

20% - N. %

ISSN: 2036-4873

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

www.rtde.luiss.it

La Sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci
F. Capriglione - R. Masera - G. Montedoro

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi

Consulenza ICT ed Organizzativa

N. Casalino

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

SOMMARIO

PARTE PRIMA

ARTICOLI

FRANCESCO CAPRIGLIONE, <i>Eurosclerosi e globalizzazione: (Contro un possibile ritorno all'euroscetticismo)</i>	1
MATTEO DE POLI, <i>Mezzi di pagamento 'alternativi' e solutorietà</i>	43
FRANCESCO GUARRACINO, <i>L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale</i>	77

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

VALERIO LEMMA, <i>Economia e diritto dei mezzi processuali. (azione e resistenza temeraria) (Corte di Cassazione, 12 ottobre 2009)</i>	1
MAVIE CARDI, <i>I contratti di investimento immobiliare e la problematica dell'offerta al pubblico (Corte di Cassazione, 17 aprile 2009, n. 9316)</i>	25

EUROSCLEROSI E GLOBALIZZAZIONE.

(CONTRO UN POSSIBILE RITORNO ALL'EUROSCETTICISMO)*

ABSTRACT: *The term "Eurosclerosis" - used since the 1980s to describe the state of European economic malaise in comparison to the U.S. economy - today takes on a meaning symptomatic of the "severe crisis" now threatening the Old World. An analysis of how public authorities have intervened in several countries by adopting anti-crisis measures highlights the regional context of their intervention. It has become evident that the legal-economic convergence that formed the basis of the construction of the European Union, has not resulted in the creation of "a concept of solidarity" amongst EU Member States. Europe - heavily tested by the "Greek predicament" and its resulting implications for the maintenance of adequate levels of supranational cohesion - highlights the possibility of a return to Euroscepticism, and the possibility of a trend of distrust for the "technical structure" upon which the EU is based. In this context, it appears particularly relevant the German Constitutional Court's opposition to any transformation of the European Community into a 'political union'; while, on the other hand, the memory of certain failures in the past (most notably the failure of the unified Latin American currency) fuels concerns. The undeniable advantages of adopting a single currency, however, shall suggest not to lose the guarantees that the Euro is able to offer, the need to rethink the entire structural operation of the European Union, to leave behind the logic of compromise, and to renounce possible hegemonic trends in order to rewrite rules which would express a renewed "willingness to be united", conducive to achieving an actual cohesion in the organizational structure of European institutions.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La crisi e gli interventi a sostegno della economia. - 3. Situazione post-crisi: globalizzazione e limiti dell'Eurosistema. - 4. Il «caso Grecia» e le sue implicazioni a livello regionale europeo. - 5. L'ipotesi di un «Fondo monetario per l'Europa». - 6. Il possibile ritorno all'euroscetticismo (*i.e.* lo spettro dell'*Unione monetaria latina*). - 7. Ripensare le regole dell'Unione europea in una rinnovata logica di responsabilità.

Haec tempora quibus nec vitia nostra, nec remedia pati possumus

(T. LIVIO, *Storia di Roma*, prefazione, paragr. n. 9)

1. È nella metà degli anni ottanta del novecento - allorquando la Comunità europea, dopo la crisi economica del decennio precedente, viene a trovarsi in una fase di stallo nella costruzione del mercato interno - che si fa ricorso per la prima volta al termine *eurosclerosi* per indicare le difficoltà ed il clima d'incertezze in cui versa l'Europa rispetto agli altri paesi dell'area Ocse¹.

(*) Il presente saggio è destinato agli «Scritti in onore di Marcello Foschini»

¹ Ed invero il tasso dell'inflazione (6 per cento) e quello di disoccupazione (11 per cento) risultano assai più alti che altrove; nel 1984 la crescita del reddito si attesta al 2,4 per cento rispetto a tre volte tanto negli Stati Uniti ed al doppio nel Giappone, cfr. FONDO MONETARIO INTERNAZIONALE, *World Economic Outlook*, October 1985, Washington, pag. 2 (Table 1).

Detto termine all'epoca viene utilizzato per indicare il diverso, più arretrato, grado di sviluppo (soprattutto per quanto concerne la produzione e l'occupazione) del contesto regionale europeo rispetto agli Stati Uniti d'America; esso è rappresentativo, dunque, di una realtà (causata dagli avvenimenti economici che si sono susseguiti a partire dagli inizi degli anni ottanta) che si caratterizza per il deprezzamento delle valute (rispetto al dollaro ed allo yen), per elevati tassi di inflazione e per la rigidità del mercato del lavoro, in breve per un insieme di «mali» che tendono a sopraffare la stabilità degli Stati comunitari, minando alla base la realizzazione del progetto di un compiuto coordinamento delle politiche economiche, di bilancio e monetarie.²

Sulla realtà giuridico economica così qualificata impattano alcuni significativi interventi di regolazione che, nella seconda metà del decennio in parola, evidenziano gli sforzi compiuti dalla Comunità per fuoriuscire dall'indicata situazione di *empasse* ('Atto Unico Europeo' del 1986 e 'Rapporto Delors' del 1989)³. Viene per tal via azionato un meccanismo normativo che conduce alla revisione dei trattati di Roma, attuata in vista del rilancio del processo di integrazione europea e della costruzione di un'area di

² Già agli inizi degli anni novanta del novecento, si rinviene in letteratura e sulla stampa specializzata il richiamo al concetto di eurosclerosi per indicare «the economic, social and industrial slough of inertia that virtually paralyzed Europe in the early 1980s», donde il carattere emblematico assunto da tale espressione, utilizzata anche in seguito per indicare una situazione di «economic disease is usually touched off by overspending or overborrowing to maintain living standards»; cfr. al riguardo MALKIN, *Remedies Appear Slow and Painful : U.S. Economy Catches a Case of 'Eurosclerosis'*, The New York Times, 18 agosto 1992.

³ Il testo del *Rapporto sull'Unione economica e monetaria nella Comunità europea* elaborato dal Comitato Delors è pubblicato nel *Bollettino economico* della Banca d'Italia, n. 13, ottobre 1989; per commenti cfr. tra gli altri ANTA, *Il rilancio dell'Europa. Il progetto di Jacques Delors*, Milano, 2004, ove si sottolinea che, dopo il periodo di "eurosclerosi" degli anni ottanta, Delors ha contribuito in modo pragmatico al rilancio della costruzione unitaria europea, ispirandosi al progetto politico dei padri fondatori della Comunità.

sicurezza comune idonea a consentire la realizzazione del mercato interno.

Si addivene quindi alla definizione di rilevanti modifiche istituzionali che innovano le forme di cooperazione europea dando vita all'Unione monetaria che troverà compendio nel 'Trattato di Maastricht' del 1992⁴. A fondamento di tali eventi v'è un impulso (di natura squisitamente politica) alla coesione ed al superamento dei limiti di un mercato che, per un verso, appariva privo della riferibilità ad un'unica politica monetaria, per altro risultava ancora gravato dall'onere di una «omogeneizzazione normativa che ... (necessitava ancora di) ... una lunga e complessa azione ... a livello comunitario»⁵.

Il richiamo all'*eurosclerosi*, riguardato nella accezione di cui sopra, evidenzia la sua portata semantica nell'identificare un complesso di difficoltà o, comunque, di disfunzioni operative (rivenienti soprattutto dalle carenze della regolazione all'epoca vigente) che incidono negativamente sulle possibilità di sviluppo della Comunità. A ben considerare, infatti, la locuzione di cui trattasi - almeno nella sua originaria formulazione - non denota particolare ampiezza sul piano filologico; nel riferimento alle criticità che ne legittimano l'utilizzo, essa appare circoscritta alla individuazione dei soli fattori che possono limitare l'operatività e

⁴ Per una valutazione dei profondi cambiamenti realizzati dal Trattato di Maastricht cfr., tra gli altri, PADOA SCHIOPPA, *Riforme istituzionali al vertice. Il trattato sull'Unione europea*, in *Il Mulino*, n. 339, gennaio-febbraio 1992; ID., *L'Europa verso l'unione monetaria*, Torino, 1992; GUARINO, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, opera nella quale la realizzazione dell'U.M.E. assurge a presupposto di una costruzione volta ad enfatizzare il primato della tecnocrazia. Significativo, infine, il *working paper* della Commissione europea intitolato *Una vita più facile. I mille vantaggi del mercato unico*, 2002, che descrive alcuni tra i molti vantaggi di cui beneficiano i cittadini europei a seguito della realizzazione dell'Unione monetaria.

⁵ Così SANTINI C., *L'avvio del mercato interno e le prospettive dell'unione economica e monetaria*, in AA.VV., *Il recepimento della seconda direttiva in materia bancaria*, a cura di Capriglione, p. 20.

la competitività degli Stati comunitari, non si estende a ricomprendere quindi ogni possibile, ulteriore elemento distorsivo della stabilità e, più in generale, della progettualità di una «casa comune».

In sintesi, può dirsi che negli anni ottanta del sec. XX si ricorre a tale terminologia solo per rappresentare lo *status* di deterioramento (*rectius*: di invecchiamento) in cui versava il programma di una crescente cooperazione tra gli Stati della Comunità. Da qui l'uso prodromico della stessa per ricercare adeguate innovazioni metodologiche della formula organizzativa europea, sì da evitare per il futuro un aggravio della decadenza (desumibile dalla comparazione con gli altri Paesi dell'OCSE) del ruolo svolto dal *vecchio continente*.

In prosieguo di tempo, detta locuzione è stata abbandonata; i recenti accadimenti economico finanziari fanno, tuttavia, ritenere opportuno recuperarne l'utilizzo in vista della proposizione di opportuni cambiamenti d'ordine strutturale a livello istituzionale europeo. Ed invero, anche oggi, come nel passato (allorché si fece ricorso a tale colorita espressione), siamo in un momento di stallo del processo di europeizzazione avviato oltre mezzo secolo fa; sicché, come si tenterà di dimostrare nel presente lavoro, necessita ripensare, o più esattamente ridefinire, le regole per una equilibrata e stabile convivenza tra popoli che, pur essendo coesi sul piano delle convergenze economiche e legali, restano ancora molto lontani con riguardo all'aspettativa di un'unificazione politica.

2 Un possibile ritorno all'uso del termine *eurosclerosi* oggi assume valore sintomatico nel riferimento ad una realtà giuridico

economica la cui definizione, a differenza del passato, va ben oltre l'esigenza di riforme ovvero di una revisione dei suoi elementi costitutivi. È d'intuitiva percezione, infatti, l'incidenza della recente crisi finanziaria sul progetto d'unione europea: le gravi implicazioni rivenienti dalle turbolenze in parola hanno alterato la stabilità dei sistemi economici, ponendo in serio rischio la possibile attuazione del programma comunitario. La consistenza di quest'ultimo è stata messa a dura prova, con conseguente emersione di profili di criticità che ne minano alla base la credibilità e riconducono ad antiche logiche di *euroscetticismo*, da tempo accantonate come anacronistiche e relegate nelle pagine della storia.

In altra sede abbiamo esaminato le conseguenze negative della bufera economico finanziaria abbattutasi sul pianeta a seguito della facile concessione di mutui *sub prime* e dell'incontrollata esplosione del fenomeno dei *derivati*⁶; ciò nel riferimento agli effetti di una politica protesa verso un'inarrestabile crescita quantitativa, ritenuta ipotizzabile in un contesto disciplinare caratterizzato dalla mancanza di adeguate garanzie per la salvaguardia della stabilità dei sistemi⁷.

L'analisi delle modalità con cui i pubblici poteri sono intervenuti nei diversi paesi ha evidenziato una comune convergenza verso l'obiettivo della prevenzione di generalizzati dissesti, si è

⁶ Cfr. CAPRIGLIONE, *Evoluzione della disciplina di settore*, in AA.VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, Cap. II, Sez. II, paragr. n. 12.

⁷ Cfr. VISCO, *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, Lezione al Master di II livello in Economia Pubblica presso l'Università La Sapienza, 4 marzo 2009, il quale puntualmente ricorda che «i problemi emersi nel 2007 nei mercati dei prodotti strutturati legati ai mutui *subprime* hanno sì scatenato la crisi, ma le condizioni perché essa potesse avviarsi e propagarsi rapidamente si erano gradualmente accumulate nel tempo»; in argomento v. altresì MASERA R., *The Recent Disruptions in Financial Markets: implications for the implementation of Basel II* e ID., *Financial turbulence and the capital standard paradigm: a sequel*, in «Quaderni del Club Università G. Marconi», 2008, 1, p. 5 ss. e p. 43 ss.

mirato ad impedire che gli intermediari fossero travolti dai fallimenti del mercato. All'azione di *salvataggio*, attuata in alcuni paesi nella forma della «nazionalizzazione»⁸, fa riscontro in altri la predisposizione di «fondi pubblici» finalizzati all'acquisto di titoli tossici, di banche e società finanziarie⁹, nonché l'adozione di provvedimenti d'urgenza che, impattando sul quadro disciplinare, ne hanno modificato significative parti¹⁰ (ovvero hanno consigliato la proposizione di progetti di riforma della regolazione speciale).

Gli orientamenti dei governi volti a conseguire forme di rafforzamento dei sistemi economici appaiono differenziati nell'individuazione sia dei destinatari delle misure anticrisi (*i. e.* imprese, banche, enti locali, ecc.), che delle modalità tecniche all'uso utilizzate (ammortizzatori sociali, *social card*, aiuti finanziari, riduzioni fiscali, ecc.)¹¹. Per converso, costituisce un da-

⁸ E' il caso, ad esempio, della banca *Northern Rock* nazionalizzata in Gran Bretagna con il *Banking (Special Provisions) Act 2008*.

⁹ Ci si riferisce alla legislazione di emergenza statunitense che ha previsto la possibilità per il Tesoro di acquistare direttamente azioni di banche e società finanziarie (*Treasury Announces TARP Capital Purchase Program Description*, ottobre 2008); cfr. l'audizione parlamentare del presidente del *Board of Governors del Federal Reserve System* BERNANKE, *Troubled Asset Relief Program and the Federal Reserves liquidity facilities*, Committee on Financial Services, U.S. House of Representatives, novembre 2008.

¹⁰ Significativa, al riguardo, la possibilità consentita agli azionisti di minoranza di far parte del C.d.A., onde favorire l'acquisto di partecipazioni nel capitale delle banche in crisi, cfr. Federal Reserve Board, *Policy statement on equity investments in bank holding companies*, september 2008.

¹¹ Si vedano sul punto le *Joint press lines del Informal meeting of Heads of State or Government*, tenutosi a Brussels, il 1° marzo 2009 (reperibile sul sito www.consilium.europa.eu), ove «recognising clear differences between the Member States in central and eastern Europe» si sottolinea la necessità di «review the assistance already made available»; cfr. altresì POSNER, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (MA), 2009, p. 41 ss.; DE POLI, *Crisi finanziaria e salvataggio delle banche inglesi. Il banking act 2009*, supplemento al n. 1 della *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2009, reperibile sul sito www.rtde.luiss.it.

Per valutazioni e commenti della legislazione d'emergenza adottata dal governo italiano cfr. tra gli altri CERA, *La crisi finanziaria, le banche e l'intervento dello Stato fra leggi, ibridismi e prefetti*, in *AGE – Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2009, p. 50; RISPOLI FARINA, *Note a margine dei "Tremonti bond"*, in *Le società*, 2009, p. 769 ss; DE CARLI, *Considerazioni di sistema su crisi economica e specialità normativa in materia di banca e finanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 1195 ss.

to comune (nel modello d'intervento adottato nei principali paesi dell'area occidentale) il ricorso ad una «iniezione di capitali sotto forma di azioni, warrant o obbligazioni convertibili»¹²; rimedio, quest'ultimo, che appare preordinato alla prioritaria finalità di immettere liquidità nei mercati, onde evitare ulteriori effetti degenerativi della crisi¹³.

Aspetto particolarmente significativo degli accadimenti patologici in parola è stato il cedimento della supervisione pubblica, stante l'evidente difficoltà con cui l'attività di vigilanza ha fronteggiato l'avvento della crisi nell'ambito europeo e, più in generale, in quello globale¹⁴. Come recentemente è stato sottolineato, si è riscontrata un'«insufficiente armonizzazione delle normative prudenziali»¹⁵, con ovvia, conseguente incertezza nell'individuare soluzioni condivise con riguardo alle tecniche necessarie per il superamento delle criticità, incertezza dovuta anche ad una ridotta capacità di analisi dei rischi macroprudenziali¹⁶.

Strettamente connessa alle accertate carenze delle forme del controllo pubblico è l'avvertita esigenza di ridefinirne gli ambiti

¹² Cfr. CANTONI, *Le banche e la crisi. Storia, etica, problemi, soluzioni*, Milano, 2009, p. 68. .

¹³ Cfr. CANTONI, op. cit., p. 73, ove si fa espresso riferimento alla strategia seguita dal governo italiano fondata essenzialmente su tre pilastri: a) intervento finanziario per accrescere il capitale delle banche fondamentalmente sane; b) potenziamento del ruolo della Cassa Depositi e Prestiti; c) maggiore rilievo della Sace sul versante delle garanzie offerte alle imprese.

¹⁴ Cfr. SARCINELLI, *Nuove regole e mercati finanziari*, in *Bancaria*, 2009, 1, p. 31 ss.; SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 45 ss; v. altresì le precisazioni formulate da TRICHET, *Remarks on the future of European financial regulation and supervision*, al Committee of European Securities Regulators (CESR), Parigi, 23 febbraio 2009, ove si sottolinea: «The system must strengthen itself and build up its own defences. I propose a strengthening of the financial system that focuses on three goals: long-term sustainability, improved resilience and a holistic perspective».

¹⁵ Cfr. BOCCUZZI, *Gli assetti proprietari delle banche. Regole e controlli*, Torino, 2010, p. 185 ss.

¹⁶ Cfr. al riguardo le riflessioni contenute in AA.VV., *The Great Financial Crisis*, a cura di Maserà, Roma, 2009.

disciplinari; ciò previa determinazione di più coerenti criteri di rispondenza dell'operatività posta in essere alla sana e prudente gestione degli intermediari. Conseguisce la proposta di una nuova architettura della supervisione bancaria in Europa - agli inizi del 2009 rappresentata dal Gruppo di lavoro presieduto da J. de Larosiere¹⁷ - incentrata sulla costituzione di due nuovi organismi l'*European Systemic Risk Council* e l'*European Systemic of Financial Supervision* cui affidare la realizzazione di una vigilanza preordinata al raccordo tra analisi macroprudenziale ed operatività *cross-border*. La predisposizione di opportune forme di coordinamento tra le competenti autorità nazionali di supervisione e detti organismi di controllo fa da presupposto in una costruzione disciplinare volta ad assicurare adeguati livelli di stabilità del sistema finanziario europeo¹⁸.

Si delinea, quindi, una complessa problematica che spazia dalla configurazione degli assetti partecipativi ai *Boards* di nuova istituzione (stante il supporto tecnico che la Banca Centrale Europea dovrebbe fornire all'*ESRB*), alla puntualizzazione delle funzioni delle nuove autorità (distinte per settori d'intermediazione) che dovrebbero entrare a far parte

¹⁷ I risultati elaborati da tale Gruppo di lavoro sono stati resi noti nel febbraio 2009 in un apposito documento nel quale si fa presente l'insufficienza della vigilanza bancaria europea (ed internazionale) a prevenire l'attuale crisi.

In particolare, si evidenziano le responsabilità di una supervisione che non ha saputo superare i numerosi problemi riconducibili, tra l'altro, a: (a) mancanza di un adeguato sistema di controllo macro-prudenziale; (b) *early warning mechanisms* inefficaci; (c) problematiche legate alla competenza nella risoluzione delle difficoltà emerse; (d) fallimenti nella definizione di soluzioni comuni su base *cross-border*; (e) carenza della necessaria cooperazione a livello di vigilanza; (f) assenza di sistemi di supervisione coerenti fra i diversi Stati membri; (g) scarse risorse assegnate alle commissioni di terzo livello; (h) inattività degli organismi di controllo, non sostenuti da un sistema di regole in grado di coadiuvare univocamente la loro azione.

¹⁸ Si addivene, quindi, al superamento dello schema organizzatorio fondato sui Comitati di cooperazione di terzo livello (CEBS, CERS E CEIOPS) che vengono sostituiti con altrettante autorità (EBA, per la vigilanza bancaria, EIOPA, per quella assicurativa, e ESA, per quella sui valori mobiliari).

dell'ESFS¹⁹. Gli ulteriori compiti attribuiti agli organismi in parola (come quello di intervenire nei casi di eventuali disaccordi a livello nazionale ovvero di violazione delle regole comunitarie) consentono di aver ben chiaro il quadro delle innovazioni disciplinari individuate in sede Ecofin in vista della realizzazione di un sistema integrato di vigilanza in Europa; innovazioni tuttora all'esame del Parlamento europeo dove stanno emergendo delicate questioni sulle soluzioni di compromesso adottate dal Consiglio Ecofin e, dunque, sul carattere definitivo delle scelte compiute²⁰.

3. La realtà post-crisi si caratterizza per un diffuso senso di stupore e confusione causati dal ristagno e dalla recessione economica conseguenti agli eventi patologici in parola. Agli incessanti interrogativi sulle cause di tanta turbolenza finanziaria fa riscontro (come si è visto) l'affannosa ricerca di vie d'uscita, di soluzioni che rechino rimedi non di tipo contingente ma strutturale, che impediscano la deriva dell'economia mondiale. E' unanime il

¹⁹ Sotto il primo aspetto, è il caso di ricordare che il progetto di assegnare alla BCE compiti e responsabilità diretta in materia di supervisione trova un limite nella previsione del disposto dell'art. 105, comma 5, del Trattato della CE - che circoscrive l'attività del SEBC *in subiecta materia* ad un contributo finalizzato alla «buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario», come avevamo modo di osservare anni addietro, cfr. CAPRIGLIONE, *Moneta*, (voce) in *Enc. dir.*, aggiornamento, 1999, p. 761 ss -, limite oggi rimovibile dalla procedura semplificata di modifica dei Trattati CE introdotta dal Trattato di Lisbona, v. il nostro *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, Cap. III, Sez. I, paragr. 6. (in corso di stampa)

Con riguardo al secondo profilo, rileva soprattutto la difficoltà di procedere ad un adeguato riparto di competenze tra le autorità europee e quelle nazionali «considerati gli interessi generali che entrano in gioco nella valutazione delle operazioni della specie», v. così BOCCUZZI, op. ult. cit., p. 189.

²⁰ Sul punto cfr. CAROSIO, *Hearing at the Economic and Monetary Affairs, Committee of the European Parliament*, Brussels, 26 gennaio 2010; in precedenza ID., *Indagine conoscitiva sugli strumenti di vigilanza europea dei mercati finanziari, creditizi e assicurativi*, Audizione dinanzi alla Commissione Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica, Roma, 16 dicembre 2009, ove si sottolinea che le decisioni assunte dal Consiglio Ecofin «per alcuni aspetti non realizzano appieno il potenziale innovativo dello schema di riforma contenuto nel Rapporto de Larosiere».

convincimento che la strada da percorrere è lunga e tutta in salita. Permane il dubbio sulle rassicurazioni fornite dalla politica; appaiono inequivoci i timori, le giuste preoccupazioni di quest'ultima, l'intento di evitare che il panico dilaghi, dando ulteriore spazio alla sfiducia nel mercato e, dunque, a nuove forme di slittamento cui potrebbero ricollegarsi *guasti* irreparabili.

Detta situazione emerge appieno nella sua complessità dalle parole di un insigne protagonista del mondo economico finanziario: «il ritorno alla crescita è ancora fragile, segnatamente nell'area dell'euro. L'occupazione tarda a riprendersi. Le condizioni del credito alle piccole e medie imprese, tuttora stringenti, frenano la ripresa»²¹. Il quadro prospettico che viene delineato appare tutt'altro che rasserenante: da esso si evincono ancora diffuse incertezze, dovute alle difformi modalità di reazione alla crisi registrate nelle diverse aree del pianeta. Ciò induce a ritenere che - nonostante il presente allentamento delle tensioni sui mercati finanziari internazionali rispetto al precedente biennio - il cammino per un ritorno alla normalità, come testé si precisava, è tuttora pieno di difficoltà.

Per quanto concerne, in particolare, il contesto regionale europeo, i recenti eventi patologici evidenziano l'esigenza di più stringenti regole prudenziali a sostegno della stabilità delle banche, nonché di verifiche che consentano di contenere il rischio di liquidità e di evitare forme operative «con modelli di *business* particolarmente rischiosi ... all'origine della crisi»²². A livello sistemico, rileva lo scenario nel quale - a fronte della ricerca di

²¹ Cfr. DRAGHI, *Intervento* alla annuale riunione dell'AIAF - ASSIOM - ATIC Forex, Napoli, 13 febbraio 2010, bozze di stampa, p. 3.

²² Cfr. DRAGHI, op. ult. cit., p. 6.

strumenti idonei a «ripristinare in maniera appropriata ed efficiente le condizioni dell'economia»²³ - si individuano le discrasie di una «unione» caratterizzata dalle differenziate situazioni economico-finanziarie degli Stati che ad essa partecipano.

L'Eurosistema ha mostrato appieno i suoi limiti, connessi alla carenza di una coesione necessaria per superare momenti di crisi, come quello che ora stiamo attraversando. Ne sono riprova la disparità di vedute tra paesi occidentali ed orientali in ordine alle possibili soluzioni da adottare nella prospettiva di interventi volti a consentire l'uscita dalle «secche» nelle quali è certo il naufragio²⁴, nonché il tenore delle determinazioni cui si è pervenuti negli «incontri» tra i Capi di Stato e di Governo dei Ventisette. Ed invero, queste ultime si presentano con carattere di peculiare genericità, essendo circoscritte alla mera rappresentazione dell'esigenza di dover procedere al «rafforzamento» della stabilità finanziaria «in tutta Europa» (sulla base di analisi della Commissione europea e delle istituzioni finanziarie internazionali) ovvero della necessità di provvedere affinché l'Ecofin tenga sotto controllo l'evolversi della situazione e predisponga «possibili azioni concrete» attraverso un approccio «caso per caso»²⁵.

Come sempre accade, la presenza di situazioni patologiche agisce da catalizzatore nel fare emergere i limiti che contraddistinguono le «costruzioni» geo-economiche non sufficientemente sedimentate su comuni fondamenti politico-giuridici e su una consolidata unione culturale. Come si è anticipato, a poco valgo-

²³ Come è dato leggere nelle *Joint press lines del Informal meeting of Heads of State or Government*, cfr. Plus del *IlSole24Ore.com* del 1° marzo 2009.

²⁴ Cfr. l'editoriale pubblicato su *IlSole24Ore.com* del 28 febbraio 2009, con il titolo «Vertice Ue, Paesi euro e dell'Est quasi separati in casa» ove si fa riferimento alla proposta del premier ungherese, Ferenc Gyurcsany, di un intervento da 100 miliardi di euro.

²⁵ Cfr. le *Joint press lines del Informal meeting of Heads of State or Government*, cit.

no, in senso contrario, le affermazioni formulate dai leader UE che, nelle più diverse sedi internazionali, tentano di recuperare la *fiducia* degli operatori ribadendo che il mercato unico sarà «utilizzato al massimo» come «motore della ripresa a sostegno della crescita e dell'occupazione»²⁶.

È evidente come, nella delineata realtà, a fronte delle difficoltà rivenienti dall'*incertezza* sui dati quantitativi che qualificano la dimensione della crisi, riemergono talune considerazioni che alla vigilia del Trattato di Maastricht avevano indotto gli osservatori a guardare con perplessità la costituzione dell'UME. In particolare, rileva nella sua pienezza la critica alla formula istituzionale introdotta con quest'ultima, sintetizzata nella constatazione «che alla previsione di un'innovazione così importante ... non ... (ha)... corrisposto un parallelo rafforzamento dell'unione politica»²⁷. Non v'è dubbio che la crisi ha sollevato il *pubdico velo* che copriva le carenze di un'ipotesi federativa comunitaria «imperiata su una sola funzione sovrana»²⁸; ipotesi che aveva comunque indotto a guardare con favore «la funzione aggregante esercitata dalla moneta unica», la quale - nelle indicazioni della letteratura - avrebbe potuto «concorrere alla determinazione di un processo di unificazione politica»²⁹.

²⁶ Cfr. le *Joint press lines* del *Informal meeting of Heads of State or Government*, cit.

²⁷ Così TIZZANO, *Qualche considerazione sull'Unione economica e monetaria*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, n. 3, p. 457, il quale sul punto tiene a precisare che il sistema «non ha subito reali adattamenti per far fronte a tale innovazione, nel senso che non si è realizzato un accettabile parallelismo tra l'intensità dell'integrazione prevedibile nel settore economico e monetario e il grado d'integrazione ... previsto per l'UE nel suo complesso».

²⁸ Cfr. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, n. 1 -3, p. 89 ss; riconduce il processo d'integrazione europea introdotto da Maastricht alla logica federativa ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Torino, 1993.

²⁹ Così PELLEGRINI, *Banca centrale nazionale e unione monetaria europea*, cit., p. 168.

Conseguentemente sembrano avvalorarsi le antiche posizioni dottrinali contrarie all'euro, di cui in precedenza si è detto. Oggi più che nel passato appare pregevole la considerazione secondo cui - se non viene recuperato il ruolo della politica nella definizione dell'assetto istituzionale dell'Unione - il mercato (e, dunque, i fondamenti della *tecnica* a questo sottesi) non è in grado di realizzare il «progetto» che i padri fondatori della moneta unica intravedevano come prosecuzione logica dell'attuazione del Trattato di Maastricht. Da qui un'importante precisazione: l'essenziale funzione dell'euro - come di recente è stato autorevolmente ribadito - non è di per sé in grado di contrastare gli «insufficienti avanzamenti nel cammino verso l'Unione politica del Vecchio Continente ...la stasi in cui oggi versa l'Unione europea»³⁰.

Si è in presenza di un fenomeno di segno opposto rispetto a quello che si registra a livello globale. Mentre l'orientamento espresso dalla realtà europea evidenzia elementi di disgregazione (che incidono negativamente sulla possibilità di realizzare in futuro un'unione politica tra gli attuali membri della Comunità), a livello generale, la globalizzazione agisce da catalizzatore nel favorire l'avvicinamento tra i paesi che, sul piano economico, presentano (a livello planetario) maggiore qualificazione. Quivi, infatti, gli interventi di *network* di regolatori internazionali (si pensi ai G7, G8, G20, al *Financial Stability Board*) danno vita ad innovativa formula disciplinare nella quale trova compendio l'incontro e la conciliazione tra variegate esigenze, convergenti

³⁰ Cfr. CIAMPI, *È un vero crollo: i giovani costruiscano un mondo nuovo*, Intervista rilasciata a Trevisi e Colimberti, in *Ariel*, la rivista, 2009, 1, p. 16 ss. ove si precisa che la crisi «senza l'euro sarebbe stato un disastro».

verso un'opportuna quanto necessaria composizione degli interessi in campo.

Concludendo sul punto, va sottolineato il contrasto tra l'eurosclosi del *vecchio continente* e la realtà *in fieri*, a livello internazionale, che si caratterizza per la formazione di nuove regole mediante tecniche procedurali fondate sull'«accordo» di coloro che partecipano alla elaborazione normativa. Da un canto, quindi, un sostanziale arresto del processo evolutivo, dall'altro una netta progressione nell'incontro tra paesi che - in un contesto di inevitabili distinzioni e differenziazioni - tendono alla convergenza in vista del comune obiettivo di una crescita condivisa (anche se, ovviamente, accettata nei limiti delle singole realtà nazionali di riferimento).

Si individua un quadro geo-politico globale contraddistinto da stridenti antinomie; di fondo rileva il paradosso di un pianeta che - in assenza di convergenze politiche - sta sperimentando percorsi diversi nel tentativo di pervenire all'assunzione di decisioni unitarie, che diano contenuto ad innovativi modelli di cooperazione internazionale.

Risultano ancor più evidenti le difficoltà in cui al presente versa l'Unione europea, che di fronte alla recente crisi finanziaria stenta a trovare forme adeguate di coordinamento; chiarificatrice, al riguardo, è la considerazione che, in base ai canoni della logica comunitaria, postula (ai fini di una congrua azione interventistica) la necessaria riferibilità ad una costruzione politica, ad oggi ancora lontana e di sempre più ardua realizzazione. Per converso, l'apertura alla nuova *era* disciplinare segnata dai nominati regolatori globali - nell'offrire significativo spazio alla determinazione delle *guidelines* (formulate in base a principi consolidati nelle

prassi internazionali: proporzionalità, gradualità, adeguatezza, ecc.) cui dovranno attenersi i singoli aderenti in sede di fissazione delle normative nazionali³¹ - denota peculiare rilievo nel processo di aggregazione tra popoli, risultando specificamente interattiva sul piano del coagulo (*rectius*: composizione) di orientamenti variegati, risalenti a culture, saperi, tecnicismi ed esigenze diverse.

Se ne deduce che ogni ipotesi ricostruttiva delle modalità con cui gli Stati devono relazionarsi (in vista di incontri finalizzati al consolidamento dei relativi rapporti) - in assenza di concrete prospettive d'unione politica - deve aver riguardo al rafforzamento delle tendenze all'omogeneizzazione. Ciò nel presupposto che le problematiche affrontate (e trattate) traggano (linfa e) spunti per la ottimizzazione dei risultati da conseguire dal dibattito comune e dalla presenza nei processi deliberativi di soggetti particolarmente qualificati (vuoi per la loro competenza specialistica, vuoi per il ruolo istituzionale dai medesimi ricoperto)³².

4. Ritornando alla valutazione degli effetti specifici causati dalla recente crisi finanziaria sul contesto regionale europeo, va

³¹ La dottrina ha affrontato l'esame della particolare natura dei menzionati regolatori al fine di procedere all'inquadramento giuridico della produzione normativa che ad essi fa capo. Variegate ed opposte tesi ora tendono a desumere dalla riferibilità ad «un potere meno visibile, meno trasparente, meno formalizzato» (così BATTINI, *Introduzione a A.A.VV., La regolazione globale dei mercati finanziari*, a cura di Battini, Quaderno n. 3 della Riv. trim. dir. pubbl., Milano, 2007, p. 7), ora riconducono alla soggettività dei regolatori nazionali (membri di tali *networks*) il fondamento giuridico delle regole così assunte (che viene riportato, dunque, alla legittimazione delle amministrazioni che aderiscono alla rete) (in tal senso v. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, p. 106).

Come di recente abbiamo sottolineato in altra sede (*Crisi a confronto ...*, cit., Cap. V), se la carenza di obbligatorietà che contraddistingue gli *inputs* formulati dai nominati organismi internazionali rende deboli, sul piano delle concretezze, i precetti da questi ultimi disposti (consentendo di ricondurne la funzione in un ambito di *soft law*), è indubbio tuttavia che la loro applicazione determina le condizioni per un *enforcement* dei medesimi, che li fa entrare a pieno titolo nell'apparato disciplinare del paese di riferimento.

³² Cfr. sul punto le analisi della dottrina costituzionalistica che ha esaminato l'operatività del principio di omogeneità nell'UE e, in particolare, si veda AA.VV., *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, a cura di Atripaldi - Miccù, Padova, 2003.

fatto presente che la gravità della situazione in esame emerge in tutta la sua virulenza in occasione del «caso Grecia», che segna l'epicentro dello stato di difficoltà in cui è venuta a trovarsi l'Unione a seguito degli eventi patologici di cui dianzi ci siamo occupati.

Una disinvolta gestione delle politiche fiscali, disancorata dai vincoli imposti dal cd. patto di stabilità (fissato col Protocollo di Amsterdam del giugno 1997) e a lungo occultata, ha avuto come naturale conseguenza un *deficit* di entità non sostenibile dalla Grecia, congiuntamente ad un debordo del disavanzo nazionale di dimensioni senza precedenti per quel Paese³³. Si è così determinata una crisi di sistema che ha fatto temere (da più parti) l'eventualità di un *default*³⁴.

Il dibattito che ne è seguito ha riguardato interventi che possono essere raggruppati in due possibili tipologie: da un lato le soluzioni *preventive*, volte a rendere più difficile il ripetersi di casi di inosservanza come quello in esame; dall'altro le misure successive, tese a individuare le istituzioni, gli strumenti finanziari e il disegno di incentivi finalizzati al “*financial rescue*” del paese in difficoltà.

Sul fronte della prevenzione, esiste tuttora incertezza sulla misura in cui gli stati membri saranno disposti ad accettare ulteriori limitazioni; ed invero, in passato, un precedente progetto di

³³ Agli inizi del 2010 è, infatti, si è avuta un'esplosione del debito pubblico che ha raggiunto oltre il 120% del PIL, cui ha fatto seguito l'abbassamento del *rating* di tale paese da parte delle agenzie internazionali (con ovvia difficoltà nel reperire i fondi necessari per il mantenimento di adeguati livelli di liquidità nel sistema), cfr. *La Crisi Finanziaria della Grecia*, a cura di Borsa Italiana S.p.A., 5 febbraio 2010.

³⁴ Tali timori sulla solvibilità del paese ellenico sono stati alimentati dal fatto che le transazioni dei *credit default swap* con sottostante titoli di stato della Grecia sono lievitati a dismisura, non solo nel prezzo ma anche nei volumi. L'evidente speculazione innestata dalla crisi greca, nel contempo, ha avuto riflessi anche sull'*euro* che, ovviamente, si è indebolito, con prospettive di ulteriori ribassi correlati ai *rumors* sempre più insistenti; cfr. *Bollettino mensile BCE*, Frankfurt am Main, 11 febbraio 2010, p. 31.

rafforzamento dei poteri ispettivi dell'Eurostat sui conti pubblici fu respinto nel 2005 dai membri del consiglio Ecofin, decisi a non consentire alla Commissione UE ulteriori cessioni di sovranità. Al di là delle indicate perplessità su un possibile compromesso finale, sono tuttavia chiari sin d'ora gli strumenti tecnico giuridici da utilizzare: si tratterebbe di una modifica della *Council Regulation (EC) n. 479/2009 (25 May 2009) "On the application of the Protocol on the excessive deficit procedure annexed to the Treaty establishing the European Community"*, relativamente agli articoli sui poteri ispettivi della Commissione.

Più complessa, ma per certi versi più interessante, deve ritenersi la questione delle soluzioni *successive*, che spaziano da misure minimaliste (come la semplice previsione di prestiti bilaterali), a interventi di ampio respiro (come la reale integrazione non limitata alla moneta unica); passando per un'ipotesi intermedia, circoscritta alla gestione delle emergenze attraverso un "fondo monetario europeo". L'importanza ascrivibile a detta seconda tipologia di interventi ci induce a focalizzare su di essa le pagine successive.

La considerazione che la Grecia rappresenta solo l'anello debole di una più lunga catena che si estende a ricomprendere paesi come la Spagna, il Portogallo e la stessa Italia³⁵ - suffragata dall'ulteriore circostanza che alcuni paesi dell'Unione detengono un'elevata esposizione nei confronti della prima³⁶ - rende appieno

³⁵ Cfr. l'editoriale di CARETTO, *Come scongiurare l'eurosclerosi*, reperibile su www.archivistorico.corriere.it del 12 febbraio 2010, nel quale si sottolinea che l'economista Shiller teme per l'Ue l'inizio di un «decennio perduto».

³⁶ L'esposizione delle banche più alta è detenuta dalla Germania, con 300,4 miliardi di dollari, segue l'Austria (117,3 miliardi), la Francia (37,5 miliardi), il Lussemburgo (33,1 miliardi) e l'Irlanda (22,7 miliardi). L'Italia ha un'esposizione pari a 5.3 miliardi di Euro,

il generalizzato timore insorto tra gli altri Stati comunitari³⁷. Di fondo si registra la preoccupazione di essere in presenza di un evento di portata tale da poter produrre un dannoso *effetto domino* a livello regionale europeo; e conferme in tal senso vengono desunte dalle parole dello stesso primo ministro greco George Papandreou il quale, nel rappresentare il pericolo che incombe sulla realtà ellenica, di recente non ha esitato a precisare: «siamo a un passo dall'impossibilità di raccolta»³⁸.

Naturale conseguenza di tale situazione sono, per un verso, il dubbio in ordine alla possibilità che la Grecia sia in condizioni di permanere nell'area dell'euro, per altro, l'individuazione delle istituzioni finanziarie cui eventualmente fare ricorso al fine di reperire i «fondi» necessari a supportare l'attuazione di un indispensabile programma di risanamento dei conti e, dunque, ad evitare che abbiano a verificarsi inevitabili effetti negativi sulla liquidità disponibile nei mercati internazionali.

Su un piano più generale rileva la posizione di *sostanziale dipendenza* in cui la Grecia viene a trovarsi in relazione al gravoso indebitamento da essa assunto nei confronti dell'*estero*. Il notevole ammontare delle sue passività, infatti, appare destinato a produrre immancabili ripercussioni sulle decisioni del Governo. Non v'è dubbio che a quest'ultimo è venuta meno ogni libertà nelle scelte di politica fiscale o, comunque, concernenti l'assunzione di impegni che (anche indirettamente) possono inci-

come riportato nell'editoriale intitolato *Banche italiane poco esposte in Grecia: 5,28 miliardi*, in *IlSole24Ore.com*, del 10 dicembre 2009.

³⁷ Come è puntualmente riportato dalla stampa specializzata il giorno 11 febbraio 2010 «i leader europei, di fronte alla crisi greca, hanno dichiarato, che i membri di Eurolandia avrebbero preso misure decise e coordinate, se necessario, per salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro», cfr. al riguardo l'editoriale di GROS, *CASO GRECIA/Il Fme? Punisce solo chi fallisce*, in *Il Sole24Ore.com* del 14 marzo 2010.

³⁸ Cfr. *Reuters* - Atene, 19/03/2010 14:25.

dere sull'entità del *deficit*, la cui riduzione deve essere considerata una tappa obbligatoria sulla via del recupero della perduta credibilità³⁹.

Da qui la prospettiva di un cambiamento che, sul piano delle concretezze, si riflette sullo stesso assetto istituzionale del Paese; non v'è dubbio, infatti, che la descritta realtà mette in gioco l'assolutezza del potere che fa capo allo Stato, nel senso cioè che ne risulta svuotata l'essenza della *sovranità*, intesa nella valenza funzionale riconosciuta al relativo paradigma definito nelle costruzioni logico conoscitive che si richiamano alla teoria kelseniana⁴⁰. Non a caso un protagonista delle vicende comunitarie valutando l'incidenza della crisi ellenica su rapporti tra Grecia e Comunità ha sottolineato che nei fatti la prima «non è più unica sovrana in casa sua»⁴¹, volendo evidentemente indicare con tale espressione l'intervenuta *dequotazione* dell'apparato politico e amministrativo di quest'ultima riveniente dai condizionamenti di cui sopra si è detto.

Ciò posto, va qui rilevato che la crisi greca ha messo a fuoco un significativo limite della costruzione di Maastricht. In quest'ultima l'accesso alla moneta unica risulta fondato sulla sostanziale rinuncia alla sovranità monetaria da parte degli Stati

³⁹ Da qui il dibattito - di cui da notizia la stampa specializzata - tra l'Ue e la Bce, che non sarebbero d'accordo sui «tagli al deficit» che la Grecia deve attuare, atteso che la seconda vorrebbe «un impegno a tagliare il deficit con più decisione, e vorrebbe ... un aumento delle tasse sul valore aggiunto, sull'energia e sui patrimoni più elevati», v. al riguardo l'editoriale *Crisi, Trichet: "Nessun contagio dalla Grecia". L'impegno del Consiglio europeo è sufficiente*, reperibile su laRepubblica.it del 14 gennaio 2010, nel quale sono riportati anche taluni orientamenti della stampa estera. .

⁴⁰ Cfr. KELSSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di Carrino, Milano, 1989. Per verifica degli elementi che connotano il tradizionale paradigma della sovranità v. GIANNINI M.S., *Sovranità*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 224 ss.

⁴¹ Cfr, PADOA SCHIOPPA, *La sovranità in movimento*, in *Corriere della Sera* del 15 febbraio 2010.

membri e trova compendio, come avevamo modo di osservare in passato, nel programma posto a base dell'Unione europea (stabilizzazione reale, redistribuzione del reddito, allocazione delle risorse, ecc.)⁴². Nel delineato contesto dispositivo non sembra sia stata sufficientemente presa in considerazione l'eventualità che i paesi aderenti, disattendendo gli obblighi imposti dal Trattato, incorrano in situazioni in grado di minare la coerenza sistemica dell'intera compagine comunitaria, come è dato verificare nella fattispecie qui in esame.

A ben riflettere, forse in detta costruzione non si è tenuto nel debito conto la circostanza che effetto ulteriore dell'esercizio unitario del potere monetario, in un contesto globale, è la «riagggregazione ... a livello ultrastatale» delle forme d'intervento esplicative del paradigma della sovranità, come puntualmente sottolinea un'attenta dottrina nel rappresentare le limitazioni ordinariamente connesse alle adesioni a collettività organizzate⁴³. *A fortiori* detta evenienza trova riscontro nei casi in cui, a causa di comportamenti non conformi alle prescrizioni degli accordi internazionali a base delle nominate collettività, si determinano forme di dipendenza economico/finanziaria di uno Stato membro delle medesime nei confronti degli altri partecipanti.

Ma v'è di più. Nel riferimento agli indicati presupposti logico giuridici della relazione che intercorre tra i membri dell'Unione e quest'ultima, sembra non debbano sussistere dubbi nel ritenere che faccia carico a detto organismo sovranazionale

⁴² Cfr, CAPRIGLIONE, *Moneta*, (voce), Aggiornamento all'*Enc. dir.*, Milano, 1999, p. 758.

⁴³ Cfr. DELLA CANANEA, *Sovranità e globalizzazione*, in *Parolechiave*, n. 35, 2006, p. 97 ss, il quale al riguardo parla di «potestà pubbliche» e si richiama a «organizzazioni create dagli Stati allo scopo di conseguire finalità d'interesse comune», tra le quali include, per l'appunto, l'Unione regionale europea.

l'onere di un possibile salvataggio e/o sostegno a favore di un paese aderente in grave difficoltà. Ed invero, l'accettazione di un obbligo d'intervento in tal senso deve ritenersi implicitamente connessa alla definizione di una tipologia di rapporti che (in vista della rinuncia alla sovranità monetaria da parte degli Stati nazionali) si articola in forme di stretto raccordo istituzionale e funzionale tra i soggetti partecipanti.

Evidenti appaiono le conseguenze di tale ipotesi ricostruttiva nella ricerca di soluzioni adeguate per la definizione del «caso Grecia»; e ciò vuoi con riguardo alla scelta di un'idonea forma di cooperazione da attuare in concreto, vuoi a livello di un necessario ripensamento della formula (*rectius*: delle regole) che deve presiedere allo svolgimento della vita futura dell'Unione; tematiche che verranno affrontate qui di seguito.

5. La rilevanza internazionale della problematica connessa alla sostanziale impossibilità per la Grecia di ridurre (entro termini contenuti) il proprio *deficit* è assurda a presupposto di gravi decisioni da parte degli altri membri dell'Euro-zona; questi, infatti, hanno fatto proprio il difficile compito di valutare «se scaricare Atene oppure pagare, sia pure nella forma di un prestito, i debiti che i greci non hanno voluto onorare»⁴⁴.

Come si è testé anticipato come l'onda lunga delle questioni poste dalla crisi ellenica, interagendo sulla più generale tematica dell'integrazione politica degli Stati membri dell'Unione Europea, richiede soluzioni d'ordine sistematico afferenti alla definizione dei rapporti che sono stati instaurati a livello internazionale tra

⁴⁴ Cfr. RAMPOLDI, *La sfida di Papandreu nella Grecia dei corrotti*, in *la Repubblica.it* del 6 febbraio 2010.

i partecipanti all'Unione. Più in generale, vengono in considerazione concetti di etica pubblica e di interesse nazionale, senza tuttavia arrivare a sancire definitivamente il primato del nazionalismo sulla solidarietà, la quale ultima - ai sensi del precipuo disposto degli artt. 2 e 3 del Trattato sull'Unione Europea e dell'art. 122 del Trattato sul funzionamento dell'Unione - assume specifico rilievo tra i criteri fondanti del progetto comunitario.

Si spiega, per tal via, la mobilitazione degli altri *partners* europei, che - in linea col principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e, dunque, in ossequio all'obbligo di assistenza reciproca (previsti dall'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea) - si sono determinati ad intervenire al fine di impedire che le conseguenze di eventi negativi imputabili a cattiva gestione di uno Stato membro potessero evolvere verso una *deriva* di dimensioni totalizzanti, tale cioè da minare il futuro dell'intera Europa. Per le ragioni dianzi esposte, va subito detto che si è in presenza di una linea comportamentale aderente ai canoni di un ordine sovranazionale che non si esaurisce nella determinazione di funzioni eminentemente tecniche, ma che comporta una responsabile assunzione di obblighi (coerenti con il ruolo partecipativo alla collettività organizzativa che il Trattato di Maastricht ha inteso realizzare).

E' in tale premessa che vanno analizzate le variegate ipotesi da più parti prospettate in sede politica per la risoluzione del «caso Grecia».

Preliminarmente va precisato che si condivide la tesi di non lasciare la Grecia «da sola a bussare alle porte di Washington del Fmi», ritenendosi preferibile la posizione che esclude vuoi l'eventualità di far ricorso al Fondo Monetario Internazionale (il

cui intervento dovrebbe essere supportato da finanziamenti degli Stati dell'area euro) per reperire i fondi necessari a gestire la crisi greca, vuoi l'idea di dar corso ad un fallimento (sia pure controllato) di un paese dell'area euro (anziché procedere ad un programma di risanamento)⁴⁵.

L'ipotesi di rimettere ad un organismo internazionale (la cui azione si svolge in un ambito, per certi versi, sovraordinato all'«Eurolandia») la soluzione della problematica in esame, da un lato, vanifica sul piano delle concretezze l'essenza solidaristica che lega - e deve legare - paesi che condividono la stessa moneta, dall'altro sposta in un contesto diverso da quello europeo l'assunzione di decisioni che incidono profondamente sulla possibilità di sviluppo dell'Unione. A tale ultimo riguardo è il caso di far presente che la concessione dei *fondi* di cui trattasi non si esaurisce in una mera forma di assistenza finanziaria, ma evidentemente implica anche la richiesta di idonee garanzie e l'adozione delle misure di “*good governance*” raccomandate dal FMI; ciò, con l'ovvia conseguenza che queste ultime non mancheranno d'incidere sulle forme di coordinamento delle politiche macroeconomiche interne all'area euro come previste dal disposto dell'art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (e, dunque, sulla determinazione delle linee di sviluppo e di espansione dei paesi meno competitivi).

Va rilevato sul punto che la possibilità di contrasto tra misure raccomandate dall'IFM e obiettivi di politica economica dell'Unione *non* è meramente teorica. Un esempio recentissimo

⁴⁵ Cfr. BRIVIO, *Se Berlino vende l'anima al populismo*, in Il Sole24Ore. com del 25 marzo 2010, ove si prospettano le varie alternative prospettate in sede comunitaria per consentire alla Grecia di superare le gravi difficoltà in cui attualmente versa.

di aperta contrapposizione tra le possibili “ricette” è fornito dalla reazione della Bundesbank alla proposta degli economisti del Fondo di migliorare la solvibilità dei paesi della UE attraverso l’innalzamento dell’obiettivo di inflazione⁴⁶.

Ciò prescindendo da ogni ulteriore considerazione in ordine alla possibilità di dar corso ad un intervento effettuato sulla base di accordi tra il FMI e la Commissione UE, come sembrerebbe emergere dagli orientamenti del Consiglio europeo, riunitosi per valutare il «caso Grecia»⁴⁷. Un’ipotesi siffatta si presta alla facile critica di essere portatrice di un programma fondato su una necessaria intesa tra gli organismi che ad esso partecipano: evenienza tutt’altro che certa e, dunque, destinata in ultima analisi a lasciare insoddisfatti i *partners* europei contrari ad accettare interventi che finiscono col validare una politica monetaria accomodante, di certo non condivisa da tutti gli Stati membri dell’Eurozona.

Se ne deduce che la soluzione che fa capo al FMI appare poco coerente con il disegno di un’Unione fortemente integrata al proprio interno ed in grado di superare in via autonoma, grazie alle sue sole forze, le difficoltà in cui eventualmente i suoi membri possono incorrere. Tale conclusione resta ferma anche in presenza di considerazioni che delimitano l’intervento del FMI in chia-

⁴⁶ Cfr. l’editoriale “*Der IWF spielt mit dem Feuer*”, del presidente della Bundesbank A. Weber sul Financial Times Deutschland del 25 Febbraio 2010 (www.ftd.de), in risposta al saggio curato dal capo degli economisti dell’IFM BLANCHARD, DELL’ARICCIA and MAURO, *Rethinking Macroeconomic Policy*, in *IMF Staff Position Note*, February 12, 2010.). Il presidente della Bundesbank definisce la posizione del Fondo “sconsiderata”, “irresponsabile” e “pericolosa”, fonte di danni ed equivalente a “scherzare con il fuoco”.

⁴⁷ Di queste da notizia la stampa specializzata ove viene valutato criticamente il meccanismo fondato su di una congiunta azione del FMI ed i paesi di Eurolandia, cfr. l’editoriale di WOLF M., *Non è il fondo il salvagente per l’euro*, in *IlSole24ORE* del 31 marzo 2010.

ve meramente bancaria⁴⁸; ed invero, la presunta *posizione di forza* di un'Europa che fa comunque ricorso ai finanziamenti di detto Fondo non sminuisce il ruolo subalterno della stessa in situazioni siffatte, lasciando integra la possibilità che le vengano imposti gravosi condizionamenti.

Sotto altro profilo, destano perplessità le modalità applicative previste con riguardo ad un'ulteriore ipotesi d'intervento, che dovrebbe essere attivata da un organismo di cui si promuove l'istituzione: il Fondo Monetario per l'Europa⁴⁹. Questa ipotesi (nel presente al centro del dibattito in corso nell'Unione Europea per rinvenire una soluzione alla crisi greca), per quanto appaia riconducibile a criteri ordinatori rispettosi dell'unitarietà sistemica a base della collettività organizzata europea, desta sorpresa in considerazione dei presupposti che dovrebbero legittimare l'intervento finanziario effettuato dal predetto Fondo.

Più in particolare, come è dato evincere dalla indicata proposta del Ministro delle Finanze tedesco, la configurabilità di una possibile azione di tale Fondo viene correlata ad una situazione di *fallimento* dello Stato ellenico ed è considerata necessaria per la realizzazione di una «gestione controllata» di quest'ultimo. Punto cruciale del dibattito è, dunque l'ipotesi di un *default* della Gre-

⁴⁸ Ci si riferisce alle dichiarazioni formulate dal Ministro Tremonti in una lettera inviata al «Corriere della Sera» e pubblicata col titolo *Un ruolo per il fondo monetario nel salvataggio della Grecia*, 6 marzo 2010.

⁴⁹ Significative, al riguardo, le richieste del Ministro delle Finanze tedesco («a European monetary fund to be backed by tough sanctions to enforce budgetary discipline, with countries facing expulsion from the eurozone 'as a last resort'»); cfr. *Schäuble calls for tough EMF sanctions*, in *Financial Times* del giorno 11 marzo 2010), a fronte delle quali rileva la posizione del Presidente della Banca Centrale Europea che si rende disponibile a supportare l'idea di un European Monetary Fund per aiutare i Paesi maggiormente colpiti dalla crisi (cfr. *Trichet hints at monetary fund backing*, in *Financial Times* del giorno 10 marzo 2010); iniziativa del fondo monetario europeo favorevolmente accolta anche dal G20 (cfr. *G20 to look at monetary fund initiative*, in *Financial Times* del giorno 10 marzo 2010).

cia, che dovrebbe condurre «addirittura ...(ad)... un'uscita dalla Ue della repubblica ellenica ... con il diritto-dovere di rientrare successivamente con un rapporto più favorevole, dopo aver goduto di un periodo di svalutazione della propria valuta»⁵⁰.

Orbene, mentre il progetto di creare un Fondo siffatto appare di auspicabile attuazione (considerato che il rimedio per tal via attivato rientra nella logica solidaristica cui dianzi ci si richiama), non altrettanto convincente sembra invece l'ambito d'intervento per esso previsto. Ed invero, non si ritiene di potere condividere la tesi (avanzata in sede politica europea) secondo cui «solo se il *default* è una possibilità reale si può imporre la disciplina di mercato»⁵¹, con ciò volendosi evidentemente significare che i «fallimenti non vanno evitati a tutti i costi» e che, con riguardo al caso greco, è bene «prepararsi all'eventualità di un fallimento».

Non v'è dubbio che sotteso alla costruzione in parola v'è l'intento di prevenire eventi patologici del genere qui in esame (di evitare, cioè, che i paesi membri possano tenere condotte in grado di condurre a situazioni fallimentari). Altrettanto chiara è la volontà politica di creare uno strumento in grado di gestire *istituzionalmente* le crisi finanziarie dei paesi membri ove queste abbiano a verificarsi, donde un'evidente apertura al necessario completamento dei mezzi d'intervento a disposizione dell'Unione, altrimenti costretta ad avvalersi della sola possibilità di far ricorso alla BCE (nei limiti di cui agli artt. 123 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) o, al più, alla

⁵⁰ Cfr. BRIVIO, *L'Europa esce dall'inverno più lungo*, in *IlSole 24Ore.com* del 26 marzo 2010.

⁵¹ Cfr. GROS, *Caso Grecia/Il Fme? Punisce solo chi fallisce*, cit. articolo nel quale, tra l'altro, si identificano i criteri che abilitano tale Fondo ad intervenire

concessione di prestiti bilaterali (della quale si dirà qui di seguito).

Stupisce, peraltro, la scarsa attenzione prestata ai più generali effetti connessi al *default* di uno Stato membro dell'Unione monetaria, che di certo si presenta dirompente e decisamente lesivo della stabilità complessiva di quest'ultima. Da esso, infatti, si dovrebbero attendere non solo conseguenze di notevole portata con riguardo alla tenuta del sistema economico greco (stante la perdita di valore degli strumenti finanziari emessi dallo Stato ellenico), ma anche inevitabili, ulteriori ripercussioni negative sull'intera eurozona.

È indubbio che una compiuta applicazione delle regole di mercato non può prescindere dalla riferibilità alla disciplina fallimentare, ma è altrettanto vero che a tale criterio interpretativo non può ascriversi carattere di absolutezza. Infatti, a fronte di una indubbia sua applicazione a fattispecie tipiche del diritto privato, fa riscontro una diversa, più attenuata (e meno vincolante) imposizione nei casi in cui la criticità che legittima il *default* riguardi uno Stato, anziché un soggetto privato. In tale evenienza, i criteri-guida delle valutazioni da assumere sembra debbano essere improntati a considerazioni d'ordine politico, più che ad un giudizio che investe i rapporti negoziali di mercato.

Conseguentemente, dovrà essere tenuto nel debito conto che una soluzione fallimentare rischia di imprimere un abbrivio disaggregante dell'intera costruzione europea, senza consentire al contempo agli Stati creditori di trarre concreti, sperati vantaggi dalla situazione che essi hanno sollecitato. È l'*incipit* di un perverso percorso che evidenzia i limiti che compromettono la coe-

sione comunitaria e si presta ad incrementare il divario esistente tra i paesi membri; ritornano ovviamente alla mente le parole di Montesquieu: «L'Europa non è che una nazione composta di molte nazioni ... E lo stato che crede di aumentare la propria potenza con la rovina del vicino, di solito si indebolisce assieme a quello»⁵².

Ne deriva, altresì, un ridimensionamento della funzione del nuovo Fondo Monetario Europeo, il cui intervento (preordinato strumentalmente a contrapporre un'alternativa all'azione del FMI) finisce col non corrispondere alle finalità avute di mira, almeno nella ipotizzata eventualità di correlare l'erogazione di fondi al contestuale riscontro di una realtà fallimentare.

Pertanto, su un piano generale, può dirsi che la formula interventistica d'emergenza rappresentata dall'istituzione di un «Fondo monetario per l'Europa» - che nelle indicazioni della stampa specializzata dovrebbe costituire un efficace strumento per il «sostegno agli Stati in difficoltà»⁵³ - non corrisponde sul piano delle concretezze alle aspettative di coloro che in esso avevano ravvisato la via d'uscita per risolvere i problemi (di tipo sistemico) di taluni Stati europei. Ciò a prescindere, ovviamente, dal carattere contingente della misura di cui trattasi e dall'eventualità che la medesima sfoci in situazioni di *moral hazard*. Con particolare riguardo al «caso Grecia», resta ferma la situazione di difficoltà in cui tale paese versa, realtà riconducibile, come si è dianzi precisato, a comportamenti che sono stati resi

⁵² Cfr. *Riflessioni sulla monarchia universale in Europa*, 1734, traduzione a cura di Felice, 2009, parag. XVIII.

⁵³ Cfr. tra gli altri CERRITELLI, *Un fondo monetario per l'Europa*, in *IlSole24Ore* del 9 marzo 2010.

possibili da una sostanziale inadeguatezza delle regole poste a presidio degli obiettivi di stabilità dell'Unione.

Da ultimo, occorre far cenno della proposta, avanzata dal presidente della Commissione Barroso, relativa alla «creazione di uno strumento di coordinamento europeo per consentire prestiti bilaterali tra Stati».⁵⁴ Tale forma di intervento appare suscettibile di critiche in quanto fa riferimento ad una concessione di credito destinata a riflettersi sul *rischio-paese* dello Stato membro erogante. È di tutta evidenza, infatti, che si instaura per tal via uno stretto legame tra i Paesi che partecipano alla operazione; di tal che la grave situazione debitoria della Grecia finirebbe con l'influenzare in negativo le dinamiche di finanziamento necessarie a supportare gli interventi in parola.⁵⁵

A ciò aggiungasi la *assoluta vaghezza* delle tecniche di coordinamento che dovrebbero presiedere alla definizione degli accordi a base delle operazioni di cui trattasi, le quali potrebbero risolversi in meri arbitraggi sui tassi di interesse, come è stato puntualmente osservato.⁵⁶ Ed invero, contrasta con la possibilità di configurare regolari percorsi disciplinari *in subiecta materia* la mancata esplicitazione - da parte delle autorità europee - di criteri guida sia nella determinazione delle modalità convenzionali

⁵⁴ Cfr. *Statement* del Presidente Barroso dal titolo «*The creation of a Euro area instrument for coordinated assistance to Greece*» ove si fa riferimento al «*system of coordinated bilateral loans*» espressamente considerato «*compatible with the no bail-out clause and with strict conditionality*», reperibile sul sito www.europa.eu

⁵⁵ Ciò, con tutta probabilità, dando luogo ad un innalzamento degli *spread* sui titoli di debito emessi dagli Stati che erogano il credito; cfr. BUFACCHI, *Tremonti freddo sugli aiuti bilaterali: rischi per i titoli di stato - L'Italia frena sui prestiti a carico di tutti*, in *Il Sole 24 Ore* di martedì 16 marzo 2010, p. 3

⁵⁶ Cfr., in senso contrario, la posizione del Ministro dell'economia francese, Christine Lagarde riportata in *IlSole24Ore.com* del 16 marzo 2010

all'uopo utilizzabili, sia nella indicazione dei requisiti soggettivi che legittimano la partecipazione a detti prestiti bilaterali.

6. Nell'ordinamento regionale europeo si riscontra, dunque, una realtà istituzionale che mostra inequivoci segni di difficoltà nella prosecuzione dell'ambizioso progetto posto a fondamento dell'unione monetaria. Come testé si è segnalato, i recenti eventi di patologia finanziaria hanno evidenziato profili critici della formula adottata a Maastricht per attuare un'adeguata «convergenza» tra i diversi paesi dell'Unione. La traslazione del *potere monetario* dai singoli Stati membri ad un apposito organismo, la BCE (titolare della sovranità monetaria ed unico responsabile delle politiche che ne esplicitano la funzione) sembra non riesca a conseguire (all'interno della collettività così organizzata) adeguati livelli di compattezza e coesione; si percepiscono, quindi, chiari segni di debolezza con riguardo alla possibilità di raccordare alla costruzione di un'unione economica e monetaria il perseguimento di obiettivi di natura politica.

Di fronte al cedimento dei *fondamentali* dell'economia, la limitata capacità degli organi tecnici (nazionali ed europei) nel procedere a compiute analisi - e nell'operare diagnosi corrette finalizzate ad opportuni interventi terapeutici - si è tradotta in una *diminutio* del ruolo e della concreta capacità d'aggregazione che a detti organi era stata assegnata nell'originario disegno di Maastrich.

In un contesto socio economico caratterizzato dalle *diversità*, l'erompere della crisi finanziaria ha finito con l'interagire sulle tendenze centripete che caratterizzarono gli anni immediatamente successivi alla stipula del Trattato istitutivo dell'UME.

Sembra riemergere, quindi, l'intrinseco limite - rappresentato dal legame di natura meramente *associativa* instaurato tra i paesi membri - che, fin dall'origine, ha condizionato l'esistenza della moneta unica, realizzata in assenza di una pregressa, sottostante unità politica. Di ciò è riprova la sminuita (*rectius*: fiaccata) incisività degli interventi posti in essere dalle autorità comunitarie (*in primis*: la Commissione) ed il determinarsi di una situazione di sostanziale stallo nell'avanzamento della costruzione europea; realtà che si compendia nelle linee comportamentali tenute dagli Stati economicamente più forti nei confronti degli altri⁵⁷, condotte che, per certi versi, evocano il principio dell'«*homo homini lupus*» di hobbesiana memoria.

La necessità del connubio tra *moneta e potere* - cui in passato si è richiamata la dottrina nel rappresentare l'essenza della sovranità⁵⁸ - sembra riconfermata da eventi che nella *separazione* della prima dal secondo fanno ravvisare possibile l'avvio di una deriva dagli esiti del tutto imprevedibili. Come si è testé anticipato, le *diversità* tra i paesi dell'Unione - non eliminate dalle forme di *convergenza* economica e legale previste dal Trattato di Maastricht - hanno dimostrato la chiara insufficienza dei meccanismi introdotti al fine di conseguire adeguati livelli di *simmetria* tra i medesimi, donde il variegato impatto degli effetti della crisi che nel concreto si è riscontrato⁵⁹. A livello generale si individua la

⁵⁷ Cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto ...*, cit., p. 40, ove tra l'altro si sottolinea la gravità della situazione connessa all'«emergenza credito» che è dato riscontrare nei paesi dell'Est dell'UE.

⁵⁸ Cfr. SAVONA, *La sovranità monetaria*, Roma, 1974, p. 29, il quale in proposito ribadisce che : «moneta e potere si sono sempre accompagnati».

⁵⁹ Per quanto riguarda il nostro Paese, più che l'incidenza positiva dei provvedimenti normativi per la ricapitalizzazione delle banche, hanno giocato a favore della tenuta del sistema finanziario i vincoli di una regolazione di vigilanza che è riuscita - differente-

prospettiva di un ipotizzabile ritorno dell'*euroscetticismo*, locuzione in passato utilizzata per rappresentare «sospetto» e «sfiducia» nella capacità della formula tecnica utilizzata per realizzare il progetto di un'Unione europea sempre più coesa ed integrata.

Spinge in tale direzione la consapevolezza che la Germania - cui notoriamente è riconosciuto un maggior *peso* (rispetto agli altri paesi) in ambito comunitario - ha da sempre identificato l'obiettivo del Trattato di Maastricht nel conseguimento di «una Unione sempre più stretta dei popoli d'Europa - organizzati in Stati - e non invece ... (nella realizzazione di) ... uno Stato fondato su un popolo europeo»⁶⁰; tesi che è restata ferma negli orientamenti della giurisprudenza costituzionale tedesca fino ai giorni nostri⁶¹.

A prescindere da ogni valutazione in ordine al nesso tra detta posizione concettuale e la tradizione culturale tedesca che ascrive peculiare importanza all'autodeterminazione (spesso ancorando ad un'interpretazione nazionalistica la valutazione della realtà democratica), sembra incontrovertibile che la partecipazione della Repubblica federale tedesca all'Unione europea risulta con-

mente da quanto non sia dato verificare in altri Stati - a contenere il dilagare di prodotti tossici e la contaminazione dei bilanci degli operatori del settore.

⁶⁰ In tali termini ebbe modo di pronunciarsi il Tribunale costituzionale federale tedesco con la sentenza 12 ottobre 1993, nella quale si fissavano i limiti di compatibilità dell'Unione monetaria con la Carta fondamentale e con i principi base dell'ordinamento nazionale; se ne veda il testo in *Giur. cost.*, 1994, p. 677 ss e, per valutazioni critiche, RESCIGNO G.U., *Il tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, ivi, p. 3115 ss; EVERLING, *Zur Stellung der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union als "Herren der Verträge"*, in BEYRLING, BOTHE, HOFMANN E PETERSMANN, *Rechts zwischen Umbruch und Bewahrung-Volkr-recht-Europarecht-Staatrecht. Festschrift für R. Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 1161 ss; HERDEGEN, *Germany's Constitutional Court and Parliament: Factors of Uncertainty for the Monetary Union?*, in *European Monetary Union Wtch*, XIX, 1996, p. 8 ss.

⁶¹ Si veda la recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009 sulla compatibilità della ratifica del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz, con note di DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il tribunale costituzionale federale tedesco* e di CASSETTI, *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, entrambe in www.federalismi.it

dizionata al permanere di una realtà socio politica circoscritta nei limiti di cui sopra. Ne consegue che l'ordinamento giuridico tedesco non potrà aprirsi ad un progetto volto alla fondazione di una sorta di Stati Uniti d'Europa se una legge a ciò preordinata «non determina in modo sufficientemente certo i poteri trasferiti e il programma d'integrazione», come ha puntualizzato la Corte costituzionale tedesca⁶²; eventualità difficile a realizzarsi, stante il diffuso timore che si evince dall'indicato orientamento giurisprudenziale a vedere la Comunità europea «trasformarsi in un'Unione politica dotata di poteri sovrani non determinati».

Si spiegano, quindi, le perplessità avanzate (in epoca immediatamente successiva alla stipula del Trattato di Maastricht) da parte di alcuni studiosi in ordine alla effettiva «coesione» dell'assetto istituzionale europeo⁶³; e ciò, con l'ovvia conseguenza di vedere progressivamente allontanata la realizzazione di un'*unione politica*, tappa terminale del processo d' europeizzazione avviato oltre mezzo secolo fa.

In tale premessa, assume specifico rilievo la considerazione secondo cui le riforme istituzionali registrate in Europa negli ultimi decenni non hanno innovato la descritta realtà normativa; sul piano delle concretezze non sono stati introdotti nella regolazione dell'ordinamento del nostro continente elementi idonei a far ritenere possibile l'attuazione del disegno politico, nel quale avevano creduto i padri fondatori dell'Unione⁶⁴. Permangono, pertanto, i

⁶² Cfr. citata sentenza 12 ottobre 1993, loc. cit.

⁶³ Cfr. per tutti JOCHIMSEN, *Economic and Monetary Union: a German Central Banker's Perspective*, in *Economic and Monetary Union: Implications for National Policy-Makers*, a cura di Gretschnann, Dordrecht, 1993, p. 196.

⁶⁴ Ci si riferisce, in particolare, ad alcune dichiarazioni formulate da autorevoli politici in occasione della definizione del valore di cambio delle monete nazionali con l'euro e, dunque, dello storico appuntamento per il varo della moneta unica, cfr. per quanto riguar-

presupposti giuridico fattuali che danno spazio ad un'ipotesi di euroscetticismo, specie ove si abbia riguardo al fallimento della cd. *Costituzione europea* del 2004, fortemente contestata in sede referendaria dal voto contrario della Francia e dei Paesi Bassi, ovvero ai contenuti del Trattato di Lisbona cui «si è passati in subordine ... annacquando un po' il tutto», come di recente ha sottolineato Carlo Ciampi⁶⁵.

Al presente, a seguito della recente crisi finanziaria, la prospettiva di un coordinamento tra gli Stati dell'Unione che evolva in chiave politica sembra perdere consistenza; sorgono nuovamente dubbi sulla validità ed adeguatezza del meccanismo tecnico a suo tempo adottato per dar vita alla moneta unica; dilaga la delusione e, con questa, un reiterato senso di euroscetticismo. Alimenta il descritto stato di cose il riferimento al passato, dal quale viene la testimonianza di similari «storie» relative a progetti di rilevanza europea, di tentativi andati a male nella predisposizione di formule efficaci per costruire *un insieme*, un collegamento tra sistemi monetari diversi, per avviare un (sia pur embrionale) integrazione tra questi ultimi.

In particolare, ritorna alla memoria il ricordo di eventi che si verificarono oltre un secolo fa, allorché tra Belgio, Francia, Italia e Svizzera fu istituita l'*Unione Monetaria Latina*, paesi che dando vita alla 'Convenzione di Parigi' del 23 dicembre 1865 si proponevano di risolvere congiuntamente i problemi posti dal *bi-metallismo monetario* all'epoca vigente⁶⁶.

da il nostro Paese, le affermazioni del ministro CIAMPI, pubblicate col titolo *Italia, tra guardi e sfide*, in *IlSole24Ore* del 2 gennaio 1999.

⁶⁵ Cfr. CIAMPI, *È un vero crollo: i giovani costruiscano un mondo nuovo*, cit. p. 17.

⁶⁶ Cfr. in argomento DE CECCO, *Moneta e impero. Il sistema finanziario internazionale dal 1890 al 1914*, Torino, 1979, p. 63 ss. Per il testo della Convenzione di Parigi, v.

E' appena il caso di far presente che l'Unione - nata per il superamento delle difficoltà insorte a seguito delle variazioni dei prezzi dei metalli utilizzati per scopi monetari (e, più precisamente, per fronteggiare la tesaurizzazione dell'argento, cui facevano riscontro ovvie implicazioni sulla circolazione divisionale)⁶⁷ - si proponeva, come è stato sottolineato in letteratura, «un programma ambizioso, perché aveva come obiettivo l'introduzione di una circolazione monetaria europea»⁶⁸. Le vicende successive, legate al deprezzamento dell'argento ed alla modifica del rapporto tra quest'ultimo e l'oro segnarono la fine di detta formula organizzativa, prorogata tacitamente per molti anni fino a cessare legalmente nel 1925⁶⁹.

La triste sorte toccata all'«Unione» aleggia come uno spettro che incute timore ed induce a traslare sulla attuale realtà istituzionale europea conclusioni che, peraltro, ragionevolmente non è possibile accettare. E ciò non solo a causa del carattere anacronistico che una trasposizione siffatta finisce con l'assumere, ma soprattutto per l'impropria correlazione col diverso ambiente economico e politico di fine XIX secolo (in cui il descritto modulo sperimentale di unione monetaria ebbe modo di affermarsi) e, dunque, per il mancato ancoraggio della costruzione ipotizzata ad una formula tecnico istituzionale in grado di assicurare risultati positivi in una continuità temporale.

MARCONCINI, *Le vicende dell'oro e dell'argento dalle premesse storiche alla liquidazione dell'Unione Monetaria Latina (1803/1925)*, Milano, 1929, p. 338 ss.

⁶⁷ Su tali vicende monetarie cfr. LESOURD - GERARD, *Storia economica dell'ottocento e del novecento*, Milano, 1973, p. 30 ss; BALLETTA, *Storia economica. Secoli XVIII -XX*, seconda ed., Napoli, 1991, p. 154 ss; OLSZAK, *Histoire des unions monétaires*, Paris, 1996, p. 34 ss.

⁶⁸ Cfr. MASTRANGELO, *Tentativi di unione monetaria in Europa dall'antichità al secolo XIX*, in *Rivista di Storia Finanziaria*, 2001, n. 6, p. 68,

⁶⁹ Sul punto v. DROULERS, *Histoire de l'ECU europeen du moyen-age a nos jour set des precedentes unions monétaires*, Paris, 1990, p. 68 ss.

Pertanto, il fantasma del fallimento *comunitario* suggerito da esemplificazioni storiche segnate dall'insuccesso⁷⁰ non convince e deve essere rimosso come contraddittorio rispetto all'attuale, avanzato stadio di sviluppo del processo d'integrazione economica e monetaria europea ed alla diversa maturità che oggi qualifica la cittadinanza europea.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, la ricerca di idonee soluzioni ai «mali» che al presente affliggono l'Europa non può risolversi nella predeterminazione di meccanismi finanziari destinati a sostenere paesi che siano incorsi in situazioni di grave crisi; né tanto meno nella prospettiva di consentire una «fuoriuscita» temporanea dei medesimi dall'Unione in vista di un loro possibile rientro, una volta superate le difficoltà in cui versano. Ipotizzare soluzioni di tal genere equivale ad ammettere tacitamente di non essere in grado di attivare le modifiche necessarie a garantire la *stabilità* e l'equilibrio interno che - fin dalle origini della costruzione comunitaria - vennero reputati indispensabili strumenti per la realizzazione del «progetto europeo».

Per converso, appaiono tuttora irrinunciabili i vantaggi connessi all'adozione della moneta unica. Le problematiche che gli Stati membri incontrano nel loro cammino non possono - né devono - intaccare le garanzie che l'«euro» è in grado di offrire; l'avanzamento del programma comune resta un obiettivo ineludibile per attuare condizioni ottimali di sviluppo, per consentire al-

⁷⁰ Si segnala che nel sec. XIX si ebbero altri casi di unificazione monetaria: nei paesi di lingua tedesca col Trattato di Vienna del 1857 fu istituita l'*Unione monetaria prussiana* durata fino al 1867, e nei paesi scandinavi l'*Unione monetaria scandinava* durata per quasi mezzo secolo, dal 1873 al 1931; per ragguagli cfr. MASTRANGELO, *Tentativi di unione monetaria in Europa dall'antichità al secolo XIX*, cit., p. 70 ss.

le forze politiche di operare per l'avvento di una «democrazia... che mira a realizzare la giustizia sociale», come di recente è stato sostenuto da un insigne studioso⁷¹. È, dunque, fuor di dubbio che va considerata tuttora valida la necessità di avvalersi della moneta unica per «beneficiare al meglio dell'appartenenza al mercato comune»⁷², nonché per attuare più compiute forme di integrazione⁷³.

In tale premessa, va interpretata la *ratio* a fondamento degli interventi che l'Unione europea intende stanziare a favore di paesi membri. Come è dato chiaramente desumere da inequivoche indicazioni formulate dalla Banca d'Italia in occasione di finanziamenti a Stati membri non appartenenti all'area dell'euro, l'UE si muove nel contesto di «un programma di assistenza» rivolta a paesi «con problemi di bilancia dei pagamenti»; ciò, ferma restando l'esigenza di contenere le erogazioni in parola entro limiti predeterminati e subordinarne la concessione all'«adozione di misure per la correzione degli squilibri»⁷⁴.

Da qui il carattere *straordinario* che è bene riconoscere agli interventi in parola, a fronte di una generalizzata difficoltà degli Stati membri di riuscire a restare all'interno dei parametri di Maastricht. La crisi finanziaria che ha investito l'intera Comunità non consente di demandare a misure assunte «in ordine sparso» il superamento delle difficoltà da essa generate. D'altronde, il patto di stabilità (cui era stata rimessa la salvaguardia della liquidità e la

⁷¹ Cfr. FITOUSSI, *La nuova ecologia politica*, Milano, 2009, p. 11 e ss.

⁷² Cfr. PELLEGRINI, *Banca centrale nazionale e unione monetaria europea*, cit., p. 169.

⁷³ Cfr. CAPRIGLIONE, *Moneta* (voce), Aggiornamento all'Enciclopedia del diritto, Milano, 1999, p. 755.

⁷⁴ Cfr. Relazione per l'anno 2008, p. 36, ove si fa riferimento ai «fondi addizionali in favore di Lettonia, Romania e Ungheria, per 14,6 miliardi di euro».

sostenibilità delle politiche fiscali), come da più parti viene ribadito, sembra aver esaurito il suo ruolo, in quanto la differente modalità di applicazione delle sue regole - al banco di prova - ha evidenziato la non effettività del «principio di sorveglianza», mettendo in chiara luce i limiti di un patto che esaurisce la sua funzione in chiave preventiva⁷⁵.

La crisi greca ha offerto, dunque, l'occasione per un ripensamento dell'impianto sistemico dell'Unione, per comprendere che è necessario uscire dalla logica dei compromessi e dare una risposta alla stasi attuale nel segno di una rinnovata volontà di *stare insieme*.

Per superare le criticità derivanti dall'incapacità dell'UE di riuscire a prefigurare strategie comuni (e, dunque, da una disfunzione strutturale che, in presenza di eventi patologici, è emersa nella sua pienezza) necessita procedere ad una rivisitazione delle sue modalità organizzative. La sfida posta dalla realizzazione di un progetto europeo - nel prevenire i pericoli di un ritorno alla demarcazione di frontiere nazionali - dovrà essere guidata da un rafforzato *principio di responsabilità* degli Stati membri nella definizione di un *agere* volto al perseguimento degli interessi comuni. Solo così potranno essere assunti provvedimenti specifici, appropriati, tali da evitare in futuro rischi ed incertezze, nonché idonei a consentire scelte che non alterino gli equilibri complessivi dell'Eurosistema.

Naturalmente, detta opera di revisione non dovrà essere circoscritta ad una mera rideterminazione dei *parametri* sin qui se-

⁷⁵ Cfr. per tutti CORSETTI, *Cambiamo il patto di stabilità*, editoriale del 16 febbraio 2010 reperibile su www.lavoce.info

guiti, al fine di riallocare in nuovi «vincoli numerici» le aspettative di stabilità che i governi non sono riusciti a realizzare con le metodologie previste negli accordi in passato posti in essere. Il rilancio di un'Europa unita - che intende allontanare da sé l'effimero dell'utopia politica e lasciare il più ampio spazio possibile alle dinamiche dell'integrazione - deve avvenire sulla base di nuove *norme di coordinamento*, idonee a raccordare la specificità delle realtà nazionali con le priorità richieste dall'adozione della moneta unica e dalla logica di un progetto comune (esteso a ricomprendere anche i previsti ingressi di paesi dell'*Est Europa*).

Va da sé che, in sede politica, dovranno essere individuati gli *ambiti* entro cui riuscire a condurre in maniera armonica e concordata le attività di governo a livello europeo. Ciò significa, in primo luogo, addivenire alla proposizione di regole che consentano di evitare all'*autonomia* delle politiche fiscali, riconosciuta ai paesi membri, di tradursi in *esercizio imprudente* delle determinazioni di spesa e dei saldi di bilancio.

Ed invero, una situazione di equilibrio (che, nel futuro, tenga lontani i pericoli di eventuali crisi) non potrà prescindere da livelli di spesa non solo fedelmente collegati alle entrate, ma anche raccordati ad un «sistema di ponderazioni», nel quale sia tenuto in debita considerazione il *peso* di ciascuno Stato all'interno dell'UE. Non v'è dubbio che, per tal via, potrà essere definito in modalità coerenti con l'obiettivo della sostenibilità fiscale il «tetto di spesa» dei singoli Stati; se del caso, a tale criterio ordinatore potrà aversi riguardo per l'individuazione di un «limite massimo» di *global spending* riferibile a ciascun paese (collegando, poi, al

rispetto delle condizioni così fissate la possibilità di fruire del sostegno finanziario dell'istituendo *Fondo monetario per l'Europa*).

L'introduzione di forme di coordinamento in senso *verticale* potranno completare il quadro di un rinnovamento che non intende rinunciare alla possibilità di *verifiche*, ritenendo insufficienti gli attuali presidi a salvaguardia della stabilità. Ciò consentirà di superare l'inadeguatezza dell'attuale apparato sanzionatorio, nel quale - come è stato di recente sottolineato⁷⁶ - non sono stati previsti «percorsi di recupero condizionato a un paese in difficoltà», essendo il raggiungimento degli obiettivi macroeconomici (formulati nelle competenti sedi internazionali) rimesso in concreto all'autonomia (e, dunque, alla volontà di farne) applicazione degli indirizzi espressi dalle autorità comunitarie.

Detta stagione di riforme potrà coincidere con il perseguimento dei traguardi fissati dalla Commissione nella *strategia decennale*, denominata Europa 2020, proposta al fine di realizzare una crescita «intelligente, sostenibile e solidale»⁷⁷; riforme che andranno ad affiancarsi alle menzionate modifiche dell'architettura di vertice della supervisione europea proposte dal Rapporto *de Larosiere* (le cui indicazioni sono state recepite ed avallate nelle conclusioni Ecofin del 9 giugno 2009 e, successivamente, in quelle del Consiglio europeo del 18-19 giugno 2009)⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. BRIVIO, L'Europa esce dall'inverno più lungo, in *IlSole24Ore* del 26 marzo 2010.

⁷⁷ Cfr. Commissione, Comunicazione COM (2010)2020 che riporta il testo di tale strategia dal quale è dato evincere gli obiettivi avuti di mira (*occupazione, ricerca, innovazione, cambiamento climatico ed energia, istruzione e lotta contro la povertà*) in vista di un rinnovamento che consenta di uscire più forti dalla crisi.

⁷⁸ Su tali profili cfr. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto de Larosiere*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, p. 147 ss, reperibile in www.rtde.luiss.it; CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010 (in corso di stampa), Cap. III.

Si apre la possibilità di dar vita ad un clima di rifondazione nel quale, tuttavia, le nuove regole da sole non saranno sufficienti a fermare il *processo di eurosclerosi* dianzi esaminato; sarà necessaria, anzi indispensabile la volontà di tutti i paesi dell'UE di rispettarle. Ciò auspicabilmente potrà verificarsi se vi sarà una diffusa consapevolezza che, operando nell'interesse comune, si costruisce il benessere delle generazioni future.

FRANCESCO CAPRIGLIONE

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università LUISS G. Carli di Roma*

MEZZI DI PAGAMENTO ‘ALTERNATIVI’ E SOLUTORIETÀ*

ABSTRACT: The essay deals with the problem - discussed for a long time - of the payment of a debt by cheque, by banker's draft or by bank transfer rather than in cash; are those means of payment suitable for the discharge of obligation? Under Italian Law - see the provision under art. 1277 of the Civil Code - the money debt is to be paid in legal tender, that has always been considered as equivalent to the payment in cash. The author goes back over the precedents and over the different legal theories on the matter and gives his opinion on this dispute, welcoming favourably the recent leading case of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) stating that the creditor can refuse the execution of obligation made by means of payment other than cash only if such a payment is likely to cause him damage.

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Mezzi di pagamento ‘alternativi’ e solutorietà: i termini giuridici del problema. - 3. Il contrasto giurisprudenziale risolto dalle SS.UU: l’orientamento maggioritario e tradizionalista,... - 4. (*Segue*): l’orientamento innovativo e minoritario e la decisione delle SS.UU. - 5. Note critiche e conclusioni.

1. Una recente decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 26617 del 18 dicembre 2007¹, ha riportato in auge la discussione intorno alla capacità solutoria di taluni mezzi di pagamento - principalmente l’assegno bancario e quello circolare, il giroconto, il bonifico - da lungo tempo pienamente accettati dalla *business community* come validi mezzi di estinzione dell’obbligazione pecuniaria e, in taluni casi, perfino imposti dal legislatore² ma, nonostante ciò, ancora relegati in una condizione di subalternità verso il mezzo di pagamento tradizionale, il denaro contante.

(*) Il presente saggio è destinato agli «Scritti in onore di Francesco Capriglione»

¹ Pubblicata in *Corr. giur.*, 2008, 504-506, con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*. La decisione delle SS.UU. è stata originata dall’ordinanza di rimessione della Cass. 28 giugno 2006, n. 14957, con nota di V. PICCININI, *In tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante assegno circolare*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, II, 139 ss..

² Alludiamo alle varie normative tendenti a reprimere il riciclaggio di denaro sporco.

L'ambito dei mezzi di pagamento 'alternativi' è ampio³, ma il problema della solutorietà dei pagamenti avvenuti non utilizzando moneta coniata e banconote va circoscritto a quelli soli avvenuti con l'uso di assegni, giroconti, bonifici⁴, escludendo dunque quelli avvenuti mediante carte di pagamento, siano esse di debito sia di credito e veicolino essi moneta scritturale o moneta elettronica. Invero, l'utilizzo di quelle carte non può efficacemente avvenire senza il previo consenso del creditore, spettando a questi apprestare le modalità tecniche (ci riferiamo all'elaboratore che gestirà l'immissione dell'ordine mediante 'strisciata' della carta o – nei casi di carta non a banda magnetica ma con *microchip* – mediante inserimento di quella) che consentiranno l'uso di quelle carte. Considerazioni analoghe possono essere fatte per il caso di utilizzo di strumenti di pagamento basati non già su *software*, come le *smart card*, ma su *hardware*.

Si aggiunga, infine, che la vetrofania esprime in forme ancor più nette e inequivoche il pieno assenso dell'esercente o del fornitore del servizio all'estinzione dell'obbligazione pecuniaria con moneta scritturale o elettronica.

Il problema della solutorietà tocca peculiarmente, dunque, i soli pagamenti avvenuti mediante invio di assegno bancario o di

³ Vedi, ad esempio, l'elencazione fatta nella nuova normativa antiriciclaggio, il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, precisamente nell'art. 1, secondo cui sono mezzi di 'pagamento' «il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accredito o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie».

⁴ Distinguiamo giroconto da bonifico in forza del fatto che in quest'ultimo l'ordine di pagamento – chiamato più puntualmente ordine di giro – impartito alla banca confluisce solo provvisoriamente in un conto corrente (chiamato per tale ragione 'conto di passaggio') perché il fine ultimo della creazione di moneta bancaria su quel conto è quello di convertire questo tipo di moneta in denaro contante, o in un assegno circolare, l'uno o l'altro da ritirarsi a cura del beneficiario. Cosa diversa accade invece con il giroconto perché la creazione di moneta bancaria tende ad assumere il carattere di definitività.

assegno circolare, di esecuzione di bonifico e – ma in misura minore – di giroconto. Il giroconto va comunque incluso in quest’ambito perché non è vero che senza la cooperazione del creditore - e, dunque, senza il suo previo assenso - non sia possibile eseguire un giroconto: invero, esso potrebbe avvenire utilizzando, pur in assenza di consenso, le informazioni sui dati identificativi del conto corrente del creditore che questi abbia in precedenza dato a terzi. In casi come questi, la legittimità del rifiuto del creditore al pagamento avvenuto in questa forma dovrà essere valutata tenendo conto del fatto che questi ha tenuto un comportamento che sta ‘a cavallo’, in funzione delle sue modalità concrete di sviluppo, tra un assenso (al pagamento in questa forma) e un’inopponibilità del rifiuto (pur in assenza di una previa autorizzazione a effettuare il pagamento in tale modo) figlia dell’affidamento ingenerato con la precedente condotta.

2, L’argomento tradizionalmente utilizzato per negare efficacia solutoria al pagamento avvenuto mediante moneta bancaria è che l’art. 1277 cod.civ. considera irrifiutabile solo l’offerta di pagamento avvenuta mediante «moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento»⁵, ossia – si sostiene - mediante moneta coniata e banconota (il denaro contante), unici mezzi aventi intrinseca e obiettiva capacità solutoria. Solo il pagamento

⁵ L’ulteriore condizione posta dall’art. 1277, 1° comma, cod.civ., che il pagamento avvenga con moneta ‘per il suo valore nominale’ non rileva ai fini dell’indagine che stiamo compiendo.

Sui rapporti tra moneta legale e titoli al portatore pagabili a vista vedi lo stimolante scritto di F. CAPRIGLIONE, *I surrogati della moneta nella vigente normativa del T.U. n. 204 del 1910 sugli Istituti di emissione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1975, II, 365, a commento di un’interessante decisione del Pretore di Cortina d’Ampezzo, 8 agosto 1975, il quale aveva mandato assolto il direttore di una filiale della Standa che, uniformandosi alla prassi seguita in tutti gli altri Magazzini Standa, aveva disposto che, in mancanza di moneta spicciola, ai clienti venissero dati in resto gettoni di plastica con su stampigliate le cifre 5 – 10 – 20 – 50.

avvenuto attraverso questi mezzi produrrebbe dunque, *ex se*, il risultato atteso dal creditore, quello di conseguire il valore patrimoniale collegato alla somma dovutagli e ciò perché solo quello costituirebbe adempimento *esatto* della prestazione dovuta⁶. Per converso, il pagamento avvenuto con mezzi diversi dal denaro contante, seppure molto sicuri (alludiamo all'assegno circolare), sarebbe 'inesatto adempimento', liberatorio solo in caso di previa accettazione da parte del creditore.

Si afferma che a tale conclusione si giungerebbe anche in forza della circostanza che, *ex art.* 1182, comma 3°, *cod.civ.*, «L'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza»⁷. In considerazione del fatto che un pagamento per mezzo di moneta bancaria imporrebbe al creditore di recarsi pres-

⁶ Sull'obbligazione pecuniaria come obbligazione di risultato si veda A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1994, 117 ss., il quale, nell'affrontare la tematica relativa alle modalità della prestazione e/o dell'adempimento, osserva come "la legge può stabilire che, per aversi adempimento di una obbligazione, non sia sufficiente che il debitore tenga quel determinato comportamento ossia esegua la prestazione dovuta, ma sia necessario che il risultato si raggiunga e che esso vada a vantaggio del creditore (ad es. in tema di obbligazioni pecuniarie)".

⁷ La portabilità dei debiti pecuniari è, come è noto, l'eccezione alla regola della generale richiedibilità dell'adempimento delle obbligazioni. Tale eccezione è emersa con il codice civile del 1942, visto che nel codice civile del 1865 anche l'obbligazione pecuniaria era una obbligazione *querable*, con rispetto quindi del principio del *favor debitoris*. Nella Relazione al libro I delle obbligazioni, l'abbandono di tale principio viene spiegato facendo riferimento «alla generalizzazione convenzionale del patto del pagamento al domicilio del creditore» e sulla base della considerazione che «con mezzi di trasmissione del denaro oggi diviene più agevole al debitore l'adempimento al domicilio del creditore che non a questi di ottenere il pagamento al domicilio del debitore». A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, 114, specificando che nelle obbligazioni *querable* il creditore deve collaborare attivamente con il debitore, mentre in quelle *portable* «un particolare onere di iniziativa grava sul debitore che deve fare in modo che la prestazione pervenga nella concreta disponibilità del creditore, presso il domicilio di esso». Con riferimento al modello tedesco chiamato *Schickschuld*, l'autore parla di una terza «specie» di obbligazioni nelle quali «il debitore possa essere liberato dal proprio obbligo attraverso l'avvio a destinazione della prestazione dovuta ma sopportando il rischio del mancato raggiungimento del risultato», andando così a configurare un modello «misto», non inquadrabile né nelle *querable*, né nelle *portable*.

so la banca trattaria del titolo⁸, o – in caso di accredito bancario - presso quella ove gli sono state accreditate le somme, si sostiene che, anche in forza di questa previsione, un pagamento eseguito non con denaro contante diverrebbe liberatorio solo se accettato dal creditore o se, successivamente, da questi ratificato.

Il ricorso all'art. 1182 quale argomento per negare l'intrinseca capacità solutoria di assegni e ordini di giro non convince. La *portabilità* del debito pecuniario assume il rango di elemento naturale del rapporto obbligatorio solo se, come recita il primo comma dello stesso art. 1182 cod.civ., «il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione o da altre circostanze...»⁹. Solo in tal caso «si osservano le norme che seguono...».

Possiamo supporre che al codificatore del 1942 il problema del pagamento attraverso moneta bancaria (scritturale) fosse sicu-

⁸ Da ultimo, si v. Cass. 10 giugno 2005, n. 12324. Già prima, Cass., 10 febbraio 2003, n. 1939, in *Giur. it.*, 2003, 1631, con nota di A. BERTOLOTTI e Cass., 3 luglio 1980, n. 4205, la quale ultima aveva affermato che «se fosse consentito al debitore di adempiere l'obbligazione pecuniaria con la consegna o l'invio di assegni bancari o circolari al creditore, ciò implicherebbe la sostituzione del domicilio di quest'ultimo con la sede dell'istituto bancario, presso cui il titolo sia riscotibile, quale luogo di adempimento di debiti di denaro». G. SICCHIERO, *Adempimento, assegno bancario non trasferibile, clausola "per conoscenza e garanzia"*, a commento di Trib. Milano, 5 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, fasc. 10, 719 ss. nella quale si era affermato che «In mancanza di diversa pattuizione, il semplice invio dell'assegno al domicilio del creditore non costituisce adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Qualora non risulta la diversa volontà delle parti, in presenza di una clausola contrattuale con cui si prevede il rimborso di una somma mediante assegno circolare emesso all'ordine del creditore, il luogo dell'adempimento dell'obbligazione è nel domicilio del creditore» riconosce la correttezza di tale ragionamento (719). L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino 1997, 13, invece, contestando la rigida applicazione dell'art. 1182 c.c. ha affermato che «in una società che sembra muoversi in direzione dell'eliminazione di spostamenti di denaro (cosiddetta *cashless society*), soprattutto nell'ambito dei rapporti commerciali, appare del tutto anacronistica una rigida applicazione del principio di cui all'art. 1182, 3° comma c.c.».

⁹ A. DI MAJO, *L'adempimento*, op. cit., 117 precisa che nel caso di volontà delle parti, questa «potrà essere contenuta in apposita clausola (del contratto) ma anche *tacitamente* desumersi dal comportamento (specie esecutivo) delle stesse. Tale volontà può anche essere successiva alla conclusione del contratto». Per L. FARENGA, *La moneta*, op. cit., 59 «L'ultimo inciso della norma di cui all'art. 1182, 1° comma ha evidentemente valore assorbente per il problema in esame».

ramente noto ma non se ne percepisse l'importanza e lo spessore; ora, di fronte ad un'economia profondamente diversa da quella che aveva ispirato quel legislatore e profondamente finanziarizzata, in assenza di puntuali interventi legislativi è indispensabile leggere le disposizioni attuali con le lenti di cui oggi si dispone, e così – ad esempio – dando il rilievo che meritano a considerazioni quali quella secondo cui è *prassi, cosa usuale* nelle relazioni commerciali non 'spicciole', regolare il pagamento mediante intervento della banca¹⁰ e, dunque, in legittima deroga a quanto previsto dall'art. 1182¹¹ cod. civ. Con una modesta dilatazione del concetto di usi il problema della portabilità del debito verrebbe superato.

La tesi che avversa la naturale solutorietà del pagamento avvenuto per mezzo di moneta bancaria fa leva, infine, su un terzo argomento, ossia su quanto disposto in tema di offerta reale dall'art. 1209 cod.civ.. Ivi si prevede, infatti, che «Se

¹⁰ Già M.E. POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 123 rilevava come «qualora si sia in presenza di cifre rilevanti che potrebbero rappresentare il prezzo di una compravendita, il risarcimento di danno, una liquidazione di lavoro, od una indennità, il mezzo usato, dall'accredito bancario al vaglia all'assegno circolare, deve considerarsi esatto rispetto all'estinzione dell'obbligo di adempiere, tanto più se gli stessi creditori, in occasione di analoghi versamenti avevano accettato implicitamente queste modalità».

Per un'esame della diversa ipotesi di "irragionevolezza" del pagamento in contanti si v. Pret. Genova, 20 settembre 1981, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1981, II, 479 con nota di F. CAPRIGLIONE

¹¹ Mette in luce in questi termini l'eccessiva rigidità con la quale la giurisprudenza maggioritaria affronta la problematica L. FARENGA, *La moneta*, op. cit., 59: «Se Tizio, residente a Milano, riceve in pagamento di un proprio credito vantato nei confronti di Caio, residente a Palermo, un assegno bancario non trasferibile e lui intestato e tratto su una agenzia di Palermo, e non dispone di un conto corrente bancario sul quale versare detto assegno, ben potrà dolersi di tale mezzo di pagamento e sostenere che Caio non ha esattamente adempiuto la sua obbligazione pecuniaria. È pur vero che Tizio potrebbe anche aprire un conto corrente bancario proprio al fine di incassare l'assegno, ma è anche vero che ciò lo costringerebbe ad un'attività, e comunque comporterebbe un ritardo nell'ottenere la disponibilità della somma, che non possono certo farsi legittimamente carico del creditore. All'opposto, se Tizio disponesse di un conto corrente bancario (o l'assegno in questione fosse un assegno circolare e non bancario riscotibile sulla piazza di Milano), potrebbe legittimamente porre a Caio di recarsi da Palermo a Milano per consegnare nelle sue mani la somma in moneta contante e rifiutare l'assegno pervenutogli per posta?»

l'obbligazione ha per oggetto denaro, titoli di credito, ovvero cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, l'offerta deve essere reale». La realtà dell'offerta di pagamento di un debito pecuniario, si afferma, imporrebbe la consegna di denaro.

Questa tesi appare però ancor più gracile della prima perché la 'realtà' dell'offerta non sembrerebbe per nulla compromessa dalla *datio* di (ad esempio) un assegno circolare in luogo del denaro.

Come si è già anticipato, per i sostenitori della tesi secondo cui solo la consegna di pezzi monetari produce l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria, è la *traditio* degli stessi pezzi a fungere da elemento discriminante. Di riflesso, una mera attribuzione di un diritto di credito, seppure verso un soggetto istituzionalmente chiamato a svolgere il servizio di pagamenti com'è la banca, non produrrebbe l'estinzione dell'obbligazione.

Il pagamento che fosse eseguito dal debitore utilizzando assegni circolari o bancari, giroconti, bonifici, realizzerebbe così un'ipotesi di prestazione diversa da quella dovuta (consegna di banconote o di monete) e, dunque, un caso di 'prestazione in luogo dell'adempimento', *ex art.* 1197 cod.civ., con l'effetto di non rendere quella prestazione liberatoria per il debitore «salvo che il creditore vi consenta». Volendo accettare, anche solo per confutarla, quest'impostazione, va detto che non sarebbe però l'art. 1197 il referente normativo corretto perché la vicenda dovrebbe essere trattata non già come una generica 'prestazione in luogo di adempimento' bensì come una più specifica 'cessione di un credito in luogo dell'adempimento', ai sensi e per gli effetti dell'art. 1198 cod.civ.. L'effetto sarebbe di condizionare l'estinzione della obbligazione non solo al consenso del creditore e all'esecuzione

della prestazione ma anche alla riscossione del credito, salva sempre una diversa volontà delle parti.

L'utilizzo dei tre citati argomenti esprime un approccio al problema del pagamento effettuato con mezzi 'alternativi' al denaro contante molto 'ortodosso', tradizionale, un approccio che questa massima giurisprudenziale sintetizza bene: «sebbene sia sempre più diffuso nell'ambito dei rapporti commerciali e privati l'uso di assegni bancari e circolari quali mezzi di pagamento di somme di denaro, resta fermo nell'ordinamento giuridico il principio stabilito nell'art. 1277 codice civile secondo cui i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento ... allorché in un contratto la prestazione di una delle parti consista nella consegna di una somma di denaro, la relativa obbligazione deve essere eseguita a mezzo di moneta avente corso legale secondo il disposto dell'art. 1277 codice civile, applicabile a tutti i debiti pecuniari, qualunque sia la causa che vi abbia dato origine»¹².

Per varie e intuibili ragioni, la tesi 'tradizionale' non poteva però non andare esente da critiche.

Invero, essa – facendo leva su una discutibile interpretazione dell'art. 1277 cod.civ. – impedisce un adattamento naturale della materia dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria all'evoluzione economica e all'affermarsi di sistemi di pagamento alternativi a quelli tradizionale, incentrati sull'intermediazione, tra debitore e creditore, di un soggetto professionale, sottoposto a stringente vigilanza prudenziale, quale è la banca. Nel suo chiudersi a soluzioni coerenti con quell'evoluzione, la tesi tradiziona-

¹² Cass. 3 luglio 1980, n. 4205, in *Foro it.*, 1980, I, 2113 con nota di R. PARDOLESI.

le finisce così per accomunare il rapporto tra correntista e banca (quando sia caratterizzato dall'esistenza di una provvista di denaro di cui il primo può disporre) a quello tra due soggetti legati da un ordinario rapporto di credito-debito.

L'incessante finanziarizzazione dell'economia imponeva un abbandono della soluzione tradizionale o, quantomeno, un'attenuazione del suo rigore. Il processo che ha portato a una sua rivisitazione è stato, però, lungo e laborioso, ed è opportuno riassumerne i momenti più importanti, culminati – al momento in cui stiamo scrivendo – con l'importante decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha aperto, con la massima autorevolezza, la strada a una profonda rivisitazione della tradizionale e dogmatica impostazione in tema di pagamento avvenuto non nelle forme tradizionali.

Gioverà muovere dall'analisi – anzitutto letterale - dell'art. 1277, analisi che merita condurre inserendo tale disposizione nel più ampio ambito di quelle con le quali lo Stato ha voluto affermare ampiezza e limiti della propria sovranità monetaria, ossia gli artt. 1278 (Debito di somma di monete non aventi corso legale), 1279 (Clausola di pagamento effettivo in monete non aventi corso legale), 1280 (Debito di specie monetaria avente valore intrinseco)¹³.

Già da una prima combinazione tra quanto disposto nell'art. 1277 e quanto nell'articolo che lo segue, si coglie che con l'espressione 'moneta avente corso legale nello Stato' il legislatore non ha pensato al mezzo in concreto utilizzabile per estinguere

¹³ In argomento, oltre alla tradizionale trattazione di T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1962, ed ancor prima, ID, *La moneta, considerazioni di diritto privato*, Padova 1928, v. A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, 279, 280; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, Milano, 1990, 141 ss..

l'obbligazione ma all'unità di misurazione (o di conto) dei valori monetari, ossia a qualcosa di meramente 'ideale'¹⁴ e non 'reale' perché distinta dalle monete (fisiche) effettivamente circolanti e destinate a passare dal debitore al creditore¹⁵.

Quale mera unità di conto, mezzo per misurare e non per pagare, la moneta di cui parla l'art. 1277 cod. civ. sarebbe dunque altra cosa rispetto agli strumenti di *rappresentazione*¹⁶ concreta di essa stessa. E allora, il legislatore del tempo, parlando di moneta avente corso legale nello Stato, pensava – in un rigurgito autocratico¹⁷ - alla Lira e non alle monete o alle banconote rappresentative di quell'unità di misura monetaria; in quel modo, egli chiariva la propria intenzione a che la liberazione dalle obbligazioni avvenisse con la moneta dello Stato italiano *e non con quella emessa*

¹⁴ *Ideal unit*, ideale unità di misura dei valori dei beni sul mercato, svincolata da qualunque valore monetario, laddove euro, yen, sterlina, dollaro, rublo sono le attuali più importanti unità di conto monetario, rappresentate poi fenomenicamente nei pezzi monetari, distinti in multipli e sottomultipli dell'unità. L'enucleazione del concetto di moneta come 'ideal unit' è di A. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und österreichischen Rechts*, Tuebingen, 1925, *passim* e 6 ss.; ed anche in *Money in the Law National and International*, Brooklin, 1950, *passim* ed è stato fatto conoscere in Italia da T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 70, che comunque criticò la suddetta costruzione, ed è stato valorizzato più recentemente da B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1983, e da ultimo in *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, I,133 ss., in particolare 145 ove si rileva che «...la moneta creata dallo Stato consiste in unità meramente ideali, *ideal unit*, del tutto prive di una intrinseca materialità, definibili solo attraverso il *nomen* attribuito dallo Stato e valutabili sulla base del rapporto con cui nel mercato vengono scambiate con altre unità ideali monetarie o con qualsiasi altro bene suscettibile di valutazione economica...».

¹⁵ B. INZITARI, *La moneta*, cit., 24.

¹⁶ Puntualmente B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 146 rileva che i pezzi monetari emessi dallo Stato «rappresentano e non certo costituiscono l'unità ideale monetaria creata dallo Stato». La sovrapposizione dei due concetti è invece netta in T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 41 ss. e 61, ove si individua nel pagamento con assegni una *datio in solutum*.

¹⁷ La storia della moneta ci insegna la piena compatibilità tra l'esercizio della sovranità monetaria (che postula un'unità di conto) – e la circolazione al proprio interno di strumenti di pagamento provenienti da Paesi diversi. Cfr. M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, Colin, Parigi 1954, trad. it. *Lineamenti di una storia monetaria d'Europa*, Torino, 1982, 61, secondo cui «Fino al secolo XIX quasi in nessun paese la moneta indigena sarà sufficiente sul proprio territorio».

da altri Stati. Tale privilegio fu espresso con chiarezza nell'art. 1278 e in quello successivo, in forza del quale il debitore che si fosse impegnato a pagare con monete non aventi corso legale nello Stato avrebbe potuto adempiere la propria obbligazione con moneta avente corso legale nello Stato, salvo che le parti non avessero convenuto il contrario, apponendo la clausola "effettivo" o altra equivalente¹⁸.

Non è il riferimento letterale alla "moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento", allora, che può dare fondamento all'opinione secondo cui solo l'offerta di denaro contante è in grado di estinguere l'obbligazione. Come osservato in dottrina¹⁹, lo stesso legislatore, del resto, aveva al tempo utilizzato altre espressioni e altri termini quando aveva voluto riferirsi alle banconote ed alla moneta coniata: all'art. 225 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (*Regolamento di contabilità generale dello Stato*) aveva disposto che «le entrate dello Stato si riscuotono in *contanti*» ed all'art. 230 che «i versamenti di somme nelle tesorerie devono essere fatti in *denaro effettivo*» (corsivi nostri).

Alla luce di tutto ciò, va condivisa l'osservazione che l'art. 1277 non riguarda le modalità attraverso le quali effettuare il pagamento, «ma il sistema valutario nazionale e la necessità, quindi, che i mezzi monetari impiegati si riferiscano ad esso»²⁰; e quella di chi ha chiosato che «L'art. 1277 c.c. assume, in quest'ottica, una funzione assolutamente peculiare e diversa da

¹⁸ Secondo B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 138, «L'unità legale monetaria è infatti la proiezione numerica di un comando della sovranità monetaria ed al pari di tutti i comandi non ha materia...Le banconote e le monete sono soltanto il *veicolo*, la *forma di manifestazione materialmente e praticamente necessaria (almeno ad un certo livello di sviluppo del fenomeno monetario) della unità di misura costituita dalla monetary unit* creata dallo Stato».

¹⁹ Lo ricorda L. FARENGA, *La moneta*, cit., 46.

²⁰ E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, IX. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999, 443, nt. 53.

quella assegnatagli comunemente. Non si vuole, infatti, con tale norma, stabilire un'esclusività della moneta legale, intesa come moneta rappresentata da banconote e monete divisionarie, sugli altri mezzi di pagamento. Si vuole al contrario chiarire che le obbligazioni sorte nel territorio nazionale possono essere comunque estinte con moneta nazionale, né il creditore può rifiutare tale moneta salvo che non sia stato espressamente pattuito un pagamento in moneta estera ... Il problema è dunque essenzialmente di carattere valutario»²¹.

Per chi condivide questa ricostruzione della *ratio* dell'art. 1277 cod. civ., è agevole delineare in modo diverso la questione dell'oggetto del pagamento ed affermare che esso non deve più consistere necessariamente nel 'denaro contante' – il quale conserva, comunque, la caratteristica di mezzo di estinzione dell'obbligazione tendenzialmente irrifiutabile²² -, potendo aprirsi a forme alternative ossia a fenomeni di 'rappresentazione' della moneta ideale, diversi da quello tradizionale, laddove essi siano riconosciuti ed accettati dal mercato²³.

²¹ L. FARENGA, *La moneta*, cit., 45, sempre sulla scia di E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 443, nt. 53, ma anche di A. MAGAZZU', voce *Pagamento*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di Irti, 5, *Diritto monetario*, Milano, 1987, 525.

²² Salvi i casi in cui il pagamento deve essere fatto con moneta bancaria per ragioni di prevenzione del rischio di riciclaggio. Abbiamo detto che il denaro è 'tendenzialmente' irrifiutabile e non 'assolutamente' irrifiutabile perché condividiamo di G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003, *passim* e 116 e *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca, borsa tit. credito*, 2008, fasc. 5, pt. 2, 562 ss., secondo cui in taluni casi anche il pagamento in moneta legale è rifiutabile perché inappropriato per le circostanze concrete dello scambio.

²³ E', questo, un elemento cui G. LEMME, *Moneta scritturale*, cit., 114 assegna un'importanza centrale, affermando che «Ciò che conta, dunque, è l'attitudine di una determinata fattispecie ad essere accettata, percepita come mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, ossia mezzo di pagamento »

Ciò che conta, si argomenta, è che sia messa a disposizione del creditore²⁴ la quantità di valore monetario, di potere di acquisto, che egli si attendeva, dovendo il creditore – se razionale – rimanere indifferente al “modo in cui tale disponibilità gli pervenga, purché vengano rispettate le norme giuridiche sul tempo e sul luogo dell’obbligazione”²⁵. Un pagamento tramite giroconto bancario, ad esempio, non sarebbe, dunque, una prestazione ‘diversa’ da quella dedotta quale oggetto dell’obbligazione (anche se si riconosce l’esigenza di controllare l’effettiva e concreta capacità di realizzare l’interesse del debitore).

Corollario di questa tesi è che, se il pagamento con moneta scritturale non è una prestazione diversa da quella che è oggetto dell’obbligazione, la liberatorietà del pagamento non dipenderà dal consenso del creditore ed essa potrà essere conquistata senza che sia necessario considerare come ‘consenso’ del creditore atti meramente impliciti o ‘comportamenti permissivi’²⁶ quali, ad esempio, l’indicazione degli estremi del conto corrente nella corrispondenza commerciale, la non opposizione ad un pagamento in forme alternative, l’esistenza di una costante pratica individuale ecc..

²⁴ Come sostiene L. FARENGA, *La moneta*, cit., 56, svalutando così l’essenzialità della *traditio* (che caratterizza il pagamento con denaro contante) e ritenendo che l’esigibilità a vista del credito verso la banca e la sicurezza che questa adempirà puntualmente la propria obbligazione rendono pienamente equiparabile la posizione del creditore verso una banca a quella di chi dispone materialmente del denaro; già prima così anche E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 448, aveva parlato di «conseguimento di una forma di disponibilità patrimoniale in forma liquida».

²⁵ G. LEMME, *op. ult. cit.*, 115.

²⁶ Come li ha chiamati G.F. CAMPOBASSO, *Il bancogiro. Profili strutturali*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 642. Dice correttamente L. FARENGA, *La moneta*, cit., 71, 79, che in questo modo il pagamento in moneta bancaria uscirebbe da uno stato di subordinazione rispetto a quella legale, con il risultato di non dovere neppure andare in cerca di ‘usi’, attuazioni specifiche, particolari nature della prestazione.

Nonostante l'indubbia validità di questa tesi, il processo di avvicinamento tra moneta bancaria e denaro contante ha seguito strade diverse, affidandosi alla teoria dell'abuso di diritto e alla sua capacità di controllare l'operato del creditore²⁷; o, più frequentemente, alla capacità della clausola di correttezza nell'esecuzione del contratto²⁸ di impedire al creditore di rifiutare ingiustificatamente il pagamento avvenuto in forme alternative; o, ancora, a quella del precetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, ritenuto applicabile anche all'adempimento dell'obbligazione pecuniaria²⁹ ed utilizzabile per impedire al debitore di adempiere attraverso un mezzo di pagamento che, effettivamente ed in concreto, pregiudichi gli interessi del creditore ma, di riflesso, anche per autorizzare l'utilizzo di modalità di pagamento non nocive per quest'ultimo.

Chi ha pragmaticamente puntato a costituire l'interesse del creditore e la sua effettiva soddisfazione come metro di valutazione dell'idoneità del mezzo di pagamento ha affermato che spetta al debitore la scelta degli strumenti e delle modalità di attribuzione della somma di denaro, scelta che deve essere compiuta «secondo criteri che sono idonei a trasferire la somma di denaro secondo efficienza e sicurezza, senza che il creditore possa va-

²⁷ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1979, XXIX, 133 ss. e in particolare 178 ss., secondo cui sarebbe da considerare un abuso nei confronti del debitore il comportamento del creditore che non faccia presente l'esistenza di un interesse apprezzabile e una ragione tale da giustificare la volontà di ricevere il pagamento solamente con denaro contante, anziché con modalità alternative. Vedi anche M. E. POGGI, *Il pagamento*, cit., 113, secondo cui abusa del proprio diritto il creditore che rifiuta ingiustificatamente il pagamento a mezzo assegno circolare.

²⁸ Valorizzata, in particolare, da G.F. CAMPOBASSO, *Il bancogiro*, cit., 162 ss., da L. FARENGA, *La moneta*, cit., 68 ss. e da B. INZITARI, *La moneta*, cit., 65 ss..

²⁹ A. DI MAJO, voce *Pagamento*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1981, XXXI, 559; B. INZITARI, *La moneta*, cit., 64 ss.. Che il pagamento sia soggetto a controllo in base al dovere di diligenza non è cosa scontata perché si è spesso ritenuto che l'obbligazione pecuniaria, quale obbligazione di risultato, sia soggetta alla logica (binaria, diremmo) dell'adempimento/inadempimento, a differenza delle obbligazioni di fare ove è la diligenza a fornire il metro di giudizio per valutare l'esattezza della prestazione.

lidamente opporsi se non nei casi in cui le sue possibilità di soddisfazione siano in realtà compromesse»³⁰. Assumerebbero, pertanto, decisiva considerazione per valutare l'efficacia del rifiuto del creditore di ricevere il pagamento in moneta bancaria circostanze di vario tipo ma comunque non dissimili da quelle che abbiamo già visto incidere ai fini dell'accettazione di una *datio in solutum*, quali: i) quelle relative agli eventuali pregressi rapporti commerciali tra le parti, regolati, senza opposizione del creditore, attraverso moneta bancaria; ii) quelle facenti leva su comportamenti 'pubblici' del creditore, come – ad esempio – l'aver indicato nella propria carta intestata, o in fatture, gli estremi di un proprio conto corrente; iii) quelle ruotanti intorno a particolari usi commerciali, tipici dell'ambiente ove si pone lo specifico rapporto contrattuale³¹.

Va precisato che tali circostanze (in particolar modo, quelle rubricate *sub* i) e ii) assumono valore quando, già di per sé, non siano espressive di un previo consenso del creditore al pagamento in forme alternative a quella tradizionale, perché la prova dell'esistenza di questo preverrebbe il problema che si cerca di risolvere consentendo una fin troppo agevole collocazione della vicenda nell'ambito della dazione di pagamento accettata.

Tornando al problema del luogo del pagamento, una volta ricordato che la regola della portabilità del debito pecuniario ha già subito un forte ridimensionamento a causa della normativa antiriciclaggio³², vi è stato chi ha cercato di “smussare” le asperità

³⁰ B. INZITARI, *L'adempimento*, cit., 141.

³¹ Per una disamina delle soluzioni giurisprudenziali tedesche al problema v. B. INZITARI, *L'adempimento*, cit., 152 ss..

³² In forza della quale, ai sensi dell'art. 49, 1° comma, del d.lgs. 231/2007 (come modificato dal d.l. 112/08 e successiva legge di conversione), i pagamenti eccedenti un determinato importo debbono essere effettuati per il tramite di un intermediario finanziario,

del disposto dell'art. 1182 cod. civ. invocando un controllo delle pretese creditorie basato su buona fede e correttezza³³; chi ha tentato di superarle allargando il concetto di 'domicilio' del creditore da quello 'anagrafico' a quello del soggetto che tecnicamente è idoneo a ricevere il pagamento per il creditore³⁴; e ciò ha fatto anche alla luce dell'art. 1182, comma 1, cod.civ. che valorizza la natura della prestazione o gli usi.

Ma, a ben vedere, questa dilatazione dell'art. 1182 cod.civ. può essere evitata una volta che si accetti che l'obbligazione pecuniaria è un'obbligazione alternativa con facoltà di scelta (intorno ai mezzi per estinguerla) in capo al debitore³⁵, ferma - ovviamente - l'esigenza che ogni mezzo utilizzando sia, alla luce delle

con l'effetto che il luogo di pagamento diventa quello della dipendenza della banca nella provincia del domicilio del creditore.

³³ Il dovere di prestare collaborazione da parte del creditore in merito al luogo dell'adempimento è richiamato nella sentenza della Cassazione, 10 febbraio 1998, n.1351, nella quale - con riferimento all'assegno circolare - si afferma che il creditore non può obiettare l'inesattezza del luogo della prestazione poiché è necessario tener conto della mutata realtà sociale e del fatto che normalmente si è in possesso di un conto bancario. Precisamente si afferma che non valga «obiettare che tali titoli comportano per il portatore di recarsi presso la banca per riscuotere il danaro, mentre il creditore, di regola, ha diritto di ricevere la prestazione al suo domicilio. La crescente considerazione sociale che oggi accompagna la circolazione degli assegni circolari ed il fatto che il creditore, normalmente, ha un proprio conto bancario presso il quale deposita il proprio danaro ed i propri titoli, delegando la banca depositaria alla loro riscossione, rende assai difficilmente condivisibili le obiezioni sopra indicate, che in passato sono state condivise anche dalla giurisprudenza di questa Corte, dalla quale, tuttavia, è consentito discostarsi in ragione della mutata realtà sociale». Considerazioni analoghe erano state espresse da M. E. POGGI, *L'assegno circolare*, op. cit., 123 la quale aveva rilevato come «non può considerarsi eccessivamente gravoso per il creditore la trasformazione dell'assegno in moneta tanto più che ormai tutti possiedono un conto corrente, dove nella maggioranza dei casi l'assegno non viene neppure scambiato, ma versato».

³⁴ B. INZITARI, *L'adempimento*, cit., 156, 157. Pare muoversi sulla stessa scia F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 757, la quale fa notare che «la nozione di domicilio va oggettivizzata alla luce del normale andamento dei rapporti socio-economici, ben potendo intendersi come domicilio del creditore la sede bancaria in cui quest'ultimo sia solito dare impulso all'operazione di conversione del'assegno di denaro contante o, più in generale, quella in cui il creditore sia titolare del conto su cui deve essere accreditato l'importo del titolo di credito».

³⁵ Sul modello di quella prevista dall'art. 1278 cod.civ., il quale consente a chi si sia indebitato in moneta non avente corso legale nello Stato di pagare in moneta legale. Della scelta compiuta dal debitore risponderà allora - rileva L. FARENZA, *La moneta*, cit., 72, 73 - egli stesso: se la scelta sia caduta, ad esempio, nel pagamento mediante giroconto, sua sarà la responsabilità del ritardo nell'accreditamento.

concrete caratteristiche della specifica vicenda obbligatoria, capace di realizzare l'interesse creditorio.

Infine, quanto all'argomento che fa leva sull'art. 1209 cod.civ. ai sensi del quale, per evitare la *mora accipiendi*, occorre ricorrere all'offerta reale, ossia alla consegna a mezzo notaio o ufficiale giudiziario della somma in contanti, valga – in sostanza – quanto si è già scritto a proposito della regola sul luogo di pagamento, ossia che l'adattamento del codice civile alle mutate circostanze economiche impone un utilizzo dello stesso che esalti, e non sminuisca, gli strumenti di allentamento delle rigidità disciplinari offerti dallo stesso codice. Nel caso concreto, l'art. 1214 cod.civ. introduce un temperamento al rigore dell'offerta formale consentendo al debitore che l'abbia fatta 'nelle forme d'uso' – quali ci paiono essere quelle comunemente usate negli affari, e ritenute espressione del principio di correttezza e buona fede - di costituire ugualmente in mora il creditore. Vi è da aggiungere, poi, che la giurisprudenza riconosce oramai da qualche tempo l'idoneità dell'invio di un assegno o di un vaglia a escludere la *mora debendi*³⁶.

³⁶ Cass. 21 dicembre 2002, n. 18240, secondo cui «L'offerta di pagamento della somma dovuta fatta dal debitore con l'invio, a mezzo posta, di assegno circolare al domicilio del creditore al tempo della scadenza dell'obbligazione integra la fattispecie di cui all'art. 1220 c.c., che vale ad escludere soltanto la mora del debitore, salvo che l'offerta sia rifiutata dal creditore per un motivo legittimo»; Cass. 28 luglio 1997, n. 7051, secondo cui «L'offerta di pagamento mediante assegno circolare da parte del debitore deve ritenersi eseguita secondo gli usi, non sussistendo alcun pericolo di mancanza della relativa provvista presso la banca obbligata al pagamento (che è autorizzata alla emissione di titolo di credito solo previa costituzione "ex lege" di idonea cauzione a garanzia degli stessi), così che, a prescindere da ogni questione sull'efficacia liberatoria di tale forma di pagamento e sul luogo dell'adempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro, tale offerta non può non qualificarsi idonea ad integrare la fattispecie dell'offerta non formale, con correlativa esclusione della "mora debendi" ai sensi dell'art. 1220 c.c.». Si veda anche Cass. 29 maggio 1972, n. 1708, secondo cui «L'invio a mezzo vaglia postale delle somme dovute a titolo di pagamento della pigione, comportando per il creditore l'onere di recarsi a riscuotere il vaglia presso l'ufficio postale, non può considerarsi come pagamento effettuato al domicilio del creditore stesso in moneta avente corso legale, né può quindi assumere efficacia liberatoria se non sia intervenuta l'accettazione da parte del destinatario, tuttavia desumibile anche dal suo stesso comportamento; può, però, eccezionalmente

Sembra pertanto meritevole della massima considerazione l'opinione dottrinale estrema³⁷, ossia quella che, facendo leva su una lettura dell'art. 1277 cod.civ. che pone questa disposizione in modo neutrale rispetto al problema della modalità concreta del pagamento, vuole che il debitore di una somma di denaro sia libero di pagare con il mezzo di pagamento che ritiene più opportuno³⁸, fermo che il mezzo concretamente scelto non arrechi disagi al creditore e che il comportamento del debitore non si presti, per tale ragione, a considerarsi lesivo del dovere di correttezza, ma fermo altresì che – dove sia stato utilizzato un mezzo di pagamento alternativo ma pur sempre tradizionale (assegno bancario o postale; giroconto; bonifico) - il contrasto con il dovere di correttezza dovrebbe essere provato dal creditore³⁹.

3, Nel 2007 la Corte di Cassazione si è pronunciata a Sezioni Unite sul tema che ci sta occupando. Il caso portato alla sua attenzione era quello del pagamento effettuato dal debitore - intimato al pagamento con atto di precetto - mediante invio di asse-

l'invio del vaglia, quale offerta non formale della prestazione dovuta, escludere in concreto la *mora debendi* del conduttore per colpa di costui, ove altre circostanze concorrano a porre in evidenza la sua buona fede, ispiratrice della seria volontà di esattamente adempiere. Nelle obbligazioni ad esecuzione periodica, come la locazione, anche un inadempimento iniziale di scarso rilievo può rivestire i caratteri della serietà e della gravità di cui all'art. 1455 c.c., se si protrae nel tempo e se persiste malgrado il ricorso alle vie giudiziali».

³⁷ Più estrema a patto di non considerare quella che è giunta perfino ad affermare, nell'ambito di rapporti tra commercianti, l'«obbligo» del debitore di adempiere con moneta bancaria: B. HEINRICHS, in *Münchener Kommentar*, § 361, Rdn 16, 4, a), 1015.

³⁸ Da ultimo lo ha sostenuto G. LEMME, *Moneta scritturale*, cit., 115 e 117, dove si afferma con nettezza, parlando dei rapporti tra denaro e moneta scritturale, che «Entrambe le forme di moneta, dunque, costituiscono mezzo di adempimento equivalente dell'obbligazione pecuniaria».

³⁹ Secondo L. FARENGA, *La moneta*, cit., 71, la tendenziale idoneità di ciascun mezzo di pagamento a soddisfare l'interesse creditorio accollerà sul creditore stesso l'onere di dimostrare l'inidoneità di quello concretamente utilizzato. L'A. rileva come l'attenzione non vada portata sull'«idoneità» del mezzo di pagamento ma sulla «rifiutabilità» dello stesso, rifiutabilità da sottoporre a controllo secondo correttezza. Rifiutabilità che, secondo G. LEMME, op. ult. cit., 117, colpisce anche talune ipotesi di pagamento con denaro contante.

gno circolare e rifiutato dal creditore. In discussione non era, come spesso accade, l'esattezza quantitativa del pagamento - spesso ma non questa volta, mancante perché il debitore non include gli interessi o le spese del precetto; - si discuteva, invece, proprio sulla possibilità di liberarsi dell'obbligazione adempiendo con un titolo di credito bancario, che nel caso concreto consisteva in un assegno circolare.

Adito in giudizio per subire pronuncia di condanna al pagamento, il debitore si era difeso richiamando l'autorità di Cass. 10 febbraio 1998, n. 1351⁴⁰, decisione con la quale era stato affermato il principio secondo cui la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo al pagamento effettuato con somme di denaro, aveva la capacità di estinguere l'obbligazione ogni qual volta il rifiuto del creditore apparisse contrario al dovere di correttezza *ex art. 1175 cod.civ.*.

Le Sezioni Unite della Cassazione impostano la questione chiedendosi anzitutto «se il creditore possa rifiutare senza giustificato motivo il pagamento che il debitore intenda compiere con assegni circolari e pretendere che avvenga con la corresponsione di denaro contante, pena l'inadempimento e gli effetti conseguenti di “*mora debendi*”».

Tale dubbio vedeva contrapporsi due orientamenti: l'uno - maggioritario e di stampo tradizionalista⁴¹ - basato sul rilievo che

⁴⁰ Pubblicata in Cass., 10 febbraio 1998, n. 1351, in *Foro it.*, 1998, I, 1914, e in *Banca, borsa, tit. cred.* 1999, fasc. 3, pt. 2, 300-304, con nota di C. STINGONE, *Il pagamento a mezzo di assegni circolari*.

⁴¹ Quanto alla giurisprudenza, nel senso di assegnare alla sola moneta legale la capacità di estinguere i debiti pecuniari, si erano espresse Cass. 21 giugno 1958, n. 2190, in *Giust. civ.*, 1959, I, 165 s., con nota di G. GIACOBBE, *E' legittimo corrispondere le somme di cui all'art. 1503 c.c. mediante assegno circolare?*, Cass. 8 marzo 1977, n. 950, in *Giur. comm.*, 1977, II, 458 ss.; Trib. Milano, 5 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, fasc. 10, pt. 1, 719 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Adempimento, assegno bancario non trasferibile, clausola “per conoscenza e garanzia”*; Pret. Torino, 30 gennaio 1991, I, 560.

il pagamento dell'obbligazione pecuniaria con moneta scritturale si sostanzia in un'offerta di dazione in conto di adempimento *ex art. 1197 c.c.*; l'altro – minoritario ma più innovativo – teso a considerare liberatorio il pagamento quando il rifiuto del creditore fosse in contrasto con buona fede e correttezza.

Occorre spendere qualche parola per analizzare i termini essenziali di quei due orientamenti.

Il primo – che, come abbiamo detto, poteva dirsi al tempo assolutamente maggioritario – si basava sulla convinzione che il pagamento dell'obbligazione pecuniaria con moneta scritturale si sostanziasse in un'offerta di dazione in conto di adempimento, *ex art. 1198*, e che questa, come tale, necessitasse anzitutto di essere in precedenza accettata (anche implicitamente) dal creditore, o in seguito ratificata mediante l'utilizzo delle somme portate dall'assegno. Neppure l'accettazione del titolo bancario da parte del creditore avrebbe trasformato la consegna del titolo in pagamento, perché l'estinzione del debito avrebbe comunque assunto le vesti di una *datio pro solvendo*, con l'effetto che l'estinzione del debito si sarebbe realizzata solo al momento dell'utilizzo del titolo.

La più recente adesione della Suprema Corte a quest'orientamento era avvenuta con la decisione 10 giugno 2005, n. 12324, sentenza con la quale era stato dato torto a una nota società di assicurazioni che, intimata a suo tempo con atto di precetto da chi si affermava creditore di una modestissima somma, aveva interposto opposizione contro tale atto affermando di avere già estinto la propria obbligazione con l'invio al creditore di un assegno circolare portante la somma dovuta. In quel caso, il

giudice di pace adito aveva accolto l'opposizione avendo ritenuto che l'assegno circolare fosse mezzo idoneo a estinguere debiti di denaro.

Il Tribunale di Roma aveva rigettato l'appello affermando che il pagamento con assegno circolare è idoneo strumento di pagamento di debito pecuniario fino a che il creditore non dimostri che il suo rifiuto non è un atto contrario alla buona fede e correttezza ma l'espressione di un legittimo interesse del creditore a ricevere denaro contante; e che - nella fattispecie - tale prova non era stata fornita. Così decidendo, il Tribunale di Roma si era posto a sua volta nella scia di quell'orientamento in forza del quale il rifiuto di un assegno circolare andava esaminato secondo il dovere di correttezza *ex art. 1175 cod.civ.*⁴². Alla base di quest'ultimo orientamento erano state poste considerazioni incentrate sulla particolare sicurezza dell'assegno circolare⁴³ e sulla facilità della sua circolazione: considerazioni che avevano portato la Cassazione, in quei casi, a qualificare come scorretto, perché ingiustificato e perché antagonista con il dovere di collaborazione con il debitore sussistente in capo al creditore, un suo rifiuto.

Adita con ricorso dal creditore che aveva rifiutato l'assegno circolare, la Cassazione ha confutato con grande rigore i precedenti della stessa S.C. richiamati e fatti propri dal Tribunale di

⁴² V. Cass. 7 luglio 2003, n.10695, secondo la quale «il pagamento del credito a mezzo di assegno circolare è estintivo del credito, se l'atto è interpretato secondo buona fede oggettiva, ai sensi dell'art. 1355 cod. civ.. La norma, infatti, consente di ritenere che la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo al pagamento a mezzo di somme di denaro, estingue l'obbligazione di pagamento quando il rifiuto del creditore appare contrario alle regole della correttezza, che impongono allo stesso creditore l'obbligo di prestare la sua collaborazione all'adempimento dell'obbligazione, a norma dell'art. 1175 cod. civ.»; nello stesso senso anche Cass. 10 febbraio 1998, n.1351, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, II, 297 con nota di C. STINGONE, *Il pagamento*, cit., in parte, anche Cass. 13 gennaio 1982, n. 186.

⁴³ La necessità che ciascuna banca emittente - ai sensi dell'art. 82 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 ed art. 49 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - tenga presso la Banca d'Italia un deposito cauzionale a garanzia di tutti gli assegni che emette.

Roma a fondamento della propria decisione ed ha ribadito, ma con argomenti nuovi, la solidità della tesi tradizionale. Gli argomenti utilizzati in questo caso dal S.C. sono stati i seguenti:

I. Il dato letterale dell'art. 1277, comma 1, cod.civ.⁴⁴, si è affermato, è inequivoco nel disporre che l'estinzione dei debiti pecuniari debba avvenire con moneta avente corso legale nello Stato. La fermezza di tale regola – si ricorda – trova un limite solo quando l'importo dovuto superi quello indicato come soglia massima per i pagamenti in contante dalla legge antiriciclaggio.

II. A ciò si è aggiunto che l'assegno circolare (e, *a fortiori*, quello bancario) non può essere assimilato al denaro contante per volontà stessa del legislatore che ne ha limitato o comunque condizionato l'utilizzo⁴⁵ al fine di evitare che esso si ponesse 'in concorrenza' con il denaro contante. Ne discende che la consegna o la trasmissione di un assegno circolare (ma ciò vale *a fortiori* per quello bancario), pur se entrambi rivestano la natura di mezzo di pagamento e non di mezzo di credito (com'è invece la cambiale), salva diversa volontà delle parti s'intende fatta *pro solvendo* e non *pro soluto*, con esclusione, quindi, di un immediato effetto estintivo del debito.

III. Da tali premesse si trae la convinzione che la pretesa che l'invio al creditore di un assegno circolare in luogo della somma di denaro abbia effetto solutorio dell'obbligazione violi non solo l'art. 1277 – disposizione, comunque, di cui si riconosce

⁴⁴ Che, a dire della S.C., non è disposizione datata, che non tiene conto dell'evoluzione socioeconomica, «in quanto, poiché il legislatore è intervenuto anche nel 2004... a confermarne implicitamente la validità e la funzionalità, non può l'interprete non tener conto di ciò».

⁴⁵ Stabilendo che l'assegno circolare non può mai essere al portatore o con il nome del prenditore in bianco (art. 83, comma 1 n. 3, e comma 2, l.a.) e fissando un termine di presentazione molto breve (art. 84 l.a.).

la natura dispositiva e dunque la derogabilità - ma anche l'art. 1197 cod.civ. (che richiede il consenso del creditore perché, in luogo dell'adempimento, sia ceduto un credito), oltre che l'art. 1182 cod. civ..

IV. L'aver tenuto il punto sulla concezione classica dell'art. 1277 ma, nello stesso tempo, l'aver anche affermato la sua natura di norma dispositiva, consente alla S.C. di indicare le ipotesi al cui verificarsi l'art. 1277 non troverà applicazione, tutte ruotanti sull'esigenza di un consenso, anche presunto, del creditore: «a) quando esiste un accordo espresso tra debitore assegnante e creditore assegnatario; b) quando preesiste una pratica costante tra le parti nel senso di attribuire efficacia solutoria alla consegna, in pagamento, di assegni circolari»⁴⁶; «c) quando la *datio pro solvendo* dell'assegno in luogo del contante sia consentita da usi negoziali (art. 1340 cod. civ.), i quali ben possono essere evocati a dimostrazione di una volontà contrattuale derogatoria della disciplina legislativa (dispositiva) *ex artt. 1277 ss. cod. civ.*»⁴⁷.

V. Ma il punto più significativo – ma anche più debole – dell'*iter* argomentativo della S.C. è quello nel quale si afferma l'infondatezza del richiamo alla correttezza del creditore come metro di valutazione del suo rifiuto. Quest'opinione viene 'cassata' (è proprio il caso di dire così) sulla base del rilievo secondo cui la collaborazione che il creditore deve prestare «è dovuta solo per riceversi l'oggetto della prestazione e non un oggetto differente, per il quale non è dovuta alcuna collaborazione, ma sussi-

⁴⁶ E qui la S.C. rinvia a Cass. 3 luglio 1980, n. 4205.

⁴⁷ Come già affermato in Cass. 24 giugno 1997, n. 5638; Cass. 19 aprile 1980, n. 2583 ; Cass. 3 aprile 1991, n. 3470 .

ste solo la facoltà del creditore di prestare il proprio consenso (art. 1197 cod. civ.)».

4. A contrapporsi all'orientamento giurisprudenziale che poco fa si è descritto ve n'era altro, certamente minoritario, in forza del quale il pagamento mediante forme alternative (generalmente, mediante assegni circolari), pur non equivalendo a un pagamento a mezzo di moneta legale, avrebbe prodotto l'estinzione dell'obbligazione quando il rifiuto opposto dal creditore fosse apparso, nel caso concreto, contrario alle regole di correttezza *ex* art. 1175 cod. civ..

Tale opinione considera l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria non già come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come una più complessa prestazione il cui tratto identificativo sta nell'essere diretta all'estinzione del debito e nella quale le parti devono tenere un comportamento collaborativo che, quanto al creditore, va valutato in base alla regola di correttezza e, quanto al debitore, in base a quella di diligenza. Ove avvenga con mezzi diversi dal denaro contante, l'adempimento sarà efficace e liberatorio solo quando realizzi i medesimi effetti del pagamento per contanti e, cioè, quando sia in grado di porre e ponga il creditore nelle condizioni di disporre liberamente della somma di denaro, senza che rilevi se la disponibilità sia riconducibile ad un rapporto di credito verso una banca (nelle forme del 'credito disponibile') presso la quale la somma sia stata accreditata.

Alfieri di tale orientamento erano stati la Cass. 10 febbraio 1998, n. 1351; Cass. 7 luglio 2003, n. 10695⁴⁸; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27158⁴⁹.

Questi ora indicati sono i termini del contrasto che le Sezioni Unite si sono incaricate di dirimere, cosa che hanno fatto con una decisione asciutta, sobria, condivisibile quanto all'intento modernizzatore che l'ha stimolata seppure, in alcuni decisivi passaggi, contraddittoria⁵⁰; una decisione che ha affermato la rifiutabilità del pagamento a mezzo di assegno circolare solo nel caso che il pagamento in quella forma danneggi il creditore.

Queste le motivazioni poste alla base di questa decisione:

I. se è vero che manca, nell'ordinamento, una regola di parificazione della moneta avente corso legale a quella scritturale, nondimeno non può non tenersi conto dell'«abbondante legislazione speciale» che ha preso posizione sul rapporto tra le due forme di moneta; in particolare – si sostiene – non si possono trascurare il d.l. 3 maggio 1991, n. 143 in materia di antiriciclaggio⁵¹ ed il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, che ha imposto che i compensi in denaro per l'esercizio di arti e professioni, superiori a 100 euro, vengano riscossi solo mediante assegni non trasferibili, bonifici o altre modalità di pagamento bancario o postale. Tali interventi legislativi, si è affermato, incidono nell'opera di «interpretazione della normativa codicistica sul sistema di pagamento dei debiti pecuniari».⁵²

⁴⁸ In *Banca borsa tit. credito*, 2004, II, 390.

⁴⁹ In *Giust. civ. Mass.*, 2006, 12.

⁵⁰ Per le ragioni che esporremo a breve.

⁵¹ Poi abrogato e sostituito dal d.lgs. 26 maggio 2007, n. 153.

⁵² Trarre rilievi sistematici dalla legislazione speciale è, però, opera sempre molto pericolosa in Italia stante la generale caducità del prodotto normativo. Appena è stata cambiata la maggioranza parlamentare, infatti, il d.l. 223/06 è stato abrogato.

II. La legislazione speciale che ha imposto, in talune circostanze, l'uso dei mezzi alternativi di pagamento è il frutto, sostiene la S.C., della definitiva maturazione di grandi cambiamenti socio-economici che hanno prodotto la *definitiva accettazione dell'assegno bancario e di quello circolare come mezzi normali di pagamento*, rispondendo in tale modo all'esigenza di affrancamento dalla consegna materiale del denaro contante «per ragioni di sicurezza e velocizzazione dei rapporti». Tutto ciò, conclude sul punto la S.C., «impone un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dell'art. 1277 c.c. che superi il dato letterale e, cogliendone l'autentico senso, lo adegui alla mutata realtà». E' questo il passaggio più audace della sentenza delle SS. UU. perché con esso si attua e si annuncia il più diretto superamento della tesi tradizionale che collega estinzione dell'obbligazione a utilizzo della moneta legale. Parliamo di 'diretto' superamento per contrapporlo a quello che la S.C. avrebbe potuto realizzare per il tramite del ricorso alle regole di correttezza (del creditore nell'esercitare il potere di rifiuto) e di diligenza (del debitore, nell'eseguire la prestazione). A dire il vero, la S.C. fa ricorso alle due regole generali, sia nel dispositivo sia in motivazione, in quest'ultima affermando, nel periodo che termina la parte motiva della decisione, che «La valutazione del comportamento del creditore va fatta in base alla regola della correttezza e della buona fede oggettiva», ma tale specifica affermazione appare, a questo stadio del ragionamento, come un *obiter* o, comunque, come un'affermazione con un alto grado di stilisticità, avulsa dalle premesse del ragionamento. Non ci sembra irrilevante, infatti, la circostanza che la S.C. parli di 'buona fede' e di 'corret-

tezza' – di fatto un'endiadi – e non di 'correttezza' e 'diligenza', come, invece, sarebbe stato più corretto fare anche alla luce delle ripetute utilizzazioni giurisprudenziali di quest'ultima coppia di concetti.

Sembra allora che il fulcro argomentativo stia nel passo ove – dopo aver richiamato quell'orientamento dottrinale secondo il quale «l'art. 1277 c.c. non riguarda le modalità di pagamento, ma il sistema valutario nazionale ... evidenziando che secondo la concezione moderna il denaro è unità ideale di valore cui l'ordinamento attribuisce la funzione di unità di misura dei valori», la S.C. afferma: «Si ritiene, pertanto, che l'espressione "moneta avente corso legale nello Stato al momento del pagamento" significa che i mezzi monetari impiegati si debbono riferire al sistema valutario nazionale, senza che se ne possa indurre alcuna definizione della fattispecie del pagamento solutorio. E in altri termini la moneta avente corso legale non è l'oggetto del pagamento *che è rappresentato dal valore monetario o quantità di denaro*» (corsivo nostro).

Ciò porta la S.C. a terminare questa parte di ragionamento (quella centrale, oltre ché – a nostro avviso - la più rilevante) affermando che, adottando questa interpretazione dell'art. 1277, risultano ammissibili altri sistemi di pagamento «purché garantiscano al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti, e, cioè, forniscano la disponibilità della somma di denaro dovuta». E qui è chiaro il condizionamento culturale verso il § 362.1 (Estinzione mediante adempimento) del BGB secondo cui il rapporto obbligatorio si estingue quando la prestazione dovuta è effettuata al creditore.

Dunque, la S.C. individua nel pagamento a mezzo di moneta bancaria non una prestazione *diversa* da quella oggetto dell'obbligazione, ma «niente altro che una diversa modalità di adempimento», cosa che la porta a escludere l'applicabilità dello schema della dazione in pagamento.

III. Restava da superare l'obiezione fondata sul principio di portabilità del debito, obiezione che la S.C. liquida – forse un po' troppo sbrigativamente - affermando che: i) il creditore ha solo l'interesse ad acquisire la «giuridica disponibilità della somma», non ad ottenere il possesso dei pezzi monetari; e che ii) se ciò è vero, «il concetto di domicilio del creditore non coincide con il suo domicilio anagrafico soggettivamente riconducibile alla persona fisica, ma deve essere oggettivizzato e può individuarsi nella sede (filiale, agenzia o altro) della banca presso la quale il creditore ha un conto». Meglio sarebbe stato rilevare che, se si accetta la premessa secondo cui anche l'utilizzo di altri sistemi di pagamento, purché questi «garantiscono al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti, e, cioè, forniscano la disponibilità della somma di denaro dovuta», produce l'effetto liberatorio, è giocoforza accettare le conseguenze di tale adesione e, tra le varie, quella che vuole che il pagamento con moneta scritturale bancaria si consideri effettuato con l'annotazione dell'importo corrisposto in conto del creditore, a suo credito.

IV. E' su queste basi che le SS.UU. fissano il seguente principio di diritto: «nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 Euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha la facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o

mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come invece, può nel secondo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno».

Dopo la citata decisione delle SS. UU. la S.C. ha confermato tale orientamento con due altre sentenze in materia di assegno bancario, in un caso *sub specie* di assegno circolare e nell'altro di assegno di traenza⁵³. Di esse merita rilevare l'istituzionalizzazione della scissione tra momento di adempimento, da parte del debitore, del proprio obbligo - che si realizza con la consegna degli assegni - e quello dell'estinzione dell'obbligo e della liberazione del debitore, che si concreta con l'incasso delle somme portate dagli assegni⁵⁴; con l'ulteriore conseguenza, coerente con la normale dinamica dei rapporti commer-

⁵³ Cass. Civ., 10 marzo 2008, n. 6291, in *Studium iuris*, 2008, 1448 ss., con nota di V. MECCA, secondo cui «L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria va inteso non come atto materiale di consegna della moneta contante bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito, nella quale le parti devono collaborare osservando un comportamento da valutare per il creditore secondo la regola della correttezza e per il debitore secondo la regola della diligenza. Se, in particolare, il debitore paga con assegno circolare, attese le caratteristiche dell'assegno di traenza, connotate dalla preconstituzione della provvigione, lo stesso integra un sistema che assicura al creditore la disponibilità della somma dovuta, sicché il pagamento effettuato con tale mezzo può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo (che il creditore stesso deve allegare e, all'occorrenza, anche provare), fermo che l'effetto liberatorio per il debitore si verifica quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di danaro, ricadendo sul debitore il rischio della inconvertibilità dell'assegno». V. anche F. VOMERO, *Il pagamento con assegno di traenza alla luce del principio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1195 ss.. Ad analoghe conclusioni arriva anche Cass. civ., 15 luglio 2008, n.19427, in *CED*.

⁵⁴ Si è parlato di «raffinato contemperamento» tra l'interesse del debitore, e quello del creditore: F. MORCAVALLO, *L'adempimento*, cit., 760.

ciali, che grava sul debitore il rischio dell'inadempimento, ma al contempo, il creditore viene gravato di quello derivante dal ritardato soddisfacimento causato da disfunzioni dell'operazione d'incasso.

Deve, però, ricordarsi come in quest'ultimo caso, se il ritardo si protrae oltre i normali tempi necessari alle operazioni di cambio e di accredito in conto, il creditore potrà, comunque, chiedere al debitore di adempiere in contanti⁵⁵.

5. Ciò detto, è il momento di esprimere un giudizio su questo importante *revirement* e ciò iniziamo a fare segnalando in prima battuta come, a nostro avviso, le conclusioni cui è giunta la S.C. non s'intonano con le sue premesse⁵⁶, ossia con affermazioni che avevano lasciato obiettivamente presagire uno scardinamento *incondizionato* dell'art. 1277 letto nella sua versione tradizionale.

L'aver concesso al creditore di rifiutare l'assegno, seppure solo per giustificato motivo, significa privare di sicurezza l'utilizzo di quel mezzo di pagamento, lasciandolo relegato in una condizione d'incertezza e, dunque, di subalternità nei confronti del denaro contante che, invece, a dire della S.C., non può essere rifiutato.

Posta in questi termini la questione, il debitore non avrà mai la certezza di liberarsi dal proprio obbligo.

⁵⁵ F. MORCAVALLO, *L'adempimento*, cit., 761.

⁵⁶ In particolare, con il passaggio nel quale si sosteneva che «'moneta avente corso legale nello Stato al momento del pagamento' significa che i mezzi monetari impiegati si debbono riferire al sistema valutario nazionale, senza che se ne possa indurre alcuna definizione della fattispecie del pagamento solutorio. Ed in altri termini la moneta avente corso legale non è l'oggetto del pagamento che è rappresentato dal valore monetario o quantità di denaro».

La vera equiparazione tra denaro contante e assegno circolare avrebbe dovuto passare, a nostro avviso, per l'affermazione della piena equivalenza, quanto a capacità solutoria, dei due mezzi di pagamento, assieme alla precisazione che il pagamento in moneta bancaria è rifiutabile ma, in astratto, tanto quanto è rifiutabile il pagamento con denaro contante, essendo *entrambi* soggetti al controllo *ex bona fide*, teso a reprimere situazioni in cui il rispetto del dato formale si coniughi con una sostanziale lesione dell'interesse creditorio.

Se riesce a tutti agevole immaginare un caso di pagamento mediante assegno circolare che si configuri come effettuato ai limiti della correttezza – si pensi al caso di chi adempia il proprio obbligo pecuniario, di modesto importo, inviando un assegno circolare a persona vecchia, oppure malata, della quale è noto il disagio nel recarsi in banca per ottenerne la conversione in denaro contante – con un po' di sforzo è possibile individuare un caso in cui la scorrettezza stia in chi paga con moneta legale – si pensi a chi offra di pagare un debito di significativo importo, di poco inferiore a quello massimo per cui è ammesso il pagamento con denaro contante, con monete del più piccolo taglio⁵⁷.

In questo modo si sarebbe affermato con la massima autorità che l'irrifutabilità del pagamento non è mai assoluta, neppure quando questo avviene con denaro contante e che il presidio della buona fede opera comunque, non solo quando è necessario per

⁵⁷ Sulla scia di quanto già affermava G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Firenze, VIII, 1903, 25, chiedendosi: «ma sarà dunque lecito di pagare le grosse somme in tanti sacchetti di soldi? Potrà l'inquilino che esercita, fingiamo caso, uno spaccio di sale e di tabacco e riscuote somme a minuto, pagare la pigione di casa di più centinaia di lire, a forza di centesimi e di soldi», e INZITARI, *La moneta*, cit., 13, sottolineare che i limiti, esistenti in taluni ordinamenti, al pagamento di somme con pezzi monetari divisionari, sono espressione del principio di buona fede, nella fattispecie posto in capo al debitore ed imponentegli di non rendere più complessa la soddisfazione del creditore.

contemperare le esigenze del debitore ad avvalersi dei moderni strumenti di pagamento e quella del creditore di realizzare senza apprezzabile sacrificio il proprio interesse.

Ma la decisione della S.C., nella sua più alta composizione, stimola a un'altra riflessione.

Per quanto apprezzabile sia lo sforzo innovatore messo in campo dalle SS.UU. della Cassazione, la soluzione adottata sconta il limite di affidare al Giudice, in chiave postuma, la valutazione di una vicenda che dovrebbe caratterizzarsi per il grado più alto di insindacabilità.

Se essa può essere accettata ponendosi in un angolo visuale strettamente privatistico e confinando il giudizio allo specifico rapporto obbligatorio oggetto di valutazione, una volta che, invece, si voglia passare dal *pagamento* al *sistema dei pagamenti*, cioè dalla dimensione individuale a quella del mercato, quell'adesione deve essere revocata alla luce della considerazione che un sistema dei pagamenti deve basarsi non solo su strumenti efficienti organizzati all'interno di una cornice di regole certe ma, anche, su strumenti dotati di sicura capacità solutoria.

Come ben si comprende, il problema non sta allora nel *decisum* delle SS.UU., fortemente apprezzabile, ma nell'esigenza di ricorrere al sindacato giurisdizionale per ricevere da questo le regole di utilizzo dei moderni mezzi di pagamento.

Revirement come quello esaminato dovrebbero far maturare la convinzione che i risultati che si sono ottenuti per via di un'interpretazione giudiziale attenta ai mutamenti socio-economici sono la migliore dimostrazione che la materia è sicu-

ramente matura per essere regolata dal legislatore in modo conforme al nuovo spirito del tempo.

Matteo De Poli

Associato di Diritto dei mercati finanziari
nell'Università di Padova

L'ADOZIONE DEGLI ATTI DI REGOLAZIONE DELLE AUTORITÀ DEL MERCATO BANCARIO, FINANZIARIO, ASSICURATIVO E PREVIDENZIALE *

ABSTRACT: For the first time, pursuant to Article 23 of Law 28 December 2005, no.262, Italy has introduced a dedicated scheme for the adoption of regulatory acts of general content by the main Regulatory Authorities (Bank of Italy, "Consob", "Isvap" and "Covip"). Such scheme covers the entire class of "regulatory act", i.e. those acts contributing to establish the set of rules that constitute the market, irrespective of the classification of such acts within the different sources of law – which may sometimes prove difficulties. The new regulation requires prior consultation with the interested parties' representative bodies, based on modalities the definition of which is delegated to regulations enacted by Regulatory Authorities, while the relevant main features are identified in the law. The scope of consultation is to enhance the quality of regulations by having private parties directly providing an adequate presentation of their interests and contribute collaboratively in the overall process. Additionally, Article 23 establishes an obligation to provide grounds for the regulatory acts, which was previously excluded from the general legal provisions on administrative procedure for all normative acts as well as for acts of general content. The use of methods for the analysis of the impact of regulation continues however to fall within the provisions set forth in Article 12 of Law 29 July 2003, no. 229.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La categoria degli atti di regolazione. – 3. La sfera oggettiva di applicazione dell'art. 23. – 4. La disciplina: la procedura di consultazione. – 5. Segue: la motivazione degli atti.

1. La legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”, detta, all’art. 23, una innovativa disciplina in tema di procedimento di adozione di atti regolamentari ed a contenuto generale da parte delle autorità preposte ai settori del mercato bancario e finanziario, assicurativo e previdenziale (Banca d’Italia, Consob, Isvap e Covip). Essa prevede che gli atti delle predette autorità aventi natura regolamentare o di contenuto generale “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”, fatta ecce-

* Il presente lavoro è destinato agli « Scritti in onore di Francesco Capriglione ».

zione per quelli attinenti all'organizzazione interna, e che nel definirne il contenuto debba tenersi conto "in ogni caso" del principio di proporzionalità, previa attivazione di procedure di consultazione dei soggetti interessati ("organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori"); gli atti adottati debbono essere altresì "accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori". Le autorità possono, con propri regolamenti, individuare deroghe per casi di necessità e di urgenza o ragioni di riservatezza (art. 23, co. 4).

La legge n. 252/05 trae origine dall'unificazione di numerosi disegni e proposte di legge, il primo dei quali presentato alla Camera dei deputati il 27 febbraio 2002¹. L'art. 23, in particolare, deriva dall'art. 16 del p.d.l. n. C.4747, presentato alla Camera il 25 febbraio 2004 ad iniziativa dei deputati Letta ed altri (proposta di istituzione di un "sistema di tutela del risparmio" comprendente la Banca d'Italia e una nuova "autorità per la trasparenza ed il corretto funzionamento dei mercati finanziari"), che a sua volta riprende la previsione dell'art. 7 del p.d.l. C.2052 ("Disposizioni in materia di Autorità indipendenti") presentato il 29 novembre 2001 alla Camera dei deputati e successivamente decaduto con la fine della legislatura. Il periodo finale del secondo comma, con-

¹ XIV Legislatura, p.d.l. C. 2436, d'iniziativa dei deputati Armani ed altri, avente ad oggetto "Riforma della vigilanza sulle assicurazioni e sui fondi pensione", successivamente unificato con le proposte di legge nn. 4543, 4551, 4586, 4622, 4639, 4746, 4747, 4785, 4971, 5294 e con i disegni di legge nn. 4705 e 5179-ter.

Sull'*iter* parlamentare della legge, cfr. CONDEMI, *Il ridimensionamento dei poteri della Banca d'Italia in materia di concorrenza*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 2006, p. 195 ss.

cernente la consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti interessati, è stato inserito nel corso dei lavori in assemblea².

2. La norma, come reso esplicito nei commi secondo e terzo, disciplina i procedimenti per l'adozione degli "atti di regolazione" delle autorità preposte ai settori del mercato bancario e finanziario, delle assicurazioni e della previdenza privata, vale a dire degli atti mediante i quali queste autorità, nell'ambito delle competenze e nell'esercizio dei poteri attribuiti loro dalla legge, pongono *ex novo* ovvero integrano e dettagliano regole di legittimazione e condotta vevoli per gli attori economici.

Si tratta di atti che contribuiscono alla posizione dell'insieme delle regole costitutive del mercato³ e che perciò svolgono una funzione di conformazione del mercato stesso⁴,

² Nella seduta n. 595 del 2 marzo 2005 della Camera dei deputati, con l'approvazione di un emendamento presentato dai deputati Patria ed altri.

Nel p.d.l. C.4639, all'art. 3, co. 1, si prevedeva invece: "nello svolgimento delle loro funzioni le Autorità competenti di cui all'articolo 5: [...] d) garantiscono, nelle procedure di emanazione di atti regolamentari e amministrativi generali, il coinvolgimento dei soggetti vigilati e delle relative associazioni di categoria;"

³ In quanto condizioni necessarie di concepibilità del mercato stesso, cioè condizioni necessarie di ciò di cui esse sono la regola: si tratta della tipologia di regole di cui discorre (con distinzioni che in questa sede non serve richiamare) A. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1986, p. 29 ss, soffermandosi sull'esempio paradigmatico delle regole del gioco degli scacchi, in cui sia la *praxis* (il gioco degli scacchi) sia le sue unità (i pezzi; le mosse, quale ad esempio l'arrocco; gli *status ludici*: ad es., lo scacco) non esistono anteriormente alle regole e non sussistono indipendentemente da esse; avvertendo peraltro (p. 42) che ad essere tali non sono singole regole, ma la totalità delle regole di una *praxis* ("la costitutività eidetica conviene a *totalità* di regole, non a regole singole. Solo per metonimia si può qualificare eidetico-costitutiva una *singola* regola. Domandarsi se *una* regola [...] sia eidetico-costitutiva è improprio [...] così come [...] è impropria la domanda, quale suono o rumore produca il battere *una* mano").

⁴ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998: "i mercati sono *statuti normativi*, cioè non concepibili al di fuori dalle norme, che, provvedendo a disciplinarli, li fanno quali sono" (pag. 39) sicché "la disciplina legale, di soggetti beni negozi, è tutta conformatrice del singolo mercato. Basta cambiare soltanto una norma, ed essa sarà diversa da ciò che era" (p. 54); ID., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Rassegna economica del Banco di Napoli*, 2004, p. 557 (l'articolo riproduce la prefazione alla quinta edizione del libro *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003): "Non si conosce per vero alcun mercato (mercato, determinato nel tempo e nello spazio) che non presupponga istituti giuridici".

PANELLA, *Regolamentazione e «deregulation» delle attività economiche*, Milano, 1989, p. 23, nota come "lo stesso sistema economico idealizzato dagli economisti classici è un sistema regolamentato. Tutti i sistemi economici sono infatti costituiti da insiemi di norme che stabiliscono i

poiché, completando il quadro disegnato e talora appena delineato dal legislatore, concorrono a tracciarne l'essenza e la fisionomia disciplinandone soggetti, beni ed attività⁵.

Evidenti manifestazioni di un policentrismo normativo giustificato dalla complessità dei sistemi da regolare e sempre più integrato in dinamiche di regolazione sovranazionali od internazionali⁶, gli atti in questione dettano dunque prescrizioni⁷ giuridiche che, seppur in vario e differente modo, tutte tendono alla realizzazione delle condizioni necessarie per l'ordinato ripetersi nel tempo dei rapporti e delle attività in cui ciascun mercato si sostanzia, garantendo tutela ai diversi interessi in gioco secondo una scala di valori storicamente determinata.

La legge, prescrivendone la motivazione "con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono" (art. 23 co. 1), mostra, appunto, quale funzione essi assolvano.

Per altro verso, la categoria degli atti di regolazione è definita per sottrazione rispetto a quella degli atti generali e per differenza rispetto a quella degli atti individuali: per sottrazione, in quanto l'art. 23, intestato ai "procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali", precisa con un inciso che dal suo ambi-

modi per l'acquisizione dei diritti di proprietà e le condizioni per modificare questi diritti: senza norme statali non c'è tutela dei diritti di proprietà e senza questi ultimi non vi è libero mercato".

⁵ Con riferimento alla vigilanza regolamentare del settore bancario, osserva AMOROSINO, *Banca (dir. amm.)*, in *Enc. diritto*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 143, che "la potestà conformativa riguarda sia i soggetti (e dunque l'organizzazione, la struttura delle società bancarie), sia l'attività, vale a dire l'operatività, e si concreta nella definizione di regole e precetti – posti in una graduazione discendente: da quelli di portata generale a quelli relativi a specifici tipi d'attività, ai precetti singoli, rivolti a singole imprese – mediante i quali l'autorità di vigilanza detta prescrizioni in ordine al 'come' devono essere svolte le attività ed in alcuni casi anche condizioni o limiti a particolari tipi d'attività o a singoli soggetti".

⁶ Si pensi ad esempio agli accordi promossi dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria presso la Banca dei Regolamenti Internazionali.

⁷ Non nel senso stretto di "ordine", ma in quello ampio adoperato, ad esempio, da MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 338.

to di applicazione restano esclusi “quelli attinenti all’organizzazione interna”; per differenza, in quanto alla disciplina dell’art. 23 è contrapposta la disciplina dell’art. 24 dedicata ai provvedimenti individuali.

Vale la pena di soffermarsi su questi punti.

L’art. 23, postulando che anche gli atti attinenti all’organizzazione interna delle autorità medesime siano – o comunque possano essere ritenuti – atti generali, con quell’inciso chiarisce l’esistenza di un rapporto di continenza tra l’insieme degli atti generali (così ampiamente inteso) e l’insieme degli atti di regolazione. Gli atti di organizzazione hanno proiezione interna, assumendo solo di riflesso rilevanza nello svolgimento verso l’esterno delle funzioni delle autorità, sicché non esprimono o sostanziano alcuna scelta di regolazione e di vigilanza nel senso anzidetto. Ciò che li caratterizza, per quanto qui interessa, è dunque il tipo di prescrizioni che vi sono contenute, che non sono strutturate in maniera ipotetica, bensì concreta, non attenendo a regole di comportamento, e assumono un rilievo esterno all’ente soltanto in combinazione con altre norme (che disciplinano la nomina e la durata del titolare dell’ufficio, gli attribuiscono competenze e poteri ecc.)⁸.

Ciò che, invece, oppone nella legge n. 262/05 gli atti generali agli atti individuali è la molteplicità dei destinatari e delle fattispecie considerate, non nel puro senso quantitativo della loro entità numerica, ma nella misura in cui questi sono intese, dai primi, per classi e dai secondi, invece, *uti singuli*.

⁸ Cfr. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, cit.

Da un punto di vista teoretico, principalmente nelle riflessioni svolte sui caratteri distintivi delle norme giuridiche, il concetto di generalità è variamente concepito⁹, con riferimento ora alla sfera dei soggetti per i quali l'atto produce effetti diretti¹⁰, ora al profilo temporale delle regole di condotta¹¹, non di rado associato all'astrattezza in una formula (la c.d. "generalità- astrattezza") sostanzialmente endiadica¹²; né si è mancato di osservare, trascorrendo da un approccio teoretico a uno dogmatico, che l'intendere la generalità come sinonimo di universalità non trova rispondenza nell'esperienza del reale, la quale conosce norme a carattere settoriale, "a generalità ridotta", che rappresentano situazioni intermedie tra il generale e l'individuale¹³.

⁹ CRISAFULLI, *Atto normativo*, E.D., IV, Milano, 1959, p. 245, con riferimento alla generalità quale preteso carattere essenziale degli atti normativi, osserva che si tratta di un concetto "tutt'altro che univocamente inteso (talvolta, riferito alla ripetibilità della norma nel tempo; talaltra, invece, alla sua applicabilità spaziale ad una pluralità indeterminata di soggetti e di rapporti); e spesso considerato intimamente affine a quello (logicamente diverso) dell'astrattezza, com'è dimostrato dal frequente passaggio e quasi dalla traduzione, che si suol compiere, magari inavvertitamente, del primo nel secondo".

¹⁰ BOBBIO, *Norma giuridica*, in *NNDI*, XI, Torino, 1965, p. 334: "Chiamiamo «generali» le norme che hanno per destinatario una totalità di individui, «individuali» quelle che hanno per destinatario un singolo individuo, «astratte» le norme che regolano un'azione-tipo, «concrete» quelle che regolano un'azione singola".

¹¹ Riff. in MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, cit., p. 344, nota 72.

¹² MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, cit., p. 365, lett. A, a proposito della generalità e della astrattezza quali criteri di differenziazione ed individuazione della norma giuridica ritiene che "il senso più proprio è dato dalla loro sintesi, ossia dalla ripetibilità (rispetto ai soggetti o ai comportamenti), a quello cioè che costituisce il *quid commune* o il minimo comune denominatore di essi".

Nel senso della distinguibilità tra i due concetti, ancor di recente, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, I, 1, Milano, 1998, p. 40 s.: "(a) Diremo *generale* una norma la quale assume come condizione non una singola fattispecie, ma una *classe* di fattispecie – «tutte» le fattispecie che presentano certi requisiti – e a tutte connetta la medesima conseguenza giuridica (che sarà, perciò stesso, una conseguenza – tipo, una classe di conseguenze). In altre parole: una norma generale esige una formulazione che impieghi il quantificatore universale ("tutti"). Per questa stessa ragione, una norma generale è altresì una norma condizionale o ipotetica. (b) Diremo *astratta* una norma la quale assuma come condizione non una o più fattispecie passate (uno o più eventi già accaduti) e nominate, ma una classe di fattispecie *future e innominate*. Per contro: diremo *singolare* ogni norma che assuma come condizione una singola fattispecie; e diremo *concreta* ogni norma che assuma come condizione una o più fattispecie passate e nominate. (Ma, a dire il vero, in questo contesto, il vocabolo "norma" non sembra appropriato, e potrebbe essere utilmente sostituito da "precetto" o da alcunché di simile)".

¹³ ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 11, che richiama le cc.dd. norme "a generalità ridotta o a basso grado di astrattezza" di cui parla PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 270.

Dal punto di vista di diritto positivo, che qui unicamente interessa, l'art. 23 si riferisce (oltre agli atti regolamentari) ad atti definiti, di volta in volta, atti generali (così in rubrica), atti di contenuto generale (così nel comma 1), atti di regolazione generale (così nel comma 2, qui con riferimento anche ai regolamenti). Il senso dell'aggettivazione – o, se si preferisce, il significato col quale il legislatore l'adopera – si chiarisce meglio nella contrapposizione di fattispecie con il successivo art. 24, dedicato ai procedimenti per l'adozione di atti individuali. Essa, infatti, consente di cogliere sul piano qualitativo, e non semplicemente quantitativo, la distinzione tra le due categorie di atti:

– generali, in quanto esprimono, come si è visto, “scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”, le quali sono, di conseguenza, destinate a produrre effetti per intere classi di soggetti (imprese, operatori, investitori, risparmiatori e rispettivi sottoinsiemi) – legittimate come tali dallo stesso art. 23 a partecipare al procedimento attraverso organizzazioni esponenziali, indipendentemente dal numero contingente di soggetti che compongono la classe al momento dell'emanazione dell'atto e quindi anche dalla loro concreta individuabilità¹⁴ – nonché a trovare applicazione, quali regole di condotta, per tutte le fattispecie corrispondenti che dovessero presentarsi in futuro;

¹⁴ Nel senso della conoscenza o conoscibilità, al momento dell'emanazione dell'atto, dei soggetti che in quel tempo compongono la classe, non certo di quelli che in seguito possono entrarvi a far parte.

Invero, “perché una disposizione legale costituisca una regola generale [...] è sufficiente che essa sia *virtualmente* suscettibile di un numero indeterminato di applicazioni” (enfasi nostra): così CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parigi, 1920, I, p. 289, citato da GUASTINI, *op. cit.*, p. 41, nt. 61.

– individuali, in quanto essi (*a contrario*) non esprimono scelte di settore, ma si sostanziano in decisioni particolari, assunte *ex post facto* ed applicative di regole predeterminate, di cui costituiscono significativi esempi, espressamente indicati dalla norma, gli atti con cui sono irrogate sanzioni ed i procedimenti di controllo a carattere contenzioso¹⁵.

Ne consegue che gli atti (regolamentari e) generali che costituiscono l'oggetto dell'art. 23 sono atti a rilevanza esterna, che contengono proposizioni ipotetiche aventi ad oggetto condotte di soggetti terzi rispetto alle autorità da cui promanano, formulate con riferimento a intere classi di fattispecie e destinatari, ancorché in concreto i loro membri possano essere facilmente identificabili (si pensi alle prescrizioni dettate per le società di gestione dei mercati).

Che si tratti di enunciati che pongano obblighi o divieti, che consentano determinate condotte od integrino elementi indicati in generale dalla legge e così via, per la loro funzione di regolare lo svolgimento degli scambi in questo o quel mercato di prodotti o prestazioni, cioè tipologie di azioni che si ripetono nel tempo, in definitiva gli atti di regolazione consistono per lo più¹⁶ di prescrizioni destinate a trovare applicazione reiterata e costante e ad

¹⁵ In questi termini, la contrapposizione tra atti di regolazione ed atti individuali potrebbe riportarsi alla tradizionale distinzione tra disporre e provvedere: “disporre”, nel senso di “decidere *ex ante* in relazione ad una classe di fattispecie future, di cui per ciò stesso si *ipotizza* (e non: si constata) l'occorrenza”; “provvedere”, nel senso di “decidere *ex post facto* in relazione ad una precisa circostanza già verificatasi” (così GUASTINI, *op. cit.*, p. 41).

Secondo MODUGNO, *op. cit.*, p. 369, tuttavia, “la differenza tra il cosiddetto disporre e il cosiddetto provvedere è convenzionale, relativa, incerta ed ambigua”, ritenendo che l'esistenza di norme organizzative o strumentali (che conferiscono poteri) costituirebbe la migliore riprova dell'impossibilità di separare norme ipotetiche vere e proprie da precetti concreti non normativi.

¹⁶ Per lo più, perché alle caratteristiche indicate nel testo sfuggono eventuali disposizioni di natura transitoria. Quanto agli atti c.d. pseudo-generalì (aggettivo con cui MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 308 designa le norme “cui viene conferito un aspetto di generalità, ma che in realtà si riferiscono solo a uno o più soggetti determinati o determinabili”) essi andranno ricondotti tra gli atti generali di cui all'art. 23 o tra quelli individuali di cui all'art. 24 alla luce dei criteri che si sono esposti nel testo.

avere come loro destinataria una platea aperta di soggetti, composta da tutti coloro che, ora od in futuro, possano venirsi a trovare nella situazione ipotizzata, concernendo, in definitiva, un numero indeterminato ed indeterminabile di rapporti ed atti negoziali¹⁷.

3. Diverso può essere il grado di dettaglio raggiunto nella definizione delle “regole del gioco” da parte dell’uno o dell’altro intervento regolatore e diverso l’apporto che questo può essere chiamato ad arrecare al complesso di norme in cui si inseriscono e agiscono gli attori economici. Può trattarsi, infatti, della semplice fissazione di termini e modalità di comunicazione di informazioni rilevanti, ma anche del loro contenuto; della individuazione di soglie di partecipazione al capitale di imprese bancarie, assicurative, di intermediazione mobiliare e così via, per cui la legge imponga oneri di comunicazione od il rilascio di autorizzazioni; della specificazione di regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti (ad es. art. 183, co. 2, d.lgs. n. 209/05) o della scrittura della disciplina del funzionamento di sistemi di tutela dei risparmiatori (ad es. art. 96-ter, lett. c, d.lgs. 385/93); della individuazione di “principi generali” che gli amministratori della società quotate debbono osservare nel fissare regole di trasparenza e correttezza per determinate operazioni (cfr. art. 2391-bis c.c., sulle operazioni con parti correlate), e via

¹⁷ “La norma, che disciplina un singolo negozio o un numero predeterminato di negozi, non costituisce un mercato. Il mercato è una *struttura aperta*, in cui non sono predefinibili né il numero dei negozi né l’identità delle parti [...] Chiusa è la circolazione, di cui la legge identifichi, già essa stessa, le parti l’oggetto il negozio: aperto è il mercato, che la legge disciplina in modo generale e astratto”: IRTI, *L’ordine giuridico*, cit., p. 47 s.

discorrendo ¹⁸; talora, la legge attribuisce una potestà regolatrice di estensione tale che, limitata soltanto da una generica indicazione della sua finalità, solleva non pochi problemi sulle condizioni, i presupposti ed i limiti entro cui ritenerla circoscritta (cfr. art. 146 d.lgs. 385/93 in materia di vigilanza sui sistemi di pagamento ¹⁹).

Le conclusioni precedentemente raggiunte sui caratteri distintivi degli atti di regolazione, peraltro, consentono di escludere che la disciplina sui procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali di cui all'art. 23 estenda il proprio ambito sino ad includere le ipotesi in cui le autorità di settore si limitino alla emanazione di atti aventi funzione puramente interpretativa di disposizioni vigenti o di mero orientamento per i soggetti del mercato (si pensi alle comunicazioni interpretative emesse dall'Isvap ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 209/05 e alle "raccomandazioni" della Consob ²⁰).

Certo è innegabile che anche chiarendo il proprio orientamento le autorità indirizzano l'azione dei regolati; d'altronde, pure i provvedimenti singolari, manifestando la posizione dell'autorità emanante e fungendo da parametro di raffronto per il

¹⁸ Tali e tante sono le potestà di regolazione attribuite alle diverse autorità di settore, che troppo lunga ne sarebbe la minuta casistica; ma sufficiente a dare un'idea della loro ampiezza e pervasività è il corposo elenco delle competenze regolamentari in materia di intermediari finanziari, affidate alla Consob ed alla Banca d'Italia per l'esercizio della c.d. vigilanza regolamentare, di cui al novellato art. 6 del d.lgs. n. 58/98.

¹⁹ Sul potere, riconosciuto alla Banca d'Italia dall'art. 146 del d.lgs. n. 385/93, di "emanare disposizioni volte ad assicurare sistemi di compensazione e di pagamento efficienti ed affidabili" e sui problemi sollevati da questa laconica disposizione, cfr. per tutti, con ampia e convincente indagine, MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, in AA.VV., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di GALANTI, Padova, 2008, p. 1212 ss.

²⁰ A puro titolo esemplificativo, si vedano la raccomandazione Consob n. DEM/9017965 del 26.2.2009 in materia di informazioni da riportare nelle relazioni finanziarie e nei comunicati stampa delle società immobiliari quotate, e la comunicazione Consob n. DEM/9017893 parimenti del 26.2.2009, recante raccomandazioni in merito alle modalità di nomina dei componenti gli organi di amministrazione e controllo delle società quotate (la cui procedura è stata normata dalla stessa Consob nel c.d. Regolamento emittenti, ai sensi dell'art. 148, co. 2, del d.lgs. 58/98).

trattamento dei casi analoghi che dovessero in seguito presentarsi, influenzano il comportamento degli operatori tutti, concorrendo alla formazione della costituzione materiale del mercato ²¹.

Il diverso grado di libertà può, in tesi, giustificare il diverso trattamento legislativo dell'azione delle autorità, a patto, però, che queste ultime non indulgano in sviamenti. È chiaro, in primo luogo, che nessuna questione può porsi in merito all'attività interpretativa della normativa primaria da parte delle autorità di settore, se non quella della conformità alla legge stessa della loro attività esegetica. Esse, infatti, sono vincolate alla legge, la cui interpretazione ultima spetta alla giurisdizione. Per il resto, vale a dire per i livelli di regolamentazione affidati alla loro competenza, gli interventi delle autorità di carattere interpretativo possono ritenersi non soggetti alla disciplina procedurale della regolazione in quanto non contribuiscano in realtà alla posizione di nuove regole, mentre – qualsiasi sia la forma od il *nomen* adoperato per i relativi atti – ogni innovazione apportata al sistema, anche se per sopperire lacune, non dovrebbe sfuggire, a pena di invalidità, alla peculiare forma di istruttoria prevista dalla legge n. 262/05.

In questo senso, corretta è la prassi di sottoporre a consultazione tutti quei documenti ²² che, seppur intesi a fornire “chiarimenti” di natura interpretativa ed applicativa su questioni o a-

²¹ Non dubita che la potestà conformativa si esprima anche mediante precetti singolari e che, per quanto concerne la definizione dello statuto del singolo mercato, “nella realtà dell’ordinamento amministrativo le fonti di disciplina sono, oltre alla legge, anche regolamenti, norme tecniche, ed altri provvedimenti generali o *singolari*” (enfasi nostra), AMOROSINO, *Banca (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 144.

²² È il caso, ad esempio, della comunicazione Consob n. DME/8005271 del 21 gennaio 2008, contenente chiarimenti di natura applicativa in merito al Regolamento mercati adottato in attuazione della direttiva MiFID, preceduta da un documento di consultazione del 7 novembre 2007, e del suo successivo aggiornamento con comunicazione n. DME/9034169 del 16 aprile 2009, anch'essa preceduta da un documento di consultazione del 5 febbraio 2009.

dempimenti specifici, finiscono per far corpo con le disposizioni “interpretate”, definendone ed integrandone il contenuto.

Tornando agli atti di regolazione in senso stretto, il fatto che le prescrizioni che essi contengono siano, per loro stessa funzione, destinate a trovare ripetuta ed indifferenziata applicazione nel tempo e, spesso, presentino un contenuto indiscutibilmente innovativo dell’ordinamento giuridico vigente, fa sì che il legislatore, in certi casi, si sia risolto a riconoscere espressamente loro valore di fonte secondaria di produzione del diritto, qualificando il relativo potere come regolamentare (essendo ormai superate le precedenti perplessità sulla possibilità di attribuzione di potestà normative ad autorità prive di rappresentatività democratica²³).

In assenza di simili od altri indici formali di identificazione e qualificazione (quale, ad esempio, per i regolamenti governativi l’osservanza del procedimento previsto dalla legge n. 400/88) resta, però, sempre attuale il problema della disputabilità d’ogni tentativo di ancorare a criteri sostanziali la distinzione tra regolamenti ed atti amministrativi generali a contenuto non normativo: problema che torna ciclicamente all’attenzione della dottrina per la difficoltà di inquadramento delle figure di confine²⁴ e che

²³ C.d.S., Sez. Atti norm., 14 febbraio 2005, n. 11603 (parere sullo schema di decreto legislativo recante «Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni. Codice delle assicurazioni»), § 6.2: “la tradizionale impostazione negativa, secondo la quale l’attribuzione di poteri normativi risulta configurabile solo a fronte di soggetti dotati di rappresentatività (Parlamento, Governo, Consigli regionali e comunali, etc.), appare ormai superata, nella sua assolutezza, dall’evoluzione dell’ordinamento a partire dagli anni novanta del secolo scorso. [...] L’attribuzione – una volta accertato il rispetto del principio di legalità – di un potere regolamentare a soggetti diversi dal Governo trova [...] la sua giustificazione, per le specifiche discipline di settore, nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze, criterio analogo a quello che ha presieduto alla stessa ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e Governo operata con la legge 400/88 (e in particolare con il suo articolo 17)”.

Sulla questione, cfr., per tutti, POLITI, *Regolamenti delle amministrazioni indipendenti*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991.

²⁴ Si vedano, a titolo di esempio, le oscillazioni nella classificazione di taluni atti negli scritti di SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo* (in *Foro it.*, 1954, IV, 217 ss.) e ID., *Precisazioni in tema di atti “normativi” e atti “applicativi” della pubblica Amministra-*

le magistrature superiori, al di là dell'uso di clausole di stile, tendono essenzialmente a risolvere col richiamo al criterio sostanziale della innovatività, cioè alla presenza o meno nell'atto di quella capacità d'innovazione (a seconda delle concezioni, più o meno stabile) dell'ordinamento giuridico tradizionalmente ritenuta propria degli atti normativi ²⁵.

Su questo aspetto, tuttavia, non mette conto soffermarsi, poiché la legge n. 262/05 nulla aggiunge ai termini del dibattito. Con approccio pragmatico, il legislatore del 2005 lo ha reso irrilevante al fine che gli interessava, vale a dire quello di sottoporre ad una peculiare disciplina procedimentale le scelte di vigilanza e regolazione delle autorità di settore, quale che, sul piano dogmatico-ricostruttivo, dovesse essere riconosciuta la natura dei relativi atti.

La considerazione unitaria riservata in questa occasione ai regolamenti ed agli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, infatti, non è avvenuta in chiave puramente negativa, cioè al fine di sottrarre sia gli uni che gli altri ad alcune pregnanti regole dettate per i provvedimenti a carattere individuale (come, invece, nel caso dell'art. 3, comma 2, e dell'art. 13, comma 1, l. 241/90, in tema rispettivamente di obbligo di motivazione e di applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento), ma per farne comune oggetto, in positivo, come sottoinsiemi della

zione (in *Studi in onore di Biagio Petroncelli*, III, Milano, 1972, 1517 ss.), ora entrambi in *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, (da cui in questa sede si citano) rispettivamente alle pp. 46 s. e 208 s.

²⁵ Ad es., Cass., SS.UU., 28 novembre 1994, n. 10124; sez. III, 5 luglio 1999, n. 6933; sez. III, 5 marzo 2007, n. 5062; C.d.S., sez. Atti normativi, 19 febbraio 2007, n. 584; sez. Atti normativi, 11 luglio 2005, n. 911.

In dottrina, SANDULLI, *Per l'individuazione degli atti di provenienza amministrativa a carattere normativo*, in *Studi in onore di G. Ambrosini*, Milano, 1970; ID., *Precisazioni*, cit.

categoria degli atti di regolazione, di una apposita e condivisa disciplina, al cui contenuto occorre, quindi, rivolgere ora l'attenzione.

4. Due sono i punti focali della disciplina introdotta con l'art. 23.

La prima consiste nella procedimentalizzazione dell'adozione degli atti regolamentari e generali delle autorità interessate, mediante la posizione di un obbligo di consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori.

La seconda consiste nella introduzione, per tali atti, di un articolato obbligo di motivazione, il cui assolvimento richiede la predisposizione di un separato documento illustrativo.

Entrambi gli obblighi, ciascuno per parte sua e con modalità evidentemente diverse, sono finalizzati a che l'esercizio della funzione regolatoria delle quattro autorità di settore si svolga nell'osservanza di quel principio di proporzionalità che, per espressa indicazione di legge, deve costituire per l'azione regolatrice un criterio guida ineludibile (art. 23, co. 2: le Autorità "tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità").

Del fatto che l'azione delle pubbliche autorità debba rispettare un criterio di proporzione tra mezzi e fine non sembra, invero, se ne sia mai sostanzialmente dubitato. Il concetto stesso del potere amministrativo come esercizio di una funzione e l'approfondimento della figura dell'eccesso di potere come vizio funzionale dell'attività hanno fatto emergere nel tempo, seppur con formule descrittive diverse, l'esigenza dell'equilibrio e

dell'adeguatezza dello strumento rispetto all'obiettivo²⁶, consentendo di affermare che il principio di proporzionalità era già presente nel nostro ordinamento come manifestazione del principio di ragionevolezza²⁷.

Nel diritto comunitario, il principio di proporzionalità, ora sancito dall'art. 5 § 3 del Trattato CE, costituisce principio di carattere generale. Esso richiede che i mezzi impiegati per il conseguimento di uno scopo, da un lato, siano idonei al raggiungimento dello scopo medesimo, e, dall'altro, che non eccedano, nello stesso tempo, quanto necessario per raggiungerlo²⁸: nel senso che, qualora più modi di intervento risultino parimenti efficaci per conseguire l'obiettivo, deve accordarsi preferenza a quello che, a parità di efficacia, imponga oneri minori o lasci maggiore libertà agli Stati membri ed alle persone.

In quanto principio generale dell'ordinamento comunitario, esso va annoverato tra quelli cui l'azione amministrativa deve conformarsi ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. 241/90.

Nel campo specifico della regolazione economica, in dottrina si era già evidenziato, prima della legge n. 262/05, come il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria apparisse utilmente applicabile alla disciplina procedurale della funzione regolatoria quale strumento in grado di orientare efficacemente l'azione delle autorità di settore²⁹.

²⁶ Sul principio di proporzionalità nel diritto nazionale, si vedano A. SANDULLI, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

²⁷ CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - I parte*, in www.giustamm.it, 2005, n. 2.

²⁸ *Ex multis*, Corte Giust. CE, novembre 1995, causa C-426/93, Repubblica Federale Tedesca / Consiglio, punto 42.

²⁹ CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 688 s.

La legge n. 262/05 ha voluto chiarire la nozione di proporzionalità, definendola come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari”, in termini sostanzialmente, quanto necessariamente, coincidenti con quelli comunitari (idoneità della misura; non eccedenza della stessa)³⁰.

Tornando alla procedimentalizzazione della definizione del contenuto degli atti di regolamentazione, la legge positivizza quel ricorso ad una fase di pubblica consultazione che non era certo ignota alla prassi delle autorità di settore³¹, ma il cui impiego viene ora generalizzato per legge³².

La disposizione, in verità, si presenta scarna, giacché nulla dice su termini e modalità di svolgimento della consultazione, demandando alle medesime autorità interessate di disciplinare “l’applicazione dei principi” di cui all’art. 23 mediante propri regolamenti (peraltro, con un singolare cortocircuito logico, poiché tali regolamenti – la cui attinenza alla sfera organizzativa interna dell’autorità è certo da escludersi – sono anch’essi, come tali,

³⁰ Analoga definizione era già contenuta nell’art. 191, co. 2, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private).

La stessa formula adoperata nell’art. 23 della l. 262/05 è utilizzata ora nell’art. 6, comma 01 lett. b, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, inserito dall’art. 2 del d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, di attuazione della dir. 2004/39/CE (MiFID).

³¹ CHITI, *La disciplina procedurale*, cit., p. 694 s. Per una sintetica descrizione delle modalità seguite dalla Consob prima della legge 262/05, cfr. anche GALANTI, *Il sistema*, cit., p. 165 s.

³² In precedenza, il ricorso a procedure di consultazione era già stato previsto per la Consob dall’art. 187-*quaterdecies* del d.lgs. 58/98 (“la Consob definisce entro dodici mesi dalla entrata in vigore della presente disposizione, con proprio regolamento, le modalità e i tempi delle procedure di consultive da attivare, mediante costituzione di un Comitato, con organismi rappresentativi dei consumatori e dei prestatori di servizi finanziari e degli altri soggetti vigilati, in occasione delle modifiche regolamentari in materia di abusi di mercato e in altre materie rientranti nelle proprie competenze istituzionali”).

Sui problemi di coordinamento dell’art. 23 l. 262/05 con tale previsione, cfr. GALANTI, *Il sistema*, cit., p. 162 nt. 120.

Inoltre, per ciò che concerne l’Isvap, l’art. 191 del d.lgs. 209/05, nel disciplinare l’emanazione da parte dell’Istituto di regolamenti per l’attuazione delle norme contenute nel codice delle assicurazioni, stabilisce al comma 4 che “i regolamenti sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell’Istituto [...]”.

soggetti a quella stessa procedura di consultazione che debbono disciplinare).

Tali regolamenti, peraltro, non risultano ancora emanati ³³.

Dal secondo comma dell'art. 23 emergono, tuttavia, taluni frammenti caratterizzanti della disciplina.

In primo luogo, quanto ai soggetti che debbono essere consultati, poiché la legge richiede espressamente che siano consultati “gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori”. Si tratta delle categorie di soggetti i cui interessi sono direttamente od indirettamente coinvolti dall'adozione dei provvedimenti a carattere generale delle autorità di settore, ora perché ne sono i soggetti destinatari (è questo il caso tipico dei soggetti vigilati e dei prestatori di servizi finanziari), ora perché ogni intervento sul mercato ed i suoi operatori non è mai indifferente per la clientela degli investitori e dei risparmiatori in genere. In questo contesto, dove per espressa indicazione di legge la procedura di consultazione è intesa a guidare l'amministrazione nel difficile compito di conseguire il suo obiettivo sacrificando al meno gli interessi dei destinatari dell'intervento, potrebbe opinarsi che il termine “consumatori” vada inteso, non già nel senso generico di utente di beni e servizi di rilevanza economica o nella lata accezione fatta propria dalla legislazione sul consumo di derivazione comunitaria ³⁴, quanto piuttosto in quella precipua di clienti delle specifiche categorie di

³³ Schemi di regolamenti attuativi dell'art. 23 l. 262/05 sono stati sottoposti a pubblica consultazione, rispettivamente, dalla Consob con un documento di consultazione del 24 aprile 2007, dall'Isvap con il documento di consultazione n. 28/2008 e dalla Banca d'Italia con un documento di consultazione diffuso il 23 ottobre 2009, reperibili sui corrispondenti siti internet delle tre autorità.

³⁴ Cfr. art. 3, lett. a), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), che definisce il consumatore come “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

imprese e di operatori economici su cui si esercita la potestà delle più volte nominate autorità di settore (banche, assicurazioni, imprese di investimento ecc.).

La consultazione è riferita dalla norma agli “organismi rappresentativi” dei soggetti predetti, senza null’altro aggiungere. I criteri di identificazione del requisito della rappresentatività restano, quindi, nella sostanziale (ancorché non illimitata ed insindacabile) disponibilità delle autorità medesime³⁵, chiamate, come si è detto, dal comma 4 a disciplinare “con propri regolamenti l’applicazione dei principi di cui al presente articolo”. Disciplinare l’applicazione di questi principi non può, naturalmente, significare disporre della loro applicazione, essendo dato derogarvi soltanto nei casi di necessità e di urgenza, ovvero di riservatezza, preventivamente indicati (art. 23, co. 4 ult. parte); e dunque la mancata attuazione del comma 4, per ciò che riguarda l’aspetto ora in esame, può al più portare ad interrogarsi sulla misura ed il grado di rappresentatività necessari, nel silenzio delle fonti, per legittimarsi a partecipare al procedimento.

Nella prassi, tuttavia, è dato osservare che le autorità interessate ammettono alla consultazione non soltanto organismi ed associazioni, ma altresì singoli operatori e persino professionisti ed esperti del settore (studi legali, professori universitari), le cui osservazioni, considerazioni e riflessioni sono anch’esse fatte oggetto di attenzione. Prassi *praeter legem*, poiché la norma è formulata in senso restrittivo nel solo interesse dell’amministrazione

³⁵ Nel silenzio della legge, attesa anche la devoluzione alle autorità di settore del compito di disciplinare l’applicazione dei principi dettati dall’art. 23, non sembrerebbe possibile estendere senz’altro i criteri di rappresentatività (parametrati, peraltro, su una più ampia e generale platea di consumatori) dettati dall’art. 137 del d.lgs. 206/05. Da quest’ultima disposizione ritiene possibile trarre un “ausilio” GALANTI, *Il sistema*, cit., p. 165.

a non vedere gravato il procedimento da un numero eccessivo di interventi, interesse al quale, dunque, essa può rinunciare per favorire la più ampia e completa istruttoria, nella misura in cui ciò non rallenti od ostacoli il provvedere (ma la specificità ed il tecnicismo delle materie valgono da soli a limitare il numero degli interventi). L'autovincolo della amministrazione che, nello specifico procedimento, ammetta largamente alla procedura di consultazione non è, naturalmente, reversibile: nel senso che, una volta ammesse osservazioni e note di singoli soggetti, l'autorità è tenuta poi a valutarle, insieme a quelle degli enti esponenziali di categoria.

Desumibile dalla legge è anche l'oggetto della consultazione.

Poiché essa è prevista al fine di consentire la corretta osservanza del principio di proporzionalità “nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale” e perché le parti private possano effettivamente rappresentare i propri interessi, incisi dal contenuto di tali atti, e argomentare la propria opinione con piena cognizione di causa, è necessario che la consultazione sia attivata sottoponendo ai possibili interessati il contenuto in quanto tale degli atti emanandi e, dunque, non meri indirizzi o linee di azione, ma un vero e proprio progetto di articolato. Nulla vieta, naturalmente, di procedere per gradi, attraverso più livelli di indagini conoscitive, di esplorazioni, di confronti (audizioni, questionari ecc.), che anzi si rivelano molto utili e spesso indispensabili per una istruttoria esaustiva, ma la consultazione finale, che deve procedere l'adozione del provvedimento, non può che svolgersi

su una stesura del documento destinata tendenzialmente a divenire definitiva all'esito della consultazione stessa³⁶.

Per quanto attiene alle modalità di svolgimento della procedura di consultazione, essa, in difetto dei regolamenti di cui al comma 4, viene svolta con termini e modi fissati di volta in volta dall'autorità. Il che, invero, non sembra sollevare soverchi problemi, nella misura in cui ciò non arrechi alcun *vulnus* all'essenza propria di tale procedura: vale a dire, finché gli interessati siano resi edotti del suo avvio, sia garantita loro una agevole conoscibilità del testo posto in consultazione e sia loro concesso un lasso di tempo ragionevole ed adeguato per esaminarlo e per predisporre eventuali osservazioni.

La legge non richiede che l'esito delle consultazioni sia formalizzato in un apposito documento, ma è chiaro che nel motivare i provvedimenti con riferimento alle scelte compiute di regolazione e di vigilanza (art. 23 comma 1) e nella redazione della correlata relazione illustrativa (art. 23 comma 2) le autorità non potrebbero legittimamente prescindere da un confronto con l'apporto dei soggetti consultati: sicché non importa tanto dove l'autorità emanante prenda posizione sulle questioni sollevate in sede di consultazione, quanto piuttosto che essa abbia cura di valutare le osservazioni presentate, motivando di conseguenza le conclusioni raggiunte con la determinazione finale.

Ricorrente è l'affermazione che l'introduzione di una fase di pubblica consultazione starebbe a colmare, per altra via, quel

³⁶ Diversa sembra l'opinione di CHITI, *La disciplina procedurale*, cit., p. 695.

L'art. 191, co. 4, del d.lgs. 209/05 prescrive espressamente che all'avvio delle consultazioni sia reso noto lo schema del provvedimento.

deficit democratico che sarebbe proprio delle autorità indipendenti.

Si afferma, infatti, che non essendo le autorità indipendenti soggette a responsabilità politica, non avendo collegamento, seppur mediato, col corpo elettorale, e svolgendo nondimeno un'attività di regolamentazione attraverso la posizione di norme giuridiche, il loro esser fuori dal circuito democratico³⁷ necessiterebbe di una compensazione, che si attuerebbe appunto sul piano procedimentale attraverso la più ampia apertura del procedimento di formazione dei loro atti a contenuto regolamentare e generale all'apporto dei privati interessati³⁸.

³⁷ Sulla collocazione delle autorità indipendenti al di fuori del circuito democratico della rappresentanza politico-elettorale che caratterizza l'amministrazione tradizionale, cfr. MERUSI - PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Diritto*, Agg. VI, Milano, 2002, § 16.

³⁸ Cfr., da ultimo, RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione* (relazione al Convegno su "La Regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6.11.09), § 3, pubblicata su www.giustamm.it.

La tesi trova eco anche in giurisprudenza: cfr. C.d.S., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; della identica motivazione di tali decisioni sul punto giova riportare un ampio estratto, avvertendo che la controversia vedeva come parte l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la quale non rientra tra le quattro autorità destinatarie dell'art. 23 l. 252/05 e che aveva autonomamente previsto, con proprie delibere, un meccanismo di consultazione che consentiva ai privati ampia facoltà di intervento (per qualche cenno, cfr. CHITI, *La disciplina procedurale*, cit., p. 694 nt. 34): "Ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano [...] le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90). L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori)".

Tuttavia, ravvisando nella partecipazione procedimentale delle categorie di soggetti direttamente ed immediatamente interessati un succedaneo della legittimazione democratica dell'autorità emanante si finisce per confondere col corpo elettorale un numero comunque ristretto di soggetti, che per ampia e significativa parte non sono neppure persone fisiche (soggetti vigilati, prestatori di servizi finanziari) e che in ogni caso, in base ora alla l. 262/05, dovrebbero essere chiamati ad interloquire indirettamente, con la mediazione di privati organismi rappresentativi di categoria, non trovando diritto di accesso, viceversa, la rappresentazione di meri interessi diffusi.

È aliunde, perciò, che occorre guardare per ricercare un collegamento col principio di rappresentatività e di responsabilità politica del potere di regolamentazione delle autorità di settore; e, segnatamente, da un lato, nelle norme che ne affidano ai vertici dello Stato la nomina degli organi e ne disciplinano la durata degli incarichi (esemplificativo è il caso della nuova disciplina contenuta nell'art. 19, commi 6 e 7, l. 262/05 sulla nomina dei membri del direttorio della Banca d'Italia e dell'occasione cui essa è storicamente legata) e, dall'altro, nelle norme che, quale significativo complemento, richiedono che le autorità in questione relazionino annualmente al governo ed al parlamento sull'attività da esse svolta (art. 19, co. 4, l. 252/05; art. 1, co. 8, d.l. 8 aprile 1974, n. 95, nel testo convertito in legge con l. 7 giugno 1974, n. 216; art. 4, co. 3, l. 12 agosto 1982, n. 576; fa eccezione la Covip, che, nominata dal consiglio dei ministri, è direttamente soggetta alla vigilanza ed alle direttive generali del ministero del lavoro e delle politiche sociali, il cui titolare il presidente della Covip

“tiene informato ... sugli atti e sugli eventi di maggior rilievo e ... trasmette le notizie e i dati di volta in volta richiesti”: art. 18, commi 1 e 4, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252).

La fase di consultazione non è altro che una fase del momento istruttorio, in cui enti esponenziali di interessi collettivi – quali appunto sono gli “organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori” – hanno facoltà di intervenire in senso critico e collaborativo nel procedimento regolatorio, da cui, altrimenti, resterebbero esclusi. Come è noto, infatti, il testo definitivo della legge generale sul procedimento amministrativo ha espunto le istanze di istruttoria pubblica³⁹ e ha limitato le possibilità di partecipazione al procedimento nel senso di sottrarre all’applicazione dell’art. 7 l. 241/90 lo svolgimento dell’attività amministrativa diretta all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione nonché i procedimenti tributari, per i quali resta ferma la normativa che li riguarda (art. 13 l. 241/90)⁴⁰. La norma in esame opera appunto in quest’ultimo senso, recuperando sotto nuove forme, nello specifico settore dei procedimenti a contenuto regolatorio delle autorità predette, la partecipazione dei portatori di interessi collettivi.

Oltre un trentennio addietro, osservando la prassi amministrativa, si era già rilevato come la stessa amministrazione si ren-

³⁹ V., ad es., SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 340 s., note 20 e 21, sul contenuto dello schema predisposto dalla commissione Nigro.

⁴⁰ CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, p. 428, rammenta come in sede di parere il Consiglio di Stato avesse ravvisato in questa disciplina limitatrice la ratio di “sottrarre, per ragioni pratiche, atti di vasta portata e di applicazione generalizzata, alla troppo penetrante ingerenza di una molteplicità di interessati, al di là della garanzia predisposta dalle singole leggi di settore”.

desse conto che essa “è messa in condizione di amministrare meglio se riceve i punti di vista dei portatori di interessi collettivi, in quanto questi sono in grado di darle rappresentazioni più ragionate intorno ai problemi sui quali è chiamata a decidere, migliori cioè di quelle che essa riuscirebbe a raggiungere attraverso i propri uffici operativi, i propri archivi e i propri strumenti di deposito di conoscenze”, notando, altresì, che “i provvedimenti amministrativi generali in ispecie si formano, sempre che non intervengano contrarie determinanti politiche, attraverso consultazioni di portatori di interessi collettivi”⁴¹.

La procedura di consultazione, che in quanto necessariamente aperta alla partecipazione di tutti gli organismi muniti di effettiva rappresentatività può definirsi “pubblica”, persegue appunto lo scopo di consentire alle parti private un’adeguata rappresentazione dei propri interessi, mediante un apporto destinato al contempo ad accrescere la qualità della regolamentazione nella misura in cui contribuisce a ridurre le asimmetrie informative tra soggetti regolati e autorità regolatrice⁴².

Nonostante gli ampi poteri di cui sono dotate, il patrimonio di conoscenze delle autorità di settore e gli strumenti di cui dispongono, ivi comprese le risorse umane, sono comunque limitate; l’acquisizione delle informazioni necessarie per l’adozione di scelte di regolamentazione destinate ad incidere su realtà economiche complesse necessita del confronto con gli interessati, le cui

⁴¹ GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, rispettivamente p. 33 e p. 35.

⁴² Sulla natura collaborativa della partecipazione al procedimento di adozione di atti generali, MERUSI - PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit.

Sulla esistenza tra soggetti regolati ed autorità regolatrice di un divario di informazioni e di conoscenze a sfavore di quest’ultima, cfr., per tutti, CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilanci e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 168 s.

conoscenze (sulla struttura e sulle tendenze del mercato, sulle innovazioni tecnologiche ecc.) sono spesso più ampie ed approfondite di quelle del regolatore e supportate da specifiche competenze settoriali di cui l'autorità (almeno a livello delle singole unità organizzative interessate) potrebbe anche non disporre: il che accresce il rischio che quest'ultima possa essere influenzata nella sua azione dalle imprese più forti, che, come nel caso delle grandi istituzioni finanziarie, sono in grado di supportare le loro tesi attraverso complesse analisi economiche, articolati pareri legali ecc. (c.d. cattura del regolatore da parte degli interessi regolati)⁴³.

La pubblica consultazione, aprendo il procedimento di regolazione all'apporto di tutte le categorie di interessati, arricchisce invece l'istruttoria con rappresentazioni diverse del fenomeno da regolare e differenti punti di vista sulle soluzioni da adottare. I funzionari dell'amministrazione, in tal modo, vengono ad acquisire un più ampio quadro di dati, elementi, informazioni, tesi così che, quanto più ampia e puntuale è la partecipazione, tanto più remoto è il pericolo del condizionamento del regolatore da parte del regolato e, al contempo, migliore la qualità della regolamentazione, in quanto frutto di maggiore cognizione di causa⁴⁴.

L'adozione di un documento conclusivo sull'esito della consultazione o, comunque, l'esternazione delle ragioni che han-

⁴³ Sulla teoria economica della cattura del regolatore (*i.e.*, del condizionamento dei regolatori da parte delle aziende regolate), cfr., per tutti, LA SPINA - MAIONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 37, p. 122 ss. Sul tema, nella letteratura giuridica sull'argomento *de quo*, CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 12 s.

⁴⁴ Cfr. CHITI, *La disciplina procedurale*, cit., che a p. 685 s. sostiene la necessità di istituti partecipativi volti a garantire la neutralità del regolatore ed a p. 700 osserva che i meccanismi di consultazione possano anche essere considerati come un tentativo di stabilizzazione delle possibili interazioni tra regolatori e regolati.

no indotto l'autorità a condividere o a disattendere le singole osservazioni, come si è detto, suggella il (sub)procedimento assicurando la necessaria trasparenza, anche ai fini di un controllo diffuso sull'operato dell'autorità (in tal senso realizzandosi quel fenomeno di legittimazione procedimentale delle autorità regolatrici che consiste in una "procedimentalizzazione trasparente" volta a garantire la corrispondenza alle regole delle decisioni adottate e, più in particolare, che le soluzioni in chiave non politica di conflitti tra interessi non protetti – nel che è la ragion d'essere dell'indipendenza delle autorità – non si trasformi in una mediazione politica di interessi ⁴⁵).

Sotto altro profilo, la previsione contenuta nell'art. 23, comma 2, secondo cui l'atto finale di regolazione deve essere accompagnato da una relazione che "*ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori*" ha indotto a sostenere che la legge n. 262/05 intenderebbe in tal modo richiedere un'analisi di impatto della regolamentazione, "sia pure mirata agli specifici interessi indicati dalla legge" ⁴⁶.

La norma, tuttavia, nulla dispone al riguardo e concerne piuttosto l'aspetto motivazionale della decisione assunta, né depone in senso contrario la previsione della fase di pubblica consultazione degli interessati, che è strumento diverso, sebbene collegato, rispetto all'analisi di impatto della regolamentazione.

⁴⁵ Così AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 99 ss., 101.

⁴⁶ MATTARELLA, in AA.VV., *La tutela del risparmio*, a cura di NIGRO e SANTORO, Torino, 2007, pp. 443-4.

Quest'ultima consiste, infatti, nel confronto tra i vantaggi e gli svantaggi delle diverse opzioni di cui il regolatore dispone, al fine di valutare preventivamente quali saranno le conseguenze sul sistema economico e sociale della introduzione delle nuove misure, operando come strumento di ricerca di una decisione razionale. Essa non consente il raggiungimento di decisioni perfettamente razionali, fondate su basi scientifiche, non essendo data la costruzione di un modello attendibile e condiviso di misurazione degli effetti degli interventi regolatori⁴⁷ – attesa tra l'altro la problematicità, e talora l'impossibilità, di una stima ragionevole di tutti i costi ed i benefici, soprattutto non monetari⁴⁸ – ma costituisce “più pragmaticamente un sistema per acquisire maggiori elementi conoscitivi (*ex ante* e soprattutto *ex post*) sulle ricadute delle singole scelte politiche ed amministrative”⁴⁹. La stessa formula di “analisi di impatto della regolamentazione” individua non già una metodologia unitaria di analisi, bensì un'area in cui si collocano tecniche valutative differenti, aventi un diverso grado di completezza e precisione⁵⁰, di cui l'analisi costi/benefici è solo una di quelle disponibili.

Per gli atti normativi del governo, i provvedimenti interministeriali ed i disegni di legge di iniziativa governativa il ricorso a procedure di analisi di impatto della regolamentazione, quale strumento di valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di in-

⁴⁷ PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, pp. 60 ss., 66 ss., 72 ss.; ARCURI - VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, p. 248, con riferimento specifico all'analisi costi/benefici.

⁴⁸ PERNA, *Alla ricerca*, cit., pp. 69 s., 77 ss.; ARCURI - VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione*, cit., p. 237 ss.

⁴⁹ PERNA, *Alla ricerca*, cit., p. 64; SICLARI, *L'analisi di impatto della regolamentazione (Air) nel diritto pubblico: premesse introduttive*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 46.

⁵⁰ PERNA, *Alla ricerca*, cit., p. 69 s.

tervento normativo mediante comparazione di opzioni alternative in funzione di supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice, è previsto e disciplinato dall'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, e dal regolamento attuativo emanato con DPCM 11 settembre 2008, n. 170 (in G.U. 3 novembre 2008, n. 257).

In tale procedimento la consultazione delle principali categorie di soggetti pubblici e privati diretti ed indiretti destinatari della proposta di regolamentazione è individuata come una delle fasi della istruttoria che precede la redazione della relazione di A.I.R. (art. 5 DPCM cit.), la quale presuppone lo svolgimento di altre pregnanti attività conoscitive e di valutazione (cfr. art. 6, co. 2, DPCM cit.).

Nel campo che qui interessa, il ricorso a metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione era stato, peraltro, già previsto dall'art. 12 della l. 29 luglio 2003, n. 229, secondo cui tutte le autorità amministrative indipendenti munite di funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie debbono dotarsi *“nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione e, comunque, di regolazione”*.

A sua volta, il già menzionato art. 191, co. 4, del d.lgs. 209/05, dopo aver stabilito che i regolamenti dell'Isvap *“sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto”*, stabilisce inoltre al periodo successivo che *“all'avvio della consultazione l'ISVAP rende noto lo*

schema del provvedimento ed i risultati dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione, che effettua nel rispetto dei principi enunciati all'articolo 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229"; in tal modo, la norma non solo distingue nettamente la procedura di consultazione dall'analisi di impatto della regolamentazione, ma pospone la prima alla seconda, richiedendo che la pubblica consultazione abbia ad oggetto uno schema di provvedimento già corredato dei risultati dell'A.I.R., che dunque, all'avvio della fase consultiva, deve essere ormai già terminata.

Tornando all'art. 23 l. 262/05, la fase di pubblica consultazione, già funzionale per legge (co. 2) alla applicazione del principio di proporzionalità, lo è anche ai fini della valutazione d'impatto della regolamentazione⁵¹ – richiesta, come si è detto, non dalla legge sulla tutela del risparmio ma, in termini peraltro programmatici, dall'art. 12 l. 229/03 cit. – poiché il dialogo con gli operatori ed i soggetti coinvolti facilita l'identificazione delle potenziali conseguenze indesiderate della proposta⁵².

5. L'altra rilevante innovazione introdotta con l'art. 23 attiene all'obbligo di motivazione degli atti regolamentari e generali di Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip.

Questi, infatti, come già più volte ricordato, “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono” (co. 1) e debbono essere accompagnati “da una relazione che ne illustra le conse-

⁵¹ CAPOLINO, *Le autorità*, in AA.VV., *Diritto delle banche*, cit., p. 213.

⁵² In questi termini, CANNATA - QUAGLIARIELLO, *Analisi d'impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 173.

guenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

Come è noto, l'art. 3, co. 2, della l. 241/90 esclude l'obbligo di motivazione per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale⁵³ e tale esenzione, prevista nello stesso articolo che tale obbligo ha per la prima volta previsto in termini generali, non trova ragioni per non riguardare anche le autorità amministrative indipendenti⁵⁴.

Le ragioni dell'esclusione dell'obbligo di motivazione degli atti normativi sogliono essere rinvenute nella loro inidoneità a ledere direttamente situazioni giuridiche soggettive e nel loro distacco dalla fonte da cui promanano, non potendo l'intenzione del loro autore condizionare l'interpretazione di atti che vivono, ormai, di vita propria⁵⁵; laddove la difficoltà di mutuare simili od analoghe ragioni anche per gli atti a contenuto generale ha fatto dubitare, sin dai lavori parlamentari sulla l. 241/90, della correttezza e dell'opportunità di estendere l'esclusione anche a questi ultimi⁵⁶.

La motivazione cui ha riguardo l'art. 23 della l. 262/05 è costruita diversamente da quella prescritta dall'art. 3 della l. 241/90.

Quest'ultima, infatti, richiede all'amministrazione di indicare nell'atto i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che hanno determinato la decisione, vale a dire, da un lato, di esporre le circostanze e gli elementi che definiscono la fattispecie concreta

⁵³ Sulla genesi della norma, SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999, p. 198 ss., in part. p. 200 s.

⁵⁴ In senso contrario, però, la giurisprudenza che si è citata alla nota 38.

⁵⁵ SCARCIGLIA, *La motivazione*, cit., p. 230 s.

⁵⁶ Si veda ancora, in proposito, SCARCIGLIA, *La motivazione*, cit., pp. 200 s., 234 s., 240.

(dati di fatto che l'amministrazione trae dall'esterno come risultanze dell'istruttoria procedimentale e che costituiscono, dunque, oggetto di una mera dichiarazione di scienza, conseguente ad un giudizio di esistenza: c.d. giustificazione⁵⁷), dall'altro di esporre le ragioni – parimenti oggettive, in quanto giuridiche – che l'ordinamento richiede o consente di porre a fondamento della decisione amministrativa (indicazione dei motivi, che consegue a giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto: c.d. motivazione in senso stretto⁵⁸), le quali sono vagliabili alla luce delle norme che le definiscono⁵⁹.

La formula dell'art. 3, co. 1, della l. 241/90 è ripresa dall'art. 24, co. 2, della l. 262/05 per la motivazione dei provvedimenti individuali delle autorità. Quanto alla diversa formula adoperata, invece, nell'art. 23, co. 1, per gli atti regolamentari e generali, esporre i motivi dell'atto con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza che esso esprime significa innanzitutto esplicitare i principi e gli obiettivi posti a base della regolazione adottata⁶⁰, ma anche – posto che l'esercizio della potestà regola-

⁵⁷ GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 258 s.

⁵⁸ GIANNINI, *Motivazione*, cit., p. 259.

⁵⁹ CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2000, p. 776, secondo cui la definizione data dall'art. 3 l. 241/90 sembrerebbe la trascrizione giuridica dello schema del sillogismo pratico aristotelico.

⁶⁰ Nella relazione al testo unificato delle commissioni permanenti VI (finanze) e X (attività produttive, commercio e turismo) presentata il 18 febbraio 2005 alla presidenza della Camera dei deputati si afferma che “la natura della motivazione è [...] in questo caso sostanzialmente diversa da quella richiesta per i provvedimenti amministrativi – in conformità con quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui articolo 3, comma 2, esplicitamente eccettua gli atti normativi e quelli a contenuto generale – e si configura invece come dichiarazione dei principi e degli obiettivi che l'autorità di vigilanza pone a base della regolazione adottata per il settore o la materia sulla quale esercita il potere normativo, in relazione agli interessi pubblici che vengono in rilievo”; quanto alla relazione che deve accompagnare gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale, vi si afferma che questa “ha il fine di esplicitare, sulla base dell'istruttoria compiuta, gli effetti attesi dall'applicazione delle disposizioni introdotte. Tale analisi non costituisce *ex se* presupposto di legittimità dell'atto normativo, per il quale è tuttavia prescritto all'autorità regolatrice di tener conto del principio di proporzionalità ...”.

Il predetto testo unificato, per quanto concerne la norma in questione, è rimasto integralmente invariato nel corso delle diverse letture parlamentari, salvo che per la numerazione (da art. 21 ad

toria trova pur sempre fondamento e limite nella normazione primaria – individuare le norme che legittimano l'intervento e ne definiscono i fini (quelle che, con terminologia comunitaria, si definirebbero la “base giuridica” dell'atto)⁶¹, spiegando perché, su tale base, si sia ritenuto necessario od opportuno assumere proprio quella scelta, anziché una diversa scelta o nessuna scelta.

A sua volta, la necessità di illustrare, seppur con separato documento, le conseguenze previste dell'emanando atto di regolazione (art. 23, co. 2) non può prescindere, evidentemente, da una descrizione del contesto giuridico fattuale in cui la nuova misura regolatoria è destinata ad inserirsi ed operare, vale a dire da una illustrazione delle circostanze incise dalla scelta di regolazione o di vigilanza e che di quella scelta costituiscono dunque, per adoperare la terminologia dell'art. 3 l. 241/90, i “presupposti di fatto”.

In questi termini, i commi 1 e 2 dell'art. 23 descrivono, dunque, una motivazione in senso largo⁶², comprensiva tanto della motivazione in senso stretto che delle cc.dd. giustificazioni di fatto, seppur ripartite in distinti documenti, che nulla però vieta di riunire⁶³ (operando, allora, nel provvedimento un necessario rinvio *per relationem* alla relazione di accompagnamento).

art. 23) e l'inserimento, come si è in precedenza detto, del periodo finale del comma 2, aggiunto nella votazione del 2 marzo 2005 dell'assemblea della Camera.

La relazione delle commissioni permanenti VI e X, pubblicata negli Atti parlamentari della XIV Legislatura, è agevolmente reperibile sul sito internet della Camera dei deputati, nella scheda dei lavori preparatori del p.d.l. 2436; lo stralcio della relazione concernente l'articolo che qui interessa è altresì pubblicato in AA.VV., *La tutela del risparmio*, a cura di NIGRO e SANTORO, Torino, 2007, cit., p. 434 ss.

⁶¹ Osserva che anche lo stabilire quale sia la norma applicabile può risultare talora arduo, CORSO, *Motivazione*, cit., p. 777.

⁶² Nel senso chiarito da GIANNINI, *Motivazione*, cit., p. 258.

⁶³ Il progetto di regolamento esposto dalla Consob nel documento di consultazione del 24 aprile 2007 cit. prevedeva appunto, all'art. 2, che la motivazione fosse riportata all'interno della relazione illustrativa di cui all'art. 23, co. 2, l. 262/05.

È, altresì, interessante notare come lo schema di regolamento predisposto dall'Isvap⁶⁴ abbia previsto che “nel caso in cui l'adozione degli atti di regolazione derivi dall'obbligo di dare attuazione a disposizioni comunitarie o della legislazione nazionale, l'ISVAP, nel rispetto dei principi di cui al comma 1, può motivare le scelte di regolazione facendo riferimento all'attività svolta in sede comunitaria o di legislazione nazionale”.

Quanto alla funzione assolta dalla motivazione degli atti regolamentari e generali delle quattro autorità in questione, anche in questo caso la legge n. 262/05 non sembra aggiungere nulla di particolarmente significativo al dibattito sulla motivazione; restando, peraltro, l'impressione, per l'occasione storica che ha visto l'approvazione della legge n. 262/05, che in questo caso l'obbligo motivazionale sia stato introdotto innanzitutto come uno strumento di controllo sull'esercizio del potere⁶⁵.

Francesco Guarracino

Magistrato Amministrativo

⁶⁴ Cfr. documento di consultazione n. 28/2008 cit.

⁶⁵ Secondo la nota tesi di ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pp. 52 ss., 70 ss., 98 ss.; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Appendice, Torino, 1997, p. 685; su cui, in senso problematico, SCARCIGLIA, *La motivazione*, cit., p. 43 ss., nonché CORSO, *Motivazione*, cit., p. 785 s., il quale osserva che “in un ordinamento democratico gli organi che beneficiano di investitura popolare non hanno tendenzialmente bisogno di motivare i propri atti, mentre tale bisogno hanno gli organi (giurisdizionali e amministrativi) che di tale investitura non godono”.

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

I

CORTE DI CASSAZIONE

12 ottobre 2009, n. 21590

Spese giudiziali civili - Responsabilità aggravata - Totale soccombenza - Necessità

La responsabilità aggravata ex art. 96 cod. proc. civ. integra una particolare forma di responsabilità processuale a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, con la conseguenza che non può farsi luogo all'amplificazione di detta norma quando non sussista il requisito della totale soccombenza per essersi verificata soccombenza reciproca.

(Art. 96 c.p.c.; l. 69 del 2009)

[Omissis...]

La Corte Suprema di Cassazione, Sezione Seconda, composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Presidente

Dott. ODDO Massimo - Consigliere

Dott. TROMBETTA Francesca - Consigliere

Dott. PETITTI Stefano - rel. Consigliere

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da [...] avverso la sentenza della Corte d'appello di Torino n. 132/04 depositata il 24 gennaio 2004; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 4 marzo 2009 dal Consigliere relatore Dott. Stefano Petitti; [...] udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FEDELI Massimo, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in data 28 ottobre 1980, [...] ricorreva al Presidente del Tribunale di Torino, nella sua qualità di figlia naturale di [...] - tale riconosciuta in forza di sentenza del Tribunale di Torino del 28 gennaio 1980 - chiedendo l'accertamento dei propri diritti ereditari e la divisione del patrimonio in vita appartenuto al defunto padre naturale e, in conseguenza, la condanna di [...], vedova [...], di [...] e di [...] al rilascio dei beni ereditari che le spettavano. Chiedeva il sequestro giudiziario degli immobili ricomprasi nella massa ereditaria. Il Presidente del Tribunale autorizzava il sequestro con ordinanza del 1 aprile 1981.

Quindi, con atto di citazione notificato il 12 maggio 1981, [...l'attore...] conveniva davanti al Tribunale di Torino le perso-

ne suindicate, per ivi sentir dichiarare la convalida del sequestro e, nel merito, per rivendicare ex artt. 566 e 581 c.c., quale figlia naturale, la quota di eredità paterna pari ai 2/9 dell'intero, oltre a quanto fatto oggetto di legati nel testamento del defunto, con consequenziale riconoscimento della qualità di erede e condanna dei convenuti al rilascio della quota dei beni a lei spettante, con accessori, interessi e risarcimento dei danni.

I convenuti, costituitisi, resistevano alle domande. Con sentenza non definitiva del 29 settembre 1984, il Tribunale di Torino convalidava il sequestro e riconosceva che alla attrice spettava una quota pari ai 2/9 dell'eredità di [...].

Proponevano appello i coeredi [...] e l'impugnazione veniva respinta dalla Corte d'appello di Torino. La causa di primo grado proseguiva con la nomina del custode dei beni ereditari, al quale veniva affidato anche l'incarico di una consulenza tecnica d'ufficio per l'accertamento dei beni di proprietà del defunto e per la predisposizione di un progetto di divisione. [...]

Con sentenza non definitiva in data 16 dicembre 1999, il Tribunale di Torino disponeva lo scioglimento della comunione esistente tra le parti, con assegnazione all'attrice della quota di 2/9; attribuiva alla medesima attrice alcune parti degli immobili compresi nell'asse; revocava il sequestro giudiziario; rimetteva le parti davanti al G.I. per l'approvazione del rendiconto; differiva la liquidazione delle spese legali alla pronuncia definitiva.

In data 28 ottobre 2000, [...] depositava istanza di sospensione della causa ex art. 295 c.p.c., sulla quale provvedeva il Presidente; con ordinanza in data 22 febbraio 2001, il 6.1. approvava il

rendiconto e invitava le parti a precisare le conclusioni; con ordinanza in data 29 marzo 2001, il G.I. assegnava le rendite ai coeredi in misura delle rispettive quote.

Con sentenza depositata il 12 luglio 2001, il Tribunale di Torino respingeva la richiesta di parte convenuta di dichiarare irricevibile o improcedibile o inammissibile l'istanza di sospensione; dichiarava inammissibile la domanda risarcitoria proposta dall'attrice; dichiarava interamente compensate tra le parti le spese del giudizio; poneva le spese di ctu e di custodia a carico dell'attrice per metà e a carico dei convenuti per la restante metà.

Proponeva appello [...] e, nella resistenza degli appellati, la Corte d'appello di Torino, con sentenza depositata il 24 gennaio 2004, definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento dell'appello e in parziale riforma della sentenza di primo grado n. 6206 del 2001, poneva le spese di consulenza tecnica e di custodia, a titolo definitivo, a carico della massa ereditaria e quindi a carico di ciascun erede in proporzione alla rispettiva quota; condannava [...] al pagamento di 1/5 delle spese del giudizio di appello, dichiarando compensati i restanti 4/5. [...] Quanto poi alla domanda di danno da mancata liquidazione delle spese di causa, la stessa risultava incomprensibile se proposta dinnanzi al Giudice che doveva procedere alla emanazione della sentenza definitiva e a regolamentare le spese dell'intero procedimento.

In realtà, osservava la Corte territoriale, l'appellante parlava impropriamente di danni con riferimento alle spese e impropriamente si lamentava di una mancata liquidazione che non poteva essere anticipata in una sentenza non definitiva, mentre le altre voci avrebbero al più potuto essere dedotte ai sensi dell'art. 96 c.p.c.;

ma una tale domanda non era stata formulata dall'appellante, che non aveva censurato la sentenza di primo grado per violazione dell'art. 96 c.p.c.. [...]

Per la cassazione di questa decisione ricorre [...]; resistono, con controricorso, [...] e [...] Fiore.

MOTIVI DELLA DECISIONE

[...] Con riferimento alle statuizioni contenute nella sentenza impugnata quanto al primo motivo di appello, la ricorrente ribadisce la piena legittimità delle proprie conclusioni definitive assunte nell'udienza del 17 maggio 2001, dal momento che le stesse non contenevano variazioni rispetto a quelle assunte sin dall'atto introduttivo, ma unicamente la quantificazione delle spese e dei danni patiti per la mancata liquidazione delle spese relative alla sentenza parziale n. 3426 del 1984; spese e danni in relazione ai quali soltanto ella aveva chiesto la rivalutazione monetaria a far data dalla sentenza del 1984 (e non già dal 13 novembre 1975, come affermato dalla Corte d'appello). Non si comprenderebbe quindi, ad avviso della ricorrente, come la Corte d'appello possa avere, da un lato, dato ragione al giudice di primo grado, che aveva indebitamente circoscritto la materia del contendere, e, dall'altro, affermato che le conclusioni da essa formulate erano legittime e non integravano una *mutatio libelli*.

La ricorrente censura inoltre l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui la domanda relativa alla mancata statuizione sulle spese della sentenza del 1984 sarebbe stata incomprensibile in quanto proposta al giudice che ex art. 91 c.p.c., doveva regolare le spese dell'intero procedimento.

Ed ancora, la ricorrente critica l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui in sede di giudizio di appello ella avrebbe parlato impropriamente di danni, laddove la questione era solo quella delle spese processuali. La domanda infatti riguardava sia le spese processuali che i danni conseguenti alla mancata liquidazione delle spese relative alla sentenza del 1984. Il fatto che la liquidazione di tali spese sia avvenuta a distanza di 18 anni circa dalla pronuncia di quella sentenza, passata in giudicato, violerebbe i precetti in tema di ragionevole durata del processo; nel merito, la ricorrente ribadisce poi il proprio pieno diritto alla liquidazione di quelle spese e al riconoscimento dei danni ex art. 96 c.p.c., che pure ella aveva sin dall'inizio richiesto mediante la formulazione di una domanda di "risarcimento del danno come per legge", specificando la propria domanda alla prima udienza di precisazione delle conclusioni con il riferimento all'art. 96 c.p.c., e quantificandolo infine nelle conclusioni in data 17 maggio 2001. Irrilevante sarebbe poi il fatto che nell'atto di gravame la sentenza di primo grado non era stata censurata per violazione dell'art. 96 c.p.c., essendo il giudice tenuto a riconoscere alla parte un diritto ove ne sussistano i presupposti, a prescindere dalla esatta indicazione della norma in base alla quale quel diritto sarebbe sorto; del resto, il danno ex art. 96 c.p.c., ben poteva essere liquidato d'ufficio dal giudice, essendo stata provata la malafede delle controparti.

Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

Una volta chiarito che la cognizione del Tribunale, prima, e della Corte d'appello, poi, era limitata unicamente alle spese del giudizio, la pretesa della ricorrente di vedersi riconosciuti danni per la

mancata liquidazione delle spese relativamente alla domanda sulla quale era intervenuta una statuizione non definitiva, ancorché passata in giudicato (sentenza del 1984), prescindendo dall'esito complessivo della lite, appare priva di fondamento. Invero, la regolamentazione delle spese del giudizio nel corso del quale sia stata emessa una sentenza non definitiva compete al giudice dinanzi al quale la causa prosegue, potendosi solo procedere alla regolamentazione delle spese del giudizio di appello sulla sentenza non definitiva, in applicazione del principio per cui "in tema di spese processuali, il giudice di secondo grado che in via definitiva decida sull'appello avverso una sentenza non definitiva esaurisce con la sua pronuncia l'ambito del *thema decidendum* chiudendo il processo davanti a sè e, pertanto, non può rimettere ad una pronuncia definitiva la liquidazione delle spese, ma deve provvedere sulle sole spese del giudizio di secondo grado, restando quelle di primo grado affidate al giudice di primo grado con la pronuncia della sentenza definitiva" (Cass., n. 7662 del 1987; Cass., n. 10333 del 1993). Risulta quindi evidente come nessun addebito possa essere mosso alla sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso le censure con le quali la ricorrente aveva impugnato la sentenza del Tribunale dolendosi del fatto che non erano state liquidate le spese inerenti alla sentenza non definitiva del 1984. Una simile statuizione andava adottata dal giudice cui era demandata l'adozione della sentenza definitiva, ed è appunto ciò che è avvenuto nella specie; senza che, giova ribadirlo, rilevi la circostanza che, per effetto di varie statuizioni intervenute nel corso

del giudizio, la sentenza definitiva abbia avuto ad oggetto solo la questione delle spese del giudizio e di consulenza tecnica.

Quanto poi al rilievo secondo cui la Corte d'appello avrebbe ritenuto incomprensibili le ragioni di una censura rivolta al giudice che avrebbe dovuto adottare la richiesta statuizione, appare evidente che la Corte d'appello ha inteso affermare che la questione delle spese era stata proposta nella sede propria al momento della definizione del giudizio e quindi non aveva senso dolersi della mancata liquidazione in occasione della precedente sentenza non definitiva. Quanto alla censura concernente la qualificazione delle spese come danni e, in particolare, la domanda ex art. 96 c.p.c., il motivo appare infondato, nella parte in cui sembra ipotizzare che il giudice possa decidere su una domanda di responsabilità aggravata ritenendola inclusa nella generica richiesta di risarcimento danni proposta dalla parte.

La domanda di responsabilità aggravata, invero, risulta caratterizzata da una propria *causa petendi*, che deve essere specificata dalla parte che intende ottenere la relativa condanna della controparte. Deve quindi escludersi che la stessa possa essere compresa nella generica richiesta di risarcimento danni proposta dalla parte. Il motivo è invece inammissibile nella parte in cui la sentenza impugnata viene impugnata assumendosi che la domanda di responsabilità aggravata era stata proposta al momento della precisazione delle conclusioni sulle quali è intervenuta la sentenza n. 9484 del 1999; conclusioni che la ricorrente assume di avere richiamato in quelle formulate dinnanzi al Tribunale in data 17 maggio 2001, ma delle quali non riproduce nel ricorso il testo,

limitandosi alla generica affermazione di avere in quella occasione menzionato l'art. 96 c.p.c..

Nè, a ben vedere, la ricorrente censura adeguatamente la sentenza impugnata laddove la stessa ha escluso che, con l'atto di appello, l'appellante abbia dedotto la violazione dell'art. 96 c.p.c., giacché le deduzioni della ricorrente sul punto, da un lato, denotano la genericità della pretesa, e, dall'altro, dimostrano come una simile domanda non sia in realtà stata proposta in primo grado, erroneamente invocandosi l'applicazione del principio *iura novit curia* e l'obbligo del giudice di provvedere alla liquidazione del danno anche d'ufficio.

Da ultimo, giova sottolineare che, in ogni caso, non risulta idoneamente censurata l'ulteriore argomentazione, di per sé idonea a sorreggere la reiezione del motivo di gravame, secondo cui l'esito del giudizio sarebbe stato di per sé sufficiente ad escludere la fondatezza della domanda ex art. 96 c.p.c.. Invero, la ricorrente incentra le proprie doglianze sulla pretesa esistenza della malafede processuale della controparte, della quale la Corte d'appello ha incidentalmente affermato la mancanza di prova, ma omette di considerare che l'esito di complessiva soccombenza reciproca non avrebbe comunque consentito la stessa configurabilità della fattispecie di cui all'art. 96 c.p.c.. In proposito, è sufficiente ricordare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, "la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., integra una particolare forma di responsabilità processuale a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave, con la conseguenza che non può farsi luogo all'applicazione di detta

norma quando non sussista il requisito della totale soccombenza per essersi verificata soccombenza reciproca" (Cass., n. 3035 del 2001; Cass., n. 16057 del 2002).

Con un ulteriore motivo, la ricorrente censura la sentenza della Corte d'appello per quanto da essa affermato in ordine al secondo motivo di appello, concernente le spese da essa ricorrente sostenute per il pagamento delle parcelle dell'Avv. [...]. In particolare viene criticata la condivisione, da parte della sentenza di appello, della statuizione di inammissibilità della relativa domanda contenuta nella sentenza del Tribunale; così come viene criticata la esclusione, da parte della Corte d'appello, del nesso causale tra il pagamento delle parcelle richieste dall'Avv. [...] e la condotta processuale dei convenuti.

Il motivo è infondato.

La Corte d'appello ha infatti rilevato che il Tribunale ha esaminato la questione delle parcelle dell'Avv. [...] come una voce e un problema a sé stante, diverso da quello relativo alla reiterazione della domanda risarcitoria avanzata dalla parte attrice e già definita con la sentenza non definitiva del 1999. In tale affermazione del Tribunale la Corte d'appello non ha ravvisato la denunciata contraddittorietà, sostenuta dalla ricorrente sul rilievo che il medesimo Tribunale aveva affermato di non poter riesaminare domande precluse dalla decisione parziale. In sostanza, la Corte d'appello ha rilevato che il Tribunale, da un lato, ha escluso di poter esaminare la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente, perché già rigettata dalla precedente sentenza non definitiva; dall'altro, ha comunque esaminato le pretese della ricorrente rela-

tive alle parcelle dell'Avv. [...], e ha ritenuto che tali pretese esorbitassero dal *thema decidendum*.

In tale contesto, la sentenza impugnata si sottrae alle proposte censure, le quali attengono prevalentemente al merito della domanda. Invero, o le pretese relative alle parcelle dell'Avv. [...] costituivano una voce delle spese processuali, ed allora in relazione ad esse non era configurabile un'autonoma posizione soggettiva della parte; ovvero le dette spese costituivano oggetto di una richiesta di danni, ed allora il rilievo secondo cui le domande risarcitorie della ricorrente erano già state rigettate dal Tribunale con la seconda sentenza non definitiva è sufficiente ad escludere che il Tribunale potesse esaminarle in occasione della sentenza definitiva. Con il quarto motivo di ricorso, la ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha confermato la decisione del Tribunale in punto compensazione delle spese del giudizio di primo grado. Tutta la vicenda processuale, osserva la ricorrente, denotava come la responsabilità della lite fosse ascrivibile alla condotta delle controparti e come quindi queste avrebbero dovuto essere condannate alla rifusione delle spese, quanto meno con riferimento alla sentenza del 1984, con la quale essa ricorrente era stata dichiarata erede legittima del defunto [...] a tutti gli effetti. In sostanza, sostiene la ricorrente, non si era in presenza di una situazione di soccombenza reciproca e il Tribunale, prima, e la Corte d'appello, poi, avevano proceduto ad una ricognizione sommaria e inadeguata della posizione delle parti con riferimento alle domande dalle stesse proposte. In particolare, né il Tribunale né la Corte d'appello avrebbero tenuto conto della sentenza del

1984 e della chiara soccombenza in essa delle controparti. La ricorrente ribadisce poi che l'unica cosa che Tribunale e Corte d'appello avrebbero dovuto fare era quella di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della Corte di cassazione, investita delle impugnazioni relative alle numerose sentenze intervenute nel procedimento, dal momento che solo all'esito del giudizio di cassazione si poteva avere un quadro chiaro della posizione delle parti e della soccombenza. La ricorrente censura poi la sentenza d'appello per avere escluso che la perdita di atti processuali potesse essere addebitata alle controparti e per avere escluso la rilevanza del fatto che queste ultime avevano sostenuto un minor onere di spese processuali perché [...] aveva avuto la possibilità di difendersi personalmente. La ricorrente critica anche la decisione in punto, ripartizione delle spese di ctu e di custodia, osservando che tali spese avrebbero dovuto essere poste interamente a carico delle controparti. Per quanto attiene al rigetto del motivo di gravame con il quale era stata censurata la statuizione di compensazione integrale delle spese del giudizio di primo grado, ritiene il Collegio che la sentenza impugnata si sottragga alle proposte censure. La Corte d'appello ha infatti rilevato che il Tribunale ha complessivamente valutato le domande proposte sin dall'inizio dalle parti; ha quindi rilevato che il Tribunale ha motivatamente ritenuto che, pur vertendosi in un giudizio di divisione, dovesse operare il principio della soccombenza e che sussistessero le condizioni di reciprocità giustificatrici di una totale compensazione delle spese di lite. La Corte d'appello ha, in particolare, sottolineato la correttezza della valutazione effettuata dal Tribunale, scaturita da uno sguardo d'insieme e globale sulla complessa e arti-

colatissima controversia, tenendo conto quindi anche della vittoria riportata dalla ricorrente sulla questione dell'accertamento della sua qualità di erede, che ha consentito di temperare il criterio del calcolo algebrico delle poste di vittoria e di soccombenza delle varie parti sulle singole domande, che sarebbe stato certamente più penalizzante per la ricorrente stessa. La Corte d'appello ha anche tenuto conto della decisione assunta in sede di gravame sulla sentenza non definitiva del 1999 e ha ritenuto che la parziale riforma di quest'ultima non abbia inciso sulla valutazione globale della posizione delle parti ai fini della individuazione della soccombenza e della determinazione in punto spese del giudizio. Non sussiste, quindi, la denunciata violazione di legge, giacché la Corte d'appello ha ritenuto che il Tribunale abbia fatto corretta applicazione del principio secondo cui "il criterio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., al fine della determinazione dell'onere delle spese processuali, non si fraziona secondo l'esito delle varie fasi del giudizio, ma va riferito unitariamente all'esito finale della lite, senza che rilevi che in qualche fase o grado la parte poi soccombente abbia conseguito un esito per sè favorevole" (Cass., n. 4778 del 2004; Cass., n. 18353 del 2005).

Non sussiste, peraltro, neanche il denunciato vizio di motivazione. Le censure che la ricorrente prospetta con riferimento alla motivazione con la quale la Corte d'appello ha ritenuto di dover confermare la statuizione del Tribunale di compensazione delle spese del giudizio, infatti, non evidenziano lacune o illogicità della sentenza impugnata, ma si risolvono in una critica al merito della decisione adottata dal giudice d'appello e nella richiesta di

un diverso apprezzamento delle circostanze già valutate da quel giudice, il che non è consentito in sede di legittimità. In particolare, la ricorrente evidenzia l'esito positivo delle proprie domande, ma omette del tutto di considerare che il Tribunale, prima, e la Corte d'appello, poi, la hanno ritenuta soccombente in relazione ad una ulteriore serie di pretese.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, del resto, "Esula dal sindacato di legittimità e rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito la valutazione della opportunità della compensazione, totale o parziale, delle spese processuali, essendo la statuizione sulle spese adottata dal giudice di merito sindacabile in sede di legittimità nei soli casi di violazione del divieto, posto dall'art. 91 c.p.c., di porre anche parzialmente le spese a carico della parte vittoriosa o nel caso di compensazione delle spese stesse fra le parti adottata con motivazione illogica o erronea" (Cass., n. 3272 del 2001).

[...] In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, con conseguente condanna della ricorrente, in applicazione del principio della soccombenza, al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.700,00, di cui Euro 6.500,00 per onorari, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 4 marzo 2009. Depositato in Cancelleria il 12 ottobre 2009.

*DIRITTO ED ECONOMIA DEI MEZZI PROCESSUALI.**(azione e resistenza temeraria)*

1. La sentenza in epigrafe segna l'epilogo di una vicenda processuale iniziata nel 1980, risolta con condanna dei convenuti che si erano opposti alla definizione dei diritti ereditari della ricorrente. Particolarmente significativo è il decorso di un ampio lasso di tempo (trent'anni) tra il momento della proposizione della domanda e quello del completamento dell'*iter* procedurale. Tale circostanza fattuale comporta implicazioni di tutto rilievo sia sul piano del rapporto che è intercorso tra le parti in causa, sia su quello dei possibili effetti macroeconomici ascrivibili all'assunzione di una linea comportamentale non corretta in sede giudiziaria.

Per quanto concerne il primo aspetto d'indagine, non sembra sufficiente a mitigare il risultato negativo connesso alla predetta lungaggine processuale la presenza di un provvedimento non definitivo del 1999 (che attribuiva alla ricorrente alcuni beni ricompresi nell'asse ereditario); di tal che si registra un irragionevole ritardo nella liquidazione delle spese processuali avvenuta dopo diciotto anni dalla pronuncia della sentenza cui afferiscono.

Con riguardo, poi, alle ulteriori conseguenze di carattere sociale desumibili dal giudicato in esame, queste - come si tenterà di dimostrare in seguito - si individuano nella sostanziale inversione dei meccanismi di razionalità economica che dovrebbero regolare il buon andamento del mercato e, per tal via, lo sviluppo generale del Paese. Conferente in tal senso è la riferibilità, per un

verso, al dispendio di risorse di finanza pubblica, per altro alla contrazione dei livelli quantitativi di spesa, in termini di consumo e di circolazione della ricchezza.

2. A ben considerare, la fattispecie in esame offre lo spunto per l'approfondimento dei limiti che tutt'ora circoscrivono l'utilizzo dei mezzi processuali. Rileva, in proposito, il condizionamento nella determinazione ad agire riveniente dalla possibilità di un abuso del diritto di resistere in giudizio; abuso talora indotto dalla consapevolezza di essere in presenza di un sistema disciplinare caratterizzato da esigua tutela avverso le ipotesi di «difesa temeraria» (attivate al mero scopo di *guadagnare* qualche anno prima di corrispondere all'attore il dovuto, come di recente un giudice di merito ha sottolineato in un caso analogo a quello di cui si discute¹).

Per converso, è frequente nel nostro sistema giudiziario l'eventualità di *giuste* richieste processuali penalizzate da *incaute* resistenze, fondate su argomentazioni difensive labili o ancorate a tesi prive di riscontri in termini di fatto o di diritto.² Detta realtà giuridica è supportata - come testé si è sottolineato - dalla remota possibilità di una condanna del convenuto al risarcimento del danno, che - ove riconosciuto - è per solito di contenuta entità ovvero ricondotto nei limiti della mera corresponsione degli inte-

¹ A tale riguardo si richiama la posizione del Tribunale di Roma, che - in una recente sentenza del giorno 11 gennaio 2010 - si è soffermato a criticare la «manifesta infondatezza» delle eccezioni sollevate, ravvisando «una grave violazione del corrispondente diritto di azione della controparte, anch'esso tutelato dagli artt. 24 e 111 della Costituzione e dall'art. 6 Cedu».

² La valutazione di temerarietà è rimessa all'insindacabile valutazione del giudice di merito (v. C 95/2475, 92/126)

ressi legali.³ Ciò, a prescindere dal fatto che necessita, comunque, la proposizione di un'apposita istanza per ottenere il riconoscimento di un eventuale danno; istanza caratterizzata da una specifica *causa petendi* e, quindi, collegata all'esercizio di una azione che si pone come ulteriore rispetto a quella che ha avviato il procedimento.

Ed ancora, il contrasto di queste condotte non può esser rimesso unicamente alla perizia degli avvocati, certamente coinvolti sul piano della responsabilità professionale (stante il combinato disposto dell'art. 6 e dell'art. 36 del Codice di deontologia). Appare, infatti, chiaro che il divieto di iniziative in giudizio assunte con mala fede o colpa grave e di azioni inutilmente gravose si pone in sintonia con le esigenze di repressione (o meglio, di prevenzione) dell'abuso del processo in rapporto alla sua funzione sociale, rappresentando un limite del ministero difensivo.⁴

In tale contesto logico, i convenuti appaiono incentivati a valutare positivamente le lungaggini procedurali al fine di ottenere, a basso costo, una sorta di *moratoria* nei pagamenti dai medesimi dovuti e che, a buon diritto, vengono ad essi richiesti. Con-

³ Rileva sul punto la considerazione secondo cui «il giudice non può liquidare il danno, neppure equitativamente, se dagli atti non risultino elementi atti ad identificarne concretamente l'esistenza»; v. Corte d'Appello di Roma, sentenza del 19 gennaio 2010 ove si evidenzia come un'impostazione siffatta abbia condotto ad un oblio della «responsabilità aggravata». La giurisprudenza ha dunque riconosciuto le difficoltà di fornire una dettagliata deduzione e prova del pregiudizio riveniente da una resistenza temeraria (v. C 92/6637, 90/4651).

In tale contesto, il ricorso alla formula equitativa, per un verso, risolve il problema della determinazione del dato quantitativo, per altro lascia ampi spazi alla discrezionalità del giudice, che potrà assestarsi su livelli inefficienti (per tali intesi quelli insufficienti a scoraggiare l'assunzione di posizioni difensive pretestuose).

Del pari, il riferimento ai parametri della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si attesta su livelli minimali (ossia euro 1.000/1.500 per ogni anno di durata del processo stesso), v. Trib. Modena, sentenze del 28 maggio 2009, del 24 aprile 2009 e 2 febbraio 2007.

⁴ Cfr. PERFETTI, *La deontologia delle funzioni giudiziarie. Un'argine agli ab-usi del processo*, Brescia, 9 dicembre 2008, reperibile sul sito www.consigionazionaleforense.it

siderazioni di tal genere - di certo non fondate su un'attenta ponderazione degli elementi di causa ed alla base di scelte *opportunistiche* - danno luogo al prevalere di condotte poco responsabili se non, addirittura, contrarie ai principi di civiltà giuridica e di etica pubblica accolti nel nostro ordinamento, principi in base ai quali deve negarsi legittimazione ad ogni forma di pretestuoso ricorso al Giudice.⁵

Sicché - indipendentemente da ogni possibile accertamento in ordine alla presenza di «mala fede» o «colpa grave» nelle determinazioni a base dell'*agere* processuale⁶ - in tali fattispecie si versa in presenza di comportamenti che si riverberano a danno della collettività per molteplici ragioni. In primo luogo, va osservato che la temerarietà della difesa finisce - sul piano delle concretezze - con l'essere di ostacolo al corretto adempimento della funzione giurisdizionale da parte dello Stato: essa prolunga i tempi di risposta, frustrando le aspettative di attuazione dei diritti sostanziali lesi.

⁵ L'esistenza di limite generale all'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento alla persona è tema ampiamente dibattuto, registrando sia posizioni di chiusura (cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 276; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 373), sia talune aperture (cfr. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 36).

Sul punto si vedano e conclusioni precisate da ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 410; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 11; PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., I, Torino, 1987, p. 8; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 170

⁶ Elementi soggettivi riferibili, quanto al primo termine, alla conoscenza del proprio torto, nella consapevolezza dell'infondatezza dell'eccezione o, ancora, nella volontarietà di dar corso ad un abuso del diritto di difesa (cfr. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Torino, 2007, I, p. 365; TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2007, p. 272; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, p. 321; per un diverso approccio, si rinvia a SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 325 ss) e, quanto al secondo, alla diligenza (C 94/1592, C 07/24645), nonché alla prevedibilità delle conseguenze (cfr. MANDRIOLI, op. loc. cit.).

In giurisprudenza, v. C 79/1740; 74/2404

A conferma dei limiti della tutela riconosciuta nei casi di «difesa temeraria» rileva l'orientamento della Suprema Corte, nel provvedimento qui annotato. Quest'ultima ha, infatti, sottolineato che il giudice può riconoscere un risarcimento, a favore dell'attore, nel solo caso in cui sussistano i presupposti della soccombenza totale, dell'effettivo pregiudizio e dello specifico elemento soggettivo; fermo restando che il sistema della legge non prevede sanzioni di carattere generale avverso condotte della specie in osservazione. Da qui la conseguente evanescenza delle forme di contrasto all'abuso dei mezzi processuali attivati per finalità dilatorie; problematica che si alimenta e, al contempo, trae vigore dalle attuali condizioni di difficoltà in cui versa il nostro sistema giudiziario a causa della ingente mole di un contenzioso tuttora inevaso.

Il riscontro di tale problematica alimenta il dibattito in ordine alle regole processuali disposte per la risoluzione dei casi di inadempimento di un diritto sostanziale; ciò, si ricollega alle autorevoli critiche che hanno interpretato le lungaggini dei procedimenti alla stregua di un fattore di depotenziamento dello sviluppo.⁷ Viene, dunque, in evidenza il rapporto tra economia e processo civile;⁸ in questo ambito, infatti, efficienza (della procedura) ed effettività (della tutela) costituiscono valori di riferimen-

⁷ Cfr. DRAGHI, *Considerazioni finali per l'anno 2006*, Roma, 31 maggio 2007, pp. 11 - 12, cui fa riscontro ALPA, *Le considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia: molti argomenti di riflessione per l'avvocatura*, Roma, 1 giugno 2007, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it

⁸ Cfr., sul punto, COSTANTINO, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, I, p. 7 ss.

to che coniugano le esigenze del mercato con quelle proprie della giurisdizione (e, dunque, della sovranità statale).

3. *Da mihi factum, dabo tibi... tempus*; così modificato il noto brocardo riflette le condizioni attuali di una giustizia civile arenata nelle secche che spingono i cittadini, per un verso, ad una fuga dalla giurisdizione ordinaria,⁹ per altro ad accettare inerti ingiuste turbative dei propri diritti; condizioni, entrambe, considerate meno onerose di un processo giurisdizionale.

Sul piano sociale, la vicenda in commento è indicativa di un paese nel quale alla perdita dei valori della giustizia consegue una perdita delle capacità di sviluppo¹⁰.

Muovendo dalla considerazione che il dato temporale - o, più esattamente, l'effetto del relativo decorso - può influenzare le scelte (di agire e/o resistere in giudizio) delle parti in causa, può pervenirsi alla conclusione di trarre un beneficio economico dalla assunzione di resistenze temerarie.

In altri termini, in presenza di un arco temporale di significativo rilievo per la risoluzione della controversia, le valutazioni del convenuto non si soffermano sul calcolo delle probabilità di accoglimento della pretesa, nonché del valore dell'eventuale condanna e del costo dei servizi legali, ma si estende sino a tener

⁹ E in particolare dalla cognizione piena; altri tentativi sono ancorati anche a valutazioni relative ai costi dei servizi legali; cfr. *Il costo dei servizi legali per le imprese*, Roma, 10 ottobre 2007, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it

¹⁰ Sul piano gius-economico, va altresì considerato che le inefficienze in considerazione minano il senso degli assetti patrimoniali (rivenienti dalla definizione dei diritti di proprietà), ostacolano il corso degli effetti obbligatori (dell'attività contrattuale) e, al contempo, impediscono l'adozione di rimedi (rispetto a fatti civili illeciti). Ciò, in ragione del rapporto di strumentalità che pone in relazione la disciplina sostanziale con l'attività processuale.

conto delle aspettative d'inflazione monetaria (ovvero dell'andamento del *ciclo vitale*).¹¹

Da qui l'eventualità di ritenere preferibile l'inadempimento, prima, e l'assunzione di una posizione giuridica infondata, poi, piuttosto che corrispondere il «dovuto». Tale opzione, ancorché razionale, conduce all'assunzione di una condotta che si pone in contrasto con i canoni di correttezza propri del nostro ordinamento giuridico. A fronte dell'*agere* del debitore, v'è una scelta del creditore (fondata sulla quantificazione del diritto sostanziale leso) vincolata dall'esistenza di un *effetto soglia* in ordine alla convenienza dell'azione.

Consegue un'evidente criticità delle ipotesi in cui detta valutazione porti alla desistenza dell'attore (connessa al limitato vantaggio di interventi per importi minimi), da cui discende la perdita del credito e, dunque, una contrazione della relativa capacità di consumo.

Quanto ai diritti azionati, il percorso giudiziario dà luogo - com'è noto - ad un'ovvia incertezza del credito ed al deferimento del pagamento ad una data futura. Ne risulta evidentemente condizionato il *piano di consumo* dell'attore, stante la subordinazione di quest'ultimo all'esito del processo ed alla funzione di utilità attesa.¹² In altri termini, nel sistema dell'economia comportamenta-

¹¹ Rileva, sul punto, l'azione di contrasto ai ritardi di pagamento quale strumento di tutela della concorrenza nel mercato comune; azione che ha trovato trasposizione nella direttiva 2000/35/CE, che si inserisce nel Piano d'azione per il mercato unico del 4 giugno 1997, nel quale si dava risalto al fatto che i ritardi di pagamento rappresentano un intralcio sempre più grave per il successo del mercato unico; cfr., per un caso di inadempimento, la sentenza della C.G.C.E., 3 aprile 2008, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, II, p. 1 con nota di GRANDI.

¹² Cfr. VARIAN, *Microeconomia*, Venezia, 2007, p. 202 ss.

le, si produce una variazione negativa della domanda per effetto della percepita aleatorietà dei diritti in causa.¹³

Sotto altro profilo, va considerato che l'indebito beneficio (conseguito dal convenuto) ed il pregiudizio (che grava sull'attore) sono simmetrici e, dunque, la loro aggregazione non produce una preferenza sociale (al netto di ogni giudizio di tipo distributivo).¹⁴ Per converso, una «resistenza temeraria» determina la produzione di costi di giustizia (sostenuti dallo Stato), cui si aggiungono l'affaticamento degli organi giurisdizionali e - come si è testé evidenziato - taluni effetti negativi in termini di consumo.

Se ne deduce l'esigenza di un intervento del legislatore volto a ripristinare un ordine processuale in grado di comporre l'interesse individuale con quello collettivo. Non v'è dubbio che l'ordinamento ha interesse a punire comportamenti siffatti, colpendo il convenuto con una sanzione *ulteriore* rispetto a quella oggetto della «responsabilità aggravata» (che, come detto, si risolve in termini di risarcimento del danno). Diversamente, in siffatto contesto, si allontana l'obiettivo - proprio delle regole di procedura - di minimizzare la somma dei costi sociali che assistono la definizione delle fattispecie poste all'attenzione del giudice.¹⁵

¹³ Ciò, secondo i modelli proposti da DIAMOND e VARTAINEN, *Behavioral Economics and Its Applications*, Princeton, 2007, p. 115 ove si fa esplicito riferimento al tema della *behavioral law and economics*.

¹⁴ E ciò, anche in considerazione del «teorema dell'impossibilità», che dimostra l'inesistenza di una procedura di decisione collettiva in grado di soddisfare alcuni requisiti minimi per assumere scelte non arbitrarie; cfr. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, Yale, 1970, p. 46 ss.

¹⁵ Rileva, sul punto, la teoria di Coase in merito alla «*Legal definition of Rights*», intesa quale aspetto peculiare del problema dei cd. «*social costs*», Cfr. COASE, *The firm the market and the law*, Chicago, 1998, p. 95 ss e, in particolare, p. 119

4. Per concludere, la sentenza della Cassazione evidenzia un'area di debolezza del nostro processo civile; l'attenzione rivolta ai casi di «resistenza temeraria» si pone quale presupposto per una revisione del meccanismo di contrasto previsto dall'art. 96 c.p.c., in vista di obiettivi di efficienza (da perseguire attraverso un miglioramento dell'impianto procedurale esistente).

Tale prospettiva appare complementare alla riforma del processo civile introdotta con la l. 18 giugno 2009, n. 69, che affronta il problema della *lentezza delle controversie* e, dunque, si propone di affinare gli strumenti che non appaiono idonei allo scopo per il quale vennero originariamente predisposti.

Significativa, al riguardo, è l'introduzione di talune sanzioni processuali a carico di chi ritarda, con il proprio comportamento, la conclusione del processo; ed in particolare, la previsione della possibilità di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma determinata in via equitativa (art. 96, comma terzo, c.p.c.).

Prescindendo da ogni valutazione in ordine alla eventuale incostituzionalità di tale innovazione normativa,¹⁶ sembra tuttavia possibile rilevare la scarsa coerenza del ricorso all'istituto dei «danni punitivi processuali» con i canoni propri del diritto della economia. Ciò in quanto un meccanismo siffatto si risolve in una

¹⁶ Cfr. ALPA, *Audizione avanti le Commissioni riunite Affari Costituzionali e Bilancio della Camera dei Deputati*, Roma, 25 marzo 2009, p. 1.

Per una prima applicazione della norma cfr. Trib. Varese, ord. 23 gennaio 2010 ove si riconosce che la fattispecie sanzionatoria in considerazione è distante dalla struttura tipica dell'illecito civile, essendo riconducibile alle cd. «condanne punitive».

Sul punto, l'Associazione Nazionale Magistrati ha ritenuto condivisibili, nel merito, le disposizioni volte a contrastare l'uso dilatorio e l'abuso del processo (ed in particolare la disciplina sulla responsabilità aggravata; cfr. *L'ANM sulla riforma del processo civile*, 1° ottobre 2008, allegato ai lavori delle *Commissioni riunite Affari Costituzionali e Bilancio della Camera dei Deputati*, p. 15).

formula sanzionatoria a favore dell'attore, laddove ben più congruo sarebbe riconoscere il risarcimento dei danni della resistenza temeraria in capo all'amministrazione giudiziaria (che, come si è detto, subisce l'onere di una resistenza temeraria). Tale impostazione logica trova ulteriore conferma nelle riflessioni della dottrina, che - nel far riferimento a modelli e funzioni tradizionali - non prendono in considerazione il danno effettivamente cagionato, ma l'incidenza sfavorevole della sanzione rispetto al destinatario.¹⁷

Valerio Lemma

Ricercatore di Diritto dell'economia
nell'Università G. Marconi di Roma

¹⁷ Cfr. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in Enc. Dir., Milano, 1989, XLI, p. 303 ss.; PALIERO e TRAVI, *Sanzioni amministrative*, *ibidem*, p. 350

I
CORTE DI CASSAZIONE
17 Aprile 2009, n. 9316

Attività di sollecitazione all'investimento immobiliare - Illecito di cui agli art. 94 e 191 del d.lgs. n. 58 del 1998 - Esclusione

La sollecitazione agli acquisti immobiliari in mancanza di preventiva comunicazione alla Consob non configura l'illecito di cui agli art. 94 e 191 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, atteso che dette norme - da interpretare alla luce della definizione di "sollecitazione dell'investimento" contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. t, del medesimo decreto - collegano l'applicabilità della sanzione soltanto alla sollecitazione all'investimento in prodotti e strumenti finanziari, ai quali gli acquisti immobiliari non sono in alcun modo assimilabili, sia per la diversità tra le due categorie, sia in virtù dell'estraneità delle competenze della Consob dal campo degli investimenti immobiliari; ne consegue che la punizione di tale condotta viola il principio di legalità e tipicità dell'illecito amministrativo.

(Artt. 1, 94, 191 d. lgs. 58 del 1998)

[Omissis...]

La Corte Suprema di Cassazione, Sezione Seconda, composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ELEFANTE Antonino - Presidente -

Dott. SCHETTINO Olindo - Consigliere -

Dott. MALZONE Ennio - Consigliere -

Dott. PICCIALLI Luigi - rel. Consigliere -

Dott. ATRIPALDI Umberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente sentenza sul ricorso 21795/2005 proposto da: MINISTERO ECONOMIA E FINANZE [...] - ricorrente -

contro

[...] - controricorrenti -

Nonché contro [...]; -intimato-

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di Milano, depositata il 16/04/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/02/2009 dal Consigliere Dott. LUIGI PICCIALLI [...] udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Russo Rosario Giovanni, che ha concluso per accoglimento del ricorso, cassazione con rinvio.

FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto in data 17.3.03, su proposta della CONSOB dell'11.12.02, il Ministero dell'Economia e della Finanze irrogò alla società [...] Immobiliare s.r.l. la sanzione amministrativa di Euro 52.000,00, per la violazione di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 94, comma 1, e art. 191, per avere operato una sollecitazione all'investimento, costituita da un'offerta al pubblico di contratti d'investimento immobiliare, in assenza della preventiva comunicazione e dell'invio del prospetto informativo alla CONSOB. Si opponeva, davanti alla competente Corte d'Appello di Roma, la società sanzionata, negando di aver posto in circola-

zione lo stampato acquisito dagli organi ispettivi a sostegno dell'addebito e sostenendo che il contenuto dello stesso, comunque, non comportava gli adempimenti suddetti, non riguardando prodotti finanziari; in subordine chiedeva la riduzione della sanzione. All'opposizione resistevano, distintamente costituendosi, il Ministero e la CONSOB. Con decreto in data 15.1, depositato il 30.1.04, l'adita corte rigettava l'opposizione e condannava la ricorrente al rimborso delle spese del giudizio in favore di ciascuno dei resistenti. Premesso che l'opponente aveva negato di essere fonte di provenienza dell'acquisito stampato, nel quale era contenuto un invito all'acquisto di prodotti finanziari, garantendo un reddito immobiliare predeterminato medio - alto in relazione a quello garantito dal mercato finanziario, ma che l'addotta tesi di un inganno in suo danno perpetrato da terzi ignoti non aveva trovato alcun concreto riscontro circa eventuali persone interessate a danneggiarla, considerato che l'addebito aveva, invece, trovato ulteriore conferma in una, pure acquisita nell'ambito delle indagini, lettera della società ad una cliente, nella quale una "procedura veniva esplicita come offerta di investimento immobiliare ma con peculiarità proprie dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari", la corte disattendeva le discolpe addotte; quanto alla misura della sanzione, considerato che finanziari, garantendo un reddito immobiliare predeterminato medio - alto in relazione a quello garantito dal mercato finanziario, ma che l'addotta tesi di un inganno in suo danno perpetrato da terzi ignoti non aveva trovato alcun concreto riscontro circa eventuali persone interessate a danneggiarla, considerato che l'addebito aveva, invece, trovato ulteriore conferma in una, pure acquisita nell'ambito delle indagini, lettera della società ad una cliente, nella quale una "procedura veniva esplicita come offerta di

investimento immobiliare ma con peculiarità proprie dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari", la corte disattendeva le discolpe addotte; quanto alla misura della sanzione, considerato che la stessa era prossima alla media aritmetica tra il minimo ed il massimo, i giudici la ritenevano adeguata, tanto più che l'opponente non aveva dedotto specifiche argomentazioni di censura al riguardo.

Contro tale decisione ricorrono per cassazione, con tre motivi articolati su vari profili, la [...] Immobiliare s.r.l. [...]

Resistono, con comune controricorso dell'Avvocatura Generale dello Stato, il Ministero e la CONSOB.

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

[...]

Nel primo motivo si deduce la "nullità del decreto e del procedimento" sotto tre diversi profili: 1) per mancata esposizione, in violazione dell'art. 132 c.p.c., delle conclusioni delle parti e dei fatti di causa; 2) per violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo i giudici di merito "completamente omesso...di pronunciarsi sulla domanda di riduzione dell'importo della sanzione.."; 3) per insufficienza della motivazione, per non essere state indicate le prove a sostegno della pretesa sanzionatoria e per difetto di alcun collegamento tra gli addebiti e le norme di riferimento.

Il motivo è manifestamente infondato sotto tutti i tre dedotti profili.

[...]

Con il secondo motivo di ricorso si deduce violazione e falsa applicazione di norme di diritto sotto quattro distinti profili, il primo dei quali relativo al D.Lgs. n. 58 del 1998, artt. 1, 94 e 191.

Si lamenta che la corte territoriale avrebbe indebitamente ritenuto ap-

plicabile alla fattispecie, "con sbrigativa motivazione", le suesposte disposizioni, configuranti illeciti amministrativi la cui condotta tipica consiste nel sottrarre ai controlli della CONSOB le sollecitazioni all'investimento aventi ad oggetto offerte di prodotti o strumenti finanziandosi come normativamente definiti, e non anche sollecitazioni all'investimento immobiliare, come nel caso di specie, ancorchè prospettate in termini particolarmente vantaggiosi e con garanzie di alti redditi, trattandosi di materia sottratta alla disciplina del sopra citato testo unico sull'intermediazione finanziaria. La censura è fondata.

L'art. 191, cit. D.Lgs. sanziona la condotta di "chiunque effettua sollecitazioni all'investimento in violazione delle disposizioni dell'art. 94, comma 1..", norma quest'ultima prevedente che "coloro che intendono effettuare sollecitazioni all'investimento ne danno preventiva comunicazione alla CONSOB". Tale precetto va integrato con la definizione che l'art. 1, comma 1, fornisce, alla lett. t), della sollecitazione all'investimento, definendola "ogni offerta, invito ad offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari, ed, alla lett. u), dei prodotti finanziari, definendoli quali "strumenti finanziari ed ogni altra forma di investimento di natura finanziaria"; l'art. 1 cit., comma 2, poi, elenca gli strumenti finanziari, nel cui ampio novero figurano azioni, obbligazioni, titoli di stato, altri titoli negoziabili sul mercato dei capitali ed alcune fattispecie di moderni contratti mobiliari. all'investimento ne danno preventiva comunicazione alla CONSOB". Tale precetto va integrato con la definizione che l'art. 1, comma 1, fornisce, alla lett. t), della sollecitazione all'investimento, definendola "ogni offerta, invito ad offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pub-

blico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari, ed, alla lett. u), dei prodotti finanziari, definendoli quali "strumenti finanziari ed ogni altra forma di investimento di natura finanziaria"; l'art. 1 cit., comma 2, poi, elenca gli strumenti finanziari, nel cui ampio novero figurano azioni, obbligazioni, titoli di stato, altri titoli negoziabili sul mercato dei capitali ed alcune fattispecie di moderni contratti mobiliari.

Non rientrando gli acquisti immobiliari nell'elenco, di cui al comma 2, degli strumenti finanziari, occorre allora stabilire se gli stessi possano invece ricondursi, come hanno ritenuto la CONSOB ed i giudici di merito, all'altra categoria di prodotti finanziari, di cui alla seconda parte della definizione, contenuta sotto la lett. u) del comma 1, prevedente "*ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*".

Ritiene questa Corte che al quesito debba darsi risposta negativa, per il seguente ordine di considerazioni: a) l'estrema genericità della previsione normativa, che in palese contrasto con il principio di legalità e tipicità dell'illecito amministrativo dettato dalla L. n. 689 del 1981, art. 1, consentirebbe di assoggettare a sanzione amministrativa, a mera discrezione della CONSOB, una vasta gamma di condotte di operatori commerciali, ogni qual volta le offerte (o richieste) rivolte al pubblico prospettassero la particolare remuneratività di operazioni negoziali finalizzate al conseguimento di un reddito qualsiasi; b) la mancanza di alcuna analogia tra i prodotti finanziari tipici (vale a dire gli strumenti finanziari, elencati nel citato art. 1, comma 2), e le offerte di acquisto immobiliari, aventi ad oggetto beni non assimilabili in alcun modo a quelli tradizionalmente oggetto delle normative di settore, poi sostituite dal D.Lgs. n. 58 del 1998, in precedenza sempre espressamente limitate alla disciplina delle attività di intermediazione mobiliare e dei relati-

vi mercati (segnatamente la L. 2 gennaio 1991, n. 1, abrogata dall'art. 214, cit. D.Lgs.); c) l'assenza di alcun cenno, nell'ambito della nuova disciplina, agli investimenti immobiliari, silenzio legislativo poco compatibile con l'ipotesi di un'innovazione di sì larga portata, intervenuta su precedente contesto normativo nel quale le, pur ampie, finalità istituzionali della CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) attenevano essenzialmente ai controlli del mercato finanziario strido sensu, vale a dire al controllo degli scambi di massa di natura mobiliare (per una definizione più ampia e moderna, alla luce della citata L. n. 1 del 1991, degli strumenti finanziari e valori mobiliari, v. Cass. n. 10598/05); d) la ripetuta menzione, nell'ambito dell'art. 94, comma 2, cit. D.Lgs., prevedente gli "obblighi degli offerenti", con riferimento ai prodotti finanziari offerti, del termine "emittenti, ben poco compatibile con offerte di beni immobili, per loro natura non suscettibili di "emissione"; e) la previsione del comma 5 bis, dell'articolo citato, secondo la quale "la CONSOB determina quali strumenti o prodotti finanziari quotati in mercati regolamentati ovvero diffusi fra il pubblico devono avere un contenuto tipico determinato". Particolarmente significativa deve ritenersi tale ultima disposizione, che associando strumenti e prodotti finanziari nel comune riferimento alle quotazioni nei mercati o alla diffusione fra il pubblico, evidenzia consueti connotati caratterizzanti solo i titoli ed i valori mobiliari, per loro natura soggetti a rapidi scambi di massa e quotazioni mutevoli in brevi periodi, lasciando chiaramente intendere come gli investimenti di natura finanziaria, per essere assoggettati ai controlli de quibus in quanto prodotti finanziari, debbano rispondere a caratteristiche economico - giuridiche che, se pur non tali da consentirne la riconduzione alla gamma delle

fattispecie tipiche elencate nel citato comma 2, siano quanto meno oggettivamente analoghe a quelle; il che è da escludersi per le sollecitazioni all'investimento immobiliare nelle quali il reddito assicurato ai destinatari dell'offerta è di natura fondiaria, caratterizzato da tendenziale stabilità nel tempo e scarsa sensibilità agli andamenti dei mercati finanziari, poco o punto rilevando che la prospettata remuneratività degli acquisti sia stata, come nella specie, correlata al raffronto con i rendimenti medio - alti correntemente garantiti dai suddetti mercati, costituendo tale forma di allettamento della clientela, particolarmente valorizzato dai giudici di merito, un mero elemento estrinseco, inidoneo ad incidere sulla natura del contratto offerto, comunque ed essenzialmente costituito da una compravendita immobiliare.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, ritenuto che i giudici di merito abbiano indebitamente applicato, in violazione del principio di legalità e tipicità dell'illecito amministrativo dettato dalla norma generale di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 1, e del divieto di analogia in malam partem, di cui all'art. 14 preleggi, la sanzione di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 191, ad una condotta non integrante violazione del precetto, rinvenibile nell'art. 94, comma 1, in rel. all'art. 1, commi 1 e 2, cit. D.Lgs., il ricorso deve essere accolto in relazione all'esaminata censura, pregiudiziale rispetto a tutte le rimanenti, contenute nei restanti profili del secondo motivo e nel terzo motivo d'impugnazione, che restano pertanto assorbite.

Non rendendosi necessari altri accertamenti di merito, la sentenza impugnata va cassata senza rinvio e l'opposizione della società ricorrente accolta in questa sede, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, u.p..

Sussistono infine giusti motivi, tenuto conto dell'inammissibilità del ricorso del P. in proprio, dell'infondatezza manifesta di tutte le pregiudi-

ziali censure esposte nel primo motivo e dell'assenza di precedenti specifici di legittimità in ordine a quella accolta, formulata nel secondo motivo, per dichiarare totalmente compensate tra le parti le spese del processo, sia del giudizio di meritoria del presente.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso di P.[...] , rigetta il primo motivo del ricorso della società [...] Immobiliare s.r.l., accoglie, sotto il primo dei dedotti profili, il secondo motivo di tale ricorso e ne dichiara assorbito il terzo; cassa senza rinvio, in relazione all'accolta censura, la sentenza impugnata e, pronunciando nel merito, accoglie l'opposizione della suddetta società avverso il decreto in data 17.3.2003 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che annulla; dichiara totalmente compensate tra le parti le spese dell'intero processo.

Così deciso in Roma, il 25 febbraio 2009. Depositato in Cancelleria il 17 aprile 2009.

*I CONTRATTI DI INVESTIMENTO IMMOBILIARE
E LA PROBLEMATICHE DELL'OFFERTA AL PUBBLICO*

1. La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha definito i confini dello *spatium operandi* della disciplina relativa all'appello al pubblico risparmio, introducendo considerazioni che si prestano ad interessanti profili di analisi con riguardo all'ambito di applicazione della nozione di «prodotto finanziario».

La tematica affrontata dalla Suprema Corte è stata in passato, a più riprese, oggetto di studio da parte della dottrina, che ha focalizzato vuoi i profili evolutivi della nozione di «prodotto fi-

nanziario», vuoi la difficoltà di pervenire ad un puntuale inquadramento normativo della fattispecie in esame;¹ ciò, attesa la variegata ampiezza ascrivibile alla definizione di cui trattasi, cui fa riscontro l'individuazione del potere sanzionatorio riconosciuto alla Consob.

In particolare, l'oggetto della pronuncia è rappresentato da un'offerta al pubblico (in passato definita «sollecitazione») di «contratti di investimento immobiliare» effettuata in assenza di preventiva comunicazione ed invio del *prospetto informativo* alla Consob. La decisione della Cassazione ha stabilito l'annullamento della sanzione amministrativa erogata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Consob, e, poi, confermata dalla Corte d'appello di Roma la quale (rigettando l'opposizione della società ricorrente) aveva ritenuto applicabile, al caso di specie, il quadro normativo delineato dagli artt. 1, co. 1, lett. *t*; 94, co. 1 e 191 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

La Suprema Corte, di contro, ha stabilito che la condotta della società ricorrente non integra i canoni dell'illecito amministrativo derivante dal mancato rispetto degli obblighi informativi e comportamentali, atteso che tali obblighi sono imposti esclusivamente a chi, sollecitando investimenti in strumenti o prodotti finanziari (identificati sulla base della loro definizione normativa), è sottoposto al controllo della Consob.

¹ Cfr. tra gli altri CASTELLANO, I titoli di massa, in *Banca e borsa*, 1987, I, p. 22 ss.; CARBONETTI, Che cos' è un valore mobiliare?, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 293, GABRIELLI e LENER, Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento, in *AA.VV.*, I contratti del mercato finanziario, Torino, 2004, tomo I, p. 22. COSTI e ENRIQUES, Il mercato mobiliare, in *Trattato*, diretto da Cottino, Padova, 2004, p. 41 ss.; CAPRIGLIONE, Intermediari finanziari, investitori, mercati, Padova, 2008, p. 83

Ed invero, tale tesi tiene conto del fatto che l'offerta in osservazione - avendo per oggetto contratti di investimento immobiliare - deve ritenersi del tutto estranea ai profili normativi e sanzionatori legati alla disciplina del citato Testo unico, nel quale, peraltro, non si rinvengono riferimenti al settore immobiliare idonei ad includere la materia nel perimetro regolamentare ivi tracciato.

2. La fattispecie economica oggetto di valutazione è rappresentata da contratti di investimento immobiliare volti a garantire *“un reddito immobiliare predeterminato medio-alto in relazione a quello assicurato dal mercato finanziario”*; di tal che diventa necessario aver riguardo ai fattori integrativi della relativa nozione. Orbene, variegati aspetti consentono di tener nettamente distinta detta fattispecie da quella in cui si compendiano i prodotti finanziari, definiti - ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. u) del T.U.F. - come *“gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”*, donde la identificazione degli elementi in relazione ai quali si deve interpretare la nozione di *appello al pubblico risparmio*.

Al fine di pervenire ad una compiuta valutazione della portata disciplinare della nozione in parola, appare necessario richiamare brevemente il processo evolutivo che ha interessato la materia e che ha, da ultimo, trovato riscontro normativo nelle modifiche apportate al T.U.F. dal d.lgs. n. 303/2006 (approvato dal Consiglio dei Ministri in attuazione della delega contenuta nella l. 28 dicembre 2005, n. 262) e dal d.lgs. 17 settembre 2007,

n. 164, di recepimento della direttiva 2004/39/CE (cd. MiFID, integrata al «secondo livello» dal Reg. CE n. 1287/2006, nonché dalla direttiva 2006/73/CE). In materia va, altresì, fatto presente che l'intero Capo I del Titolo II, parte IV del T.U.F., riguardante la regolazione dell'appello al pubblico risparmio (artt. 93-*bis* – 101), è stato dapprima sostituito dall'art. 3 del d. lgs. n. 51 del 28.3.2007 e poi modificato dall'art. 15 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007.

Come già accennato, la locuzione «prodotto finanziario» di cui all'art. 1, co., 1, lett. *u*) T.U.F. è volta a ricomprendere larga parte delle forme operative realizzabili sul mercato dei capitali ovvero *gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*. Trattasi di definizione che riporta comunque gli strumenti in parola a forme di investimento finanziario, volendosi qui intendere con il termine «investimento» l'assunzione di una posizione contrattuale non derivante da un'operazione commerciale. Ciò implica che, indipendentemente dal verificarsi o meno di un esborso monetario contestuale all'acquisto di tale posizione contrattuale, sussista nella fattispecie l'assunzione di un rischio finanziario, vale a dire del rischio di non ritrarre in futuro dall'operazione le utilità attese (i flussi finanziari) a causa dell'andamento negativo dei parametri ai quali le stesse sono legate².

Se ne deduce che il profilo caratterizzante degli strumenti finanziari presi in considerazione dal legislatore nel disposto normativo sopra richiamato integra un aspetto del tutto estraneo

² Cfr. sul punto, RAGNO, *Commodity swaps conclusi tra non intermediari e disciplina dei servizi di investimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004/I, p.158

alla fisionomia degli investimenti immobiliari; non v'è dubbio, infatti, che questi ultimi generano un reddito di natura fondiaria, che si contraddistingue - come opportunamente ha sottolineato la Corte - per una “*tendenziale stabilità nel tempo e scarsa sensibilità agli andamenti dei mercati finanziari*”.

Da qui una prima conclusione. Avendo riguardo al tenore letterale della normativa, si perviene ad una specificazione della nozione di «strumento finanziario» incentrata sulla *natura finanziaria* dell'oggetto dell'investimento; sicché la riferibilità a quest'ultima assurge ad imprescindibile momento d'analisi nell'interpretazione sistematica dei contenuti di un'offerta pubblica d'acquisto.

Sotto altro profilo, va considerato che essendo la classe degli «strumenti finanziari» circoscritta nell'ambito delle figure citate dal legislatore (art. 1, co. 2, T.U.F.), non v'è dubbio che solo la presenza dei menzionati dati caratterizzanti la categoria consenta di tracciare linee definitorie essenziali che delimitano la pluralità di strumenti - titoli e contratti - negoziabili sul mercato finanziario, escludendo conseguentemente quelli afferenti al settore immobiliare.

Inoltre, nell'ambito della convenzione lessicale a “cerchi concentrici” - che caratterizza il tema che ci occupa nell'impostazione rinvenibile nel T.U.F. - risulta significativa la riferibilità al «valore mobiliare» come esplicazione di uno dei modelli nei quali si compendia la classe degli strumenti finanziari (nella quale rientrano, inoltre, gli strumenti del mercato monetario, le quote di organismi di investimento collettivo del risparmio,

nonché gli strumenti derivati)³. La peculiarità di questo richiamo - sancito dal citato d.lgs. n. 164 del 2007 attraverso un'integrazione del disposto dell'art. 1 T.U.F. - denota l'intenzione del legislatore di recuperare una nozione che, traendo origine nella legge bancaria del 1936, ha subito un processo evolutivo a seguito di regolamentazioni successive cui ha fatto riscontro una progressiva divaricazione del proprio significato; donde le numerose interpretazioni prospettate dalla dottrina che si è richiamata all'ampia portata dispositiva dell'astratta definizione normativa in esame⁴.

Ciò posto, occorre soffermarsi sulla definizione di cui all'attuale disciplina, che per «valori mobiliari» intende le categorie di strumenti che possono essere negoziati nel mercato dei capitali (art. 1 bis, co. 1, t.u.f). L'agilità dello scambio rappresenta - come risulta evidente - la caratteristica fondamentale della fattispecie in parola, la cui definizione è arricchita dall'elencazione di una pluralità di elementi *ulteriori* che qui si tralascia di esaminare in ragione del *focus* della presente indagine.

Orbene - anche se la definizione di «prodotto finanziario» (come inclusivo degli “*strumenti finanziari e di ogni forma di investimento di natura finanziaria*”) non abbia subito significative modificazioni dalla recente legislazione -, la rinnovata centralità del valore mobiliare può rappresentare un'innovazione disciplina-

³ Cfr. ONZA - SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, n. 5, p. 567

⁴ Cfr. tra gli altri, ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2008; CARBONETTI, *Dai “valori mobiliari” agli “strumenti finanziari”*, in *Riv. Soc.*, 1996, p. 1112; SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, p. 283

re tale da consentire che ad essa risulti collegato un notevole ampliamento dell'*agere* finanziario. A ciò aggiungansi le implicazioni della dinamicità che caratterizza i mercati finanziari, nonché la possibilità - desumibile dai poteri riconosciuti dal legislatore al *rule maker* di fonte secondaria - di procedere ad un ulteriore ampliamento della configurazione attualmente assegnata ai prodotti in questione. Sembrerebbe, pertanto, che nel clima di rinnovamento operativo segnato dalla più recente normativa speciale sia ipotizzabile anche una qualche apertura operativa della disciplina relativa all'appello al pubblico risparmio verso forme negoziali atte a ricomprendere formule di investimento di nuovo tipo.

Tuttavia, nonostante la descritta ampiezza del *genus* nel quale sono ricompresi i modelli di investimento negoziabili, nell'ambito della vigente disciplina del T.U.F. non è dato riscontrare alcun valido appiglio per ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'*offerta al pubblico di sottoscrizione* anche gli strumenti negoziali tipici del settore immobiliare.

Inoltre, va evidenziata l'assenza di riferimenti al caso di specie anche nel precedente contesto normativo, che risultava espressamente circoscritto alla regolamentazione delle attività di intermediazione mobiliare e dei relativi mercati (in particolare, l. n.1 del 1991, successivamente abrogata dall'art. 214 d.lgs. 58/1998). Ciò, nonostante la presenza di uno specifico richiamo nella definizione di «valore mobiliare», disposta dall'art. 18-*bis* della legge n. 216 del 1974 (introdotto dall'art. 12 della legge n. 77 del 1983), ad «ogni documento rappresentativo di beni mate-

riali o proprietà immobiliari», formula eccessivamente lata da apparire generica e poco conferente con le esigenze di un mercato nel quale deve tendersi alla eliminazione di possibili dubbi applicativi. Da qui il successivo suo superamento avvenuto in sede di emanazione del T.U.F.⁵

3. La sentenza in commento si articola in due distinti momenti. Dapprima si dichiara l'inammissibilità del motivo di ricorso nel quale è dedotta la "nullità del decreto e del procedimento" sulla base di supposte carenze espositive da parte dei giudici di merito. Più in particolare, si ha riguardo alla mancata trascrizione delle conclusioni delle parti e dei fatti di causa, nonché all'insufficienza delle prove addotte a sostegno della pretesa sanzionatoria. La Corte ha, tuttavia, ritenuto infondato il suddetto motivo in quanto l'omessa trascrizione - nel decreto che ha definito il giudizio d'appello - delle conclusioni delle parti non è stata ritenuta di per sé idonea a violare i requisiti formali prescritti dall'art. 132 c.p.c. e, al contempo, il vizio lamentato non rispecchia l'ipotesi di violazione della norma di cui all'art. 111 Cost.⁶

Con il secondo motivo di ricorso, la società lamenta l'inapplicabilità, al caso di specie, della normativa di cui agli artt. 1, co. 1, lett. *t*; 94, co. 1 e 191 del d.lgs 58/1998. La Cassazione

⁵ Sul carattere vago della definizione dell'art. 18-*bis* della legge n. 216 del 1974, cfr. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati*, cit., p. 85. Si veda altresì LIBONATI, *Commento sub art. 12 della legge 23 marzo 1983, n. 77*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 511, secondo cui la medesima sarebbe stata idonea a consentire interpretazioni comprensive di ogni caso possibile; analoga critica è formulata da SPADA, *Dai titoli di credito atipici alle operazioni atipiche di raccolta del risparmio*, in *Banca e borsa*, 1986, I, p. 19, il quale sostiene che la realtà giuridica presa in esame non si esauriva nel riferimento agli strumenti cartolari.

⁶ Cfr. sul punto CONSOLO e LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2009.

ha aderito alle tesi prospettate dal ricorrente, fondando il proprio ragionamento su una condivisibile interpretazione delle disposizioni citate, sicché i contenuti della decisione appaiono riconducibili al generale inquadramento della normativa in parola, sul quale ci si è soffermati in precedenza.

Come è dato evincere dal testo della sentenza in commento, la Corte ha posto l'accento sul nesso intercorrente tra il disposto degli articoli 94 e 191 T.U.F., a loro volta collegati al precedente articolo 1, in vista della identificazione della fattispecie di riferimento.

Com'è noto la norma contenuta nell'art. 94 T.U.F. - in funzione delle esigenze di tutela dell'investitore - sanziona l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva alla Commissione, richiamando poi la nozione di «offerta al pubblico di prodotti finanziari», nella quale - come si è anticipato - non risulta alcun riferimento ai contratti di investimento immobiliare.

Nell'art. 191 del T.U.F. (dapprima modificato dall'art. 14 della l. n. 262/2005 e poi così sostituito dall'art. 4 del d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51) viene, poi, in considerazione la mera definizione delle sanzioni amministrative pecuniarie inflitte a "*chiunque effettua un'offerta al pubblico in violazione dell'art. 94, comma 1*", norma quest'ultima che impone la preventiva pubblicazione di un prospetto informativo, da redigere in conformità alle previsioni del regolamento Consob 14 Maggio 1999, n.11971 (successivamente modificato, per quanto riguarda l'aspetto che ci occupa, dalla delibera n. 16840 del 19 marzo 2009). Documento, quest'ultimo, che deve essere esplicitamente approvato dalla

Consob e consentire all'investitore di pervenire ad una piena ed adeguata informazione relativa a tutti i profili dell'operazione proposta, inclusa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'emittente.⁷

Alla luce di quanto sopra risultano evidenti le ragioni per cui la Cassazione non ha condiviso la decisione effettuata dai giudici di merito in ordine alla conferma della soluzione sanzionatoria originariamente comminata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

4. Sulla base delle considerazioni esposte sinora, si può pienamente condividere l'interpretazione della Cassazione circa la nozione di «prodotto finanziario». Ciò in quanto, pur considerata l'ampiezza riconosciuta al *nomen* dal legislatore, si deve in ogni caso ritenere che la fattispecie esaurisca comunque i suoi effetti nell'ambito della disciplina dell'intermediazione mobiliare.

Ciò posto, avrebbe potuto riconoscersi spazio applicativo all'orientamento della Consob e della Corte d'appello - che insistono sulla riconducibilità del delineato contesto ad un'ipotesi di abusiva sollecitazione - nel solo caso in cui i contratti di investimento immobiliare venissero inquadrati nell'ambito della categoria di prodotti finanziari di cui alla seconda parte della definizione dell'art. 1, co. 1, lett. u), relativa ad “*ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*”. Tuttavia, anche tale interpretazione non ha superato il vaglio della Cassazione.

⁷ Cfr. LUCATI, *Prospetto per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari* (art. 3, d.lg. 28 marzo 2007, n. 51) in, *Obbligazioni e contratti*, 2007, n. 6, p. 555; ROMAGNOLI, *La Consob e la sollecitazione all'investimento: esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001/I, p. 747

Ed invero, tra i motivi della decisione, assume rilievo l'inconciliabilità tra il profilo generico di detta definizione ed il principio di legalità e tipicità dell'illecito amministrativo (art. 1 l. 689/81). Diversamente si dovrebbe ammettere la sanzionabilità di un ampio spettro di condotte - degli operatori commerciali - indirizzate ad assicurare agli investitori impieghi particolarmente remunerativi. Peraltro, è appena il caso di osservare come l'obiettivo di una potenziale remuneratività delle operazioni non rappresenta, di per sé, una condizione sufficiente per ritenere che l'oggetto della stessa possa esser classificato come «prodotto finanziario»⁸.

A ciò si aggiungano le argomentazioni, già richiamate, che hanno portato ad escludere la presenza di qualsiasi analogia tra i prodotti finanziari tipici ed i beni oggetto di offerte di acquisto immobiliari.

Ed ancora, la Corte conclude la propria analisi richiamando il disposto dell'art. 95, co. 4 del T.U.F. nel quale si precisa che la Consob stabilisce quali strumenti o prodotti finanziari - ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati ovvero diffusi tra il pubblico - devono avere un contenuto tipico determinato. Il Giudice di nomofilachia giustamente ravvisa, in quest'ultima disposizione, un ulteriore dato a sostegno delle proprie tesi; infatti, l'associazione tra strumenti finanziari, quotazione nei mercati e diffusione tra il pubblico pone in luce la necessaria presenza degli elementi che caratterizzano i valori mobiliari, ma che non

⁸ Cfr., sul punto, DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, p. 6

sono rinvenibili nella configurazione dei contratti di compravendita immobiliare.

Si sottolinea peraltro che, ad oggi, non si rinvengono altri precedenti in termini. Alla luce dei principi normativi sopra richiamati, si può quindi ragionevolmente ritenere che l'offerta al pubblico di contratti di investimento immobiliare non ricada nell'ambito del potere sanzionatorio della Consob, atteso che non rileva in maniera significativa la correlazione della remuneratività (degli investimenti in questione) al rendimento offerto (dai mercati finanziari). Tale correlazione, secondo il condivisibile giudizio della Cassazione, è esclusivamente espressiva di una formula promozionale (destinata ad essere di stimolo alla clientela) e non è foriera di alcuna alterazione della fisionomia del contratto offerto, di fatto rappresentato da una compravendita immobiliare.

In conclusione, al di là della specificità del caso sotteso alla fattispecie oggetto della pronuncia, la Corte ha il merito di aver chiarito che la nozione di «prodotto finanziario» - sebbene debba necessariamente abbracciare investimenti non tassativamente e tipicamente definiti dal legislatore - vada al tempo stesso circoscritta con estremo rigore al fine di consentirne il progressivo adattamento all'evoluzione dei mercati finanziari.

Mavie Cardi

Dottoranda in Diritto degli Affari
nell'Università Luiss G. Carli di Roma