto della volontà delle parti, ovvero se, con la previsione della c.d. *electio amici*, le parti avessero voluto garantire alla parte acquirente la facoltà di sostituzione a sé di un terzo nell'intero accordo preliminare, con ciò determinando il subentro di detto terzo in tutte le obbligazioni contrattuali assunte dalla parte acquirente o se, invece, avessero voluto, più semplicemente, riservare alla parte acquirente la mera facoltà di intestare ad un terzo le azioni, restando ferme in capo al contraente originario le obbligazioni assunte con la convenzione preliminare.

Il procedimento logico seguito dal Collegio Arbitrale è conforme al consolidato orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale: *"in sede di stipula del contratto preliminare la presenza della clausola "per sé o per persona da nominare" non può di per sé autorizzare l'interprete a ritenere che le parti intendessero rife-*

rirsi allo schema dell'art. 1401 c.c. poiché tale clausola è suscettibile di diverse interpretazioni, onde si tratta di ricostruire, in concreto, quale sia stata la effettiva volontà delle parti e, conseguentemente, lo schema negoziale cui essa è riconducibile: contratto per persona da nominare (1401 c.c.), consenso preventivo alla cessione del contratto (art. 1407 c.c.) o contratto a favore di terzo (1411 c.c.)"(Cass. sez. II, 25 settembre 2002 n. 13923, in www.iurisdata.it; Trib. Palermo 5 maggio 2006, in www.iurisdata.it).

Come osservato dal Collegio, una volta accertata la natura dell'*electio amici*, la soluzione della questione giuridica sollevata dalle parti riguarda, in estrema sintesi, l'inscindibilità o meno delle pattuizioni contenute nella convenzione preliminare.

Nel caso di specie, il Collegio Arbitrale, facendo applicazione delle norme che disciplinano i criteri di interpretazione del contratto, di cui agli artt. 1362 c.c., ha ritenuto che le obbligazioni assunte dalle parti contraenti con la convenzione preliminare costituissero un unico negozio giuridico, che le clausole contrattuali in esso contenute fossero tra loro inscindibilmente connesse e che le parti avessero voluto costituire un contratto per persona da nominare.

Le circostanze dalle quali è stata ricava la predetta volontà delle parti, possono esser così riassunte: (i) la pattuizione di liberare dalle garanzie rilasciata a favore della parte venditrice trova giustificazione causale nel fatto che il socio entrante assume la medesima posizione del socio uscente nella società. Diversamente, le predette obbligazioni sarebbero prive di causa e dunque, nulle; (ii) la formulazione lettera della riserva di c.d. *electio amici* contenuta nella convenzione oggetto di pronuncia, non fa alcun cenno ad una semplice intestazione fiduciaria a terzi delle azioni ma coincide con il contenuto tipico delle clausole *ex* art. 1401 c.c., che si riscontra nella prassi contrattuale comune; (iii) il fatto stesso che solo il terzo nominato dal contraente originario sia stato parte del contratto definitivo di cessione delle azioni, e non anche il contraente originario, costituisce comportamento concludente rispetto alla qualificazione del contratto quale contratto per persona da nominare. Diversamente, dinanzi al notaio, per la stipula del contratto definitivo, sarebbe stato

chiamato anche il contraente originario, ma così non è stato; (iv) il contratto definitivo riproduce espressamente il contenuto delle obbligazioni di garanzia di cui al contratto preliminare, prevedendole esclusivamente in capo al terzo nominato e non in capo al contraente originario; (vi) l'*electio amici* è avvenuta prima della stipula del definitivo.

Da tali circostanze, il Collegio Arbitrale ha ritenuto che potesse emergere con chiarezza che lo scopo perseguito dalle parti con l'inserimento della clausola di *electio amici*, nell'ambito della contrattazione preliminare, fosse quello di sostituire il soggetto designato nella posizione assunta dal promissario nel suo complesso, comprensiva cioè di tutte le obbligazioni assunte dal contraente originario con il contratto preliminare, nessuna esclusa.

Accertato dunque che la volontà delle parti era quella appena descritta, le conseguenze che ne sarebbero derivate non potevano che essere quelle proprie del contratto per persona da nominare di cui all'art. 1401 c.c.

Come noto, l'effetto principale del contratto per persona da nominare è quello di assegnare al nominato la posizione di parte *ex tunc*.

Il nominato subentra, quindi, quale parte sostanziale del contratto in sostituzione allo stipulante acquistando con effetto retroattivo, a far data dalla stipulazione del contratto, di tutti i diritti ed obblighi derivanti dal contratto, nessuno escluso.

Il lodo arbitrale oggetto d'esame, si è dunque conformato all'orientamento consolidato in dottrina e giurisprudenza, secondo il quale, *"il tratto peculiare del contratto per persona da nominare è dato dal subentrare nel contratto di un terzo che, prendendo il posto del contraente originario, acquista i diritti e assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente determinando, inoltre, la contemporanea fuoriuscita dal contratto dello stipulante, con effetto retroattivo, per cui il terzo si considera fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente e a questa legata dal rapporto costituito dall'originario stipulante"* (Cass. 17 marzo 1995, n. 3115, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 2025; C. M. Bianca, Diritto Civile, *Il Contratto*, vol. III, 2000, p. 129).

La società parte alienante, concedendo alla parte contraente la facoltà di nominare un terzo soggetto quale parte sostanziale della convenzione, avrebbe dunque concesso alla medesima anche la facoltà di liberarsi *ex tunc* delle proprie obbligazioni assunte con la convenzione preliminare, riversandole su di un terzo soggetto, l'*electus*.

A parere di chi scrive, le circostanze poc'anzi elencate non consentono di ritenere applicabile all'*electio amici*, così per come è stata pattuita dalle parti del giudizio arbitrale, la disciplina del contratto per persona da nominare.

Non lo consentono perché il senso letterale stesso della clausola di *electio amici*, ad un'attenta analisi, si rileva diverso da quella del tipico contratto per persona da nominare.

Il comportamento stesso della parte contraente originaria, successivo alla stipula del contratto preliminare, evidenzia la chiara consapevolezza di quest'ultima circa l'inapplicabilità della disciplina del contratto per persona da nominare alla predetta pattuizione.

Ed è il contenuto stesso del contratto definitivo rispetto alle clausole del preliminare a darne un'ulteriore conferma.

Ma andiamo con ordine.

Per poter analizzare la prima ragione per la quale si può ritenere che il contratto preliminare oggetto del giudizio arbitrale non risponda ai requisiti del contratto per persona da nominare, vale la pena di esaminare per un attimo, comparandole tra di loro, le seguenti clausole, che vengono frequentemente riportate nei contratti preliminari per esprimere la volontà di introdurre la riserva di nomina.

a) *"Tizio si obbliga e promette di vendere a Caio che si obbliga e promette di acquistare, per sé e/o per persona che si riserva di nominare entro il termine di mesi 6 da oggi, il seguente immobile"*.

b) *"Tizio si obbliga e promette di vendere a Caio che si obbliga e promette di acquistare, per sé e/o per persona che si riserva di nominare entro il termine contrattuale previsto per la stipula dell'atto pubblico, il seguente immobile"*.

Le predette clausole rappresentano entrambi una fattispecie pura di contratto preliminare per persona da nominare.

In particolare, al momento dell'*electio amici* non si verifica a favore dell'*electus* alcun effetto traslativo: ci troviamo di fronte ad un mutamento soggettivo nel rapporto instaurato con il contratto preliminare che non comporta trasferimento, modifica o costituzione di diritti reali, ma una sostituzione nella persona a cui favore ed a cui carico faranno capo, con effetto *ex tunc*, tutte le obbligazioni originariamente sorte in capo al promittente acquirente.

Poniamo poi attenzione alla seguente clausola:

"Tizio si obbliga e promette di vendere a Caio che si obbliga e promette di acquistare, con riserva di sostituire a sé altra persona, fisica o giuridica, al momento della stipula dell'atto pubblico, il seguente immobile".

Questa clausola, del tutto identica a quella di cui al contratto preliminare sottoscritto dalle parti del

giudizio arbitrale, non riflette tecnicamente un vero e proprio contratto per persona da nominare, poiché l'*electus* non si sostituisce al promittente acquirente con lo stesso obbligo a contrarre un contratto definitivo, ma rappresenta la persona individuata dal promittente acquirente a cui favore si verificherà l'effetto traslativo del bene promesso in vendita. Ebbene, se il terzo designato entra in scena come acquirente in sede di stipulazione del contratto definitivo, in questa sede egli non subentra ma per così dire "nasce" acquirente, come contraente del definitivo.

Pertanto il nominato non subentra nella posizione contrattuale connessa al preliminare, ma ha unicamente un diritto ad acquistare.

In tale ipotesi si può ritenere che la fattispecie non configuri una riserva di nomina in senso stretto, ma, più correttamente, una clausola di stipulazione a favore di terzo.

La soluzione trova anche riscontro in giurisprudenza, secondo la quale, non ricorre la figura del contratto per persona da nominare quando la riserva di nomina di un terzo venga riferita non allo stesso preliminare, in relazione ai diritti ed obblighi da esso nascenti, ma al contratto definitivo che le parti si impegnano a stipulare.

Ed infatti, è stato osservato espressamente che *"l'esistenza di una clausola in cui le parti abbiano previsto lo scioglimento della riserva all'atto del definitivo non può non avere conseguenze sulla stessa qualificazione giuridica della fattispecie. In particolare, il fatto che le parti facciano coincidere il momento dello scioglimento della riserva con quello della stipulazione del definitivo, e quindi con il momento dell'esecuzione-estinzione del preliminare, evidenzia probabilmente una volontà dei contraenti incompatibile con la funzione e con gli effetti del contratto per persona da nominare. Caratteristica essenziale di questo istituto è la sostituzione dell'electus all'originario contraente con effetto fin dalla stipulazione (*ab origine, ex tunc*)"* (Trib. Palermo, 05 maggio 2006, in *www.iurisdata.it*; Cass. sez. II, 25 settembre 2002 n. 13923, in *www.iurisdata.it*; Appello Cagliari, 6 giugno 1997, in *Riv. giur. Sarda* 1998, 46).

Con la clausola di *electio amici* oggetto d'esame le parti hanno previsto che l'*electus* subentri non prima della stipulazione del definitivo (momento dello scioglimento della riserva).

Perciò difficilmente può credersi che esse abbiano voluto che un terzo subentrasse ad una di esse come contraente del preliminare (Trib. Termini Imerese, 12 maggio 2006, in *Rass. dir. farmaceutico* 2006, 6, 1276).
Non si assiste quindi ad una sostituzione nella qualità di contraente ma al semplice acquisto di un diritto di credito all'esecuzione a proprio favore della prestazione da parte del promittente. La prestazione del consenso per la conclusione di un futuro contratto
In forza di quanto sin qui osservato è chiaro che, la differenza tra l'espressione "sino al momento" e "al momento" non può non essere dirimente, a meno di non voler escludere la valenza del senso letterale delle espressioni adoperate dalle parti contrattuali, contravvenendo così al primo dei criteri interpretativi imposti dal legislatore, di cui all'art. 1362 c.c.
Da ciò, peraltro, trova evidente giustificazione l'espressione adoperata, nel caso di specie, dal contraente originario nel momento in cui designa il terzo. Egli parla, infatti, di cessione del credito.
E lo fa non certo perché ignaro del suo significato giuridico ma piuttosto perché la clausola di *elctio amici* parlava chiaro: l'*elctio amici* poteva avvenire al momento del transfert delle azioni e quindi non prima e non dopo.
Il contraente originario ha, invece, esercitato la facoltà di designare il terzo prima del termine contrattualmente stabilito; perciò o la designazione è invalida oppure non si trattava di designazione del terzo ma di vera e propria cessione del contratto.
Inoltre, se è vero che il terzo designato è subentrato in tutte le obbligazioni del contratto preliminare, per quale ragione le parti, dopo aver previsto che le clausole di quest'ultimo non avrebbero dovuto essere riprodotte nel definitivo, hanno previsto in capo al designato nuovamente le medesime obbligazioni di cui al contratto preliminare?
La ripetizione sembrerebbe inutile accedendo alla tesi del contratto per persona da nominare.
Non sembra neppure priva di causa la previsione secondo la quale determinate obbligazioni di garanzia avrebbero continuato a permanere in capo al contraente originario.
Trattasi infatti di obbligazioni strettamente legate alle capacità finanziarie e patrimoniali dell'obbligato, sicché non è illogico pensare che l'altro contraente abbia voluto riconoscere la facoltà di designare un terzo (scelta di fatto rimesso al mero arbitrio del contraente originario) a patto, però, che l'adempimento delle obbligazioni di natura pecuniaria venissero garantite personalmente dal contraente originario.
Detto ciò, si ritiene opportuno osservare che, quantunque la pattuizione di una clausola di *electio amici*, secondo lo schema del contratto per persona da nominare (e non del contratto a favore del terzo), comporti il subentro del designato in tutte le obbligazioni assunte dal contraente originario con piena liberazione di quest'ultimo dalle medesime, ciò non significa che tale effetto non possa essere derogato espressamente dalle parti.
È chiaro, infatti, che, per tener ferme le obbligazioni di garanzia in capo al contraente originario, poi sostituito per effetto dell'*electio amici*, la parte alienate può prevedere espressamente una specifica clausola che le faccia permanere anche in capo al contraente originario di tali obbligazioni.
Lo conferma la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha stabilito che *"non è inconciliabile con il contratto per persona da nominare la circostanza che i contraenti prevedano, non soltanto la sostituzione di uno di essi con altro soggetto, ma anche la possibilità che questi si aggiunga ai contraenti originari"* (Cass. 7 febbraio 1975, n. 463, in *www.iurisdata.it*).
Da quanto sin qui osservato è evidente l'opportunità che, nella redazione dei contratti, sia essi preliminari o definitivi, sia enunciata espressamente, magari con un richiamo normativo, la qualifica della clausola di *electio amici* che si intende introdurre, e che la sua formulazione avvenga secondo lo schema letterale che più si sposa con le sue caratteristiche peculiari, in ragione dell'intento perseguito dalle parti.
Ciò agevolerà senz'altro il lavoro dell'interprete e, a sua volta, determinerà una maggior certezza degli effetti giuridici che derivano dall'*electio amici.*

BELA BARTI[1]

Libero tempo in libera professione

Qualche tempo fa Salvatore Sanzo, detto Totò, ricordava che, come ha scritto qualcuno "sudore" viene, nel vocabolario italiano, prima di "successo".
E si riferiva al tempo passato sulle sudate carte, non al liquido incolore, di sapore salato e odore caratteristico, prodotto dalle ghiandole sudoripare, quando affrontiamo in bicicletta lo Stelvio o, se meno allenati, le scale del tribunale.
Ed in effetti, i buoni risultati professionali, quelli duraturi ed onesti, si ottengono in tre modi: lavorando, lavorando, lavorando.
Ciascuno di noi si però si trasforma in asino da soma, con animo diverso.
C'è chi affronta le 60 ore settimanali con la rassegnazione della vittima sacrificale e poi rompe i timpani a tutti con quanto sia impegnato e come non abbia il tempo neppure per andare dal barbiere e come vorrebbe evadere e così via lamentandosi.
Al contrario, c'è chi trova nel lavoro una tale compulsiva soddisfazione che il 15 agosto, a Valnontey si perde la vista fuggevole di un camoscio timido, per chiedersi come mai il suo blackberry taccia, mentre cerca di tenere il passo di un camminatore esperto (casualmente il suo cliente più importante).
Quest'ultimo non vede l'ora di tornare alla sua faticosa ma appagante attività quotidiana, con buona pace della moglie rassegnata o, peggio ancora, della morosa indispettita.
C'è poi chi ritiene che il lavoro sia un grande riparo dai mali del mondo e della vita e che, come spesso capita nelle professioni liberali, sia una buona occasione per rendersi utili, conoscere una parte del mondo, affrontare problemi stimolanti.
Queste tre categorie hanno comunque un sentimento in comune ed è l'ansia/il desiderio per il proprio tempo libero.
Il primo, la vittima sacrificale, non vede l'ora di togliersi la cravatta, di dedicarsi alle sue passioni che spesso sono condivise con molti altri e bilanciano (o vorrebbero bilanciare) il tempo lavorativo, vissuto quasi come un tempo perso.
Allora è podista da mezze maratone o grande camminatore sulle orme di Santiago o San Benedetto o uno scalatore tenace.
Non è escluso che giochi in una squadra di calcio o che ami i viaggi avventurosi e le collezioni più esotiche. A volte ristruttura vecchi casolari di campagna, ricondiziona vecchie macchine.
Costui oggi sta leggendo Heritier, *Il sale della vita.*
Il secondo tipo di *workaholic* invece, vede nel tempo libero una prosecuzione del suo lavoro, un'occasione per espandere conoscenze e clientele, una vera e propria occupazione. Allora il golf diviene lo sport raccontato, prima ancora che praticato. Il calcetto giocato con un accanimento degno dell'istituto Rizzoli, la palestra e gli sforzi estremi sono mezzi per mantenersi in una forma fisica un po' paranoide, dove magrezza ed abbronzatura dovrebbero mostrare soldi e successo.
Una volta rincorreva con tenacia l'infarto, nei bunker dove giocava a *squash*.
Oggi nega e spergiura di non aver mai praticato questa disciplina claustrofobica, alimentata dai costruttori di cuori artificiali e valvole mitraliche.
Se, come ipotizzavamo, il 15 agosto questo soggetto si trova in una splendida valletta alpina, state tranquilli che non sta cercando di vedere camosci, ma di seguire ansante, l'amministratore delegato della società cliente più importante, il quale, da parte sua, non sa come liberarsi dal fastidioso disturbatore del suo tempo liberato.
Questo tipo di professionista legge spesso: ma al di là della cronaca sui conflitti societari e dei vari manuali sull'arte della guerra, raramente si dedica alla letteratura, fosse anche d'evasione (*legal thriller* a parte).
Adesso sta leggendo *"I contendenti"* di Grisham, assieme a *"Le regole della finanza"* di Enriquez.
C'è infine il professionista che considera il lavoro una parte molto importante della propria vita, ma sa bene

1. Da questo numero ospitiamo i graditi interventi di Bela Barti, dodecatleta e costituzionalista magiaro.

che vi sono beni, altrettanto se non più importanti: gli affetti, le amicizie, la cultura, la solidarietà.
A fianco delle sue sessanta ore settimanali coesistono, a volte con fatica, passioni per l'arte, la musica, la lettura in genere, l'impegno sociale e così via.
Quando si dedica alle attività sportive, non ama molto la competizione, se non con sé stesso.
È il ciclista o il podista solitario, in nuotatore concentrato e di lungo percorso.
È quello che va a sentire la musica dal vivo, classica o popolare che sia.
È quello che va in vacanza quando ha bisogno di allentare il ritmo e di applicare la testa ad altro.
Da ultimo ha letto *"Stoner"* di Williams, non confondendo il titolo con l'australiano del motociclismo mondiale.
C'è poi un quarto soggetto, sui cui torneremo e che introduciamo con le parole di Collodi, ne *"Le avventure di Pinocchio"*:
"Che mestiere fa?"
"Il povero".
Costui è stato sbalzato dalla crisi economica in una posizione quasi miserevole, ha perso gli agi che venivano dalla conduzione di uno studio modesto, ma affidabile.
Oggi non va più in vacanza, anche se ha molto tempo libero.
Attende una telefonata che gli dia un incarico da cui ricavare qualche guadagno. Ha cambiato giornalaio, perché quello abituale si stupiva di vederlo vestito sempre nello stesso modo, sempre più dimesso, sempre più triste.
Non legge più, ma spia ogni tanto gli annunci di lavoro, disponibile anche a scaricare cassette al mercato ortofrutticolo di notte, pur di pagare l'affitto del suo piccolo studio.
Ha letto il "*Cappotto"* di Gogol e ne ha dovuto far tesoro.

impermeabili
SAN GIORGIO

DANNY MCENROE[1]

La mia prima volta

Leggendo il titolo, gli affezionati lettori di questa rivista avranno pensato che avrei raccontato delle prime, rudimentali, forme di dimestichezza con un corpo diverso dal mio, più romantiche delle azzuffatine che accompagnavano puntualmente i primi calci al pallone durante le estati ragalnesi.

Chi mi frequentava allora, alcune in effetti raggiunte da questa rivista che varca pure lo stretto, avrà temuto di ritrovarsi nella storia, ricordando – forse con una certa nostalgia – l'impaccio e le paure di allora e scoprendo magari una inaspettata diversa collocazione sul podio.

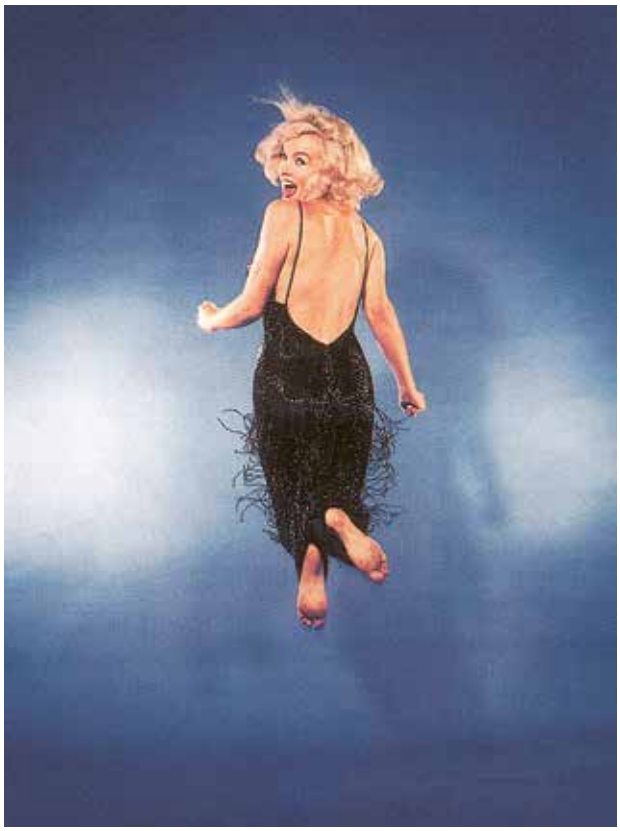
Chi mi frequenta adesso avrà pensato di poter verificare i progressi delle tecniche amorose dopo oltre un ventennio di onesta pratica, con il rischio tuttavia di constatare un progressivo decadimento delle abitudini, conseguenza del vivere in una casa (ed in una camera, in particolare) che soffre una straordinaria densità per metro quadro, nonostante i 200 mq complessivi!

Tutti gli altri, malignamente, avranno pensato che avrei scritto per attualizzare in qualche modo ciò che oggi non potrei più fare, considerato che – e temo sia vero – l'unica arma seduttoria ed amatoria, che migliora con il passare degli anni, è l'uso della penna e della parola.

Come dice un mio caro amico, che mi precede di qualche anno nella vita trascinandomi dietro, il problema non è la conquista, perché con quella ci arrabattiamo bene, ma ciò che inevitabilmente ci tocca fare dopo, in silenzio e senza la stilografica in mano, aggiungo io.

Tranquillizzo tutti: parlerò della mia (recente) prima difesa davanti alla Corte di Cassazione.

I non addetti alla professione forense devono sapere che per patrocinare le cause davanti alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato ed alle altre Magistrature superiori bisogna essere iscritti in un apposito albo tenuto dal Consiglio nazionale Forense.



Il diritto matura automaticamente dopo 12 anni di iscrizione all'Albo degli avvocati ovvero, prima di allora, per concorso pubblico, al quale è possibile partecipare dopo 5 anni di presenza nell'Albo.

Quasi nessuno tenta la via del concorso pubblico, descritto come molto selettivo dai pochi temerari che lo hanno provato; la quasi totalità degli avvocati diventa automaticamente "cassazionista" per anzianità di iscrizione.

In tutto questo, le capacità professionali, i meriti, il numero dei ricorsi trattati non contano assolutamente nulla. Conta solo il tempo che passa.

In questo modo, è di gran lunga più difficile riscuotere

1. Nella prima vita, attore e regista cinematografico di origini potentine, basso, largo e calvo; nella seconda vita, tennista precoce, cresciuto nel Queens (New York), alto e magro; nella terza vita, avvocato cassazionista, residente nel Quinz (Verona), gran figo; nella quarta, chissà…

i premi con la tessera Esselunga, che diventare cassazionisti. Al cliente del supermercato vengono chiesti l'iscrizione ed i punti, che si maturano accedendo al punto vendita ed acquistando i prodotti. All'avvocato invece, è richiesta la sola iscrizione, a nulla rilevando che l'ultimo libro acquistato sia stato pagato in lire o che abbia con un'aula di giustizia la stessa assiduità di un vegetariano con una macelleria.

Capite bene perché, maturati nell'ottobre dello scorso anno i dodici anni di iscrizione all'Albo, l'idea di diventare cassazionista mi lasciava del tutto indifferente. Ed ancor più il pensiero di discutere le prime cause in Cassazione.

Da buon amministrativista infatti, ho sempre ritenuto che la massima autorità giurisdizionale fosse il Consiglio di Stato, dimenticando volutamente che l'ultima parola, in punto di giurisdizione (i cui ambiti sono sempre più mobili, incerti ed, ohimè, decisivi), spetti comunque alla Corte di Cassazione. E mi sono sempre perdonato questa dimenticanza, perché è la stessa che constato frequentemente nei giudici del Consiglio di Stato, come dimostrano i numerosi scontri frontali tra giurisdizioni, comodamente fatti sulla pelle dei cittadini (basti pensare, per citare quelli più recenti, alla giurisprudenza sulla pregiudiziale amministrativa ovvero a quella sulle sorti del contratto d'appalto pubblico, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione).

Peraltro, in questi tredici anni di attività forense ho frequentato molto le aule del Consiglio di Stato (e del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana), in quanto organi di appello ai quali ci si rivolge con frequenza, per rimediare alle strane posizioni assunte spesso dai nostri TAR.

Anche per questo motivo aspettavo con distacco la fissazione di due giudizi davanti alla Corte di Cassazione, che avevo introdotto pochi giorni dopo rispetto alla mia incoronazione a cassazionista. Il primo riguardava il gravame proposto dall'avversario soccombente avverso una sentenza della Corte lagunare e sarebbe stato trattato in udienza pubblica; il secondo invece, era relativo ad un Regolamento di competenza su un provvedimento del Tribunale di Venezia, che sarebbe stato chiamato in camera di consiglio.

Entrambi i giudizi, probabilmente per una motivata richiesta di chi – a casa mia – vede rivoluzionate le proprie abitudini quando mi capita di dormire fuori casa, vengono fatalmente fissati per la stessa giornata, alla stessa ora: le ore 10 di un giovedì di primavera inoltrata.

Questo quadro di serena attesa, è stato irrimediabilmente compromesso a seguito della telefonata che ho

ricevuto una mattina di marzo dal mio primo socio storico (mi è inibito definirlo socio anziano), il quale – nel pianificare una nostra presenza congiunta nello studio romano – apprende da me che il mese successivo avrei discusso per la prima volta in Cassazione.

Mi ha evidenziato subito l'importanza dell'evento, proponendomi di accompagnarmi in udienza e di tenermi a battesimo.

Ho creduto che stesse scherzando, perché conosco l'insofferenza di quel socio nei confronti dei riti, qualunque essi siano, e so bene quanto lui ritenga inutile la medaglietta di Cassazionista, soprattutto quando viene esposta sulla carta intestata benché, come sopra ho detto, non dimostri affatto una buona preparazione, ma solo una certa anzianità (potendo per questo, essere sostituita più efficacemente dalla data di nascita).

Nonostante le mie perplessità, come sempre capita, l'uomo riesce a convincermi. Devo ammettere peraltro, che lavorando poco con lui per la diversità delle materie che trattiamo, vivo con piacere le occasioni di incontro che, quando non sono interamente occupate dalle questioni organizzative di studio, sfociano spesso nel divertimento puro.

Il giorno dopo mi telefona e mi dice di avere prenotato un tavolo per la sera prima da "*Quinzi e Gabrielli*", ristorante di pesce romano, noto per gli strepitosi piatti

di crudo, esaltati pure dal nostro Renè Gourmant, nelle pagine di questa rivista.
Capisco in quel momento la necessità di tenermi a battesimo ed il modo che aveva scelto per rendere solenne quell'evento. Faccio presente al mio interlocutore, che – potendo scegliere – avrei voluto evitare di presentarmi alla mia prima discussione in Cassazione con le moeche in risalita dallo stomaco, l'astice in gola, il guscio delle vongole tra i denti.
La sua risposta è stata fulminea: "*Vorrà dire che mangerai poco!*".
Mi sono così ricordato quanto mi diceva mio nonno Angelo, 83 anni ed un guerra combattuta e persa alle spalle (presenza costante nei miei pezzi per Lambaradan), allorchè, nei pomeriggi in cui mi faceva da secondino in attesa che la mamma tornasse, per domare i miei istinti terroristici, mi portava nel negozio di giocattoli del signor Pennisi (equivalente, non evoluto, del veronese Lucchi), ma mi diceva che avrei potuto acquistare solo due pacchetti di figurine dei calciatori.
Anche questa volta tuttavia, il mio interlocutore è stato capace di convincermi.
Nei giorni successivi, complice la tradizione della mia terra che impone il vestito nuovo nelle cerimonie importanti (ragione questa che giustifica il minor numero di seconde nozze in Sicilia, rispetto al dato nazionale), ho deciso di acquistare una toga nuova in una rinomata sartoria di Milano, facendomi così una cultura su cordoniere, pettorine, batocchi e gingilli vari. Per evitare che il mio mantello stridesse con quello del mio socio, logorato dal tempo e dall'uso, ho deciso di acquistare una toga anche per lui.
Con un buon anticipo rispetto al giorno fatale, riletti i fascicoli, ho preparato la discussione. Sono convinto infatti, che sia necessario, prima di andare in udienza, prepararsi una traccia di quello che si dovrà dire, abbastanza elastica per modificarla all'occorrenza, ma pure sufficientemente compiuta per mantenere al discorso ordine e chiarezza.
Rileggendo la traccia più volte, mi sono reso conto che, quasi inconsapevolmente, la mia iniziale indifferenza all'evento si era trasformata in trepidante attesa, con l'inevitabile carico di ansia che si portava dietro.
Anche per me, che pure ho una certa dimestichezza con le discussioni pubbliche, parlare per la prima volta in Cassazione, peraltro davanti al mio socio storico, che nella sua veste di padrino mi avrebbe tenuto idealmente la mano sulla spalla, era diventato un appuntamento importante.
Ero stato avvertito in quei giorni delle dimensioni del Palazzo sede della Corte di Cassazione, ma ero rimasto pressoché indifferente a quegli avvertimenti, perché di solito preferisco precedere l'orologio (l'unica corsa che vinco è quella con le lancette delle ore) e perché sapevo che con me ci sarebbe stato il mio socio che conosce bene quegli spazi e che, all'occorrenza, mi avrebbe potuto tenere il turno in un giudizio, mentre, io discutevo l'altro.
La mattina precedente, tuttavia, il padrino autodesignatosi mi pianta in asso, consolidando così la mia pessima tradizione con le cerimonie solenni (come dimostrano le iniziali, spacciate per improbabili marchi, su alcuni servizi di piatti e le tante bomboniere, con il medesimo marchio, che la mamma è riuscita a smaltire solo di recente).
Il mio primo socio storico mi ha comunicato infatti, che nell'ambito di una operazione societaria non secondaria, era necessario che lui quel giorno fosse presente a Milano, anziché a Roma. Convinto di potere così rendere indifferente la sua assenza, mi ha subito precisato che avrebbe mantenuto la prenotazione da "*Quinzi e Gabrielli*", affinchè – magari in buona compagnia – avrei comunque potuto provare il rito della sera prima della Cassazione, descritto in altro articolo di questa rivista.
Mi sono ritrovato così, ad affrontare da solo la mia prima in Cassazione. E non era la solita prima volta, perché le cause da discutere quel giorno erano due. Pensate un po' se, tornando al titolo ed alla premessa di questo pezzo, ci fosse toccato farlo con due soggetti, contemporaneamente, peraltro l'uno distante un centinaio di metri dall'altro.
La sera precedente, quasi inutile dirlo, ho saltato la cena programmata. L'idea di trovarmi seduto al tavolo, da solo, circondato da pesci, che sono tradizionalmente muti, non mi divertiva affatto.
Ho ripiegato per la più familiare e meno impegnativa Trattoria "*Grotte del Teatro di Pompeo*" a due passi da Palazzo Farnese, sede del Consiglio di Stato, dove – a mio parere – si mangiano i migliori bucatini all'amatriciana di Roma (ma so già che verrò smentito dal nostro Renè Gourmant). A parte che per i bucatini, frequento quel posto, perché riesco a conoscere gli esiti delle discussioni al Consiglio di Stato in tempo reale e dalla viva voce del Cancelliere che lì trascorre la sua pausa pranzo, e perché ricordo ancora con piacere quanto mi disse la figlia del proprietario la prima volta che andai da loro.
Arrivavo a Roma con l'ultimo treno in partenza da Verona. Abituatomi ormai al coprifuoco veronese che scatta inesorabile dopo le ore 21, presentatomi a cena alle 22.45, chiesi se avessi potuto mangiare qualcosa.

Mi fu risposto: "*Se non ha problemi di stomaco, si accomodi pure che la serviamo con piacere*". Credo che la mia interlocutrice non abbia capito il senso della mia domanda, ma con la sua risposta mi ha dato la misura di quanti anni fossero passati dalla mia dipartita catanese.

Quella notte ho dormito poco e male, complici pure gli echi amorosi di una coppia inglese tutt'altro che impacciata o timorosa, solo apparentemente rude nei modi.

L'indomani mattina, dopo una veloce colazione a base di zuccheri, mi sono presentato in Cassazione con un più che decoroso anticipo, varcando la soglia del palazzaccio alle 8 e 15, con l'inizio delle udienze fissato per le 10. Anche se mi fossi rotto una gamba od avessi deciso lungo il tragitto di limarmi le unghie di mani e piedi, in quasi due ore, avrei comunque trovato comodamente le aule delle mie udienze.

La ricerca peraltro, si è rivelata meno complicata del previsto. La Cassazione ha una pianta rettangolare, che si sviluppa su tre piani, con due ali più basse; il piano destinato alle udienze civili è il terzo.

Sono salito allora a quel piano e, per evitare giri inutili, ho chiesto al primo addetto alla cancelleria che mi è capitato davanti, dove fossero le mie aule.

Mi ha risposto garbatamente, che per raggiungere la prima aula avrei dovuto recarmi sul lato opposto rispetto a quello dove mi trovavo e che, per raggiungere la seconda, avrei dovuto proseguire su quello stesso corridoio, girare a destra e percorrere metà del corridoio successivo.

Ho ringraziato il mio interlocutore e mi sono avviato, contento come se avessi già vinto entrambe le cause.

In effetti, ho trovato agevolmente la prima aula, dove – per segnare il territorio – ho lasciato la mia ventiquattrore. Ho proseguito lungo il corridoio, svoltato a destra, trovando a metà dell'altro corridoio la seconda aula che cercavo. Lì ho lasciato il soprabito ed ho indossato la toga.

Ho percorso più di volte il tragitto, per assumere familiarità con il luogo e scaricare un po' di tensione, che tuttavia riuscivo ancora a gestire serenamente.

Il livello è salito in maniera esponenziale non appena gli uscieri hanno affisso alla porta delle due aule il ruolo con l'ordine di chiamata delle cause.

All'improvviso ho capito che la mattinata sarebbe stata assai complicata.

La causa in udienza pubblica recava il numero 3 di chiamata, mentre quella in camera di consiglio sarebbe stata chiamata per ultima con il numero 16.

Ho segnalato immediatamente all'usciere preposto a smistare il traffico della camera di consiglio che avrei voluto discutere, trattandosi di un regolamento di competenza, ma che avevo in concomitanza un'udienza pubblica.

La Signora, dal tratto simpatico e dall'accento marcatamente romano, si è appuntata sull'elenco la mia richiesta di discussione, facendomi tuttavia presente la possibilità che l'intera camera di consiglio si chiudesse prima delle 11. Mi ha consigliato quindi di restare in zona e di farmi trovare pronto in caso di chiamata.

Ha avuto inizio così il mio peregrinare tra un'aula e l'altra del terzo piano del palazzo. Un peregrinare fatto di passo lento, passo veloce, corsa. Passo lento, passo veloce, corsa.

Per evitare di dare nell'occhio infatti, cominciavo a camminare normalmente, acceleravo il passo e, svoltato il primo corridoio, mi davo alla corsa. E facevo tutto questo con la toga indosso, che, composta nelle prime due fasi, nella terza inevitabilmente svolazzava alle mie spalle, trasformandomi di fatto in un volatile nero.

Era primavera inoltrata e faceva caldo. All'arrivo nelle due aule quindi, non ero in perfetto ordine e presentavo i segni evidenti degli straordinari cui avevo sottoposto le mie ghiandole sudoripare.

Peraltro le mie apparizioni nell'aula delle udienze pubbliche erano rese ancora più imbarazzate dalla presenza in quel Collegio di un bravo magistrato che risiede a Verona, che ho conosciuto bene allorché svolgeva le sue funzioni presso il nostro Tribunale, il quale probabilmente solo adesso, ammesso che leggerà questa rivista e questo articolo, capirà che io quel giorno non avevo la dissenteria (restituendomi così quel poco di dignità che, chissà perché, si ha idea di perdere quando si palesa quella forma di incontinenza).

Ho percorso quel corridoio nei modi che ho detto per una decina di volte, finendo inevitabilmente per indurre una certa tenerezza nell'usciere della camera di consiglio, la quale vedendomi arrivare di corsa, mi risparmiava gli ultimi metri, gesticolando ed urlandomi che non era ancora il mio turno.

Invertivo così la rotta e tornavo nell'aula delle udienze pubbliche, col fiato corto, la toga mal messa e la fronte grondante.

In uno di questi giri, ritornato nell'aula dell'udienza pubblica, ho visto che si era appena conclusa la discussione della causa che precedeva la mia.

Con il pensiero all'altra causa, che ero costretto ad abbandonare per qualche minuto, ho provato a ricompormi ed a concentrarmi sul pezzo, per fare in modo quantomeno di azzeccare la traccia giusta.

Le discussioni in udienza pubblica non sono brevi, soprattutto quando hanno ad oggetto questioni com-

plicate e la mia, purtroppo, lo era. La discussione è infatti preceduta dalla relazione del Giudice relatore, che non è assolutamente formale o scontata, come capita davanti ad altre autorità giudiziarie, è seguita poi dalla relazione del Pubblico Ministero ed è conclusa, infine, dalla discussione degli avvocati. Tutto questo in quel caso, ha occupato ben 25 minuti. Un'eternità rispetto ai tempi veloci di quella camera di consiglio, che mi aspettava.

E così, completata la discussione, sentita dal Presidente la frase di rito "*sarà decisa*" e salutato frettolosamente il collega avversario, mi sono precipitato di corsa nell'altra aula.

Svoltato il primo corridoio, in pieno volo, ho visto subito che non c'era più il capannello di colleghi davanti alla porta dell'aula. C'era solo l'usciere, ferma con le braccia conserte, che mi aspettava.

Ho rallentato la corsa, ormai diventata inutile, mi sono avvicinato all'usciere e, con il poco fiato che mi era rimasto, le ho detto che avevo finito in quel momento la discussione in udienza pubblica. L'usciere, allontanandosi un po' (evidentemente la produzione delle mie ghiandole era divenuta bromidosi), mi ha fatto presente di avere prospettato al Collegio il mio problema, chiedendo di aspettarmi. Il Presidente tuttavia, trascorso qualche minuto, aveva deciso di chiudere la camera di consiglio.

In quel momento, fatalmente, dalla porta dell'aula, è uscito il Presidente con una sigaretta (spenta) in mano. Senza pensarci troppo, mi sono avvicinato e gli ho detto "*Presidente, scusi, io avrei voluto discutere l'ultima causa del ruolo di oggi, ma sono stato trattenuto in udienza pubblica. Avevo fatto presente la circostanza all'usciere. Se fosse possibile, chiederei che la causa venisse richiamata per la discussione*".

Il Presidente, che nel frattempo aveva tirato fuori dalla tasca l'accendino, mi ha risposto: "*Veda avvocato, l'usciere ci ha comunicato il suo problema e le corse che ha fatto per essere presente, ma la camera di consiglio adesso è conclusa. Tenga presente che l'avremmo fatta parlare, ma probabilmente non l'avremmo ascoltata, perché la questione ci è sufficientemente chiara*".

E così, avvicinandosi alla porta finestra che dà sull'ampia terrazza, messa in bocca la sigaretta e portata la mano sulla maniglia, mi ha detto: "A*vvocato, se apro, che fa? Vola via?*". Gli ho risposto: "*Solo quando fa buio, come i pipistrelli*".

E così quel giorno, nella zoologia forense descritta da Calamandrei, ho aggiunto una nuova specie.

Accanto all'"*avvocato semplice*" ("*advocatus merus di Linneo*") di solito molto giovane, che è quello che sgobba in biblioteca a far le ricerche di dottrina e giurisprudenza ed a scrivere le comparse; accanto all'"*avvocato di corridoio*" ("*advocatus explorator seu commendator*") che, quando le aule sono chiuse, si aggira come un'ombra per i corridoi e le anticamere, in cerca di utili contatti; accanto all'"*avvocato di cerimonia*" ("*advocatus ad pompam, seu luminar fori*") al quale è riservata la funzione, finale e meramente decorativa di ripetere oralmente in udienza gli argomenti scritti nelle comparse dal semplice avvocato, c'è pure l'"*avvocato pipistrello" ("advocatus vespertilio, tam madidus sudoris, quam mona")* il quale, oltre a svolgere le funzioni degli altri tre, orfano di padrino di battesimo, si diletta a correre da un'aula all'altra della Cassazione, nel tentativo disperato di trovarsi in entrambe, contemporaneamente.

BRUNO CASTELLETTI

Poesie

L'ànema e la roba

Disea me nono
disea me pupà:
l'ànema a Dio
la roba a ci la va !

Ma a i giorni nostri
mi conosso tanti
– e posso sicurarve i è i più siori –
che i se comporta en de sto modo qua:
la roba i se la tegne tuta lori
e l'ànema i la vende a bon mercà.

L'anima e la roba: Diceva mio nonno/diceva mio padre/ l'anima a Dio/la roba a chi spetta!//Ma al giorno d'oggi/io conosco molti/-e posso assicurarvi che sono i più ricchi-/che si comportano in questo modo:/la roba se la tengono tutta per loro/e l'anima la vendono a buon mercato.

Siori e pitochi

Conosso pitochi
gran siori de sòca
e tanti siorassi
de rassa pitoca.
Coss'èlo che conta ?
La bona somensa,
averghe la grana,
o farde anca sensa ?

Ricchi e poveri: Conosco gente povera/di nobili origini/e tanti ricconi/di umili origini//Cos'è che conta?//La buona semente/avere i soldi/o farne anche senza?//

Tempi de carestia

E magna ti
che magno anca mi,
a forsa de magnar
no è restà pì gnente
da far fora.
Adesso i governanti
i sèita a strolegar
per narghe en cao
ma dopo, en conclusion
l'è sempre pèso.
Sa gh'è da far alora ?
Risponde el poro can:
bisognarà magnarse
la parola.

Maggio 2012

Tempi di carestia: E mangia tu/che mangio anch'io,/a forza di mangiare/non è rimasto più niente/da far fuori//Adesso i governanti/continuano a darsi da fare/per venirne a capo/ma dopo, in conclusione/è sempre peggio//Cosa bisogna fare allora?//Risponde il povero cristo:/bisognerà mangiarsi/la parola//

RENÈ GOURMANT

La sera prima della Cassazione

C'era una volta, prima dei treni veloci, dei fax e delle mail, una piccola vacanza che interrompeva la routine dell'avvocato: la sera prima del processo in Corte (non importa se d'Appello o di Cassazione).
Per chi non abitava nella sede distrettuale o nella capitale, la sera prima del processo era un'occasione per sfuggire alle abitudini (spesso anche a quelle coniugali), per concedersi una sana scorpacciata al ristorante, grande o piccolo che fosse, per sentirsi parte di un mondo più vasto di quello della provincia (cent'anni fa c'era allo scopo il *tabarin*).
Gli effetti della piccola vacanza erano ben visibili nella faccia stropicciata del giorno dopo, quando la discussione orale del ricorso sembrava improvvisamente inutile e la mente galleggiava in un modo ovattato un po' doloroso di ricordi alcolici e di malinconie per il prossimo ritorno al grigio quotidiano. Non che la serata fosse un granchè, vissuta spesso con l'animo sospeso del commesso viaggiatore e la mestizia per le preoccupazioni professionali, tanto più vive, quanto più lontano per lo studio è. Ma quando ci si trovava a raccontare, nelle pause dell'udienza del Tribunale domestico, la serata romana (o torinese, o veneziana, o napoletana) l'avvocato ne scopriva il fascino quasi esotico e ne avvertiva la nostalgia.
E così trovava almeno un motivo per mantenere sulla carta intestata quel "patrocinante in Cassazione" che dimostrava solo la sua non più verde età (escludendo che si fosse superato o anche solo affrontato l'apposito esame come fecero Pasquali, Grande Stevens, Donella e, in tempi molto più recenti, D'Amato).
Oggi quelle fughe sono più rare e non solo perché la velocità dei treni consente di ridurre i tempi della trasferta: è cambiata, per fortuna, la mentalità del professionista e sono cambiati i costumi, anche se non sempre in meglio.
Pur tuttavia qualche sera prima della Cassazione è ancora utile dormire a Roma, sia perché la causa è chiamata tra le prime, sia perché l'aereo potrebbe ritardare per nebbia, (paradossalmente sul mare di Fiumicino, sia perché cambiare luogo fa bene all'anima.
Ma una volta sceso in albergo, fatta la doccia, indossato il pullover che fa tanto tempo libero, dove andrà a mangiare l'avvocato in trasferta nella capitale?

Se, come spesso avviene, avrà deciso di dormire in quartiere Prati, per arrivare a Piazza Cavour con una breve passeggiata, avrà una scelta limitata, tra luoghi più o meno onesti, più o meno romaneschi, più o meno puliti, spesso con autentici vecchio camerieri di borgata, dalla giacca tutt'altro che candida e dai piedi invariabilmente piatti, come la lista delle pietanze (stopposi saltimbocca, abbacchio moscio con patate legnose, carciofi alla giudia, con il gambo pendente).
Solo chi conosce **Arcangelo**, in Via Belli, sa cosa significa godere di una cucina romana rinnovata, con rigatoni all'amatriciana, mai così buoni e polpette di coda alla vaccinara mai così saporite. Con il "Tormento aromatico"

NICO EBEL
Cinzano
SPUMANTI
CINZANO

potrà gustare insieme ceci, coppa, aringa e caffè, ricavandone sensazioni molto piacevoli.
Ma se il tempo lo permette e la voglia di quattro passi per i vicoli del centro prevale, è opportuno che il nostro avvocato faccia una sosta al **Grano**, dietro al Pantheon, godendosi d'estate una piazzetta che, senza macchine, riporterebbe a qualche secolo fa.
Lì può trovare una geniale scarpetta con la trippa (fetta di pane romano con la regina del quinto quarto) ed un hambuger alla vaccinara strepitoso, da far seguire agli eccellenti spaghetti aglio, olio e calamari o ad un inedito risotto cacio e pepe. Il tutto ben servito e a prezzi molto rilassati.
I prezzi, per l'appunto.
È vero che Roma è (era) difficile mangiar male, ma è anche vero che è difficile mangiare molto bene a prezzi ragionevoli.
Non si dica allora che **Il convivio Troiani** vale i 120 euro richiesti, anche quando non si beve molto e non si chiedono vini pregiati.
Al di là della fama del patron e dell'eccellenza delle materie prime, non sempre le combinazioni di gusto soddisfano (cosa ci fa un gelato di pannocchia con un tortino di pecorino su trippa di maiale?).
Meglio allora il modaiolo **Sanlorenzo** dietro Campo dei Fiori, con la sua enorme esposizione di pesci, con fragranti crudi e le strepitose linguine con calamaretti e colatura di alici di Cetrara.
Se poi si sceglie il menù "Povero pesce" si contengono i costi e ci si diverte di più, mangiando un pesce dimenticato da coloro che conoscono solo il tonno (in estinzione purtroppo) ed il branzino d'allevamento
Se però proprio si vuole spendere, non vi è dubbio che i piatti di crudo di **Quinzi e Gabrielli** siano quasi inarrivabili e legittimino il costo.
Per il resto però, l'invasione di stranieri in questo, che è stato il primo importante ristorante di pesce romano, rende difficile una permanenza piacevole e rende banale la successiva sequenza dei piatti.
Molto meglio, a pochi metri, **La Rosetta**, dove a mezzogiorno un menù degustazione costa il giusto e consente di assaporare il soave fritto di zucchine e moscardini o le eccellenti linguine con ragù di polpo.
Peccato che alla sera la degustazione costi quattro volte quella del pranzo.
Ci si può consolare però con una cantina davvero ricca ed interessante ed i rari e deliziosi distillati di Capovilla, prodotti a Rosà, vicino a Bassano del Grappa.
Se peraltro si vuole unire gola e cultura, un salto al Palazzo delle esposizioni, spesso aperto fino alle 22 consentirà di acquietare la coscienza con la visita ad una delle belle mostre ricorrenti, per salire poi sul tetto del medesimo palazzo ad assaggiare le eccellenti trovate di **Antonello Colonna** e le sue mezzelune di polpo con patate, il rombo con fichi e brodo di molluschi od un diplomatico senza eguali in Italia.
Però si può spendere meno, molto meno e divertirsi ugualmente alla **Salita del Grillo,** purtroppo "Hostaria", con tanto di H davanti.
Se si lascia fare al cuoco, si mangiano una decina di antipasti, tra crudini, cotti, fritti tutti squisiti e sazianti, che lasciano solo il posto per quei fruttini la cui la scorza o il cui gheriglio contengono il gelato dello stesso gusto del contenitore naturale.
Il locale c'era già alla fine degli anni '60, con il suo vascone a mosaico ricolmo di pesce del giorno, quando la Salita del Grillo era l'indirizzo di un gruppo intellettuale ineguagliato, simile, per qualche verso, ai ragazzi della intersecante Via Parisperna, uno dei quali intuì il principio dell'energia e contribuì a creare la terribile bomba atomica.
Se la sera è dolce e si può disporre di un centinaio di euro, è d'obbligo cercare la perfezione seduti in un giardino profumato aperto sui pini d'Aleppo di Villa Borghese, dove **Oliver Glowig,** al ristorante dell'Hotel Androvandi, ci diverte con un innovativo piatto di eliche, cacio e pepe con ricci di mare o con l'elegante triglia con patate, midollo e ribes. Il cioccolato in cinque consistenze, fritelline calde che vengono dirette dall'infanzia ed una selezione accurata di vini quasi sconosciuti, ma deliziosi, regalano una serata memorabile, senza risentimenti nella discussione giudiziaria della mattina dopo.
Questo e parecchio altro, nella nostra capitale, costretti alla ricerca, dopo la chiusura nei primi anni '80 di un buchetto a fianco della Cassazione, chiamato (forse) **L'oro della Sicilia**, friggitoria con tre tavoli, dove gli arancini di riso erano sublimi, come i supplì, le crocchette, le polpettine di pecorino e tutto ciò che si poteva friggere. Seguiva una nottata pesante, con l'odore della frittura, solidamente attaccata ai vestiti. Ma volete mettere?

P.S. Per la felicità della Laura avrei voluto menzionare **La piccola Irpinia** ma mi è impossibile ricordarne i piatti, spesso trangugiati tra una delle tante crisi e controcrisi, baruffe e riappacificazioni di un sindacalismo forense che pretendeva di essere la parte migliore dell'avvocatura.

B&P AVVOCATI

LA LAMBERTINI & ASSOCIATI

LA LAMBERTINI & ASSOCIATI

B&P AVVOCATI

VERONA

VICENZA

MILANO

ROMA

VERONA

MILANO

CRISI DI IMPRESA E CONTINUITÀ DELL'AZIENDA

Venerdì 28 settembre 2012

ore 9.30 presentazione

LA SCIENZA DEL PERICOLO RISCHI FINANZIARI ED AMBIENTALI NELLA GESTIONE AZIENDALE

MARCO FREY

Direttore dell'Istituto di Management - Scuola Superiore Sant'Anna - Pisa

I RISCHI AMBIENTALI E DELLA SICUREZZA NELLA GENESI E NELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

ore 10 - 13

Presiede

MARCELLO CECCHETTI

Ordinario di Diritto Pubblico e Diritto dell'Ambiente e del Territorio

Università di Sassari

LUCIANO BUTTI

Avvocato

LAMBERTO LAMBERTINI

Avvocato

PAOLO PATRONO

Ordinario di Diritto Penale - Università di Verona

RICCARDO ROTIGLIANO

Avvocato

LUIGI BRUGNARO

Presidente Confindustria Venezia

ANDREA MARTELLI

Avvocato

Casi pratici e interventi

GARANTIRE LA CONTINUITÀ DELL'IMPRESA NELLE DIVERSE FASI DELLA CRISI

ore 15 - 18

Presiede

GIOVANNI GABRIELLI

Emerito di Diritto Civile Università di Trieste

STEFANO FERPO

Capo della Segreteria Tecnica del Ministero dello Sviluppo Economico

DEBORA CREMASCO

Avvocato

FEDERICO PERES

Avvocato

LUCA PENNA

Partner Bain & Co. Italia

GIOVANNI SANDRINI

Commercialista

ANDREA TAVECCHIO

Commercialista

LORIS TOSI

Ordinario di Diritto Tributario - Università di Venezia

Casi pratici

Il caso San Raffaele: SALVATORE SANZO

Il caso Infracom: ANTONIO SANTOCONO

Il caso Zen: GIANNICOLA CUSUMANO

PALAZZO PESARO - PAPAFAVA, CALLE DELLA RACCHETTA 3764 - CANNAREGIO

VENEZIA

Associazione Italiana delle Aziende Familiari

in collaborazione con

Università Commerciale Luigi Bocconi

Cattedra AIdAF "Alberto Falck" di Strategia delle Aziende Familiari

CONVEGNO NAZIONALE DELLE AZIENDE FAMILIARI 2012

Evoluzione dell'impresa familiare: mutamento culturale e nuove strategie

PROGRAMMA PRELIMINARE

Verona 16-17 novembre 2012

Palazzo della Ragione

Venerdì 16 novembre

MATTINA

9.00 Registrazione dei partecipanti

Conducono il Convegno
Gioacchino Attanzio – Direttore Generale AIdAF
Andrea Cabrini – Direttore Class CNBC

9.30 Saluto e apertura lavori
Maurizio Sella - Presidente AIdAF
Bruno Pavesi - Consigliere Delegato Università Bocconi
Flavio Tosi - Sindaco di Verona (invitato)
Michele Bauli - Vice Presidente Confindustria Verona

9.45 "Il quadro macroeconomico e l'evoluzione delle imprese italiane"
Andrea Cabrini intervista:
Marco Fortis - Edison Spa
Stefano Micossi - Assonime (Associazione fra le Società italiane per Azioni)

Q&A dal pubblico

10.45 Tavola Rotonda " Lo sviluppo internazionale delle aziende familiari"
Giorgio Elefante - PwC
Antonio Marcegaglia - Marcegaglia Spa
Veronica Squinzi - Mapei Spa
Alessandro Terzulli - SACE Spa
Massimo Tussardi - Cassa di Risparmio del Veneto

12.00 Intermezzo caffè

12.15 Tavola Rotonda "Lo sviluppo manageriale nelle imprese familiari"
Veronica Buzzi - Buzzi Unicem Spa
Francesco Caretti - Caretti & Associati Spa
Lamberto Lambertini - Avvocato in Verona
Giuseppe Lavazza - Lavazza Spa
Marco Vitale - Presidente Comitato Scientifico AIdAF

Q&A dal pubblico

13.30 Colazione di lavoro

LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

VERONA
Palazzo Canossa
Corso Cavour 44, 37121
Tel. 045.8036115 - Fax. 045.8034080

VICENZA
Palazzo Franceschini Piovene
Contrà Porti 24, 36100
Tel. 0444.547898 - Fax. 0444.320600

MILANO
Via Fatebenefratelli 10, 20121
Tel. 02.76316831 - Fax. 02.76398627

ROMA
Palazzo delle Assicurazioni Generali di Venezia
Piazza Venezia 11, 00187
Tel. 06.6991603 - Fax. 06.6991726

www.studiolambertini.it